



## Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

### Beschluss

#### **Amtliche Leitsätze**

- 1. Für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens genügt die Darlegung zumindest eines konkreten Vergaberechtsverstoßes. Die Bieter können dann auch andere Vergaberechtsverletzungen zum Gegenstand desselben Nachprüfungsverfahrens machen, mögen diese bis dahin auch nur andeutungsweise oder gar nicht im Streit gestanden haben. Allerdings darf der Antragsteller mit diesen (neuen) Beanstandungen nicht schon präkludiert sein.**
- 2. Eine noch nicht erfolgte Beurteilungsentscheidung kann im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nachgeholt werden, weil es bei dieser Sachlage eine unnötige Förmerei wäre, wenn man die Vergabestelle verpflichten würde, die Wertung zu wiederholen, die dann möglicherweise wiederum zu einem neuen Nachprüfungsantrag in der gleichen Vergabesache führen würde. Vielmehr kann in diesen Fällen sogleich die von der Vergabestelle im Nachprüfungsverfahren nachgeholte Beurteilung einer Überprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen unterzogen werden.**
- 3. Bei der Prüfung auf der dritten Wertungsstufe gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A darf die Vergabestelle auch die bisher an die Antragstellerin gezahlten Auftragssummen sowie die Angebotspreise der ausgeschlossenen Angebote ohne weiteres als Anhaltspunkte bei der Beurteilung der Angemessenheit des Preis-Leistungsverhältnisses mitberücksichtigen. Denn sie spiegeln letztlich den üblichen Marktpreis wieder, wenn der Leistungsumfang überwiegend vergleichbar geblieben ist.**
- 4. Einen Anspruch auf Nachverhandlung hat ein Bieter, der ein unklares Angebot vorgelegt hat, grundsätzlich nicht. Dem Auftraggeber steht bei der Entscheidung darüber, ob er ein Aufklärungsgespräch für notwendig erachtet, ein Beurteilungsspielraum zu, der auf eine eventuelle missbräuchliche Handhabung hin überprüft werden kann. Gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A ist es nicht zu beanstanden, wenn eine Vergabestelle zunächst versucht, entsprechende Aufklärungsverhandlungen hinsichtlich eines Angebots durchzuführen, dann aber feststellt, dass die von dem Bieter gelieferten Unterlagen unzulänglich sind und in tatsächlicher Hinsicht Ungereimtheiten beinhalten, die nicht ohne weiteres allein von der Vergabestelle geklärt werden können. Wenn darüber hinaus auch der Bieter keine weitere Sachverhaltsaufklärung in Kenntnis dieser Umstände betreibt, ist es der Vergabestelle nicht verwehrt, an diesem Punkt die Aufklärungsverhandlungen abzubrechen und eine Entscheidung zu treffen.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Auftrages zur Durchführung des Schülerspezialverkehrs

**VK 10/07**

der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

**Antragstellerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

Rechtsanwalt xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xx

gegen

die Stadt xxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

**Antragsgegnerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xx

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 06.06.2007 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und die ehrenamtliche Beisitzerin Meißner

am **28. Juni 2007** beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

**Gründe**

**I.**

Die Antragsgegnerin schrieb die in ihrem Gemeindegebiet zu erbringenden Beförderungsleistungen im Schülerspezialverkehr für die Ausführungszeit vom 01.05.2007 bis zum 31.12.2012 in einem offenen Verfahren europaweit aus. Der Gesamtauftragswert liegt bei ca. 1,2 Mio. €. Seit November 2004 ist die Antragstellerin mit der Durchführung dieser Schülerbeförderungen beauftragt.

In der im EU-Amtsblatt am 23.01.2007 veröffentlichten Bekanntmachung forderte die Antragsgegnerin gemäß Ziffer III.2.1 folgenden Nachweis:

„Erklärungen über den Umsatz der besonderen Leistungsarten, die Gegenstand der Vergabe sind, bezogen auf die letzten drei Geschäftsjahre alternativ im Bereich Personenbeförderung. Eigenerklärung!“

Des Weiteren verlangte die Antragsgegnerin gemäß Ziffer III.2.3 eine „Liste der Referenzen der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen im Bereich Schülerspezialverkehr mit Angabe des Auftragswertes, der Leistungszeit sowie Name und Adresse der Auftraggeber, alternativ im Bereich Personenbeförderung. Liste der Referenzen als Eigenerklärung“.

Die Nachweise waren mit dem Angebot vorzulegen und wurden in den Bewerbungsbedingungen unter den laufenden Nummern 2 und 9 wiederholt.

Als Zuschlagskriterium nannte die Antragsgegnerin den niedrigsten Preis.

Die Antragsgegnerin erhielt vier Angebote, die sie alle gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) VOL/A auf der zweiten Wertungsstufe ausschloss, weil die Angebote nicht die in der Vergabebekanntmachung geforderten Angaben und Erklärungen enthielten.

Ausweislich des Vergabevermerks nahm die Antragsgegnerin bei der Antragstellerin hinsichtlich der Erklärung über den Umsatz an, dass ihr Angebot insofern vollständig war.

Allerdings schloss sie das Angebot der Antragstellerin aus, weil in der Liste der Referenzen die in der Vergabebekanntmachung geforderte Angabe des Auftragswertes fehlte. Im Angebot der Antragstellerin sind zu diesem Nachweis mehrere Referenzen genannt, wobei dort als Auftragswert nicht ein Geldbetrag, sondern der Umfang der Leistung beschrieben wird.

Da sämtliche Angebote aus der Sicht der Antragsgegnerin unvollständig waren, hob sie die Ausschreibung gemäß § 26 Nr. 1 a) VOL/A am 28.03.2007 durch Ratsbeschluss auf und beschloss, nunmehr ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung durchzuführen.

Mit Schreiben vom 29.03.2007 informierte die Antragsgegnerin alle Bieter über die Aufhebung und das geplante Verhandlungsverfahren. Der Antragstellerin teilte sie mit, dass „die Angabe des Auftragswertes bei der Liste der Referenzen fehle.“ Somit sei die Eignung nicht nachgewiesen. Ergänzend wies sie darauf hin, dass die Antragstellerin auch nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben habe.

Ausweislich einer zu den Akten gereichten Vollmacht beauftragte die Antragstellerin am 02.04.2007 ihren Verfahrensbevollmächtigten. Mit Schreiben vom 04.04.2007, Eingang bei der Vergabekammer am 11.04.2007, beantragte dieser im Namen der Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Ausführungen zu § 107 Abs. 3 GWB, so meinte die Antragstellerin in ihrem Antrag, seien nicht veranlasst, da ein Verstoß gegen Vergabevorschriften im Verfahren nicht erkannt wurde oder zu erkennen war. Dieser Antrag wurde mangels Rüge nicht zugestellt.

Erst auf Hinweis der Vorsitzenden rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.04.2007 gegenüber der Antragsgegnerin und beantragte anschließend mit Fax vom gleichen Tage durch Bezugnahme auf ihre Antragschrift vom 04.04.2007 er-

neut die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, was zur Zustellung des Antrages am 12.04.2007 führte.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass ihr Angebot jedenfalls vollständig gewesen und sie durch die Aufhebung der Ausschreibung in ihren Rechten verletzt worden sei.

Die Antragstellerin behauptet, sie habe unverzüglich gerügt. Am 02.04.2007 habe sie sich unmittelbar nach Eingang der Mitteilung vom 29.03.2007 mit dem Bürgermeister der Antragsgegnerin in Verbindung gesetzt. Am 03.04.2007 habe sie nochmals persönlich im Beisein des Ehemannes dem Bürgermeister die konkreten Beanstandungen vorgetragen, wobei unbeachtlich sei, in welchem Kontext sie die Rüge ausgesprochen habe. Zudem habe sie auch die Widerrechtlichkeit der Aufhebung der Ausschreibung gerügt. Da eine mündliche Rüge ausreiche, habe sie eben nicht erstmals mit Schreiben vom 11.04.2007 gerügt. Im Übrigen weist die Antragstellerin darauf hin, dass sie die notwendigen Fristen eingehalten habe, weil der 06.04.2007 und der 09.04.2007 gesetzliche Feiertage gewesen seien.

Die Antragstellerin trug zunächst vor, dass sie nicht die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung begehre, weil sie die Fortführung des Verfahrens wohl nicht mehr erreichen könne. Allerdings beantragte sie die Feststellung, dass der Aufhebungsbeschluss rechtswidrig gewesen sei. Denn sie habe schließlich ein vollständiges Angebot vorgelegt. Im Laufe des Nachprüfungsverfahrens nahm die Antragstellerin Bezug auf die Entscheidung des BGH vom 18.02.2003, X ZB 43/02 und konkretisierte ihr Rechtsschutzbegehren nunmehr auf die Fortführung der bisherigen, von der Antragsgegnerin aufgehobenen Ausschreibung. Denn sie könne verlangen, dass die Ausschreibung fortgesetzt werde, weil jedenfalls sie ein vollständiges Angebot vorgelegt habe.

Die Antragstellerin behauptet, dass sie zur laufenden Nummer 2 der Bewerbungsbedingungen die Umsätze aus den letzten drei Jahren und zur laufenden Nummer 9 die Referenzen und die sonstigen spezifischen Angaben unter Einschluss der Auftragswerte angegeben habe.

Die laufende Nummer 2 habe sie so verstanden, dass mit der Frage nach den Umsätzen ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit angesprochen worden sei. Im Gegensatz dazu habe sie die laufende Nummer 9 als Frage nach ihrer technischen und logistischen Expertise verstanden. Unter dem Begriff „Auftragswerte“ im Zusammenhang mit den Referenzen habe sie Auftragswerte im Sinne einer technischen Darstellung der erbrachten Leistungen verstanden, also die tatsächlichen Leistungen im Rahmen der Aufträge bzw. die technischen Wertigkeiten der Referenzaufträge. Dies habe sie aus dem Kontext mit der vorhergehenden Frage und der Tatsache, dass die Umsätze bereits unter der laufenden Nummer 2 mitgeteilt wurden, geschlossen. Eine weitere Erklärung über den Umsatz sei ihr in diesem Zusammenhang als sinnlos erschienen.

Die Antragstellerin meint, ihr Angebot sei komplett, wenn man die Eigenerklärungen unter den laufenden Nummern 2 und 9 abgleiche. Dann habe sie nämlich im Ergebnis die in den letzten 3 Geschäftsjahren erzielten Umsätze hinsichtlich der Leistungsarten, die Gegenstand der Ausschreibung sind, offen gelegt und darüber hinaus den technischen Gegenstand der einzelnen erbrachten Leistungen dargelegt.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, aus der Ausschreibung ergebe sich nicht, dass die Angaben zum Umsatz unter der laufenden Nummer 2 für drei volle Geschäftsjahre zu erfolgen hatten. Vielmehr war auch ein kürzerer Zeitraum denkbar. Insgesamt müsse die Antragsgegnerin sich an den Wortlaut ihrer eigenen Ausschreibung halten.

Zudem meint die Antragstellerin, ihr Angebot leide nicht an einem offensichtlichen Missverhältnis von Preis und Leistung. Schließlich führe sie und darüber hinaus ihre Rechtsvorgängerin seit Jahren den Schülerspezialverkehr in der Stadt Isselburg durch. Bislang habe sie dafür ca. 210.000 € im Jahr erhalten. Angesichts der gestiegenen Kraftstoff- und Personalkosten müsse sie nunmehr im Rahmen dieser Ausschreibung einen Jahrespreis von ca. 230.000 € ansetzen. Aufgrund ihrer jahrelangen Erfahrung mit diesem Auftrag sei jedes unter ihrem Preis liegende Angebot als Dumpingangebot anzusehen.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Ausschreibungsverfahren bezüglich der Schülerspezialverkehre fortzusetzen und unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin eine neue Wertung vorzunehmen.
2. Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin durch die Aufhebung der Ausschreibung gem. § 26 Nr. 1 a VOL/A vom 28.03.2007 in ihren Rechten verletzt ist.
3. Der Antragsgegnerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Antragstellerin auferlegt.
4. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Vertreters durch die Antragstellerin wird für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil die Antragstellerin den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß nicht unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB gerügt habe.

Die Antragsgegnerin meint, die Antragstellerin habe den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß vor Antragstellung überhaupt nicht gerügt. Es sei zwar richtig, dass die Antragstellerin den Bürgermeister der Antragsgegnerin am 02.04.2007 auf das streitige Vergabeverfahren angesprochen und erklärt habe, die von ihr vorgelegten Unterlagen seien vollständig gewesen. Dies sei aber in völlig anderem Zusammenhang geschehen und der Bürgermeister habe diese Äußerung nicht als Beanstandung im Sinne einer Rüge verstehen können. Außerdem habe die Antragstellerin weder zur Aufhebung der Ausschreibung noch zur beabsichtigten Vergabe im Verhandlungsverfahren weitere Ausführungen gemacht, so dass auch insoweit eine Rüge nicht ausgesprochen worden sei.

Die erst auf den Hinweis der Vorsitzenden vom Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin verfasste und unter dem 11.04.2007 versandte Rüge sei nicht mehr unverzüglich und damit verspätet gewesen. Unter Hinweis auf den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 05.12.2006 (Verg 56/06) meint die Antragsgegnerin, dass ein Antragsteller, der –ohne zuvor der Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB nachgekommen zu sein– einen Nachprüfungsantrag stellt, die Rüge, um seiner Rügeobliegenheit noch zu genügen, im Allgemeinen am selben Tag, spätestens aber innerhalb einer Frist von ein bis zwei Tagen danach gegenüber dem Auftraggeber aussprechen muss. Denn die Einreichung des Nachprüfungsantrages markiere den Zeitpunkt, in dem sich der Antragsteller entschlossen habe, einen erkannten Vergaberechtsverstoß auf dem Rechtswege zu bekämpfen, so dass der Bieter positiv die mögliche Verletzung eigener Rechte in dem Zeitpunkt auch erkannt haben müsse. Tatsächlich gerügt habe die Antragstellerin jedoch erstmals unter dem 11.04.2007 und damit 7 Tage nach dem vom 04.04.2007 datierten Nachprüfungsantrag.

Auch wenn man in der Wiederholung des Nachprüfungsantrags vom 11.04.2007 einen neuen Nachprüfungsantrag sehe, sei dieser neue Antrag infolge Rügepräklusion unzulässig.

Die Antragstellerin habe spätestens seit dem 04.04.2007, nämlich dem Tag, an dem der erste Nachprüfungsantrag gestellt worden sei, positive Kenntnis von dem vermeintlichen Vergaberechtsverstoß besessen. Der Umstand, dass die Antragstellerin ihren Verfahrensbevollmächtigten ausweislich der mit der Rüge vorgelegten Vollmacht bereits unter dem 02.04.2007 mit der Vertretung beauftragte, spreche sogar dafür, dass positive Kenntnis von dem vermeintlichen Vergaberechtsverstoß bereits am 02.04.2007 oder sogar davor bestand. Die Antragstellerin hätte deshalb unverzüglich, d. h. –wie das OLG im Beschluss vom 05.12.2006 ausgeführt habe– innerhalb von zwei Tagen rügen müssen, was hier nicht geschehen sei.

Des Weiteren meint die Antragsgegnerin, der Nachprüfungsantrag entspreche nicht der Form des § 108 Abs. 2 GWB, weil dieser keine Aussagen zur Rüge enthalten habe. Vielmehr sei die Antragstellerin rechtsirrig davon ausgegangen, nicht rügen zu müssen. Erstmals mit Schriftsatz vom 02.05.2007 habe die Antragstellerin behauptet, gegenüber dem Bürgermeister am 03./04.04.2007 gerügt zu haben. Wenn ein Antragsteller erst knapp einen Monat nach Stellung eines Nachprüfungsantrages unter Darlegung eines völlig neuen Sachverhalts behaupte, er habe unverzüglich gerügt, sei dies mit dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz unvereinbar.

Zudem meint die Antragsgegnerin, der Antragstellerin fehle das Rechtsschutzbedürfnis, weil sie die Absicht der Antragsgegnerin, die Leistungen in einem neuen Verhandlungsverfahren auszuschreiben, überhaupt nicht gerügt habe. Wenn die Vergabestelle aber eine erneute Ausschreibung der Leistungen angekündigt habe, treffe den Antragsteller eine „doppelte Rügeverpflichtung“, die hier nicht erfüllt worden sei.

Schließlich fehle der Antragstellerin die Antragsbefugnis, weil ihr Angebot an Mängeln leide, die zum Ausschluss zwingen. Jedenfalls würden die dem Angebot anhaftenden Mängel dazu führen, dass der Antrag in der Sache keinen Erfolg habe.

Denn das Angebot der Antragstellerin sei gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A zwingend aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, weil die zulässigerweise gefor-

erten Eignungsnachweise nicht in der geforderten Form oder gar nicht beigebracht wurden.

Unter der laufenden Nummer 2 ihres Angebotes habe die Antragstellerin der Sache nach verschiedene Referenzaufträge nebst Laufzeit benannt und darüber hinaus einen Betrag angegeben, den die Antragsgegnerin nicht zuordnen und aus dem nicht abgeleitet werden könne, um welche Umsätze es sich handele. Ob die dort genannten Summen die Auftragswerte verkörpern, bleibe unklar. Unter der laufenden Nummer 9 wiederhole die Antragstellerin die bereits unter der laufenden Nummer 2 genannten Referenzaufträge, ohne hier aber die Auftragswerte anzugeben. Die Angabe der Auftragswerte fehle hier gänzlich. Die Antragsgegnerin trägt vor, sie sei nicht zur Aufklärung derartiger Unklarheiten in den Angeboten verpflichtet.

Nach Meinung der Antragsgegnerin kann weder der Aufstellung unter der laufenden Nummer 2 noch der unter der laufenden Nummer 9 entnommen werden, welche Umsätze die Antragstellerin mit den in Frage stehenden Leistungen in den letzten drei Jahren erzielt hat. Die Nachweisanforderung habe aber aus der Sicht eines objektiven Empfängers nur in dem Sinne verstanden werden können, dass die erzielten Umsätze für jedes Jahr getrennt nachzuweisen waren. Wenn ein Bieter es unterlasse, die Umsatzzahlen nach Jahren getrennt auszuweisen, könne der Auftragnehmer die Geschäftsentwicklung nicht nachvollziehen.

Außerdem habe die Antragstellerin die in 2004 erzielten Umsätze erst ab November 2004 angegeben, obwohl das von der Antragstellerin in 2004 übernommene Unternehmen Umsätze auch schon vor November 2004 erzielte. Die Umsatzangaben für das Jahr 2004 seien damit offensichtlich unvollständig.

Die Antragsgegnerin meint, ein Bieter könne nicht von den Vorgaben in der Vergabebekanntmachung, wonach die Umsätze für drei volle Geschäftsjahre verlangt wurden, einfach abweichen. Bei der Anforderung habe es sich selbstverständlich um volle Geschäftsjahre gehandelt. Wäre dies nicht der Fall, bestünde in vielen Fällen nicht die Problematik mit den Newcomern. Auch die Antragstellerin habe – so wie in der mündlichen Verhandlung vorgetragen – die Aufträge aus dem Unternehmen des Ehemannes übernommen. Vor diesem Hintergrund hätte sie für das gesamte Jahr 2004 ohne weiteres die Nachweise vorlegen können.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, auf das Angebot der Antragstellerin könne der Zuschlag auch deshalb nicht erteilt werden, weil es ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung aufweise. Das Angebot der Antragstellerin liege lediglich auf dem 3. Rang von insgesamt 4 Angeboten. Der preisliche Abstand zu dem auf Rang 2 liegenden Bieter betrage ca. 13 %, der Abstand zum 1. Rang betrage mehr als 25 %. Für Beurteilung der Frage, ob ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung vorliege, könne auf den preislichen Abstand zu den Angeboten anderer Bieter abgestellt werden, wobei eine Spanne von ca. 10% als Vergleichsmaßstab zugrunde gelegt werden könne. Dabei könnten auch die Preise aus Angeboten, die nicht gewertet werden, als belastbarer Vergleichsmaßstab für die Beurteilung der Angemessenheit der angebotenen Preise herangezogen werden.

Im Übrigen weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass auch die anderen Angebote unvollständig waren, so dass ihre Entscheidung, die Ausschreibung aufzuheben, vergaberechtskonform gewesen sei.

Am 06. Juni 2007 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. In der mündlichen Verhandlung wurde mit den Parteien u.a. erörtert, ob der von der Antragstellerin im Angebot angegebene Preis von ca. 230.000 € pro Jahr angemessen ist. Dabei stellte sich heraus, dass die Antragsgegnerin in den vergangenen Jahren lediglich ca. 150.000 € pro Jahr an die Antragstellerin für den Auftrag zahlte, wobei der Leistungsumfang dieses Auftrages noch umfangreicher war. Denn mit der neuen Ausschreibung hat die Antragsgegnerin die SchülerInnen aus dem Stadtteil Axxxxx nicht mehr berücksichtigt.

Der Anwalt der nicht erschienenen Antragstellerin konnte den Betrag aus dem Angebot allerdings nicht in der Verhandlung erklären und konnte auch nicht darlegen, ob die Angaben der Antragsgegnerin zu den vorhergehenden Jahren den Tatsachen entsprechen.

Vor diesem Hintergrund hat die Kammer die Antragstellerin verpflichtet, die Kalkulation zum Angebot der Antragsgegnerin umgehend vorzulegen, damit diese die Angemessenheit des Preises prüfen konnte. Darüber hinaus sollte die Antragsgegnerin darstellen, welche Beträge sie tatsächlich für diese Leistungen an die Antragstellerin in den vergangenen Jahren gezahlt hatte. Außerdem sollte sie darlegen, wie hoch der Haushaltsansatz für das Jahr 2007 ist.

Nach Durchführung der Prüfung trägt die Antragsgegnerin vor, sie habe bis zum 18.06.2007 die Kalkulation von der Antragstellerin nicht vorgelegt bekommen, so dass sie mit Schreiben vom 18.06.2007 der Antragstellerin eine Frist für die Vorlage bis zum 19.06.2007, 9.00 Uhr gesetzt habe. Erst mit einer Email um 15.49 Uhr am 19.06.2007 habe die Antragstellerin reagiert und die Unterlagen vorgelegt. Die Antragsgegnerin meint, das Angebot der Antragstellerin könne ohne weiteres abgeschlossen werden, weil sie der Antragstellerin im Rahmen der Aufklärung eine Frist gesetzt habe, die von der Antragstellerin versäumt wurde.

Gleichwohl habe sie das Angebot der Antragstellerin auf der Basis der nachgereichten Kalkulationsunterlagen geprüft. Die Kalkulation sei an vielen Stellen ungenau und zum Teil widersprüchlich. Zu einer abschließenden Bewertung sei eine weitere Aufklärung notwendig, zu der sie allerdings nicht verpflichtet sei. Soweit dem betreffenden Bieter die Möglichkeit eingeräumt werde, Kalkulationsunterlagen nachträglich vorzulegen, genüge eine Vergabestelle ihrer Pflicht zur Nachprüfung, indem sie die dann vorgelegten Unterlagen prüfe.

Im Übrigen stellt die Antragsgegnerin in ihrem fortgeschriebenen Vergabevermerk fest, dass insgesamt die Leistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zum angebotenen Preis stehe, weil das Angebot der Antragstellerin um ca. 33 % vom nächstgünstigsten Angebot abweicht. Deshalb sei das Angebot der Antragstellerin nach Auffassung der Antragsgegnerin gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A auszuschließen. Damit würde sich ihre Aufhebungsentscheidung im Ergebnis als rechtmäßig darstellen und der Nachprüfungsantrag sei somit unbegründet.

Weiterhin teilt die Antragsgegnerin mit, was auch nicht von der Antragstellerin bestritten wird, dass im Jahre 2004 insgesamt ca. 132.000 €, im Jahre 2005 ca. 137.000 € und im Jahre 2006 ca. 150.000 € an die Antragstellerin für den Auftrag einschließlich

der Beförderung der SchülerInnen aus Anholt (ca. 60 bis 70 SchülerInnen) gezahlt wurde.

Die Antragsgegnerin legte ihrem Schriftsatz die Prüfung der vorgelegten Kalkulation bei, aus der sich die Einzelheiten hinsichtlich der Ungenauigkeiten ergeben. Weiterhin hat die Antragsgegnerin ihren Vergabevermerk ergänzt und legte diesem ebenfalls den Schriftsätzen bei. Auf beide Anlagen wird hiermit vollinhaltlich Bezug genommen.

Die Antragstellerin trägt vor, dass nach nochmaliger Prüfung ihrer Kalkulation auch die geringere Anzahl der Kinder aus Axxxxx nicht zu einer Reduzierung der Fahrtstrecke und zu einer Verringerung der anfallenden Kosten geführt habe. Denn die Ausschreibung basiere auf den angegebenen Kilometerzahlen, und nicht auf der Anzahl der SchülerInnen. Es werde nunmehr einfach an einer Haltestelle nicht mehr angehalten.

Weiterhin meint die Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe sich zu der Frage zu äußern, ob die dritte und vierte Wertungsstufe jetzt noch mit dem Angebot der Antragstellerin nachgeholt werden könne.

Rein vorsorglich weist die Antragstellerin darauf hin, dass durch die Erklärungen zur Niederschrift der Sitzung am 06.06.2007 das Ausschreibungsverfahren sicherlich nicht neu eröffnet worden sei.

Im Übrigen sei die Aufforderung, die Unterlagen bis zum 19.06.2007, 9.00 Uhr vorzulegen, unmittelbar an die Antragstellerin, nicht aber an den Verfahrensbevollmächtigten gegangen. Da sie diese Email erst am 18.06.2007 gegen 16.39 Uhr erhalten habe, sei die Frist auch zu knapp bemessen gewesen.

Die Antragstellerin hält an ihrer Auffassung fest und meint, die Aufhebung der Ausschreibung sei rechtswidrig gewesen. Sie habe auch ein angemessenes Angebot abgegeben. Die bisher für den Auftrag gezahlten Preise habe die Antragsgegnerin nicht zum Vergleich heranziehen können, weil es dabei nur um Deckungsbeiträge gehandelt habe, die aber keinen Beitrag zum Betriebsergebnis lieferten. Sie habe daher ein kosten- und ertragsdeckendes Angebot abgegeben, weil sie zu den bislang erzielten Erlösen den Auftrag jedenfalls nicht weiter durchführen konnte und wollte.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, auch die vorgelegte Kalkulation, die dem Angebot zugrundelag, sei nachvollziehbar. Die tarifliche Wochenarbeitszeit sowie das Weihnachtsgeld habe sie nur anteilig angegeben, weil sie nur die Fahrten im Schülerspezialverkehr, nicht aber die Fahrten in den sonstigen Verkehrsarten berücksichtigt habe.

Beide Parteien haben gemäß § 112 Abs. 1 S. 2 GWB auf eine erneute mündliche Verhandlung verzichtet.

Mit Schreiben vom 25.06.2007 hat die Kammer den Beteiligten nochmals Gelegenheit zu einer Stellungnahme bis zum 28.06.2007, 9.00 Uhr gegeben und insbesondere den rechtlichen Hinweis erteilt, dass die Antragsgegnerin sehr wohl die Möglichkeit erhalten habe, ihre Wertungsentscheidung im Rahmen des bereits laufenden Nachprüfungsverfahrens zu Ende zu bringen. Über das Ergebnis dieser dann abgeschlos-

senen Wertungsentscheidung sollte dann endgültig von der Kammer entschieden werden.

Die Vergabekammer hat die Frist für ihre Entscheidung gem. § 113 Abs. 1 GWB bis zum 03.08.2007 verlängert. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die Vergabekammer ist zuständig, weil die Antragsgegnerin auf der Kommunalebene angesiedelt ist und von ihr zu vergebene Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB, § 18 Abs. 7 VgV) und sie ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZustVO NpV NRW).

Der geschätzte Auftragswert für die Gesamtleistung liegt oberhalb von 211.000 € und übersteigt damit den nach § 2 Nr. 3 VgV, § 3 Abs. 3 VgV erforderlichen Schwellenwert bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.

Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Antragsgegnerin hat die im Januar 2007 veröffentlichte Ausschreibung gemäß § 26 Nr. 1 a) VOL/A zu Recht aufgehoben.

A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1) Die Antragstellerin hat den Vergaberechtsverstoß unverzüglich gegenüber der Antragsgegnerin gerügt. Sie hat sowohl in mündlicher Form gegenüber dem Bürgermeister, als auch in schriftlicher Form am 11.04.2007 den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß, und zwar die angebliche Unvollständigkeit ihres Angebotes, beanstandet. Darüber hinaus – so trägt die Antragstellerin vor- habe sie auch die Widerrechtlichkeit der Aufhebung der Ausschreibung gerügt.

Im Einzelnen:

a) Gemäß § 107 Abs. 3 GWB muss die Rüge den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß bezeichnen und die Aufforderung an den Auftraggeber enthalten, den Verstoß zu beseitigen. Erforderlich, aber auch ausreichend ist es, wenn die Mitteilung hinreichend bestimmt ist, so dass die Vergabestelle in die Lage versetzt wird, den beanstandeten Fehler zu erkennen und zu beheben, OLG Frankfurt, Beschluss vom 24.06.2004, 11 Verg 15/04. Dies kann in mündlicher oder telefonischer Form erfolgen. Die Rüge setzt nach § 107 Abs. 3 GWB weder eine Schriftform voraus, noch ist sie ausdrücklich als Rüge zu bezeichnen. Sie muss lediglich erkennen lassen, dass der Bieter ein bestimmtes, näher zu bezeichnendes Verhalten als vergaberechtswidrig tadelt und Abhilfe erwartet, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.03.2006, Verg 77/05.

Unstreitig hat die Antragstellerin nach dem Erhalt der Vergabeinformation am 03. und 04.04.2007 den Bürgermeister auf das streitige Vergabeverfahren angesprochen

und erklärt, die von ihr vorgelegten Unterlagen seien entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin vollständig gewesen. Mehr muss ein Bieter nicht tun. Es ist nicht von Belang, ob diese Beanstandung in einem völlig anderen Zusammenhang dem Bürgermeister vorgetragen wurde. Entscheidend ist vielmehr, dass diese Beanstandung tatsächlich erhoben und die Vergabestelle um Abhilfe gebeten wurde.

Dass die Antragstellerin in ihrer Antragschrift vom 04.04.2007 diese mündlich vorgetragene Rüge nicht erwähnt hat, hängt mit dem Umstand zusammen, dass die Antragstellerin rechtsirrig davon ausging, sie müsse bei der vorliegenden Fallkonstellation überhaupt nicht mehr rügen. Denn schließlich war die Ausschreibung vom Rat der Antragsgegnerin aufgehoben worden und damit konnte – so meinte jedenfalls die Antragstellerin zunächst – die Fortführung der Ausschreibung nicht mehr erreicht werden. Folgerichtig hat sie in ihrem Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens einen Feststellungsantrag gestellt und nicht den Antrag auf Aufhebung der Aufhebungsentscheidung und Fortführung des Vergabeverfahrens.

Dies bedeutet aber nicht, dass das Gespräch mit dem Bürgermeister mit dem o.g. Inhalt nicht stattgefunden hat. Dies wird auch von der Antragsgegnerin nicht bestritten. Dass der Bürgermeister gegebenenfalls diese Beanstandung nicht als vergaberechtliche Rüge im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB eingeordnet hat, ist unschädlich. Ausreichend ist, dass jedenfalls die erhobene Beanstandung derart konkret war, dass aus der Sicht des Bürgermeisters Anlass zum Nachfragen bestand.

b) Zudem war auch die schriftlich erhobene Rüge vom 11.04.2007 noch unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB.

Der Rügeobliegenheit des Bieters nach § 107 GWB unterliegen nur solche Vergaberechtsverstöße, hinsichtlich derer der Bieter über die volle und positive Kenntnis der sie begründenden Tatsachen verfügt und die er außerdem auch in rechtlicher Hinsicht bei zumindest laienhafter Bewertung als Rechtsverletzung würdigt. Bloße Verdachtrügen müssen nicht ausgesprochen werden. Erkannte Vergaberechtsverstöße sind unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern und im Allgemeinen innerhalb einer Höchstfrist von zwei Wochen, zu rügen. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, ob und wann der Bieter die volle Kenntnis von einem Vergaberechtsverstoß erlangt hat, der Auftraggeber, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.12.2001, Verg 22/01 und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.09.2002, Verg 25/02.

aa) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin liegt hier die Fallkonstellation aus dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 05.12.2006, Verg 56/06 nicht vor. In dem Fall wurde die positive Kenntnis vom vermeintlichen Vergaberechtsverstoß der Antragstellerin in dem Beschwerdeverfahren unterstellt, als diese den ersten Nachprüfungsantrag stellte. Auf diesen Zeitpunkt stellte der Vergabesenat ab und meinte, dass damit ein Grad an Gewissheit und Entschlossenheit vorliege, der einer positiven Erkenntnis im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gleichkomme. Steht das fest, so muss ein Bieter unverzüglich, und zwar innerhalb von zwei Tagen reagieren und rügen.

Hier datierte der erste Nachprüfungsantrag zwar vom 04.04.2007, enthielt aber die rechtsirrig Auffassung, man müsse überhaupt nicht mehr rügen. Ausführungen zu § 107 Abs. 3 GWB, so führte die Antragstellerin aus, seien nicht veranlasst, da ein Verstoß gegen Vergabevorschriften im Verfahren nicht erkannt wurde oder zu erkennen war. Daraus lässt sich schließen, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt des ers-

ten Antrages gerade keine positive Kenntnis im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB hatte. Sie hatte zwar die Sachkenntnis, aber keine Rechtskenntnis, vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.03.2004, Verg 8/04. Die fehlende Rechtskenntnis lässt sich auch aus der Tatsache schlussfolgern, dass die Antragstellerin –obwohl sie mündlich gegenüber dem Bürgermeister rügte– diese Rüge überhaupt nicht in ihrem Antrag erwähnte. Positive Kenntnis setzt aber Sach- und Rechtskenntnis beim Bieter voraus. Genau hieran fehlt es im vorliegenden Fall, so dass als Zeitpunkt für die positive Kenntnis eben nicht die erste Antragstellung genommen werden kann.

Im Übrigen stellte das OLG Düsseldorf in dem Beschluss vom 05.12.2006 nicht auf das Datum der Antragschrift ab, sondern ausdrücklich auf den Zeitpunkt, in dem der Antrag gestellt wurde. Diese Daten fallen im vorliegenden Fall jedenfalls auseinander. Der erste Antrag datierte vom 04.04.2007, wurde aber nicht per Fax übersandt, sondern als Brief und ging als solcher erst am 11.04.2007 bei der Vergabekammer ein. Der Antrag wurde somit im Sinne der o.g. Entscheidung erst am 11.04.2007 gestellt. Dieser Antrag wurde aber wegen der fehlenden Rüge nicht zugestellt. Auf den Hinweis der Vorsitzenden, der Antrag vom 04.04.2007 könne wegen der fehlenden Rüge nicht zugestellt werden, hat die Antragstellerin dann unverzüglich reagiert, indem sie noch am gleichen Tag die Rüge schriftlich gegenüber der Antragsgegnerin erklärte und anschließend den zweiten Nachprüfungsantrag stellte, indem sie zur Vermeidung von Wiederholungen auf ihr Schreiben vom 04.04.2007 Bezug nahm. Damit hat sie auch im Sinne der o.g. OLG Rechtsprechung unverzüglich reagiert.

bb) Die Rüge vom 11.04.2007 war aber auch deshalb noch unverzüglich, weil sie innerhalb der Höchstfrist von 14 Tagen eingelegt wurde. Für diese Bewertung sind immer die Umstände des Einzelfalles entscheidend.

Die Vergabeinformation gemäß § 13 VgV vom 29.03.2007 ging der Antragstellerin offensichtlich am 02.04.2007 zu. Zwischen dem 02. und dem 11.04.2007 liegen neun Kalendertage, wobei hier die Besonderheit bestand, dass es sich um das Osterwochenende mit den gesetzlichen Feiertagen vom 06. und 09.04.2007 handelte. Der Eingang der ersten Antragschrift bei der Behörde und die Postverteilung im Hause haben dazu geführt, dass dieser Antrag erst am 11.04.2007 geöffnet wurde. Wäre der Antrag früher geöffnet worden, hätte die Antragstellerin auch zu einem früheren Zeitpunkt den Hinweis auf eine fehlende Rüge erhalten und hätte umgehend rügen können. Da dies aufgrund der Feiertage nicht möglich war, ist die Einlegung der Rüge am 9. Kalendertag nach dem Informationsschreiben noch als unverzüglich anzusehen. Der anschließend gestellte Antrag wurde dann der Antragsgegnerin zugestellt.

Wie bereits dargelegt, kommt es aber darauf nicht an, weil für die Berechnung der Fristen und die Einhaltung der Obergrenze immer auf den Zeitpunkt abzustellen ist, in dem der Bieter positive Kenntnis von dem Vergaberechtsverstoß hatte. Die Obliegenheit zur unverzüglichen Rüge beginnt erst mit der Sach- und Rechtskenntnis des Bieters vom Vergaberechtsverstoß, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.03.2004, Verg 8/04. Hier bestehen zumindest berechnete und nachvollziehbare Zweifel daran, ob die Antragstellerin und ihr Verfahrensbevollmächtigter am 04.04.2007 tatsächlich Rechtskenntnis von der Erforderlichkeit einer Rüge hatten, wobei die Darlegungs- und Beweispflicht der Antragsgegnerin obliegt.

Im Ergebnis war jedenfalls bereits die mündlich vorgetragene Rüge hinsichtlich der Vollständigkeit des eigenen Angebots unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB und führte zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages. Auf die Rüge vom 11.04.2007 kam es gar nicht mehr an.

c) Ein Bieter kann auch im Laufe des zulässigerweise eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens noch weitere Beanstandungen vorbringen. Hier ist es der Antragstellerin nicht verwehrt, auch noch die Aufhebung der Ausschreibung als vergaberechtswidrig zu beanstanden, soweit sie dies nicht zuvor bereits gerügt haben sollte.

aa) Falls die Antragstellerin vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens die Widerrechtlichkeit der Aufhebung der Ausschreibung gerügt haben sollte, so kann sie diesen Vergaberechtsverstoß im Nachprüfungsverfahren ohne weiteres weiterverfolgen.

bb) Sollte sie die Aufhebung der Ausschreibung zuvor nicht gerügt haben, wofür ihre Einlassungen in der Antragschrift sprechen, gilt folgendes:

Nach der Rechtsprechung des Vergabesenats des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2006, Verg 27/06, welche die Kammer für zutreffend hält, bedarf es gemäß § 107 Abs. 2 GWB der konkreten Darlegung mindestens eines Vergaberechtsverstoßes, um den Zugang zu einem Nachprüfungsverfahren zu erhalten. Hierfür reicht die völlig vage und pauschale Behauptung einer Rechtsverletzung nicht aus. Nur wenn eine den Maßstäben des § 107 Abs. 2 GWB genügende Darlegung der Verletzung von Bieterrechten das Nachprüfungsverfahren eröffnet hat, können andere Vergaberechtsverletzungen zum Gegenstand desselben Nachprüfungsverfahrens gemacht werden, mögen diese bis dahin auch nur andeutungsweise oder gar nicht im Streit gewesen und erst im Verlaufe der Vergabenachprüfung zu Tage getreten sein.

Allerdings darf der Antragsteller mit der Beanstandung nicht schon präkludiert sein. Die Tatbestandsmerkmale des § 107 Abs. 3 GWB müssen für jeden Vergaberechtsverstoß gesondert dargelegt und geprüft werden. Im Streitfall hat die Antragstellerin die Rüge wegen der vermeintlichen Unvollständigkeit ihres Angebots rechtzeitig angebracht, so dass das Verfahren eröffnet ist. Für die Beanstandung, die Aufhebung der Ausschreibung sei vergaberechtswidrig, gilt folgendes:

Die Erkenntnis eines Vergaberechtsverstoßes erfordert nicht nur die Kenntnis der einen Rechtsverstoß begründenden Tatsachen, sondern gleichermaßen die wenigstens laienhafte und durch vernünftige Beurteilung hervorgebrachte rechtliche Wertung und Vorstellung, dass der betreffende Vergabevorgang rechtlich zu beanstanden ist. Bloße Vermutungen oder ein Verdacht lösen hingegen ebenso wenig wie grob fahrlässige Unkenntnis eine Rügeobliegenheit aus, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2006, Verg 27/06. Die Antragstellerin hat – von der Antragsgegnerin unwiderlegt – die Aufhebung der Ausschreibung vor Antragstellung nicht als Vergabefehler erkannt. Vielmehr gingen die Antragstellerin und ihr Verfahrensbevollmächtigter, wenn man die Antragschrift und ihre Einlassungen dazu zugrunde legt, offensichtlich davon aus, dass sie überhaupt keine Chance auf Rückgängigmachung dieser Aufhebungsentscheidung hatten. Erst im Schriftsatz vom 30.05.2007 behauptet die Antragstellerin unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 18.02.2003 erstmals, dass sie auch die Widerrechtlichkeit der Aufhebung der Ausschreibung gerügt habe.

Erst im Nachprüfungsverfahren ist ihr klar geworden, dass auch diese Entscheidung vergaberechtswidrig war, wenn das Angebot vollständig gewesen sein sollte. Da jedenfalls vor Einleitung des Verfahrens keine positive Kenntnis hinsichtlich dieses vermeintlichen Vergaberechtsverstoßes nachweisbar ist, ist insoweit keine Präklusion eingetreten. Die Antragstellerin konnte deshalb diesen vermeintlichen Vergaberechtsverstoß auch noch im laufenden Nachprüfungsverfahren vortragen.

2) Ein Verstoß gegen § 108 GWB liegt nicht vor. Verfahrensrechtlich gesehen wurde der Antragsgegnerin der Nachprüfungsantrag vom 11.04.2007, dem eine Kopie der Rüge beigelegt war, zugestellt. Es ist dabei unschädlich, dass der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin in seinem Nachprüfungsantrag vom 11.04.2007 auf die Ausführungen im Schriftsatz vom 04.04.2007 verwies. § 108 GWB verlangt nicht, dass der Antrag alle Angaben, Begründungen und Beweismittel in einem Dokument vereint. Die Antragschrift muss lediglich hinreichend klar erkennen lassen, worin das Verfahrensziel des Antragstellers besteht, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.07.2001, Verg 16/01.

Ein Verstoß gegen § 108 GWB oder gegen den im Vergaberecht geltenden Beschleunigungsgrundsatz ist auch nicht darin zu erblicken, dass die Antragstellerin erst im Schriftsatz vom 02.05.2007 über das oder die mit dem Bürgermeister geführten Gespräche informierte. Dem insoweit maßgeblichen Nachprüfungsantrag vom 11.04.2007 war eine schriftliche, gegenüber der Antragsgegnerin ausgesprochene Rüge beigelegt. Erst nachdem sich die Antragsgegnerin mit ihrem Schriftsatz vom 19.04.2007 auf die Rügepräklusion berief, untermauerte die Antragstellerin die Einhaltung des § 107 Abs. 3 GWB mit der bereits Anfang April ausgesprochenen mündlichen Rüge. Die Antragstellerin ergänzte damit lediglich ihren Tatsachenvortrag um bisher nicht für notwendig gehaltene Informationen. Neue Ermittlungen durch die Vergabekammer mit der Folge einer Verzögerung des Nachprüfungsverfahrens sind dadurch nicht verursacht worden. Außerdem sieht die Vergabekammer –wie bereits ausgeführt– auch die schriftliche Rüge vom 11.04.2007 noch als fristgerecht an.

3) Das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin entfällt nicht deshalb, weil sie eine Aufhebung der Aufhebungsentscheidung zunächst nicht begehrte. Gemäß § 114 Abs. 1 S. 2 GWB ist die Vergabekammer bei ihrer Entscheidung an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Die Antragstellerin hat hier bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung bzw. des Nachprüfungsverfahrens Zeit, sich zu positionieren und die entsprechenden Anträge zu stellen. Der schriftsätzlich in der Antragschrift vom 04./11.04.2007 muss folglich nicht der letztverbindliche Antrag sein.

B. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, weil die Antragstellerin nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist.

1) Das Angebot der Antragstellerin konnte zunächst aus den von der Antragsgegnerin vor der mündlichen Verhandlung am 06.06.2007 vorgetragenen Gründen nicht ausgeschlossen werden, weil die bis dahin vorliegenden Erkenntnisse den Ausschluss nicht rechtfertigten.

Die Wertung nach § 25 VOL/A vollzieht sich in vier Wertungsstufen. Es sind grundsätzlich die vier Wertungsstufen einzuhalten und der Reihe nach durch zu prüfen. Die Wertungsstufen dürfen nicht miteinander vermengt werden, sondern die Einhaltung

der Wertungsstufen ist zwingend auf Grund des Transparenzgrundsatzes und des Diskriminierungsverbots erforderlich. Ist ein Angebot auf der ersten oder zweiten Stufe auszuschließen, so darf es nicht mehr in die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung in der dritten und vierten Stufe einbezogen werden.

Die Prüfung des Angebots der Antragstellerin auf der ersten und zweiten Wertungsstufe rechtfertigte den Ausschluss des Angebots – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – nicht.

Im Einzelnen:

Die Antragsgegnerin hatte das Angebot der Antragstellerin vergaberechtswidrig gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A von der Wertung ausgeschlossen.

Bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, sind nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Angebote, die die zulässigerweise geforderten Nachweise nicht enthalten, sind zwingend von der Wertung auszuschließen.

Hier waren die Bieter verpflichtet, mit dem Angebot u.a. die Umsatzzahlen bezogen auf die letzten drei Geschäftsjahre (laufende Nr. 2) und eine Liste der Referenzen aus den letzten drei Jahren mit Angabe des Auftragswertes (laufende Nr. 9) vorzulegen.

a) Ausweislich des Vergabevermerks und der Mitteilung nach § 13 VgV hat die Antragsgegnerin den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin jedenfalls nicht wegen der Unvollständigkeit der Nachweise zu der laufenden Nr. 2 verfügt. Vielmehr ist die Unvollständigkeit des Angebots insoweit erstmalig im Nachprüfungsverfahren beanstandet worden.

Die Kammer lässt es hier dahin gestellt, ob die Antragsgegnerin abweichend von ihrer Wertungsentscheidung jetzt noch einen anderen Ausschlussgrund, den sie als solchen bei der Wertung nicht erkannt hat, vortragen kann. Jedenfalls liegt dieser Ausschlussgrund nicht vor.

aa) Ob die Vergabestelle ein Angebot, das bereits in die Wirtschaftlichkeitsprüfung gelangt ist, nachträglich wegen fehlender Zuverlässigkeit, fachlicher Eignung oder Leistungsfähigkeit des Bieters ausschließen darf, wird in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte einhellig dahin beantwortet, dass zwischen einem zwingenden Ausschlussgrund und einer Ermessenentscheidung der Vergabestelle zu unterscheiden ist. Ist der öffentliche Auftraggeber von Gesetzes wegen zum Angebotsausschluss verpflichtet, kann ein rechtlich schützenswertes Vertrauen des betreffenden Bieters, sein Angebot werde nicht von der Wertung ausgeschlossen werden, nicht entstehen. In diesem Fall ist es der Vergabestelle folglich nicht verwehrt, auch noch in einem späteren Stadium der Angebotswertung auf den zwingenden Ausschlussgrund zurückzugreifen. Steht der Vergabestelle bei der Entscheidung ein Beurteilungsspielraum zu und hat sie in Ausübung dieses Spielraums die Zuverlässigkeit, fachliche Eignung oder Leistungsfähigkeit des Bieters bejaht, ist sie daran grundsätzlich gebunden. Sie ist nach Treu und Glauben im Allgemeinen gehindert, im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens von ihrer ursprünglichen Beurteilung abzurücken und

bei unveränderter Sachlage die Zuverlässigkeit, fachliche Eignung oder Leistungsfähigkeit des Bieters nunmehr zu verneinen, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.05.2003, Verg 20/03; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.05.2003, Verg 16/03; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.07.2006, Verg 25/06.

Der maßgebliche Rechtsgedanke aus dieser Rechtsprechung kann auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Hier ist das Angebot der Antragstellerin zwar nicht auf die dritte Wertungsstufe gelangt, sondern wegen eines anderen fehlenden Nachweises ausgeschlossen worden. Allerdings geht es auch hier darum, die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin wegen eines fehlenden Eignungsnachweises nachträglich- und zwar hier im Nachprüfungsverfahren – zu verneinen. Die Kammer neigt dazu, im vorliegenden Fall einen Beurteilungsfehler anzunehmen, weil Umsatznachweise ausgewertet werden müssen und die Antragsgegnerin insofern im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums feststellen musste, ob die Angaben der Antragstellerin hier ausreichend sind. Insbesondere gilt dies für die Frage, ob der Umsatz tatsächlich getrennt nach Geschäftsjahren auszuweisen war.

Bei unveränderter Sachlage ist ein Abweichen von der ursprünglichen Beurteilung nicht möglich, vielmehr müssen sich dann im Verlauf des Vergabeverfahrens neue Gesichtspunkte ergeben. Anders hingegen, wenn es sich um einen zwingenden Ausschlussgrund handelt. Eine erneute Eignungsprüfung im Bereich der Beurteilungsentscheidung, insbesondere zum Nachteil eines Bieters, ist nur dann möglich, wenn sich der Lebenssachverhalt aufgrund neu eintretender Umstände verändert hat, so auch VK Münster, Beschluss vom 13.02.2007, VK 17/06. Dies kann man hier nicht feststellen. Vielmehr hat die Antragsgegnerin diesen vermeintlichen Ausschlussgrund bei der Wertung anders entschieden bzw. zugunsten der Antragstellerin anders gewertet. Neue Gesichtspunkte oder neu eintretende Umstände sind nicht ersichtlich. Dies bedeutet, dass die Änderung der Wertungsentscheidung zu der laufenden Nr. 2 hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin bereits vergaberechtlich unzulässig war.

bb) Der Ausschlussgrund liegt hier aber auch nicht vor, weil die Formulierung in der laufenden Nr. 2 im Anforderungskatalog der Antragsgegnerin den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nicht rechtfertigt. Legt man die Formulierung – Erklärung über den Umsatz der besonderen Leistungsarten, die Gegenstand der Vergabe sind, bezogen auf die letzten drei Geschäftsjahre alternativ im Bereich Personalförderung- aus, und berücksichtigt man dabei als Maßstab die objektive Sicht eines verständigen mit Leistungen der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.05.2005, Verg 19/05; VK Münster, Beschluss vom 17.11.2005, VK 21/05), so hat die Antragstellerin die geforderten Angaben in ihrem Angebot unter der laufenden Nr. 2 beigebracht.

Die Formulierung der Antragsgegnerin ist nicht dahingehend zu verstehen, dass die Bieter getrennt nach Geschäftsjahren die Umsätze nachzuweisen hatten, sondern die Umsätze mussten sich auf die drei zurückliegenden Geschäftsjahre beziehen. Also mussten Angaben zu den Jahren 2006, 2005 und 2004 in den Angeboten enthalten sein. Das war beim Angebot der Antragstellerin der Fall.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Nachweisforderung den Sinn haben sollte, so wie die Antragsgegnerin meint, dass für jedes Jahr die erzielten Umsätze nachzuweisen sind, damit der öffentliche Auftraggeber die Entwicklung des Geschäftsbe-

etriebes des Bieters nachvollziehen kann, um so die erforderliche Prognoseentscheidung treffen zu können. Entscheidend ist zunächst der Wortlaut der Bestimmung in den Verdingungsunterlagen, der hier eine getrennte Ausweisung definitiv nicht verlangte. Vielmehr wurde nur nach den Umsätzen bezogen auf die letzten drei Geschäftsjahre gefragt. Sollte es der Antragsgegnerin entscheidend auf die Geschäftsentwicklung angekommen sein, hätte sie dies für alle Bieter gleichermaßen transparent- so wie dies andere Vergabestellen auch formulieren- fordern müssen. Dies kann dem Wortlaut nicht entnommen werden. Wenn aber der Wortlaut schon diese Auslegung nicht zulässt und diesbezüglich auch nicht zweifelhaft ist, dann kann nicht nach Sinn und Zweck die Forderung so interpretiert werden, wie die Antragsgegnerin dies nunmehr vorträgt.

Da der Nachweis von Umsatzzahlen von den Vergabestellen durchaus unterschiedlich gehandhabt wird, muss auch ein Bieter nicht mutmaßen, ob die Angaben wohl für jedes einzelne Geschäftsjahr getrennt zu erfolgen haben.

Zudem ist aus der Formulierung nicht ersichtlich, dass die Angaben zu den Umsätzen ein komplettes Geschäftsjahr umfassen mussten. Entscheidend ist nur, dass die Bieter in den letzten drei Jahren Umsätze in den genannten Leistungsarten nachweisen konnten.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung zu den sogenannten Newcomern. Dort geht es immer um die Frage, ob ein Unternehmen, das noch nicht so lange am Markt tätig ist, sich dennoch an einer Ausschreibung beteiligen darf, obwohl es keine Umsätze in sämtlichen nachzuweisenden Geschäftsjahren erzielt hat. Ein solches Unternehmen ist auszuschließen, wenn ihm die Umsätze in dem geforderten Zeitraum fehlen, es sei denn, es kann sich auf die Übernahme der Geschäfte eines anderen Unternehmens zulässigerweise berufen.

Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um die Berücksichtigung eines Unternehmens, das für bestimmte Geschäftsjahre keine Umsätze nachweisen kann, sondern hier geht es um die Frage, wie die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin zu verstehen ist. Die Kammer meint, dass allein der Wortlaut entscheidend ist und zu dem Ergebnis führt, dass keine Umsätze für volle Geschäftsjahre nachzuweisen waren. Insofern war es ausreichend, dass ein Bieter, so wie die Antragstellerin, jedenfalls auch im Jahre 2004, wenn auch nur in einem Zeitraum von zwei Monaten, in der genannten Leistungsart, Umsätze darlegen konnte.

Im Übrigen gehen Unklarheiten in den Leistungsbeschreibung letztlich zu Lasten der Vergabestelle, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, 20.05.2005 und 13.07.2005, Verg 19/05.

Entsprechend dem Wortlaut der laufenden Nr. 2 hat die Antragstellerin ihre Umsätze bezogen auf die letzten drei Jahre und bezogen auf die Leistungsart (Schülerspezialverkehr/ alternative Personenbeförderung) in ihrem Angebot dargelegt. Folglich konnte das Angebot der Antragstellerin jedenfalls mit dieser Begründung – unterstellt, dass dieser Grund im Nachprüfungsverfahren zulässigerweise noch geltend gemacht werden konnte - nicht gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A ausgeschlossen werden.

cc) Dem steht auch nicht die von der Antragsgegnerin zitierte Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.02.2006, Verg 83/05 entgegen. Die Vergabestelle hatte in dem Fall ebenfalls Erklärungen über den Gesamtumsatz der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre verlangt. Allerdings fehlte dort im Angebote der Antragstellerin eine „Erklärung über den Gesamtumsatz im abgeschlossenen Geschäftsjahr 2002, dem ersten Geschäftsjahr. Infolgedessen hatte die Antragstellerin den zur Wahl stehenden Nachweis durch Erklärung über die Gesamtumsätze ihres Unternehmens nicht vollständig geführt.“

Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin aber den Umsatz für alle drei Geschäftsjahre tatsächlich in ihrem Angebot genannt.

b) Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A wegen der vermeintlich fehlenden Auftragswerte bei der Liste der Referenzen (laufende Nr. 9) war ebenfalls nicht gerechtfertigt.

Legt man die Formulierung – Liste der Referenzen der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen im Bereich Schülerspezialverkehr mit Angabe des Auftragswertes, der Leistungszeit sowie Name und Adresse der Auftraggeber alternativ im Bereich Personenbeförderung- aus, so entbehrt die von der Antragstellerin vorgenommene Auslegung jedenfalls nicht jeglicher Grundlage. Dass die Antragstellerin den Wortlaut der laufenden Nr. 9 zum Zeitpunkt der Angebotserstellung so verstanden hat, ergibt sich zwanglos aus ihrem Angebot. Sie hat das Wort „Auftragswert“ als Aussage über tatsächlich erbrachte Leistungen im Rahmen der als Referenzen angegebenen Aufträge verstanden.

aa) In den anderen drei Angeboten ist das Wort ebenfalls so verstanden worden. Ein Bieter gibt beispielsweise den Umfang der von ihm zu fahrenden Linien in Bezug auf die konkrete Referenz und den Tagesumsatz an. Der andere Bieter formuliert: „Stadt XX , Einsatz von täglich sieben Standardbussen und einem Gelenkbus“. Auch der dritte Bieter nennt den Umfang des konkreten Auftrages durch Benennung der Schule, nennt aber ebenfalls keine Geldbeträge. Das Wort Auftragswert ist offensichtlich von den anderen Bietern ebenfalls so verstanden worden, wie die Antragstellerin dies vorgetragen hat.

Aus der Sicht der Kammer bestehen insoweit auch keine vergaberechtlichen Bedenken, zumal alle Bieter die Ausschreibung im gleichen Sinne verstanden haben. Verdingungsunterlagen werden denknötwendig unterschiedlich aufgefasst. Dabei führt nicht jede Auslegungsbedürftigkeit zur Beanstandung des Vergabeverfahrens. Nach Sinn und Zweck der Regelung ist dies nur dann der Fall, wenn die Angebote dadurch nicht mehr miteinander vergleichbar sind oder dem Bieter eine Teilnahme an der Ausschreibung im Hinblick auf die Unklarheit nicht mehr zuzumuten ist, OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.05.2000, 2 Verg 2/00; VK Münster, Beschluss vom 17.11.2005, VK 21/05.

Den Begriff „Auftragswert“ haben die Bieter offensichtlich alle in gleicher Weise verstanden; nur ein Bieter hat zusätzlich noch einen Tagesumsatz angegeben, aber keinen Auftragswert für den Gesamtauftrag. Gegen die Auslegung des Begriffs „Auftragswert“ in dieser Weise bestehen auch grundsätzlich keine Bedenken. Vielmehr befindet sich diese Auslegung im Bereich des denkbaren und widerspricht nicht den

Verdingungsunterlagen. Es ist keinesfalls zwingend, die Formulierung „Auftragswerte“ nur in der Form von Umsatzzahlen und mithin als Geldbeträge zu verstehen.

Letztlich muss man insofern dem Argument der Antragstellerin folgen, wenn sie darlegt, dass sie die Umsatzzahlen –genau für die unter der laufenden Nr. 9 genannten Referenzen- schließlich schon unter der laufenden Nr. 2 angegeben habe und deshalb davon ausging, dass der Begriff Auftragswert in der laufenden Nr. 9 sich nur auf den tatsächlichen Umfang und Inhalt der von ihr erbrachten Leistungen beziehen konnte.

bb) Aber auch ohne die Auslegung der Verdingungsunterlagen, kommt man hier zum gleichen Ergebnis, wenn man die Angaben in dem Angebot der Antragstellerin zusammenfügt. Sie hat zwar nicht unter der laufenden Nr. 9 die Umsatzzahlen genannt, so wie die Antragsgegnerin erwartet hatte, aber die Umsatzzahlen für die konkret genannten Referenzen ergeben sich aus ihren Angaben zu der laufenden Nr. 2. Denn in beiden Bereichen sind identische Auftraggeber und Aufträge angegeben worden. Bei einem Abgleich hätte die Antragsgegnerin aus dem Angebot der Antragstellerin somit die von ihr geforderten Angaben entnehmen können. Es kann einem Bieter nicht vorgehalten werden, dass er bei relativ überschaubaren Angeboten, die geforderten Nachweise nicht so ordnet, wie die Vergabestelle sich dies möglicherweise vorgestellt hat.

Im Ergebnis war der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A somit vergaberechtlich auf der ersten und zweiten Wertungsstufe unzulässig.

2) Allerdings ist der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin auf der dritten Wertungsstufe gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A nicht zu beanstanden und führt zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrages.

Die Antragsgegnerin hat sich zwar zunächst auf ihre ursprüngliche Ausschlussentscheidung gestützt, sie hat aber zulässigerweise im Verlaufe des Nachprüfungsverfahrens ihre Wertungsentscheidung zur dritten und vierten Wertungsstufe nachgeholt. Eine noch nicht erfolgte Beurteilungsentscheidung kann im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nachgeholt werden, weil es bei dieser Sachlage eine unnötige Förmerei wäre, wenn man die Vergabestelle verpflichten würde, die Wertung zu wiederholen, die dann möglicherweise wiederum zu einem neuen Nachprüfungsantrag in der gleichen Vergabesache führen würde. Vielmehr kann in diesen Fällen sogleich die von der Vergabestelle im Nachprüfungsverfahren nachgeholte Beurteilung der Vergabestelle einer Überprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen unterzogen werden, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.08.2003, Verg 34/03; BayObLG, Beschluss vom 20.09.2004, Verg 21/04; OLG Naumburg, Beschluss vom 02.09.2005, 1 Verg 8/05.

Da in der mündlichen Verhandlung nicht geklärt werden konnte, ob der Angebotspreis der Antragstellerin angemessen war, hat die Kammer der Antragsgegnerin insgesamt 14 Tage für die Nachholung dieser Beurteilungsentscheidung während des laufenden Verfahrens eingeräumt.

Nach Durchführung dieser Prüfung hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin zu Recht gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A ausgeschlossen.

Im Einzelnen:

Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A darf der Zuschlag auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, nicht erteilt werden.

Die Beurteilung der Angemessenheit des Preises findet regelmäßig auf der dritten Wertungsstufe statt. Ein offenes Missverhältnis von Preis und Leistung liegt dann vor, wenn der angebotene Gesamtpreis derart eklatant von dem an sich angemessenen Preis abweicht, dass eine genaue Überprüfung nicht im Einzelnen erforderlich ist und die Unangemessenheit des Angebotspreises sofort ins Auge fällt, BGH 21.10.1976, VII ZR 327/74. Zur Feststellung eines unangemessen hohen Angebotes können auch die Ergebnisse vergleichbarer Ausschreibungen und übliche Marktpreise herangezogen werden. Es sind keine Gründe ersichtlich, anders als bei der Feststellung eines unangemessen niedrigen Angebots nicht auf einen Preisvergleich mit anderen Anbietern abzustellen. Ebenso erscheint die Spanne von 10 % zum nächsten Angebot, die die Rechtsprechung als Kriterium eines unangemessen niedrigen Preises ansieht, als brauchbares Beurteilungskriterium. Damit stellt sich die Frage, welche Vergleichspreise heranzuziehen sind. Ob ein ausgeschlossenes Konkurrenzangebot einen zulässigen Vergleichsmaßstab darstellt oder nicht, wird sich deshalb nur anhand des Einzelfalls entscheiden lassen, meinte das OLG München, Beschluss vom 02.06.2006, Verg 12/06. Steht ein unangemessen hoher Preis in Rede, ist mithin zu prüfen, ob – in Relation zur angebotenen Leistung – der verlangte Gesamtpreis erheblich übersetzt ist, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2006, Verg 54/06.

Die Beurteilungsentscheidung der Antragsgegnerin, die diese in ihrem fortgeschriebenen Vergabevermerk dokumentierte, ist unter Beachtung der vorstehenden Ausführungen nicht zu beanstanden.

a) Die bisher an die Antragstellerin gezahlten Auftragssummen sowie die Angebotspreise der ausgeschlossenen Angebote konnten ohne weiteres als Anhaltspunkte bei der Beurteilung der Angemessenheit des Preis-Leistungsverhältnisses berücksichtigt werden. Denn sie spiegeln letztlich den üblichen Marktpreis wieder, zumal der Leistungsumfang fast vergleichbar geblieben ist. Soweit die Antragstellerin vorträgt, die Kilometerleistungen würden trotz der Reduzierung des Leistungsumfanges gleich geblieben sein, kann dies dahin stehen. Denn die Antragsgegnerin hat ihre Vergleichsberechnungen mit den Auftragswerten aus den Jahren 2004 bis 2006 durchgeführt und gerade den veränderten Leistungsumfang zum Nachteil der Antragstellerin nicht mitberücksichtigt.

Zunächst stellte die Antragsgegnerin fest, dass zum günstigsten Angebot eine Preisdifferenz in Höhe von 33,5 % besteht. Die Spanne zum nächsten Angebot liegt bei ca. 13 %. Aus der Sicht der Kammer bestehen keine Bedenken, diese beiden Angebote als Vergleichsangebote heranzuziehen, weil diese jedenfalls nicht wegen Ungeheimheiten bei der Auftragssumme ausgeschlossen wurden, sondern ebenfalls wegen Unvollständigkeit der geforderten Unterlagen auf der zweiten Wertungsstufe. Bereits aus diesen Differenzen lässt sich erkennen, dass der Preis der Antragstellerin auffallend höher ist als der Preis in den anderen Angeboten. Dabei kann der Preis des 4. Bieters, der um ca. 114 % höher ist, hier als unrealistisch außer Betracht bleiben.

Weiterhin weicht die nunmehr geforderte Auftragssumme in Höhe von ca. 230.000 € erheblich von der im Jahre 2006 an die Antragstellerin tatsächlich gezahlte Auftragssumme in Höhe von ca. 150.000 € ab, was ebenfalls ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung im Angebot der Antragstellerin nahe legt. Dabei ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin die Werte aus den Jahren 2004 bis 2006 als Vergleichsmaßstab heranzieht. Eine Steigerung des Preises um ca. 55 % im Vergleich zu den vorhergehenden Leistungen erscheint sachlich nicht nachvollziehbar. Die gestiegenen Personal- und Kraftstoffkosten können die Erhöhung des Auftragswertes auf den Betrag von ca. 230.000 € jedenfalls nicht ohne weiteres rechtfertigen. Die weitere Begründung der Antragstellerin ist ebenfalls nicht ausreichend. Auch wenn man den Ausführungen der Antragstellerin insoweit folgt, dass die bisher gezahlten Beträge offensichtlich weder kosten- noch ertragsdeckend waren, so bleibt dennoch eine erhebliche Steigerung, die nicht begründet wurde. Wenn man im Vergleich zu den vorhergehenden gezahlten Preisen eine erhebliche Steigerung hat, muss man annähernd begründen, aufgrund welcher Umstände diese erhebliche Preissteigerung zwingend erforderlich war. Der pauschale Vortrag, man sei mehr als drei Jahre nicht kostendeckend gefahren, reicht dafür nicht. Wenn aber keine nachvollziehbaren Umstände vorgetragen werden, so bleibt festzustellen, dass auch unter Berücksichtigung des Arguments der Antragstellerin, man sei zuvor nicht kostendeckend gefahren, eine immer noch erhebliche Steigerungsrate bleibt, die nicht angemessen erscheint.

Die Kammer lässt es hier dahingestellt, ob die Einbeziehung des Preisindex und des Haushaltsansatzes in Höhe von 166.400 € sachdienlich war, weil jedenfalls der Haushaltsansatz sich offensichtlich wiederum an den Auftragswerten orientierte, die zuvor an die Antragstellerin gezahlt wurden.

Vergleicht man aber die Gesamtpreise aus sämtlichen Angeboten und stellt auch die bislang gestellten Auftragssummen in den Vergleich, so weicht der Gesamtpreis im Angebot der Antragstellerin eklatant von den anderen Summen ab. Dies reicht nach Auffassung des BGH aus, um ein Missverhältnis von Preis und Leistung in einem Angebot festzustellen.

b) Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2006, Verg 54/06, ist die Angemessenheit des Angebotspreises, wenn ein unangemessen hoher Preis gefordert wird, auch durch eine Betrachtung des Preis-Leistungs-Verhältnisses innerhalb des vom Ausschluss bedrohten Angebots zu ermitteln. Nur wenn sich ergibt, dass der Wert der Leistung zum Betrag der Gegenleistung, d.h. zum Gesamtpreis in einem erheblichen Missverhältnis steht, kann von einer Unangemessenheit des Preises gesprochen werden. Hier liegen keine Besonderheiten in der Leistungsbeschreibung, die den hohen Preis im Angebot der Antragstellerin rechtfertigen würden. Vielmehr muss zum Nachteil der Antragstellerin berücksichtigt werden, dass im Vergleich zum bisherigen Auftragsumfang nunmehr die Kinder aus dem Ortsteil Ax-xxxx nicht mehr befördert werden sollen. Dabei soll es sich unwidersprochen um ca. 60 bis 70 Kinder handeln, was dazu führen muss, dass jedenfalls weniger Busse eingesetzt werden müssen, was wiederum unabhängig von der Kilometerzahl ist. Andere Besonderheiten, die den Preis aus dem Angebot der Antragstellerin erklärbar machen, sind hier nicht feststellbar. Somit führt auch diese Überlegung dazu, dass im Angebot der Antragstellerin das Preis-Leistungsverhältnis nicht stimmt.

Allein die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung hier festgestellt werden kann. Wenn aber der Gesamtpreis derart eklatant von dem an sich angemessenen Preis abweicht, ist nach Auffassung des BGH a.a.O. eine genaue Überprüfung im Einzelnen nicht mehr erforderlich. Bereits diese Feststellungen rechtfertigen den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin durch die Antragsgegnerin im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A.

c) Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin aber auch noch eine Prüfung der Angemessenheit des Angebotspreises anhand der Einzelpositionen in der Kalkulation der Antragstellerin vorgenommen.

Da die Kalkulation erst sehr kurzfristig vorgelegt wurde, konnte die Antragsgegnerin diese nur noch summarisch prüfen. Dabei stellte sie fest, dass es an mehreren Stellen Unklarheiten gab, die nicht ohne weiteres geklärt werden konnten. Die Einzelheiten stellte die Antragsgegnerin in einem Vermerk zusammen, den sie der Vergabekammer und der Antragstellerin vorlegte.

Die Vergabekammer geht zunächst davon aus, dass die der Beurteilungsentscheidung zugrunde gelegten Fakten den Tatsachen entsprechen. Denn es ergeben sich keine gegenteiligen Anhaltspunkte aus den von der Antragstellerin übersandten Unterlagen, die unmittelbar der Vergabekammer vorgelegt wurden. Die Antragstellerin hat zudem der Prüfung der Antragsgegnerin auch nicht widersprochen.

Dabei lässt es die Kammer dahingestellt, ob bereits die der Antragstellerin von der Antragsgegnerin gesetzte Frist für die Abgabe der Unterlagen im Rahmen der Aufklärung des Angebotsinhalts, die von der Antragstellerin nicht eingehalten wurde, den Ausschluss des Angebots gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A rechtfertigte, so OLG Jena, Beschluss vom 21.11.2002, 6 Verg 7/02.

Die Kammer ist jedenfalls der Ansicht, dass die Entscheidung der Antragsgegnerin, keine weiteren Aufklärungen hinsichtlich der Ungereimtheiten in der Kalkulation vorzunehmen, im Sinne von § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A nicht zu beanstanden ist.

Einen Anspruch auf Nachverhandlung hat der Bieter, der ein unklares Angebot vorgelegt hat, grundsätzlich nicht. Dem Auftraggeber steht bei der Entscheidung darüber, ob er ein Aufklärungsgespräch für notwendig erachtet, ein Beurteilungsspielraum zu, der auf eine eventuelle missbräuchliche Handhabung hin überprüft werden kann, OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.09.2003, 11 Verg 11/03; Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A 2. Auflage, § 24 Rn. 16. Erst recht ist es nicht zu beanstanden, wenn eine Vergabestelle zunächst versucht, entsprechende Aufklärungsverhandlungen hinsichtlich eines Angebots durchzuführen, dann aber feststellt, dass die von dem Bieter gelieferten Unterlagen unzulänglich sind und in tatsächlicher Hinsicht Ungereimtheiten beinhalten, die nicht ohne weiteres allein von der Vergabestelle geklärt werden können. Wenn darüber hinaus auch der Bieter keine weitere Sachverhaltsaufklärung in Kenntnis dieser Umstände betreibt, ist es der Vergabestelle nicht verwehrt, an diesem Punkt die Aufklärungsverhandlungen abzubrechen und eine Entscheidung zu treffen. Im Ergebnis war die Antragsgegnerin hier nicht verpflichtet, diese Ungereimtheiten in der Kalkulation noch weiter aufzuklären.

Im Ergebnis ist das Angebot der Antragstellerin, nachdem die Antragsgegnerin die Wertung auf der dritten und vierten Wertungsstufe während des laufenden Nachprü-

ungsverfahrens zulässigerweise nachgeholt hatte, zu Recht gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A ausgeschlossen worden. Da auch das verbliebene Angebot auf der dritten Stufe ausgeschlossen wurde, ist ausweislich des Vergabevermerks das Wertungsverfahren insgesamt zulässigerweise beendet worden.

3) Die Aufhebung der Ausschreibung gemäß § 26 Nr. 1 lit. c) VOL/A durch die Antragsgegnerin – so wie im Vergabevermerk dokumentiert – war somit gerechtfertigt, weil die Ausschreibung letztlich kein wirtschaftliches Ergebnis hatte.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 1 GWB, wonach die unterliegende Partei die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Kammer zu tragen hat.

Da der Antrag der Antragstellerin letztlich ohne Erfolg war, hat sie diese Gebühren zu tragen. Die Kammer sieht sehr wohl, dass der Nachprüfungsantrag, wenn die Wertung durch die Antragsgegnerin im Laufe des Nachprüfungsverfahrens nicht fortgesetzt worden wäre, Erfolg gehabt hätte. Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin auf der zweiten Wertungsstufe war jedenfalls nicht gerechtfertigt.

Allerdings hat die Kammer diese Fortsetzung ermöglicht, um eine endgültige Entscheidung hinsichtlich dieser Vergabe – ohne die Durchführung eines weiteren Nachprüfungsverfahrens – herbeizuführen. Insgesamt gesehen hat sich die Antragstellerin damit einen neuen Nachprüfungsantrag erspart und konnte sogleich weitere Verfahrenshandlungen der Antragsgegnerin im laufenden Verfahren überprüfen lassen. Schließlich wäre die Entscheidung ohne Berücksichtigung der dritten und vierten Wertungsstufe für die Antragstellerin ohne Belang gewesen, weil sie – trotz des möglichen Vergabekammerbeschlusses – keine Aussicht auf Erhalt des Zuschlags gehabt hätte.

Da die Fortsetzung der Wertung zum Nachteil der Antragstellerin ausgegangen ist, hat sie – insgesamt betrachtet – nicht obsiegt. Wenn aber die Nachholung der Wertungsentscheidung im Verlauf eines Nachprüfungsverfahrens zulässig ist, muss die letztlich unterliegende Partei dann auch die Kosten des Verfahrens tragen.

Entsprechend der bundesweit einheitlich verwandten Gebührenstaffel ist eine Gebühr in Höhe von xxxx € ausgehend von einem Auftragswert von insgesamt ca. 1,2 Mio. € für die gesamte Vertragslaufzeit basierend auf dem Angebot der Antragstellerin anzusetzen. Aus Billigkeitsgründen wird der Betrag auf xxxx € ermäßigt.

### IV.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt (§ 128 Abs. 4 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Unter entsprechender Anwendung des § 80 Abs. 1 S. 2 VwVfG NW hat die Antragstellerin hier aber nicht die Kosten und Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin zu tragen, weil ihr Antrag nur deshalb erfolglos war, weil die Antragsgegnerin die vorher bestehende Vergaberechtswidrigkeit der angegriffenen Vergabeentscheidung im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens durch Fortsetzung der Wertung heilen konnte. Die Antragsgegnerin hat somit die erforderliche Begründung für den Ausschluss des Angebots nachträglich geliefert. Insofern trägt jede Partei die bei ihr entstandenen Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung selbst.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Stolz

---

Meißner