



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt**

Beschluss

AZ: 1 VK LSA 12/16

Halle, 28.09.2016

§ 16 Abs. 3 d) VOL/A, § 97 Abs. 7 GWB
- Änderungen an den Vergabe- und Vertragsunterlagen

Selbst geringfügige Abweichungen von den Vorgaben der Vergabestelle genügen für einen Angebotsausschluss. Ein Bieter muss grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Auftraggeber die Leistung genauso erhalten möchte, wie er sie in den Vertragsunterlagen festgelegt hat. Gegebenenfalls wäre zu prüfen, ob ein Angebot, das von den Vergabe- und Vertragsunterlagen abweicht, als Nebenangebot wertungsfähig ist.

In den Nachprüfungsverfahren

.....
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

gegen

.....
.....

Antragsgegner

unter Beiladung der Mitbieter

..... Beigeladene zu 1)
.....

..... Beigeladene zu 2)
.....

Verfahrensbevollmächtigte:

.....
.....
..... Beigeladene zu 3)
.....

..... Beigeladene zu 4)
.....

..... Beigeladene zu 5)
.....

wegen

der gerügten Vergabeverstöße zu den Offenen Verfahren bezüglich der Sonderbeförderungsleistungen von Schülern des im Freigestellten Schülerverkehr hat die 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 31.08.2016 unter Vorsitz des Leitenden Regierungsdirektors sowie unter Mitwirkung der hauptamtlichen Beisitzerin Frau..... und der ehrenamtlichen Beisitzerin Fraubeschlossen:

1. Die Nachprüfungsanträge werden zurückgewiesen.
2. Die Kosten der Verfahren einschließlich der Kosten für die anwaltliche Vertretung der Beigeladenen zu 2) trägt die Antragstellerin.
3. Die Höhe der Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer beläuft sich auf Euro.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen zu 2) wird für notwendig erklärt.
5. Die Antragstellerin hat für die Akteneinsicht einen Kostenbetrag von Euro zu entrichten.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) im Wege Offener Verfahren Sonderbeförderungsleistungen von Schülern im Freigestellten Schülerverkehr aus. Der Antragsgegner ist als Träger der Schülerbeförderung verpflichtet, Schüler mit

körperlicher oder geistiger Behinderung unter zumutbaren Bedingungen zu den Schulorten zu befördern. Die Beförderungsleistungen waren in 37 Lose untergliedert und erstreckten sich auf eine Vertragslaufzeit vom 11.08.2016 bis zum 03.07.2019. Optional waren jeweils Verlängerungen um ein Schuljahr vorgesehen.

Als Zuschlagskriterium wurde nach Ziffer IV.2.1 der Bekanntmachung der niedrigste Preis festgelegt. Ausweislich des Abschnittes III der Bekanntmachung waren keine Festlegungen bezüglich der Nachforderung von Erklärungen und Nachweisen getroffen worden.

Dem Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebotes waren u. a. die Leistungsbeschreibung, die Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen und eine Auflistung der geforderten Erklärungen und Nachweise beigefügt. Hinsichtlich der Abgabefrist für die Erklärungen und Nachweise wurde differenziert nach Unterlagen, die mit dem Angebot bzw. auf Verlangen der Vergabestelle beizubringen waren. Gemäß Punkt 10 der o. g. Auflistung waren die Fahrerlaubnisse und Personenbeförderungsscheine des vorgesehenen Personals mit dem Angebot vorzulegen. Auf Verlangen der Vergabestelle hingegen, waren vor Zuschlagserteilung die zum Einsatz kommenden Fahrer aufzulisten.

Ausweislich der Leistungsbeschreibung wurde die Forderung erhoben, dass die Bieter die Sonderbeförderung in einem hohen Qualitätsstandard zu gewährleisten, aber auch nach effektiven wirtschaftlichen Kriterien durchzuführen haben. Zu beachten waren dabei die optimale Auslastung und Streckenführung der je Einzellos einzusetzenden Fahrzeuge. Ebenfalls kalkulationsrelevant waren Änderungsvorbehalte zu der Anzahl der aufzunehmenden Schüler, deren Wohnorte, den Schulstandorten, den Unterrichtsanfängs- und -endzeiten sowie Erfordernisse kurzfristiger Einsatzmöglichkeiten zusätzlicher Fahrzeuge bei Havarien.

Der Leistungsbeschreibung waren die losweise auszufüllenden Formblätter „Angebot je Tour“ und „Tourenplan je Einzellos“ beigefügt. Dem Formblatt „Angebot je Tour“ war zu entnehmen, dass die Angabe der Gesamtkilometer gefordert war. Die Gesamtkilometer setzen sich aus den Leerkilometern und den Besetzkilometern zusammen. Definiert wurden die Leerkilometer im Formblatt „Angebot je Tour“ mit der Entfernung vom Betriebshof zur Schule und von der Schule zum Betriebshof. Der Start- und Endpunkt war im „Tourenplan je Einzellos“ unter der Bezeichnung „Betriebshof/ Standort Abfahrt“ anzugeben. Weitere Angaben waren im Formblatt gemäß den Spaltenüberschriften gefordert. Danach waren die Zeit, der Ort, die Straße, die Schule, die Besetz- und die Leerkilometer auszufüllen. Zusätzlich enthielt das Formblatt eine Spalte für Bemerkungen. Maßgeblich für die durch die Bieter zu planenden Touren waren die Vorgaben der einzelnen Losbeschreibungen. Danach wurden die Anzahl der aufzunehmenden Schüler mit den dazugehörigen Adressen, die anzufahrenden Schulorte ebenfalls mit Angabe der Adresse sowie die Unterrichtsanfängs- und -endzeiten vorgegeben.

Für jedes Einzellos war das Angebot als Preis pro zu fahrendem Kilometer in Euro auszuweisen. Gemäß Punkt 1.7 der Leistungsbeschreibung hat die Rechnungslegung gegenüber dem Auftraggeber über die tatsächlich gefahrenen Kilometer zu erfolgen.

Seitens des Antragsgegners wurden mehrere Bieterinformationen versandt. Im Zeitraum vom 02.11.2015 bis zum 03.12.2015 erfolgten 15 Informationen, von denen vier losspezifisch und elf losübergreifend waren. Von den vier losspezifischen Bieterinformationen betraf nur eine Information die streitgegenständlichen Lose.

U. a. wurde in der Mail vom 04.11.2015 zu Punkt 3. ausgeführt: Frage: „In den Vergabeunterlagen ist innerhalb der Leistungsbeschreibung eine Vorlage zur Tourenplanung, als Erstellungsvorlage, beigefügt. Ist diese zwingend zu verwenden und handschriftlich oder maschinell auszufüllen, oder kann alternativ eine durch den Bieter erstellte Tourenplanung, die der Vorlage inhaltlich und sachlich entspricht, verwendet und zur Angebotsabgabe eingereicht werden?“ Antwort: „Die beigefügten Formulare zur Tourenplanung (Anlagen der Leistungsbeschreibung) sind zwingend zu verwenden. Sie können handschriftlich oder maschinell ausgefüllt werden. Alternative Vorlagen zur Tourenplanung durch den Bieter sind nicht zulässig.“ Des Weiteren wurde in dieser Mail unter Punkt 4. noch einmal klargestellt, dass sich die Gesamtkilometer aus den Besetzkilometern der Beförderungsstrecke zuzüglich der Kilometer aus den Leer-anfahrten und Leerabfahrten zusammensetzen.

Die Antragstellerin forderte am 16.11.2015 die Vergabeunterlagen ab und reichte für die streitgegenständlichen Lose 20, 21, 25, 26, 27, 29, 32, 33, 34 und 37 bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 08.12.2015, 11:00 Uhr, entsprechende Angebote ein. Die Beteiligung anderer Bieter am Wettbewerb ist der nachstehenden Tabelle wie folgt zu entnehmen:

Lose	20	21	25	26	27	29	32	33	34	37
Anzahl der Angebote	4	9	5	5	5	2	5	5	7	9

Mit den Informationsschreiben nach § 101a GWB a. F. wurde die Antragstellerin per Faxübermittlungen am 21.04.2016 darüber unterrichtet, dass sie wegen unvollständiger Angebote in sämtlichen Losen von der weiteren Vergabe ausgeschlossen werde. Darüber hinaus wurde ergänzend bezogen auf das Los 21 ausgeführt, dass keine eindeutigen Eintragungen vorgenommen und hinsichtlich der Lose 25, 26, 27, 29, 32, 33, 34 und 37 die in den Vergabeunterlagen gestellten Bedingungen nicht erfüllt worden seien. Die Angaben in den Tourenplänen seien unvollständig. Als Betriebshof sei der Wohnort des Fahrers ohne Angabe der Straße benannt worden. Somit sei eine Prüfung der Gesamtkilometer nicht möglich. Dies ziehe einen Ausschluss nach § 19 EG Abs. 3 lit. a VOL/A nach sich.

Den beigeladenen Bietern hingegen wurde mit gleichem Datum per Fax die Information über die beabsichtigte Zuschlagserteilung der im Streit stehenden Lose wie nachstehend aufgeführt übermittelt:

Verfahrensbeteiligte	zu Los	zu Los	zu Los
Beigeladene zu 1)	20	32	33
Beigeladene zu 2)	21	26	37
Beigeladene zu 3)	25	29	
Beigeladene zu 4)	27		
Beigeladene zu 5)	34		

In Folge dessen ließ die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner mittels anwaltlichen Fax-Schreibens vom 27.04.2016 den Ausschluss der Angebote zu den streitgegenständlichen Losen als vergaberechtswidrig rügen. Einen Ausschluss der Angebote wegen fehlender geforderter oder nachgeforderter Erklärungen nach § 19 EG Abs. 3 lit. a VOL/A könne nur in Betracht kommen, wenn diese in den Vergabeunterlagen gefordert gewesen seien. Dies sei jedoch nicht der Fall. Die Antragstellerin habe die vorgegebenen Formulare verwendet, nach denen Angaben zu den Leer- und den Besetzkilometern vorzunehmen waren. Mit den bereits vorgegebenen Haltepunkten lt. Vergabeunterlagen würden sich die Besetzkilometer bereits ergeben. Hinsichtlich der Leerkilometer müsse angemerkt werden, dass die Antragstellerin ihren Sitz in ... habe. Im Rahmen der Vergabe wäre ein Fahrer beauftragt worden, der das Auto in einem Umkreis der angegebenen Leerkilometer zum ersten Haltepunkt bereitgehalten hätte. Dies stünde in Übereinstimmung mit der unternehmerischen Freiheit und dem Kalkulationsrisiko des Unternehmens. Dies gebiete zudem das Zuschlagskriterium „niedrigster Preis“.

Auch widerspreche der Ausschluss der Angebote der Vergabep Praxis vorausgegangener Ausschreibungen, bei denen bei gleicher Sachlage kein Ausschluss erfolgt sei.

Am 28.04.2016 ließ die Antragstellerin mittels anwaltlichen Schriftsatzes bei der erkennenden Kammer Nachprüfungsanträge bezüglich der Lose 20, 21, 25, 26, 27, 29, 32, 33 und 37 stellen. Diese Anträge sind dem Antragsgegner am gleichen Tage verbunden mit der Aufforderung zur Vorlage der Vergabeunterlagen und einer Stellungnahme zugesandt worden.

Die kammerseitig erfolgte Durchsicht der vom Antragsgegner vorgelegten Unterlagen ergab, dass der Antragsgegner bei einem Bieter per Mail am 14.12.2015 fehlende Erklärungen und Nachweise mit Fristsetzung zum 21.12.2015 nachgefordert hatte. Ein weiterer Bieter wurde gleichfalls per Mail am 17.12.2015 hinsichtlich seines Angebotes zu Los 1 angefragt, die Anschrift des Ausgangsstandortes zu benennen, da die Leerkilometer nicht prüfbar seien. Ein dritter Bieter wurde bezüglich seines Angebotes zu Los 3 um Angabe des konkreten Aus-

gangsstandortes gebeten, da dieser zur Ermittlung der Leerkilometer benötigt würde. Mit einem vierten Bieter wurde am 04.02.2016 ein Aufklärungsgespräch zu den vorgelegten Nachweisen bezüglich der vorhandenen Fahrzeuge durchgeführt.

Außerdem war aus der vorgelegten Dokumentation nicht erkennbar, ob gegenüber allen Bietern die Beantwortung aller Bieteranfragen offengelegt wurde. Auf Nachfrage der erkennenden Kammer erklärte der Antragsgegner mit Schreiben vom 08.08.2016, dass denjenigen Bietern, die die Vergabeunterlagen zu einem späteren Zeitpunkt abgefordert hatten, die Anfragen der Bieter und die Bieterinformationen als Zusatzblatt zu den Vergabeunterlagen übersandt worden seien.

Des Weiteren geht aus den Unterlagen der formellen Prüfung die antragsgegnerseitige Feststellung hervor, dass die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen allen Anforderungen entsprächen und keine zwingenden Ausschlussgründe vorlägen. Diese Schlussfolgerung kann durch die erkennende Kammer zumindest hinsichtlich der Angebote der mit der Antragstellerin konkurrierenden Mitbieter in einem Fall je Los nachvollzogen werden. Ansonsten fanden die durch den Antragsgegner vorgegebenen Formblätter keine Verwendung.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich vortragen, dass sich die Nachprüfungsanträge vollumfänglich auf die Rügevorträge stützten. Die Angabe einer Pauschale von Leerkilometern habe den Hintergrund, dass die Antragstellerin ihren Sitz in _____ habe. Unter Beachtung des Zuschlagskriteriums „niedrigster Preis“ wären bei den täglichen Anfahrten von _____ aus die Angebote von vornherein unwirtschaftlich gewesen.

Darüber hinaus sei die Antragstellerin den Anforderungen des Antragsgegners in Gänze nachgekommen. Im Formblatt „Tour je Los“ habe die Antragstellerin die Leerkilometer vom Betriebshof/ Standort bis zum ersten Schüler angegeben. Sofern ausgeführt werde, dass es dem Antragsgegner auf die getrennte Angabe von Leer- und Besetzkilometern angekommen sei, habe die Antragstellerin auch dieses Erfordernis erfüllt. Hingegen gehe aus den Unterlagen nicht hervor, dass der Antragsgegner die Leerkilometer auf Plausibilität kontrollieren wolle. Für die Angabe der Besetzkilometer seien die vorgegebenen Wohnorte der Schüler bereits feste Parameter. Dass diese einer Plausibilitätsprüfung unterzogen würden sei verständlich, um bieterseitig zu geringe Kilometerangaben auszuschließen. Für die Leerkilometer jedoch könne dies nicht zutreffen. Bei dem alleinigen Zuschlagskriterium Preis sei der Bieter grundsätzlich frei, den Standort, bzw. Fahrtbeginn und -ende selbst festzulegen.

Unschädlich sei auch, dass die Antragstellerin ein eigenes Formblatt verwendet habe. Dieses unterscheide sich inhaltlich nicht vom vorgegebenen Formblatt des Antragsgegners. Inhaltlich seien die Anforderungen des Antragsgegners erfüllt worden.

Bezüglich vorangegangener Ausschreibungen könne eine sich veränderte Rechtsauffassung bzw. Weiterentwicklung des Vergabeverfahrens nicht ausgemacht werden. Die Ausschreibungsunterlagen würden keine diesbezüglichen Änderungen erkennen lassen. Für einen Bieter sei nicht ersichtlich geworden, dass der Betriebshof bzw. der Wohnort des Fahrers mit der vollständigen Meldeadresse des Fahrers angegeben werden sollte.

Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Antragsgegner aufzugeben, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen sowie
2. dem Antragsgegner die Kosten der Verfahren aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin zurückzuweisen und
2. die Kosten der Verfahren der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Antragsgegner trägt vor, dass Bestandteil der Vergabeunterlagen neben der Leistungsbeschreibung u. a. das selbstentwickelte Formblatt „Tourenplan je Einzellos“ gewesen sei. Neben den Besetzkilometern seien die Leerkilometer für die Anfahrten vom Betriebshof/ Standort des Unternehmens zum ersten Schüler sowie nach Beendigung der Tour für die Fahrt vom letzten Schüler zum Betriebshof/Standort zu erfassen gewesen. Mit diesem Hinweis sei erkennbar, worauf es dem Antragsgegner ankomme.

Die Antragstellerin habe bei der Angebotserstellung ein eigenes Formblatt verwendet, welches nicht konkret die vom Auftraggeber geforderten inhaltlichen Angaben beinhalte. Sie habe damit die Vergabeunterlagen in unzulässiger Weise abgeändert, was einen Verstoß gegen § 19 EG Abs. 3 lit. d VOL/A darstelle und zum Ausschluss der Angebote führe.

Selbst bei Anerkennung des von der Antragstellerin verwendeten eigenen Formblatts habe der Bieter anstelle der konkreten Angabe des Standortes/Betriebshofes/Wohnsitzes, wie im Formular „Angebot je Tour“ gefordert, lediglich den Ort eingetragen und mit dem Zusatz versehen „Wohnort des Fahrers“. Fehlend sei die Angabe der konkreten Straße und der Hausnummer. Diese Feststellung treffe auf alle Angebote der streitbefangenen Lose zu. Somit könne der Antragsgegner die zurückgelegte Kilometerleistung, insbesondere die Leerkilometer, nicht auf Plausibilität prüfen. Als Bestandteil der Berechnung des Tagespreises seien diese jedoch in die Prüfung einzubeziehen.

Zudem scheide eine Pauschalierung der Kilometer für die Antragstellerin aus, da dies eine Ungenauigkeit bei der Angebotswertung und eine Ungleichbehandlung gegenüber den anderen Bietern darstellen würde. Zudem wären die Angebote nicht mehr vergleichbar.

Außerdem seien die Angebote wegen unvollständiger Angaben zum Wohnort/Sitz des Fahrers nicht vollständig. Aus diesem Grund käme ebenfalls ein Ausschluss nach § 19 EG Abs. 3 lit. a VOL/A in Betracht. Auch könne der antragstellerseitigen Argumentation nicht gefolgt werden, dass die Pauschalierung der Leerkilometer aus Wirtschaftlichkeitsgründen erfolgte. Dem sei entgegenzuhalten, dass dies nicht den Vorgaben des Auftraggebers entspreche. Die Antragstellerin habe die Möglichkeit gehabt, den Wohnort des einzusetzenden Fahrers für die Ermittlung der Leerkilometer anzugeben. Die pauschalierte Kilometerangabe könne nicht akzeptiert und gewertet werden.

Auch könne der Argumentation, dass die Anschrift des Fahrers keine geforderte Erklärung laut Ausschreibungsunterlagen sei, nicht gefolgt werden. Ein entsprechender Hinweis habe sich dem Formblatt „Angebot je Tour“ entnehmen lassen. Entgegenzutreten sei auch dem Argument, dass die fehlende Erklärung einer Nachforderung zugänglich gewesen sein könnte. Es handele sich nicht um eine fehlende Erklärung, sondern um einen immanenten Bestandteil des Angebotes. Eine Nachforderung würde einer Nachbesserung des Angebotes gleichkommen, was vergaberechtlich unzulässig wäre.

Abschließend müsse festgestellt werden, dass der Verweis auf die Ausschreibungspraxis vergangener Zeiträume ebenfalls nicht greife. Diese Ausschreibung liege fünf Jahre zurück. Zwischenzeitlich habe sich die Rechtsprechung fortentwickelt und sich die Rechtsauffassung des Antragsgegners geändert. Dies habe zu einer veränderten Verfahrensweise geführt. In Abwägung der vorgetragenen Rügegründe mit der hierzu seitens des Antragsgegners vertretenen Rechtsauffassung bleibe es bei dem Ausschluss der Angebote der Antragstellerin.

Der Beigeladene zu 2) beantragt,

1. die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin zurückzuweisen und
2. die Kosten der Verfahren der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Beigeladene zu 2) führt anwaltlich vertreten aus, dass sich aus der Verwendung des eigenen Formblatts durch die Antragstellerin bereits ein zwingender Ausschlussgrund ergebe. In Abweichung von den auftraggeberseitigen Vorgaben stelle dies eine Veränderung der Vergabeunterlagen dar. Es spiele auch keine Rolle, dass

das antragstellerseitig verwendete Formblatt inhaltlich identisch mit dem geforderten Formblatt gewesen sein soll. Eine Änderung liege bereits dann vor, wenn lediglich eine deklaratorische Ergänzung vorgenommen werde. Es komme auch nicht darauf an, ob die Änderung dazu führe, dass rechtlich keine sich deckende Willenserklärung vorliege. Zweck der Ausschlussvorschrift sei es, dass der Auftraggeber von jedem umständlichen Vergleich des Angebots mit den ursprünglichen Vergabeunterlagen entbunden werde.

Unabhängig von dem zwingenden Ausschlussgrund wegen Änderung an den Vergabeunterlagen habe die Antragstellerin in Bezug auf die Leerkilometer nicht die geforderte Erklärung abgegeben. Sie habe es unterlassen, die konkrete Ortsangabe bezüglich des Abfahrtsortes im Formblatt „Tourenplan je Einzellos“ zu benennen. Diese Erklärung sei auch keiner Nachforderung zugänglich, da diese zu einer Änderung der Angebote führen würde.

Auch müsse ein Ausschluss der Angebote wegen fehlender Preisangaben erfolgen. Mit Angabe einer Pauschale für die Leerkilometer habe die Antragstellerin gegen die Kalkulationsvorgaben des Auftraggebers verstoßen und damit nicht die geforderten Preisangaben in ihren Angeboten gemacht.

Die übrigen Beigeladenen stellen keine eigenen Anträge.

Mit Beschluss vom 13.07.2016 sind die Verfahren 1 VK LSA 12/16 bis 1 VK LSA 21/16 zur gemeinsamen Entscheidung verbunden und nunmehr unter dem Aktenzeichen 1 VK LSA 12/16 fortgeführt worden.

Ausweislich des Kammerbeschlusses vom 09.08.2016 ist der Antragstellerin Einsicht in die Akten des Antragsgegners gewährt worden. Das Akteneinsichtsrecht erstreckte sich nicht auf die durch die Mitbieter eingereichten Unterlagen und die Auswertungsunterlagen, die Inhalte über diese enthalten. Die Dokumentationen über die Angebotsöffnung blieben dem Akteneinsichtsrecht ebenfalls entzogen

Mittels Beschlüssen vom 15.08.2016 sind als Verfahrensbeteiligte das , das , die ; die und das Unternehmen beigeladen worden.

Den Beteiligten ist in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben worden, ihren Vortrag zum Sachverhalt sowie zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen. Wegen der weiteren Einzelheiten werden auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung sowie die Beteiligtschriftsätze verwiesen.

II.

Die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin sind zulässig.

Gemäß dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung ist das GWB in seiner Fassung vom 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750), geändert durch Art. 258 V v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) anzuwenden.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt - vom 04.03.1999, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03. Der hier maßgebliche Schwellenwert von 207.000 Euro für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gemäß § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV ist für dieses Vorhaben überschritten. Die ausgeschriebenen Leistungen sind keine Verkehrsleistungen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie 2004/17-EG. Beim Transport von Schülern handelt es sich nicht um Verkehrsleistungen für die Allgemeinheit. Insoweit ist die Schülerbeförderung gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 8 PersBefG i. V. m. der Freistellungsverordnung vom 30.08.1962 von den Vorschriften des PersBefG freigestellt. Es handelt sich vorliegend um Dienstleistungen des Anhangs I, Teil B der Kategorie 27 der VOL/A. Der Anwendungsbereich des vierten Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist demnach eröffnet. Die 1.

Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt ist nach Abschnitt A § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW v. 17.04.2013, MBl. LSA Nr. 14/2013) zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB befugt, einen Antrag zu stellen. Aufgrund des im Schriftverkehr dargelegten möglichen Schadens ist zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 103 Abs. 1 GG vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB auszugehen.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, dass ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin lässt vortragen, dass der Antragsgegner die Angebote der streitbefangenen Lose der Antragstellerin vergaberechtswidrig ausgeschlossen habe. Der Antragsgegner hätte die fehlenden Unterlagen unter Fristsetzung nachfordern müssen. Dies verletze sie in ihren Rechten. Hierdurch seien auch ihre Chancen, auf die Zuschlagserteilungen der Angebote entfallen. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend.

Ihre Rügeobliegenheit erfüllte die Antragstellerin am 27.04.2016 hinsichtlich der vermeintlich fehlerhaften Ausschlüsse ihrer Angebote. Diesbezüglich zog die Antragstellerin ihre Erkenntnisse aus den Absageschreiben des Antragsgegners vom 21.04.2016.

Mangels Nichtabhilfeentscheidung des Antragsgegners ist ein Scheitern der Nachprüfungsanträge an § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB ausgeschlossen. Diese sind mit anwaltlichem Schriftsatz vom 28.04.2016 rechtzeitig bei der erkennenden Kammer eingegangenen

Zudem erfüllt der Vortrag der Antragstellerin die Voraussetzungen an einen ausreichend substantiierten Vortrag im Sinne des § 108 GWB.

Die Nachprüfungsanträge sind jedoch unbegründet.

Der Antragsgegner hat die Angebote der Antragstellerin zu Recht ausgeschlossen. Die Antragstellerin hat in mehrfacher Hinsicht Änderungen an den Vergabe- und Vertragsunterlagen vorgenommen. Der Ausschluss war insoweit gemäß § 16 Abs. 3 d) VOL/A zwingend. Ein Verstoß gegen drittschützendes materielles Vergaberecht im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB liegt nicht vor.

Es bedarf daher keiner rechtlichen Bewertung, inwieweit ein gerechtfertigter Ausschluss der Angebote auch nach § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A zu rechtfertigen wäre. Die Antragstellerin hat vorliegend Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen, indem sie ein eigenes Formblatt anstelle des geforderten Formblattes „Tourenplan je Einzellos“ allen Angeboten der im Streit stehenden Lose beifügte. Ob zwischen den tatsächlich verwendeten und den zwingend zu verwendenden Formblättern inhaltliche Unterschiede bestehen, ist ohne rechtliche Relevanz. Der Antragsgegner hat die Verwendung der den Vergabeunterlagen beigefügten Formblätter unstreitig und allseits unwidersprochen zwingend vorgeschrieben. Somit sind die Beteiligten an diese Vorgabe gebunden. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Antragstellerin das Wissen um die auftraggeberseitige Vorgabe eindeutig bejaht. Würde die Rechtsordnung einem Auftraggeber bei derartigen Fallkonstellationen versagen, die Verwendung von bestimmten Formblättern bindend vorzugeben, so hieße dies, diesen in eine Identitätsprüfung zu zwingen, die im Rahmen des dem Vergaberecht innewohnenden Beschleunigungsgrundsatzes und der Komplexität der Vergabe nicht zumutbar wäre.

Ungeachtet der vorherigen Ausführungen ist nach der überwiegenden Rechtsprechung eine Änderung an den Vergabeunterlagen auch dann anzunehmen, wenn das Angebot eine Vorgabe des Leistungsverzeichnisses inhaltlich nicht einhält. Bezüglich der pauschalen Angabe von Leerkilometern für die An- und Rückfahrt zum ersten bzw. vom letzten Haltepunkt ist die Antragstellerin von den Vorgaben der Vergabestelle abgewichen. Aus welchem Grund sie sich dazu berechtigt gefühlt haben mag, ist ohne Bedeutung. Auch hier blieb die Forderung des Antragsgegners nach einer genauen Kilometerangabe unwidersprochen. Eine inhaltliche Abweichung von den Vergabeunterlagen wäre den Bietern nur über die Abgabe eines Nebenangebotes möglich. Gegebenenfalls wäre durch die Vergabestelle zu prüfen, ob ein Angebot, das von den Vergabe- und Vertragsunterlagen abweicht, als Nebenangebot wertungsfähig ist. Die Abgabe von Nebenangeboten hat der Antragsgegner hier jedoch zweifelsfrei bereits mit Bekanntmachung der zu vergebenden Leistungen ausgeschlossen.

Ein Bieter muss grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Auftraggeber die Leistung genauso erhalten möchte, wie er sie in den Vertragsunterlagen festgelegt hat. Daher genügen selbst geringfügige Abweichungen von den Vorgaben der Vergabestelle für einen Angebotsausschluss. Die Vergabestelle handelt nicht rechtsmissbräuchlich, sie ist vielmehr zum Ausschluss gezwungen. Ein Ermessen besteht in diesen Fällen nicht.

Obwohl der Antragsgegner in den streitbefangenen Vergabeverfahren gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Bieter verstoßen hat, muss dies ohne Auswirkung auf den Ausgang der Kammerverfahren bleiben. Der Bundesgesetzgeber wollte im Rahmen des vierten Teils des GWB (§§ 97 ff.) kein Verfahren der allgemeinen Rechtskontrolle installieren, sondern setzt die Ursächlichkeit eines auftraggeberseitigen Verstoßes gegen das materielle Vergaberecht für eine daraus resultierende mögliche Schädigung der Antragstellerin voraus. An Letzterer fehlt es hier.

So vermag an der Entscheidung der erkennenden Kammer auch die Tatsache nichts zu ändern, dass drei von den vier Beigeladenen gleichfalls wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen hätten ausgeschlossen werden müssen. Bei der Durchsicht der von dem Antragsgegner vorgelegten Unterlagen war festzustellen, dass von diesen Verfahrensbeteiligten ebenfalls eigene Vorlagen für die Tourenplanung je Einzellos verwendet wurden. Unter Berücksichtigung dieses Sachverhaltes würde jedoch in jedem der streitbefangenen Lose noch mindestens ein zuschlagsfähiges Angebot verbleiben.

Ohne entscheidende Bedeutung ist in diesem Fall die Frage, ob der Antragsgegner die nach seiner Auffassung fehlenden Angaben hätte nachfordern können bzw. müssen. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass der Antragsgegner gegenüber drei Bietern Angaben und Erklärungen nachgefordert hat, die er gegenüber der Antragstellerin aus rechtlichen Gründen einer Nachforderung nicht für zugänglich hält. Der Antragsgegner verhält sich insoweit erkennbar widersprüchlich, was nicht im Einklang mit den Regelungen des materiellen Vergaberechtes stehen kann.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB. Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen. Vor diesem Hintergrund ist die Antragstellerin als Unterlegene anzusehen, da sie mit ihrem Vorbringen nicht durchgedrungen ist.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene zu 2) war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig. Die Entscheidung beruht auf § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz.

Ausgehend von den Bestimmungen des § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB ermittelt sich die Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer nach der geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt. Unter Zugrundelegung der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin für die ausgeschriebene Leistung zuzüglich der hälftigen Berücksichtigung der optionalen Vertragsverlängerung (BGH, B. v. 18.03.2014, Az. X ZB 12/13) ergeben sich Kosten in Höhe von : Aus Gründen der Billigkeit hält die erkennende Kammer eine Reduzierung der Gebühr auf ... für angemessen. Die Gebühr beläuft sich somit auf Euro. Zu der fälligen Gebühr addieren sich Auslagen nach § 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt (VwKostG-LSA) in Höhe von Euro. Zudem hat die Antragstellerin Kosten für ihre Akteneinsicht in Höhe von Euro zu entrichten.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Hauptsacheverfahren beläuft sich demnach auf

Euro,

gemäß § 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Unter Abzug des bereits durch die Antragstellerin eingezahlten Kostenvorschusses von 2.500,- Euro werden ihr nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses Euro zurückerstattet.

IV.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

V.

Die ehrenamtliche Beisitzerin hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterschreiben. Ihr lag der Beschluss hierzu vor.