



# SACHSEN-ANHALT

## LANDESV ERWALTUNGSAMT

### 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt

#### Beschluss

**AZ: 2 VK LSA 19/17**

**Halle, 04.12.2018**

§ 160 Abs. 3 S.1 Nr. 3 GWB; § 97 Abs. 1 GWB; § 97 Abs. 7 GWB; § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV

- Verspätete Rüge
- Anpassung Bewertungskriterien oder Leistungsverzeichnis
- Änderung Vergabeunterlagen

Eine Rügepräklusion kommt im Allgemeinen bei solchen Rechtsverstößen in Betracht, die sich auf eine allgemeine Überzeugung der Vergabepraxis gründen und aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre und ohne Anwendung juristischen Sachverständes ins Auge fallen. Der Vergabeverstoß muss einem verständigen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots unter Beachtung der gebotenen üblichen Sorgfalt ohne weiteres auffallen.

In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die von der Antragstellerin vorgebrachten Umstände für die Kalkulation der Preise von wesentlicher Relevanz sind. Sie macht geltend, dass den Bietern durch die Vorgaben der Vergabeunterlagen (keine Festlegung der Mindest- und Maximalnutzung der Fahrzeuge, Vorrang der Disponierung der auftraggebereigenen Fahrzeuge sowie Begrenzung der Haftung für Schäden) ein unzumutbares vergaberechtswidriges Wagnis auferlegt werde.

.....

Bei dieser Sachlage kann schließlich dahin gestellt bleiben, ob es vergaberechtswidrig war, dass die Änderungen der Vergabeunterlagen teilweise auf Veranlassung der Beigeladenen erfolgten.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....  
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....  
.....

gegen die

.....  
.....

Antragsgegnerin

unter Beiladung der

.....  
.....

Beigeladene

Verfahrensbevollmächtigte

.....  
.....

wegen

der gerügten Vergabeverstöße bezüglich des offenen Verfahrens zur Einführung von Car-Sharing in der ..... (Rahmenvereinbarung) hat die 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor ....., der hauptamtlichen Beisitzerin Frau ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn ..... auf die mündliche Verhandlung vom 30.10.2018 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, auf der Grundlage der vorgelegten Angebote den Zuschlag zu erteilen. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin tragen die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens je zur Hälfte. Die Verfahrenskosten werden insgesamt auf ..... Euro festgesetzt. Sie gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von ..... Euro und Auslagen in Höhe von ..... Die Antragsgegnerin ist jedoch von der Entrichtung der Gebühren befreit.
3. Für die im Rahmen der Akteneinsicht angefallenen Kopierkosten hat die Antragstellerin ..... Euro und die Beigeladene ..... Euro zu entrichten.
4. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zur Hälfte zu erstatten. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zur Hälfte zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin war notwendig.

**Gründe**

## I.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt im Rahmen eines offenen Verfahrens eine Rahmenvereinbarung mit einem Wirtschaftsteilnehmer über die Einführung von Car-Sharing nach der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) zu vergeben. Die Versendung der Bekanntgabe erfolgte am ..... an das Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften.

Nach Ziffer I.3) der Bekanntmachung standen die Auftragsunterlagen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei unter [www.ausschreibung.halle.de](http://www.ausschreibung.halle.de) für die Unternehmen zur Verfügung. Weitere Auskünfte konnten unter Angabe einer Kontaktadresse telefonisch eingeholt werden.

Die Angebote waren bei der Submissionsstelle der Antragsgegnerin einzureichen. Die Möglichkeit der elektronischen Einreichung der Angebote war ausweislich der Bekanntmachung nicht vorgesehen.

Die Bewertung der Angebote sollte ursprünglich nach Ziffer II.2.5) der Bekanntmachung wie folgt gewichtet werden:

1. Qualitätskriterium Gesamtkonzept: Anmeldung; Gewichtung 6
2. Qualitätskriterium Gesamtkonzept: Schulung Mitarbeiterinnen; Gewichtung 6
3. Qualitätskriterium Gesamtkonzept Fahrzeugbuchung; Gewichtung 6
4. Qualitätskriterium Gesamtkonzept Fahrzeugnutzung; Gewichtung 9
5. Qualitätskriterium Gesamtkonzept Reinigung; Gewichtung 3
6. Qualitätskriterium Gesamtkonzept Betankung/Ladung; Gewichtung 2
7. Qualitätskriterium Gesamtkonzept Schadenfall; Gewichtung 2
8. Qualitätskriterium Gesamtkonzept Fahrzeugstandorte; Gewichtung 12
9. Kostenkriterium – Preis; Gewichtung 50

Nach Ziffer II.2.7) der Bekanntmachung erstreckt sich der Vertragszeitraum vom 01.02.2018 bis zum 31.01.2021.

Der Einreichungstermin für die Angebote war lt. Ziffer IV.2.2) der Bekanntmachung der ....., 12:00 Uhr und der Tag für die Öffnung der Angebote wurde auf den ..... festgelegt.

Die Antragsgegnerin informierte die Bewerber im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens über Änderungen sowie Ergänzungen mittels ihrer Vergabeplattform. Gleichzeitig wurden die Bewerber über deren E-Mailadresse auf verschiedene Korrekturen hingewiesen.

Beispielsweise setzte die Antragsgegnerin die Bewerber am 19.09.2017 in Kenntnis, dass der Schlusstermin für die Einreichung der Angebote auf den 12.10.2017, 12:00 Uhr verschoben werde.

Am 23.09.2017 informierte die Antragsgegnerin die Bewerber darüber, dass der Preis nunmehr das alleinige Zuschlagskriterium darstelle. Die Änderung wurde in der vierten Version der Vergabeunterlagen berücksichtigt. Diese wurden am selben Tag den Unternehmen zur Verfügung gestellt. Hinsichtlich des geänderten Zuschlagskriterium fand eine Korrektur im Formblatt „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes“ statt. Damit entfiel auch die ursprüngliche Forderung nach einer Vorlage eines Gesamtkonzeptes.

Die Antragsgegnerin hatte am ..... sowohl die Änderung des Einreichungstermins als auch den Wegfall des Zuschlagskriteriums „Qualität“ am ..... mit einer zweiten Berichtigung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bekanntgegeben.

Im Rahmen der Angebotsbearbeitung hatte die Antragsgegnerin die Vergabeunterlagen insgesamt neun Mal abgeändert. Die achte Version der Vergabeunterlagen wurde am 26.09.2017 auf die Vergabeplattform eingestellt. Die Bewerber hatten am 29.09.2017 Zugriff auf die neunte Version des Leistungsverzeichnisses.

Die Bieter konnten ausweislich der „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ ihre Angebote elektronisch mit fortgeschrittener Signatur, elektronisch mit qualifizierter Signatur sowie schriftlich einreichen.

Nach Ziffer 1 der Bewerbungsbedingungen hatten die Unternehmen die Vergabestelle vor Angebotsabgabe in Textform unverzüglich zu informieren, wenn nach ihrer Auffassung die Vergabeunterlagen Unklarheiten, Unvollständigkeiten oder Fehler enthalten.

Gemäß Ziffer 3.7 derselben Unterlage werden nur Preisnachlässe gewertet, die ohne Bedingungen als Vomhundertsatz auf die Abrechnungssumme gewährt werden und an der im Angebotsschreiben bezeichneten Stelle aufgeführt sind.

Unter Ziffer 4 des Angebotsschreibens hatten die Bieter ihren Preisnachlass ohne Bedingung prozentual auf die Abrechnungssumme für Haupt- und Nebenangebote anzugeben.

In sämtlichen Versionen der Leistungsverzeichnisse hat die Antragsgegnerin unverändert u.a. folgende Forderungen erhoben:

„Mit Bezug auf das klimapolitische Leitbild der ..... und den darin enthaltenen Grundsätzen, wird im Zuge dieser Ausschreibung der Modernisierungsprozess der Fahrzeugflotte der Stadtverwaltung fortgesetzt. Es werden vorrangig folgende Ziele verfolgt: Verringerung der verkehrsbedingten Emissionen, klimafreundlichere Mobilität, Elektromobilität für Bürger und Wahrnehmung der Vorbildfunktion (vgl. S. 1 Abs. 1 des Leistungsverzeichnisses).

...

An Standorten mit mehr als einem Fahrzeug sollten 50 % der Fahrzeuge reine Elektrofahrzeuge sein (vgl. S. 3 des Leistungsverzeichnisses).“

...

In allen Versionen der Leistungsbeschreibung hatte die Antragsgegnerin Kilometerpreise sowie Stundenpreise für insgesamt fünf Elektrofahrzeuge abgefragt. (vgl. S. 10 des Leistungsverzeichnisses).“

Alle Versionen des Leistungsverzeichnisses beinhalteten darüber hinaus unverändert folgende Vorgaben:

„Eventuelle Nachlässe müssen im Angebotspreis enthalten sein. Nähere Angaben dazu bitten wir als Anlage beizufügen.

**Ausfüllhinweise:** Sie müssen alle farblich unterlegten, unterstrichenen Felder ausfüllen. Optional können Sie Angaben in Feldern machen, die nur unterstrichen, aber nicht farblich unterlegt sind. Tragen Sie in der Spalte "Mengen- und Preisangaben" alle notwendigen, geforderten Angaben ein (Preise und Kosten jeweils ohne gesetzliche USt.). .... Beziehen Sie in Rahmenvertragspositionen Ihren angebotenen Preis auf die angegebene maximale Menge. Geben Sie in der Spalte "Gesamtbetrag netto (EUR)" für jede Position den Betrag an, der für die Position aus den Einzelangaben zu kalkulieren ist. Beispiel für eine Position mit angegebener Menge und gefordertem Preis: Die Menge ist mit dem Preis netto pro Einheit in Euro zu multiplizieren (vgl. S. 4 des Leistungsverzeichnisses).

...

Die Preise beinhalten sämtliche Mietkosten, wie etwa Fahrzeugmiete, Fahrzeugbetreuung, Wartung, Reinigung, Instandhaltung, Fahrzeugadministration, Versicherung, Steuern und Kraftstoff. Mit den angebotenen Preisen sind alle mit der Leistung verbundenen Kosten berücksichtigt (vgl. S. 5 des Leistungsverzeichnisses).

....

Die Stadt ..... haftet gegenüber dem Auftragnehmer für ihre Beauftragten, Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen. Ansprüche des Auftragnehmers gegen Beauftragte der Stadt ..... sind ausschließlich gegen die Stadt ..... geltend zu machen. Die Stadt ..... leistet, infolge eines von ihr selbst verschuldeten oder mitverschuldeten Schadens oder eines Schadens durch unbekannte Dritte oder höhere Gewalt, der während der Nutzungszeit entsteht, pro Schadenfall einen Schadenausgleichsbetrag von maximal 300 €. Bei grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Schadenverursachung haftet die Stadt ..... im Kaskoschadenfall für den entstandenen Schaden mit einem Schadenausgleichsbetrag in Höhe von bis zu 1.000 € (vgl. S. 5 des Leistungsverzeichnisses).

...

Besteht die Möglichkeit mit den Elektrofahrzeugen an den bereits im Stadtgebiet ..... aufgestellten/installierten Ladesäulen (z.B. EVH) zu laden? (vgl. S. 10 des Leistungsverzeichnisses)“.

Die Beantwortung hatte ausschließlich mit „ja“ oder „nein“ zu erfolgen.

„Bitte geben Sie eine kurze Darstellung, wie mit möglichen Standortänderungen umgegangen wird und welche Kosten für die Stadt ..... zu erwarten sind (vgl. S. 7 des Leistungsverzeichnisses).“

Eine Preisabfrage hierzu war nicht gefordert.

„Bitte geben Sie den Stundenpreis für die Elektrofahrzeuge der Kleinst-/ oder Kleinwagenklasse an (vgl. S. 11 des Leistungsverzeichnisses).

Bitte geben Sie den Kilometerpreis für die Elektrofahrzeuge der Kleinst-/ oder Kleinwagenklasse an (vgl. S. 11 des Leistungsverzeichnisses).“

Die Stunden- und Kilometerpreise werden anhand einer Mengenvorgabe mit ihren ermittelten Gesamtpreisen im Angebotspreis berücksichtigt.

„Ist die Erstellung einer Schnittstelle zu einem Fahrgemeinschaftsportal geplant oder zu einem späteren Zeitpunkt vorgesehen, so dass die Mitarbeiter der Stadt ..... ihre Fahrt im Car-Sharing-Portal für andere Mitarbeiter hinterlegen und eine gemeinsame Fahrt durchführen können? Es wäre wünschenswert, wenn die Softwarelösung des Bieters die Nutzerinnen aktiv auf die Möglichkeit einer Fahrgemeinschaft hinweist, wenn es bereits eine Buchung / Reservierung für eine vergleichbare Strecke gibt (vgl. S. 11 des Leistungsverzeichnisses).“

Die Beantwortung hatte ausschließlich mit „ja“ oder „nein“ zu erfolgen.

....

„Die Dispositionssoftware des Bieters soll die Möglichkeit zur Aufnahme und Buchung von stadteigenen Fahrzeugen (vorerst ca. 20 Fahrzeuge, eventuell spätere Erweiterung, z.B. E-Pkw, Nutzfahrzeuge, Zweiräder) bieten. Der Einsatz der stadteigenen Fahrzeuge hat durch die vorhandene Buchungssoftware bevorzugt zu erfolgen. (Erst Stadtfahrzeuge verplanen, dann Einsatz der Car-Sharing-Fahrzeuge). Die stadteigenen Fahrzeuge werden lediglich von Mitarbeiterinnen der Stadtverwaltung während der Dienstzeit für Dienstfahrten genutzt. Eine private Nutzung oder Weitergabe an Dritte ist ausgeschlossen. Der Bieter hat dem Auftraggeber eine Übersicht über die Nutzungszeiten der stadteigenen Fahrzeuge getrennt nach Fachbereichen (wenn möglich digital) zur Verfügung zu stellen. Die Fahrzeugausgabe erfolgt durch Mitarbeiterinnen der Stadt ..... Im Falle einer Tresorlösung sollten die eigenen Fahrzeuge ebenfalls über diese bereitgestellt werden.

Wie hoch sind die Managementgebühren über die Vertragslaufzeit von drei Jahren je Fahrzeug? (vgl. S. 12 des Leistungsverzeichnisses).“

Die Bieter hatten hierfür einen Einzelpreis sowie einen Gesamtpreis anzugeben. Der Gesamtpreis dieser Position wird im Angebotspreis berücksichtigt.

„Wie sichern Sie die Führerscheinkontrolle ab? In welchem Intervall werden diese Kontrollen durchgeführt? (vgl. S. 12 des Leistungsverzeichnisses).“

...

„Wie erfolgt die Abrechnung von Schäden, die bei Dienstfahrten durch Mitarbeiter(innen) von der Stadt ..... verursacht wurden? (vgl. S. 12 des Leistungsverzeichnisses).“

In dieser und der vorgenannten Position ist bei keiner Version des Leistungsverzeichnisses eine Preisangabe gefordert.

„In welchem Fall wird die Strafzahlung für das verschmutzte Fahrzeug fällig (Differenzierung Verschmutzungsgrad o.ä.) (vgl. S. 14 des Leistungsverzeichnisses).“

Eine Preisangabe war nicht gefordert.

Weiterhin hatte die Antragsgegnerin Vorgaben in den Leistungsverzeichnissen bis zum Einreichungstermin der Angebote abgeändert.

Sie hatte beispielsweise die ursprüngliche Abfrage, in welchen Intervallen die Innen- und Außenreinigung stattfindet, ab dem Leistungsverzeichnis der Version vier ergänzt. Weiterhin sollten die Bieter zusätzlich einen kurzen Überblick über den Reinigungsprozess geben (vgl. S. 17 des Leistungsverzeichnisses). Die Position war nicht zu verpreisen.

Zu der Frage, wie hoch die Kosten seien, wenn eine starke Verschmutzung des Fahrzeuges nicht gemeldet wurde und folglich keine zusätzliche Reinigung angefordert wurde, war in den ersten Versionen des Leistungsverzeichnisses lediglich ein Einzelpreis anzugeben. Ab dem Leistungsverzeichnis der Version 4 war mit dem anzugebenden Einzelpreis mittels einer Mengenvorgabe ein Gesamtpreis zu ermitteln. Dieser wurde im Angebotspreis berücksichtigt (vgl. S. 14 des Leistungsverzeichnisses).

In dem anfänglich geforderten Gesamtkonzept sollten die Bieter zum einen darstellen, wie sie die Mitarbeiterinnen zur Handhabung der Buchung und Nutzung schulen wollten. Diese Forderung entfiel ab der Version 4 des Leistungsverzeichnisses. Ab dieser Version bestand lediglich der Hinweis, dass der Auftragnehmer hierüber eine Informationsveranstaltung durchzuführen hat (vgl. S. 3 des Leistungsverzeichnisses).

Weiterhin entfiel auch mit dem Gesamtkonzept die Darstellung zum Kriterium „Schadensfall“. Die Bieter hatten ab der Version 4 des Leistungsverzeichnisses zu erläutern, was der jeweilige Nutzer im Schadensfall zu beachten hätte (vgl. S. 17 des Leistungsverzeichnisses).

Bei den beiden zuvor genannten Vorgaben waren keine Preisangaben zu tätigen.

Im dritten Absatz der Seite 1 ab dem Leistungsverzeichnis der Version 4 wurde folgende Änderung aufgenommen:

„Durch den Vertrag wird kein Anspruch des Auftragnehmers auf Erreichen bestimmter Kilometerlaufleistungen, Stundenutzungen oder Mengenangaben begründet. Bei den im Leistungsverzeichnis angegebenen Kilometerlaufleistungen, Stundennutzungen bzw. Mengenangaben handelt es sich um voraussichtliche Leistungen, die auf Grundlage der vergangenen Jahre ermittelt wurden. Diese können unter- oder überschritten werden.“

Mit Schriftsatz vom 28.09.2017 rügte die Beigeladene u.a. die Abfrage des Einzelpreises zum Mindestumsatz für die jeweiligen Fahrzeugklassen. Eine Berücksichtigung im Gesamtpreis fände nicht statt. Hierdurch könne der Bewerber günstigere Kilometer- und Stundenpreise anbieten, um diese sodann über den Einzelpreis zum Mindestumsatz auszugleichen.

Mit der am 29.09.2017 auf der Vergabeplattform bereitgestellten Version neun der Vergabeunterlagen informierte die Antragsgegnerin die Bewerber, dass die Einzelpreisabfrage bezüglich des Mindestumsatzes für die einzelnen Fahrzeugtypen entfielen.

Die Antragstellerin rügte gegenüber der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 29.09.2017, 12:23 Uhr den Wegfall des Zuschlagskriteriums „Qualität“. Das Leistungsverzeichnis der Version 8 fordere weiterhin innovative und ökologische Parameter wie „Schulung“, „Umwelt“, „Reinigung“, „Schadensmanagement“ und „Führerscheinkontrolle“. Diese könnten aber mit dem Wegfall des Zuschlagskriteriums „Qualität“ nicht mehr objektiv bewertet werden.

Die Antragstellerin bat deshalb bis zum 06.10.2017 um Abhilfe und Anpassung der Bewertungskriterien oder der Anpassung des Leistungsverzeichnisses an das neue Bewertungskriterium „Preis“.

Die Antragsgegnerin reagierte auf dieses Rügeschreiben nicht.

Bis zum 12.10.2017, 12:00 Uhr reichten die Antragstellerin und die Beigeladene fristgerecht ihre Angebote ein.

Die Antragstellerin forderte in ihrem Angebot unter Ziffer 5.1 einen Nachtrag zu den Kilometerpreisen bei Kraftstoffschwankungen. Dazu hatte sie ein entsprechendes Berechnungsbeispiel anhand der Kleinstwagenklasse dargestellt.

Ein zweiter Nachtrag unter Ziffer 5.2 zur Mindestnutzung betraf die Unterschreitung der tatsächlichen monatlichen Nutzung der Fahrzeuge über einen längeren Zeitraum. Die Antragstellerin sei in diesem Fall berechtigt, die exklusive Nutzungszeit der Fahrzeuge in Abstimmung mit der Antragsgegnerin neu festzulegen.

Das Leistungsverzeichnis sah die Möglichkeit, derartige Ergänzungen vorzunehmen, nicht vor.

Die Beigeladene erklärte unter Ziffer 4 im Angebotsschreiben, dass sie einen Preisnachlass bereits im Angebot berücksichtigt habe. Eine Anlage mit näheren Angaben hierzu war nicht beigelegt.

Beide Bieter legten die Version 9 des Leistungsverzeichnisses ihrem Angebot zu Grunde.

Mit Schreiben vom 14.11.2017 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin gem. § 134 GWB, dass die Beigeladene den Zuschlag auf ihr Angebot am 30.11.2017 erhalten solle. Ausweislich des Vermerkes über Ereignisse vom 05.12.2017 hatte die Antragsgegnerin das Informationsschreiben jedoch bereits am 02.11.2017 Uhr über ihr Vergabesystem an die Antragstellerin versandt.

Die Antragstellerin rügte u.a. mit Schriftsatz vom 13.11.2017, dass mit den Änderungen des Bewertungsmaßstabes und des Leistungsverzeichnisses die Vergabeunterlagen im Wesentlichen geändert worden seien. Für die Bearbeitung der Angebote bis zum 12.10.2017 hätten die Bieter lediglich 14 Tage zur Verfügung gehabt. Dies unterschreite selbst die Mindestfrist für die Angebotsbearbeitung von 15 Tagen bei einer vorliegenden Dringlichkeit nach § 15 Abs. 3 VgV.

Die Antragsgegnerin habe bereits mit der ersten Bekanntmachung die nach § 15 Abs. 2 VgV vorgeschriebene Angebotsfrist von mindestens 35 Tagen, gerechnet vom Tag nach Absendung der Bekanntmachung, nicht eingehalten. Zwar könne nach Abs. 4 derselben Vorschrift die Angebotsfrist um fünf Tage verkürzt werden, wenn der öffentliche Auftraggeber die elektronische Übermittlung der Angebote akzeptieren würde. Eine solche Möglichkeit sei allerdings lediglich in den Vergabeunterlagen eröffnet worden. Auch die zweite Berichtigung habe daran nichts geändert.

Die Vergabeunterlagen würden den Bietern in mehrfacher Hinsicht ein ungewöhnliches vergaberechtswidriges Wagnis auferlegen. Zwar habe der Auftraggeber eine gewisse Bestimmungsfreiheit über seinen Beschaffungsgegenstand. Diese werde jedoch durch die Verpflichtung, den vergaberechtlichen Grundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung Rechnung zu tragen, begrenzt.

Im Gegensatz zu der ersten Leistungsbeschreibung fehle es in der zuletzt geänderten Version neun an einer Festlegung der Mindest- und Maximalnutzung der Fahrzeuge. Vielmehr seien die dort abgeforderten Angaben zu den Kilometerlaufleistungen, Stundennutzungen und sonstigen Mengenangaben lediglich unverbindlich.

Ohne Angaben zu objektiven und auftragsbezogenen Gründen sichere sich die Antragsgegnerin einen willkürlich zu bestimmenden Fahrzeugnutzungsumfang zu. Ein fairer Wettbewerb sei dadurch nicht möglich. Eine Vergleichbarkeit der Angebote sei damit ausgeschlossen.

Aufgrund der fehlenden Festlegung der tatsächlichen Nutzung der Fahrzeuge im Leistungsverzeichnis der Version neun wäre es möglich, dass die Fahrzeuge nach Beendigung der Leistungserbringung faktisch wertlos seien bzw. während des Vertragszeitraumes wegen Verschleiß ausgetauscht werden müssten. Umgekehrt bestünde die Möglichkeit, dass die Fahrzeuge kaum genutzt würden. Eine betriebswirtschaftliche Kalkulation mit Risikoabwägungen sei nicht gegeben und gewährleiste keinen fairen Wettbewerb.

Unter Ziffer 3.1 des Leistungsverzeichnisses werde gefordert, dass die Dispositionssoftware des Bieters die Möglichkeit anbieten solle, Buchungen von stadteigenen Fahrzeugen anzubieten. Der Einsatz der stadteigenen Fahrzeuge habe zu dem prioritär gegenüber den Car-Sharing Fahrzeugen zu erfolgen. Damit könne der Auftragnehmer die Nutzungsdauer seiner eigenen Fahrzeuge nicht kalkulieren.



Gleiches gelte für die Anforderung unter Gruppe zwei auf Seite fünf des Leistungsverzeichnisses. Dort sei vorgegeben, dass der Auftraggeber die Haftung für Schäden an den überlassenen Car-Sharing Fahrzeugen bei vorsätzlicher Schadensverursachung auf 1.000 Euro begrenze. Letztendlich schließe § 81 Abs. 1 VVG grundsätzlich eine Versicherungshaftung bei vorsätzlichem Herbeiführen des Versicherungsunfalls aus, so dass dieses Risiko gar nicht versicherbar wäre.

Im Übrigen würden nachfolgende Anforderungen in dem Leistungsverzeichnis nicht dem § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV entsprechen:

- a) Auf Seite drei Abs. 2 des Leistungsverzeichnisses sollten an den Standorten mit mehr als einem Fahrzeug ein Anteil von 50 % reine Elektrofahrzeuge sein. Unter der Gruppe 2.6 der Seite zehn derselben Unterlage müsse jedoch, aufgeteilt auf die verschiedenen vorgegebenen Standorte, die abgefragten Elektrofahrzeuge verpreist werden. Diese Anforderung sei insoweit widersprüchlich, da es sich zunächst um eine Soll-Forderung und dann um eine Muss-Forderung handle.
- b) Unter Ziffer 1.8 auf Seite 7 des Leistungsverzeichnisses solle der Bieter die Kosten bei einer möglichen Standortänderung zu den vorgesehenen Fahrzeugstandorten beziffern. Es sei nicht transparent, wie sich diese Kosten auf das einzige Zuschlagskriterium „Preis“ auswirkten.
- c) Gleiches gelte für die im Leistungsverzeichnis unter Ziffer 2.6.1.2 geforderte Kompatibilität zu den bereits im Stadtgebiet ..... aufgestellten Ladestationen.
- d) Unter Ziffer 2 auf der Seite fünf des Leistungsverzeichnisses werde gefordert, dass u.a. die Kosten für die Reinigung der Fahrzeuge in den Preisen mit enthalten sein müssten. Auf Seite 14 unter Ziffer 4.2.5 habe der Bieter jedoch die Kosten für stark verschmutzte Fahrzeuge anzubieten. Eine Differenzierung des Verschmutzungsgrades fehle jedoch in der Leistungsbeschreibung, so dass jedem Bieter freigestellt werde, diesen selbst festzulegen. Dies führe dazu, dass die Angebotspreise auch nicht vergleichbar seien.
- e) Schließlich werde unter Ziffer 3 der Seiten zehn und elf des Leistungsverzeichnisses eine Erstellung einer Schnittstelle zu einem Fahrgemeinschaftsportal angefragt. Hierbei sei nicht transparent ersichtlich, wie dies in die Wertung des Preises einfließen solle.

Die vorgenannten Unstimmigkeiten in dem Leistungsverzeichnis ließen erkennen, dass mit dem Wegfall des Zuschlagskriteriums „Qualität“ verabsäumt worden sei, das Leistungsverzeichnis entsprechend abzuändern.

Im Übrigen seien die Änderungen auf Verlangen eines anderen Unternehmens erfolgt. Dieses Unternehmen habe damit eine längere Bearbeitungszeit gehabt. Dies stelle eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots dar.

Durch die schwerwiegenden Fehler im Vergabeverfahren sei die Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen rechtswidrig.

Auch habe die Antragsgegnerin auf die am 29.09.2017 erhobene Rüge der Antragstellerin bezüglich der Änderung der Zuschlagskriterien und deren Auswirkungen auf die Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung nicht reagiert. Telefonisch sei der Antragstellerin jedoch am 05.10.2017 der Eingang ihrer Rüge bestätigt worden.

Mit Schreiben vom 24.11.2017 half die Antragsgegnerin der Rüge nicht ab.

Die Antragstellerin stellte am 28.11.2017 einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt des Landes Sachsen-Anhalt. Sie hatte darin ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft.

Sie vertritt die Auffassung, dass sie bereits am 29.09.2017 Uhr die Änderungen und Auswirkungen auf die Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung rechtzeitig gerügt habe. Da die Antraggegnerin daraufhin nicht reagierte, habe sie die Rüge telefonisch am 05.10.2017 inhaltlich wiederholt. Nach Erhalt des fehlerhaft datierten Informationsschreibens gem. § 134 GWB habe die Antragstellerin die geltend gemachten Vergabeverstöße mit Schriftsatz vom 14.11.2017 noch einmal inhaltlich substantiiert gerügt. Es sei auch zu berücksichtigen, dass sie im Vergabewesen unerfahren sei.

Nach ihrer Auffassung wiege die Nichteinhaltung der Mindestangebotsfrist gem. § 15 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 VgV besonders schwer. Der Antragstellerin sei es damit aus zeitlichen Gründen verwehrt gewesen, ihr Angebot entsprechend anzupassen.

Sie meint weiter, dass das Angebot der Beigeladenen gem. § 57 Abs. 1 VgV auszuschließen sei. Die Höhe des Nachlasses sei dort nicht erkennbar. Der Antragsgegnerin sei es nicht möglich, die Auskömmlichkeit des Angebots oder Anhaltspunkte für eine Mischkalkulation zu prüfen.

Sie beantragt,  
die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren aufzuheben, gegebenenfalls bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Berücksichtigung der Auffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin vom 28.11.2017 auf Durchführung eines Vergabeverfahrens zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass sie verpflichtet sei, eingehende Rügen zu prüfen und gegebenenfalls Änderungen an den Vergabebedingungen sowie Vergabeunterlagen vornehmen könne. Es habe u.a. ein Mitbewerber am 28.09.2017 die Vorgaben der Vergabeunterlagen gerügt. Die Antragsgegnerin habe die geänderten Vergabeunterlagen in der Version 9 am 29.09.2017 auf ihrer Vergabeplattform den Bewerbern zur Verfügung gestellt.

Auf die von der Antragstellerin erhobenen ersten Rüge vom 29.09.2017 habe die Antragsgegnerin jedoch nicht reagiert, da diese von ihr als pauschal und allgemein eingestuft worden sei.

Die von der Antragstellerin am 13.11.2017 eingereichte zweite Rüge sei jedoch, soweit vermeintliche Fehler im streitgegenständlichen Vergabeverfahren angegriffen werden, teilweise unzulässig. Anders als die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag meine, sei sie sehr wohl in der Lage gewesen, die geltend gemachten Vergabeverstöße zu erkennen und rechtzeitig zu rügen. Dass die Antragstellerin dazu in der Lage sei, habe sie mit ihrem ersten Rügeschreiben bewiesen.

Weiterhin sei ihr die rechtliche Bedeutung einer Rüge aus dem vorangegangenen und zwischenzeitlich aufgehobenen Vergabeverfahren für dieselbe Leistungserbringung bekannt. Somit hätte sie die Rüge gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 sowie Nr. 3 GWB bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber der Antragsgegnerin erheben müssen.

Soweit die Antragstellerin meine, dass die Angebotsfrist zu kurz bemessen sei, sei dies in der Bekanntmachung erkennbar gewesen und daher präkludiert. Dies gelte auch für den Vorwurf,

dass der Mitbewerber aufgrund seiner Rüge mehr Zeit gehabt habe, sich auf die Änderungen der Vergabeunterlagen einzustellen.

Die Antragsgegnerin habe bereits am 23.09.2017 eine neue Version der Vergabeunterlagen unter Änderung des Einreichungstermins sowie die Änderung des Zuschlagskriteriums auf ihre Vergabeplattform bereitgestellt. Darüber hinaus seien die registrierten Bewerber davon in Kenntnis gesetzt worden. Deshalb sei die Angebotsfrist nicht erst ab dem Tag nach der Absendung der Berichtigung an das Supplement des EU-Amtsblattes zu berechnen, sondern ab der Benachrichtigung der Bewerber. Die Mindestfrist des § 15 Abs. 2 und 4 VgV sei dadurch eingehalten. Im Übrigen habe die Antragstellerin den vermeintlichen Verstoß nicht vor dem Einreichungstermin der Angebote gem. § 160 Abs. 3 S.1 Nr. 3 GWB gerügt.

Die letzte Änderung des Leistungsverzeichnisses sei auch nicht auf Veranlassung eines Mitbewerbers erfolgt.

Im Übrigen stelle die im Leistungsverzeichnis geforderte Priorität der Disposition für die auftraggebereigenen Fahrzeuge kein unkalkulierbares Wagnis für die Bieter dar. Auch dies habe sie nicht gem. des § 160 Abs. 3 S.1 Nr. 3 GWB bis zum Einreichungstermin der Angebote gerügt.

Die Antragstellerin sei weiterhin der Auffassung, dass die auf 1.000 Euro begrenzte Haftung des Auftraggebers für Sachschäden an den überlassenen Fahrzeugen des Auftragnehmers bei vorsätzlicher Schadensverursachung durch den Auftraggeber ein unzumutbares Wagnis für die Bieter darstelle. Diese Forderung fehle in keiner Version der versendeten Leistungsverzeichnisse und hätte nach der vorgenannten Vorschrift ebenfalls bis zum Einreichungstermin der Angebote gerügt werden müssen. Unabhängig hiervon sei dieser Vorwurf auch inhaltlich nicht begründet.

Die Antragstellerin beanstande, dass durch den Wegfall des Mindestumsatzes in der Leistungsbeschreibung Version neun die für den Bieter entstehenden Kosten der zu überlassenden Fahrzeuge nicht mehr zu kalkulieren sei. Der Mindestumsatz sei jedoch bei keiner Version des Leistungsverzeichnisses ein Wertungskriterium gewesen. Letztendlich seien sämtliche Positionen im Leistungsverzeichnis auf feste Vorgaben des Auftraggebers umgestellt worden. Mit dem Hinweis im Leistungsverzeichnis, dass sämtliche Kosten im Stunden-/Kilometerpreis einzurechnen seien, sei die Angabe zum Mindestumsatz ersatzlos gestrichen worden. Schließlich müsse der Bieter von der grundsätzlichen Auslastung der anzubietenden Fahrzeuge allein durch die Nutzung der Mitarbeiter des Auftraggebers ausgehen. Hinzu käme noch die Nutzung durch Dritte. Insoweit sei der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet.

Ferner seien die Vorgaben im Leistungsverzeichnis bezüglich der Anzahl an Elektrofahrzeugen unter Ziffer 2.6 des Leistungsverzeichnisses präzisiert worden und ermöglichten den Bietern eine klare Kalkulation.

Unbegründet sei auch das Vorbringen der Antragstellerin bezüglich der Abfrage der Standortänderungen gemäß Ziffer 1.8 des Leistungsverzeichnisses. Diese Angaben seien für die Wertung nicht relevant.

Auch die geforderten Angaben im Leistungsverzeichnis hinsichtlich der Reichweiten der Elektrofahrzeuge sowie deren möglichen Ladepunkte würden bei der Wertung nicht berücksichtigt.

Es sei zwar zutreffend, dass die Kosten für die Reinigung der Fahrzeuge nicht in die Gruppe 2 auf Seite 5 des Leistungsverzeichnisses einzurechnen seien. Die zusätzlich unter Ziffer 4.2.5 auf der Seite 14 des Leistungsverzeichnisses anzugebenden Preise seien erforderlich, da erfahrungsgemäß eine Verschmutzung gleich nach der erfolgten Reinigung auftreten könnte. Dies trete insbesondere in den Herbst- und Wintermonaten aufgrund von Baustellenbesichtigungen auf. Dabei entscheide der Bieter selbst, ab wann eine Zusatzreinigung vorgenommen werden müsse. Für solch eine Sonderreinigung seien die Zusatzkosten anzugeben.

Die Angaben für die Gruppe 3 auf den Seiten 11 und 12 bezüglich der Dispositionssoftware würden ebenfalls lediglich zur Information dienen. Die Leistung werde abgefragt, um den Mitarbeitern die Möglichkeit zu bieten, bei zeitgleichen Terminen ein Fahrzeug optimal auszulasten.

Mit Beschluss vom 26.09.2018 wurde die Beigeladene zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogen.

Die Beigeladene stellte keine eigenen Anträge.

Mit ihrem Schriftsatz vom 02.11.2018 bringt die Beigeladene vor, dass ihr Eintrag unter Ziffer vier ihres Angebotsschreibens „im Angebot bereits berücksichtigt“ widersprüchlich oder jedenfalls nicht eindeutig sei. Schon der Wortlaut der Erklärung zeige, dass sie keinen konkreten Nachlass anbieten wolle. Eine solche Formulierung sei in Fachkreisen üblich und werde dahingehend auch so verstanden.

Im Übrigen habe die Beigeladene mit dieser Erklärung ausdrücken wollen, dass sie die Einsparungen in ihrer Kalkulation bereits berücksichtigt habe und keine konkreten prozentuale Nachlässe auf einzelne Einheitspreise geben wolle. Das ergebe sich auch daraus, dass im Leistungsverzeichnis lediglich die Einheitspreise abgefragt würden. Es bestehe keine Möglichkeit, diese mit Nachlässen zu reduzieren.

Auch liege es im Verantwortungsbereich des Bieters, wie er seine Preise kalkuliere. Die Beigeladene habe mit ihrem Angebot sämtliche geforderten Preisangaben vorgelegt.

Sie führt in ihrem Schriftsatz vom 26.11.2018 aus, dass nach den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses eventuelle Nachlässe im Angebotspreis bereits enthalten sein müssten. Hieran habe sie sich gehalten. Dies habe sie durch ihre entsprechende Aussage zu Ziffer vier des Angebotsschreibens zum Ausdruck gebracht.

Die Vergabekammer teilte mit Schreiben vom 03.09.2018 der Antragsgegnerin mit, dass sie nach ihrer bisherigen Prüfung der Unterlagen von einem teilweise zulässigen und teilweise begründeten Nachprüfungsantrag ausgehe.

Die Antragsgegnerin sei gehalten, beide Angebote gem. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen. Beide Bieter hätten Änderungen an ihren Vergabeunterlagen vorgenommen. Die Beigeladene habe in unstatthafter Weise den Nachlass und den Angebotspreis nicht getrennt ausgewiesen.

Dem ist die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 24.09.2018 teilweise entgegengetreten.

Bezüglich des Angebotsausschlusses der Beigeladenen vertritt sie eine andere Auffassung. Die Bieter seien nicht verpflichtet gewesen, einen Nachlass auf die Angebotsendsumme zu gewähren. Die Beigeladene habe von dieser Möglichkeit offensichtlich keinen Gebrauch gemacht. Sie habe mit dem Vermerk „im Angebot bereits berücksichtigt“ lediglich zum Ausdruck bringen wollen, dass sie die wirtschaftlichen Interessen der Antragsgegnerin bei der Kalkulation der Angebote bereits berücksichtigt habe.

Die Vergabekammer hatte der Antragstellerin mit Beschluss vom 05.10.2018 und der Beigeladenen mit Beschluss vom 12.10.2018 teilweise Akteneinsicht gewährt.

In der mündlichen Verhandlung vom 30.10.2018 haben die Beteiligten ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft. Es wird insoweit auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung verwiesen.

Der Vorsitzende hatte die Frist zur Entscheidung der Vergabekammer zuletzt bis zum 07.12.2018 verlängert.

In Hinblick auf die weiteren Einzelheiten wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die eingereichten Unterlagen des Antragsgegners Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig und teilweise begründet.

### 1. Zulässigkeit

#### 1.1 Zuständigkeit

Gemäß § 156 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) veröffentlicht im BGBl. Teil 1 Nr. 8 vom 23.02.2016 modifiziert durch Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO) vom 12.04.2016 (BGBl. Teil I Nr. 16 vom 14.04.2016), Verordnung (EG) Nr. 2015/2170, 2015/2171 und 2015/2172 vom 24.11.2015 sowie RdErl. des MW vom 04.03.1999 – Einrichtung der Vergabekammern LSA – (MBI. LSA Nr. 13/99), zuletzt geändert durch RdErl. des MW vom 08.12.2003 (MBI. LSA Nr. 57/2003) i.V.m. d. Geschäftsordnung d. VgK, Bek. des MW v. 17.04.2013 (MBI. LSA Nr. 14/2013) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 99 Nr. 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert in Höhe von 209.000 Euro gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Artikel 4 a) der Richtlinie 2014/24/EU ist für dieses Vorhaben bei Weitem überschritten.

#### 1.2 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am Auftrag bekundet. Weiterhin hat sie eine Verletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht (§ 160 Abs. 2, Satz 1 GWB). Weiterhin hat sie hinreichend dargelegt, dass ihr durch Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe (§ 160 Abs. 2, Satz 2 GWB).

### 1.3. Rüge

Die Antragstellerin ist mit ihrem Schreiben vom 29.09.2017 ihrer Rügeobliegenheit ordnungsgemäß nachgekommen. Dagegen ist ihr Vorbringen aus dem Schreiben vom 13.11.2017 größtenteils präkludiert.

Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist ein Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrages erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat. Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist ein Antrag weiterhin unzulässig, soweit der Antragsteller die geltend gemachten Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung oder Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.

Die Antragstellerin hatte mit ihrer ersten Rüge vom 29.09.2017 die oben genannte Frist eingehalten. Sie hat geltend gemacht, dass es unklar sei, wie die Antragsgegnerin die Parameter „Schulung“, „Umwelt“, „Reinigung“, „Schadensmanagement“ und „Führerscheinkontrolle“ nach dem Wegfall des Zuschlagskriteriums „Qualität“ bewerten werde. Die Antragsgegnerin hatte die Vergabeunterlagen mit Version vier in entsprechender Weise am 23.09.2017 geändert.

Weiterhin wurde die Rüge auch vor Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe am 12.10.2017 erhoben. Sie ist damit rechtzeitig.

Soweit sich die Antragstellerin mit ihrer zweiten Rüge vom 13.11.2017 gegen die Vorgaben der Vergabeunterlagen wendet, ist das entsprechende Vorbringen im Nachprüfungsantrag gem. § 160 Abs. 3 S.1 Nr. 3 GWB allerdings verspätet. Sie hätte die vermeintlichen Vergabeverstöße bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 12.10.2017 rügen müssen. Diese waren für sie i.S. der o.g. Vorschrift erkennbar. Eine Rügepräklusion kommt im Allgemeinen bei solchen Rechtsverstößen in Betracht, die sich auf eine allgemeine Überzeugung der Vergabepraxis gründen und aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre und ohne Anwendung juristischen Sachverständes ins Auge fallen. Der Vergabeverstoß muss einem verständigen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots unter Beachtung der gebotenen üblichen Sorgfalt ohne weiteres auffallen. Von einem Durchschnittsbietler kann nicht eine umfassende Kenntnis der Vergabeliteratur und Rechtsprechung erwartet werden. Es kann aber vorausgesetzt werden, dass er den Text der einschlägigen Verfahrensordnung zur Kenntnis nimmt und mit dem wichtigsten Regeln des Vergaberechts vertraut ist (vgl. OLG Naumburg vom 16.12.2016, 7 Verg 6/16). In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die von der Antragstellerin vorgebrachten Umstände für die Kalkulation der Preise von wesentlicher Relevanz sind. Sie macht geltend, dass den Bietern durch die Vorgaben der Vergabeunterlagen (keine Festlegung der Mindest- und Maximalnutzung der Fahrzeuge, Vorrang der Disponierung der auftraggebereigenen Fahrzeuge sowie Begrenzung der Haftung für Schäden) ein unzumutbares vergaberechtswidriges Wagnis auferlegt werde. Weiterhin führt sie aus, dass die Leistung in Folge der Änderungen des Leistungsverzeichnisses nicht hinreichend klar beschrieben worden sei (widersprüchliche Angaben zu Elektrofahrzeugen, Kosten bei möglichem Standortwechsel, fehlende Vorgaben bei Verschmutzung der Fahrzeuge, fehlende Angabe zur preislichen Wertung bei Erstellung einer Schnittstelle zur Dispositionssoftware). Die Antragstellerin musste sich bei der Erstellung des Angebots in jeder Hinsicht intensiv mit den Vergabeunterlagen auseinandersetzen. Sie hätte hierbei als branchenkundiges Unternehmen feststellen müssen, dass es ihr angesichts der nach ihrer Auffassung unzureichenden Vorgaben der Vergabeunterlagen Schwierigkeiten bereitet, die Preise zu ermitteln. Dies war aus ihrer Sicht mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbunden. Es musste sich ihr somit in rechtlicher Hinsicht die Bewertung aufdrängen, dass die Antragsgegnerin das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot i.S. des § 97 Abs. 1 und 2

GWB nicht hinreichend beachtet hatte. Hierzu waren juristische Spezialkenntnisse im Vergaberecht nicht erforderlich.

Dies gilt insbesondere, soweit die Antragstellerin sich gegen die Haftungsbegrenzung bei grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Schadensverursachung wendet. Bei sorgfältiger Bearbeitung der Vergabeunterlagen hätte die Antragstellerin bemerken müssen, dass die Antragsgegnerin auch bei vorsätzlichen Handeln nur teilweise bis zu einer Obergrenze von 1.000 Euro haftet. Die Antragsgegnerin hatte die entsprechende Vorgabe in allen Versionen der Leistungsbeschreibung unverändert gelassen. Sie war eindeutig formuliert. Es liegt auf der Hand, dass hierdurch für die Bieter eine unangemessene Belastung eintreten kann.

Die Antragstellerin hat sich auch nicht bereits mit ihrer ersten Rüge vom 29.09.2017 inhaltlich gegen die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses im Einzelnen gewandt. Sie hatte lediglich ausgeführt, dass mit dem Wegfall des Zuschlagskriteriums „Qualität“ die Wertung der innovativen und ökologischen Inhalte im Leistungsverzeichnis der Angebote unklar sei. Für die Antragstellerin war weiterhin ersichtlich, dass die Frist für den Eingang der Angebote nicht ausreichend war. Sie hätte erkennen können, dass die Antragsgegnerin letztmalig mit Version neun die Vergabeunterlagen am 29.09.2017 in wesentlicher Art geändert hat. Ursprünglich hatte die Antragsgegnerin einen Mindestumsatz abgefragt und beabsichtigte, diesen bei der preislichen Wertung mit einzubeziehen. Durch den Wegfall dieser Vorgabe in Version neun haben sich die Kalkulationsgrundlagen für die Bieter erheblich geändert. Dies war offenkundig. Die Antragsgegnerin hat jedoch abweichend von der Regelung des § 20 Abs. 3 Nr. 2 VgV davon abgesehen, die Angebotsfrist entsprechend zu verlängern. Die Antragstellerin hätte, selbst wenn ihr diese Regelung nicht im Einzelnen bekannt gewesen sein sollte, ersehen können, dass ihr nach der Änderung am 29.09.2017 bis zum 12.10.2017 nur noch 13 Tage verblieben, um das Angebot zu erstellen. Angesichts der bedeutsamen Modifikationen der Vergabeunterlagen hätte sie erkennen können, dass dieser Zeitraum zu knapp bemessen ist. Im Regelfall stehen den Bietern gem. § 15 Abs. 2 VgV grundsätzlich 35 Tage für die Erstellung der Angebote zur Verfügung. Bei dieser Sachlage wäre die Antragstellerin gehalten gewesen, auch diesen Vergabeverstoß bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 12.10.2017 zu rügen. Die Rüge vom 13.11.2017 war diesbezüglich ebenso verspätet.

Soweit sie allerdings vorbringt, dass die Änderungen im Leistungsverzeichnis erst auf Veranlassung eines rügenden Bieters erfolgt seien, hatte sie hiervon ausweislich der Vergabeunterlagen vor dem 12.10.2017 keine Kenntnis. Es kann ihr daher nicht vorgeworfen werden, dass sie dies erst nach Erhalt des Informationsschreibens gem. § 134 GWB gerügt hatte.

Schließlich war es der Antragstellerin nicht möglich, die Wertung des Angebotes der Beigeladenen zu rügen, da sie hierüber keine Kenntnis hatte.

## 2. Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er zulässig ist, teilweise begründet.

Die Antragstellerin kann gem. § 97 Abs. 7 GWB nicht verlangen, dass die Bewertungskriterien oder das Leistungsverzeichnis i.S. ihres Vorbringens ihrer Rüge vom 29.09.2017 angepasst oder abgeändert werden.

Eine Erteilung des Auftrages kommt jedoch nicht in Betracht, weil der Antragsgegnerin kein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt. Vielmehr sind sowohl das Angebot der Antragstellerin (gem. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV) als auch das Angebot der Beigeladenen (gem. § 57 Abs. 1 Nr. 2 und 5 VgV) auszuschließen.

Hierzu im Einzelnen:

a) Kein Verstoß gegen § 97 Abs. 1 GWB.

Die Antragsgegnerin hatte weder durch die Vorgabe des Bewertungskriteriums „Preis“ noch durch die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses gegen das Transparenzgebot i.S. des § 97 Abs. 1 S. 1 GWB verstoßen.

Hinsichtlich der von der Antragstellerin genannten Aspekte „Umwelt“, „Führerscheinkontrolle“, „Schadensmanagement“ und „Schulung“ war spätestens aus den modifizierten Vergabeunterlagen deutlich ersichtlich, dass diese bei der Wertung keine Berücksichtigung finden sollten. Zu diesen Parametern hatte die Antragsgegnerin, wie im Leistungsverzeichnis erkennbar, nicht die Angabe von Preisen verlangt. Da gleichzeitig keine anderen Zuschlagskriterien als der Preis vorgegeben waren, ergab sich, dass die entsprechenden Abfragen im Leistungsverzeichnis, bis auf das Kriterium „Umwelt“ nur informatischen Charakter aufwiesen. Hinsichtlich des letztgenannten Kriteriums enthielt das Leistungsverzeichnis keine Position.

Auch war für die Bieter erkennbar, wie die Reinigung der Fahrzeuge bei der Wertung berücksichtigt werden soll. Zwar hatte die Antragsgegnerin vorgegeben, dass die anzubietenden Preise auch die Kosten für die Reinigungsleistungen beinhalten sollten. Gleichzeitig hatten sie einzelne zusätzliche Reinigungsleistungen darzustellen, die teilweise zu verpreisen waren (Pos.-Nr.4.2.5; 4.2.6 und 4.2.7). Es war durch die entsprechenden Markierungen erkennbar, ob die Einzelpreise im Gesamtpreis berücksichtigt werden sollten. Damit war nicht unklar, wie die einzelnen abgefragten Preise für Reinigungsleistungen bewertet werden sollen.

b) Ausschluss beider Angebote

Der Antragsgegnerin ist es verwehrt, auf das Angebot der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass auch das Angebot der Antragstellerin auszuschließen ist. Der Antragsgegnerin liegt kein zuschlagsfähiges Angebot vor. Die Antragstellerin hat Änderungen an den Vergabeunterlagen i.S. des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vorgenommen. Weiterhin hat die Beigeladene kein vollständiges Angebot i.S. des § 57 Abs. 1 Nr. 2 und 5 VgV eingereicht.

Unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gem. § 97 Abs. 2 GWB ist die Antragsgegnerin gehalten, beide Angebote nicht zu berücksichtigen (vgl. BGH vom 26.09.2006, XZB 14/06). Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob die Angebotsmängel identisch oder gleichartig sind. Es reicht aus, dass die Mängel zwingend zum Ausschluss der Angebote führen (vgl. OLG Karlsruhe vom 06.02.2007, 17 Verg 5/06; OLG Koblenz vom 04.07.2007, 1 Verg 3/07).

Im Einzelnen:

Angebot der Antragstellerin

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot erklärt, dass sie bei einer Schwankung der Kraftstoffpreise eine Preisanpassung durchführen werde. Weiterhin hat sie in ihrem Angebot ausgeführt, dass nachträglich die Nutzungszeit der Fahrzeuge in Abstimmung mit der Antragsgegnerin neu festgelegt werden könne, wenn die tatsächliche monatliche Nutzung der Fahrzeuge über einen längeren Zeitraum signifikant geringer ausfalle. Die Antragstellerin ist durch diese Zusätze von den Vorgaben der Vergabeunterlagen i.S. des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV



abgewichen. Die Antragsgegnerin hatte dort nicht vorgesehen, dass die Bieter derartige Erklärungen abgeben können. Die Antragstellerin hat hierzu in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass die Antragsgegnerin ihr telefonisch auf Nachfrage gestattet habe, diesbezüglich die Vergabeunterlagen zu ergänzen. Es kann offenbleiben, ob dies zutrifft. Eine entsprechende Aussage der Antragsgegnerin wäre in jedem Fall unbeachtlich. Aus Ziffer eins der Bewerbungsbedingungen ergibt sich, dass die Unternehmen die Vergabestelle vor Angebotsabgabe auf etwaige Unklarheiten in den Vergabeunterlagen in Textform hinweisen müssen. Hieran hat sich die Antragstellerin mit ihrer etwaigen mündlichen Anfrage nicht gehalten. Mit dieser Vorgabe soll gerade verhindert werden, dass es zwischen den Parteien zu Missverständnissen bezüglich des Inhalts der Kommunikation kommt. Im Übrigen soll der Inhalt von diversen Anfragen und Auskünften beweisbar dokumentiert werden (vgl. VK Sachsen-Anhalt, vom 07.12.2016, 1 VK LSA 27/16). Dies gilt umso mehr, als dass die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung bestritten hatte, eine entsprechende Aussage getätigt zu haben.

### Angebot der Beigeladenen

Das Angebot der Beigeladenen war in mehrfacher Hinsicht i.S. des § 57 Abs. 1 Nr. 2 und 5 VgV nicht vollständig. Es enthielt nicht alle geforderten Unterlagen. Darüber hinaus beinhaltete es nicht die erforderlichen Preisangaben. Die fehlenden Preisangaben sind als wesentlich anzusehen.

In Bezug auf die Gewährung von Nachlässen galten die Vorgaben des Angebotsschreibens (Seite eins, Ziffer vier) und des Leistungsverzeichnisses (Seite vier) neben einander. Die Antragsgegnerin hatte im Leistungsverzeichnis vorgegeben, dass eventuelle Preisnachlässe im Angebotspreis bereits enthalten sein müssen. Gleichzeitig hat sie verlangt, dass nähere Angaben hierzu als Anlage beizufügen waren. Die Beigeladene hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen, dass damit Preis und Nachlass nicht getrennt auszuweisen waren. Ungeachtet dessen hat die Antragsgegnerin in ihrem Angebotsschreiben eine prozentuale Angabe der Nachlasshöhe verlangt. Diese Vorgabe hatte die Antragsgegnerin nicht modifiziert. Die Forderungen aus dem Leistungsverzeichnis und dem Angebotsschreiben stehen auch nicht zueinander in Widerspruch. Die Bieter waren, wie bereits erwähnt, lediglich gehalten, bei der Angabe des Preises den Nachlass mit einzurechnen.

Diese Forderungen hat die Beigeladene nicht in Gänze eingehalten. Sie hat unter Ziffer vier des Angebotsschreibens lediglich ausgeführt, dass Nachlässe im Angebot bereits berücksichtigt seien. Diese Aussage kann nicht dahingehend verstanden werden, dass sie nur in allgemeiner Form darauf hinweisen wollte, ihr Angebot wirtschaftlich und sparsam kalkuliert zu haben. Vielmehr bezog sich ihre Erklärung ausdrücklich auf die Forderung der Antragsgegnerin unter Ziffer vier des Angebotsschreibens, die Höhe von Nachlässen anzugeben. Die Beigeladene wollte mit ihrer Aussage weiterhin zum Ausdruck bringen, dass sie entsprechend der Vorgabe der Antragsgegnerin auf Seite vier des Leistungsverzeichnisses die Nachlässe bereits im Angebotspreis eingerechnet hatte. Hierauf hatte sie in ihrem Schriftsatz vom 26.11.2018 hingewiesen. Aus diesen Umständen kann - anders als die Antragsgegnerin meint - gefolgert werden, dass die Beigeladene von der Möglichkeit der Gewährung eines Nachlasses Gebrauch machen wollte. Sie hat jedoch, abweichend von den Vorgaben der Antragsgegnerin, davon abgesehen, die Höhe des Nachlasses anzugeben. Im Übrigen war das Angebot entgegen der Forderung auf Seite vier des Leistungsverzeichnisses auch nicht mit einem Begleitschreiben versehen, das Erläuterungen zu dem gewährten Nachlass enthielt.

Der Antragsgegnerin ist es gem. § 56 Abs. 3 S. 1 VgV verwehrt, diese Angaben nachzufordern. Es handelt sich i.S. dieser Vorschrift um leistungsbezogene Unterlagen, die für die Wirtschaftlichkeitsbewertung des Angebotes anhand des Zuschlagskriteriums „Preis“ unabdingbar sind. Nach den Vorgaben der Antragsgegnerin muss der Nachlass in den

angebotenen Preisen enthalten sein. Im Übrigen betreffen diese Angaben auch nicht unwesentliche preisliche Einzelpositionen i.S. des Satzes zwei dieser Vorschrift. Vielmehr bezieht sich der Nachlass auf den Gesamtangebotspreis und damit auf alle Positionen.

c) Zu treffende Maßnahmen der Vergabekammer

Es bleibt der Antragsgegnerin überlassen, wie sie bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf die Mängel transparent und diskriminierungsfrei gegenüber allen Bietern beheben will (vgl. OLG Karlsruhe a.a.O.). Nach § 63 Abs. 1 Nr. 1 VgV ist der öffentliche Auftraggeber nicht gezwungen, die Ausschreibung aufzuheben, wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht. Die Antragsgegnerin darf auf der Grundlage der vorliegenden Angebote keinem Bieter den Zuschlag erteilen. Somit stellt ein entsprechendes Verbot die zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens gem. § 168 Abs. 1 S. 1 GWB gebotene Maßnahme dar.

Bei dieser Sachlage kann schließlich dahin gestellt bleiben, ob es vergaberechtswidrig war, dass die Änderungen der Vergabeunterlagen teilweise auf Veranlassung der Beigeladenen erfolgten.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 GWB i.V. m. Abs. 4 S. 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten, Gebühren und Auslagen zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragstellerin ist mit ihren Begehren nur teilweise durchgedrungen. Der Antragsgegnerin wurde gleichzeitig untersagt, auf eines der eingegangenen Angebote den Zuschlag zu erteilen.

Es ist daher gerechtfertigt, dass die Antragstellerin und die Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens je zur Hälfte zu tragen haben.

Die Antragsgegnerin ist jedoch von der Pflicht zur Entrichtung der Gebühren gem. § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz vom 23.Juni 1970 in der am 14. August 2013 geltenden Fassung befreit. Sie hat lediglich die Auslagen zu entrichten.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 182 Abs. 2 S. 1 GWB. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens.

Als Grundlage für die Bemessung des wirtschaftlichen Wertes dient der Vergabekammer das Angebot der Antragstellerin über die gesamte Vertragslaufzeit. Nach der Gebührenformel der Vergabekammer ergibt sich ein Richtwert von ..... EURO einschließlich der Mindestgebühr gem. § 182 Abs. 2 S. 1 GWB in Höhe von ..... Euro. Für die Auslagen sind weiterhin ..... Euro zu begleichen.

Der Antragstellerin hat außerdem die im Rahmen der Akteneinsicht entstandenen Kopierkosten in Höhe von ..... Euro zu entrichten. Für die Beigeladene fielen im Zuge ihrer Akteneinsicht Kopierkosten in Höhe von ..... Euro an.

Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB hat die Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung oder Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zur Hälfte zu tragen. Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 5 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG).

Die Antragstellerin hat schließlich die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung oder Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zur Hälfte gem. § 182 Abs. 4 S.1 GWB zu tragen.

#### IV.

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr ....., hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

#### **Rechtsbehelfsbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

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

.....

.....