

Leitsätze:

1. Ein Ausschluss des Angebots nach § 60 Abs. 3 VgV ist rechtmäßig, wenn die Vergabestelle nach der Prüfung gemäß § 60 Abs. 1 und 2 VgV die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären kann.
2. Die Wertungsentscheidung muss den an sie zu stellenden vergaberechtlichen Anforderungen genügen. Dazu gehört, dass das vorgeschriebene Verfahren für die Bewertung eingehalten und der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt wird sowie die von der Vergabestelle selbst aufgestellten Vorgaben beachtet und keine sachwidrigen und gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstößenden Erwägungen angestellt werden.
3. Eine Forderung nach Unterlegen der Höchstpunktzahl mit konkretisierenden Informationen zu den von der Antragsgegnerin mit der Erfüllung der Kriterien verbundenen Erwartungen würde die Antragsgegnerin dazu zwingen, Aufgaben zu übernehmen, deren Lösung sie im Rahmen der funktionalen Ausschreibung auf die Bieter delegieren wollte.
4. In der Dokumentation muss der Auftraggeber seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind.
5. Die Leistungsbeschreibung ist Ausdruck der Dispositionsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers. Er hat das Leistungsbestimmungsrecht und legt fest, welchen Beschaffungsgegenstand er für erforderlich und wünschenswert hält. Die Bieter haben keine rechtliche Möglichkeit, über die konkreten Inhalte der Leistung zu bestimmen und sind an die Vorgaben des Auftraggebers gebunden. Es kommt nicht darauf an, ob die zu beschaffende Leistung für den Auftraggeber und dessen Bedürfnisse tatsächlich geeignet, zweckmäßig, sinnvoll oder wirtschaftlich ist.

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigte:
.....
(Antragstellerin - ASt)

Vergabestelle:
Bevollmächtigte:
.....
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladene:
Bevollmächtigte:
.....

Dienstleistungsauftrag: Beförderung von

Vergabeverfahren: Offenes Verfahren nach § 15 VgV

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 14.12.2017 durch die Vorsitzende und den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle war notwendig.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €. Auslagen sind nicht angefallen.

S a c h v e r h a l t :

1.

Die VSt schrieb eine Beförderungsdienstleistung von im Offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht. Der Vertrag soll ohne Verlängerungsoption eine Laufzeit vom xx.xx.2017 bis zum xx.xx.2021 haben. Zuschlagskriterien gemäß II.2.5) der Bekanntmachung sind das Qualitätskonzept (Gewichtung 50%) und der Preis (Gewichtung 50 %). Das Angebot mit dem niedrigsten Angebotspreis soll gemäß Ziffer 7 der Leistungsbeschreibung die Maximalpunktzahl von 50 Punkten erhalten. Die weiteren Angebote sollen diejenige Punktzahl, die sich aus folgender Berechnungsformel ergibt, erhalten:

Punktzahl für das zu wertende Angebot = (Preis des bestplatzierten Angebotes geteilt / den Preis des zu bewertenden Angebotes) x 50

In Ziffer 2.1.3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen fordert die VSt:

Alle eingesetzten Fahrzeuge müssen mit einem elektrisch bedienbaren Hublift (entsprechend der allgemein gültigen DIN-Normen) als Einstiegshilfe ausgestattet sein (in begründeten Ausnahmefällen mit einer manuellen Rampenan-

lage). Die Hublifte müssen mindestens einmal jährlich von sachkundiger Stelle überprüft werden

In Ziffer 6.5 der Leistungsbeschreibung sollen die Bieter ihr Qualitätskonzept anhand der folgenden vier Konzeptpunkte darlegen:

Personal:

- *Art der personellen Organisation und Durchführung des Auftrags*
- *Umgang mit personellen Ausfällen (z. B. krankheitsbedingt)*
- *Maßnahmen zur Optimierung der Ausfallsicherheit*
- *Stundenumfang und Erfahrung der Fahrdienstleitung*
- *existiert Vertretungsregelung für die Fahrdienstleitung (wie sieht diese aus?)*
- *Wie ist sichergestellt, dass eine möglichst schnelle Absprache zwischen Fahrdienstleitung/Geschäftsführung und stattfinden kann?*

Material:

- *Darlegung, wie auf Ausfälle von Fahrzeugen reagiert wird*
- *Maßnahmen zur Optimierung der Ausfallsicherheit (z. B.: Vorhaltung von Reservefahrzeugen)*
- *Standort der Fahrdienstzentrale: wie schnell können Fahrzeugausfälle kompensiert werden?*

Schulung- und Fortbildungskonzept:

- *Darlegung und Nachweis, welche Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen der Auftragnehmer durchführt, um die eingesetzten Mitarbeiter bestmöglich auf den Auftrag vorzubereiten*
- *Darlegung, wie er die Prozesse während der Vertragslaufzeit optimiert*

Notfallkonzept:

- *Darlegung des Umgangs mit unvorhersehbaren Ereignissen z.B.: Akut auftretenden Problemsituationen bei einem Fahrgast, Streitigkeiten, Unfälle, epileptische Anfälle*
- *Welche Kompetenzen haben die Mitarbeiter für einen sicheren Umgang mit Verhaltensauffälligkeiten?*

Gemäß Ziffer 7 werden gleichgewichtet die vier Kriterien Personal, Material, Schulungs-, Fortbildungs- und Notfallkonzept wie folgt bepunktet:

Für jedes Kriterium werden maximal 10 Punkte vergeben:

- *Sehr gute Konzeption = 10 Punkte*
- *Gute Konzeption = 8 Punkte*
- *Über dem Durchschnitt liegende Konzeption = 6 Punkte*
- *Durchschnittliche Konzeption = 4 Punkte*
- *Geringfügig mangelhafte Konzeption = 2 Punkte*
- *Mangelhafte Konzeption = 0 Punkte*

In Ziffer 3.2 (Mindestlohn für Begleitpersonen) der Allgemeinen Vertragsbedingungen hat die Vergabestelle folgende Vorgaben gemacht:

„Der Auftragnehmer ist verpflichtet seinen Mitarbeitern mindestens den gesetzlich zu zahlenden Mindestlohn pro Stunde zu zahlen. Der Auftragnehmer sichert ebenfalls zu, die angefragten Leistungen selbst zu erbringen. Ein Einsatz von Nachunternehmern ist nur mit vorheriger Zustimmung des Auftraggebers möglich (s. Anlage 6).

Beachte:

Zukünftige Anhebungen des Mindestlohns während der vierjährigen Vertragslaufzeit sind im Angebot mit einzukalkulieren. Eine Anpassung des Beförderungsentgelts aufgrund einer Anhebung des Mindestlohns ist während der Vertragslaufzeit demnach nicht möglich.“

Unter Ziffer 5 (Anforderung an die Preisermittlung) machte die Vergabestelle folgende Vorgaben:

„... Der Kostenanteil für die geforderte Begleitperson ist in Stunden getrennt auszuweisen! Der Stundensatz ist incl. der Lohnnebenkosten unter Beachtung von 3.2 zu kalkulieren. ...“

2.

Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben fristgerecht ein Angebot ab. Weitere Angebote wurden nicht abgegeben. Die beiden Angebote enthielten auch eine von der Vergabestelle geforderte Erklärung zum Mindestlohn.

3.

Mit E-Mail vom xx.xx.2017 forderte die Vergabestelle Aufklärung, weil ihr das Angebot der ASt ungewöhnlich niedrig erschien. Zu diesem Zweck übermittelte die Vergabestelle der Antragstellerin ein bereits ausgefülltes Kalkulationsformblatt bezüglich einer ver-

gleichbaren Fahrdienstleistung, welche die Antragstellerin für die Außenstelle der Vergabestelle durchführte. Die Antragstellerin sollte für das verfahrensgegenständliche Angebot dieses Kalkulationsformblatt analog ausfüllen. Weiterhin bat die Vergabestelle die Antragstellerin um Beantwortung der Frage, ob das Angebot im Hinblick auf den Mindestlohn auskömmlich sei. In diesem Zusammenhang wies die Vergabestelle darauf hin, dass bei den Lohnkosten keine Preisgleitung vorgesehen sei. Zudem bat die Vergabestelle um Auskunft, weshalb der Besetzt-Kilometer bei diesem Angebot erheblich niedriger sei als bei der vergleichbaren Fahrdienstleistung, welche die Antragstellerin für die Vergabestelle in durchführte. Zudem bat die Vergabestelle um Auskunft zu den Kosten der Begleitperson.

4.

Mit E-Mail vom xx.xx.2017 teilte die Antragstellerin der Vergabestelle mit, dass eine Erhöhung des Mindestlohns für 2019 bereits einkalkuliert sei und die Antragstellerin über die Preisgleitklausel informiert sei. Bezüglich der Besetzt-Kilometer und der Kosten für die Begleitperson verwies die Antragstellerin auf das ausgefüllte Formblatt, dass doppelt so viel Lohnkosten wie beim Auftrag in einkalkuliert wären und beide Aufträge nicht miteinander verglichen werden könnten.

5.

Die Vergabestelle bat mit E-Mail vom xx.xx.2017 um Erläuterung, inwieweit bei dem Stundensatz der Antragstellerin eine Erhöhung des Mindestlohns ab 2019 im Angebot einkalkuliert sei.

6.

Mit Schreiben vom xx.xx.2017 teilte die Antragstellerin mit, dass sie selbstverständlich eine mögliche gesetzliche Mindestloohnerhöhung im Jahr 2019 für ihre Fahrer und Begleitpersonen in ihrer Gesamtkalkulation berücksichtigt habe. Weitere Erläuterungen wurden von der Antragstellerin dazu nicht gemacht.

7.

Mit Bieterinformationsschreiben vom xx.xx.2017 nach § 134 GWB teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, dass auf ihr Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könne, weil ihr Angebot nicht das wirtschaftlichste sei. Mit Ablauf des xx.xx.2017 soll der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

8.

Mit Nachprüfungsantrag vom 14.08.2017 beantragte die ASt die VSt zu verpflichten, den Zuschlag nicht an die BGI zu erteilen, sondern an die ASt.

Die Vergabekammer gab dem Antrag am 07.09.2017 insofern statt, als dass sie feststellte, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt und der Vergabestelle aufgegeben wird, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Im Übrigen wurde der Antrag abgelehnt.

9.

Mit Schreiben vom 19.09.2017 forderte VSt die ASt zur weiteren Aufklärung ihres Angebots auf unter Fristsetzung zum 26.09.2017.

Erbeten wird, unter Verwendung eines Musters zum Stundensatz der Begleitperson, eine Erläuterung, wie sich der kalkulierte Betrag in Höhe von xx,xx € pro Stunde für den Fahrer und Beifahrer errechnet (unter Beachtung der Sozialversicherungsbeiträge und der Nettoarbeitszeit).

Erbeten wird weiterhin eine Erläuterung zu einer angefügten Musterkalkulation, die darstellt, welche Unterdeckung entsteht, wenn man einen kostendeckenden Stundensatz für Fahrer und Beifahrer ansetzt und den Kalkulationsfehler bei der Berechnung der Beifahrerstunden sowie die Anpassung des Mindestlohns in den Jahren 2019 und 2021 einkalkuliert.

Weiterhin fordert die VSt die ASt auf, zur Aufklärung der Kfz-Kosten ein Kalkulationsmuster auszufüllen, bzw. mit entsprechenden Erläuterungen zu versehen. Die Berechnung sei nachvollziehbar zu machen und es seien entsprechende Nachweise zur Plausibilität beizufügen.

Auch bezüglich der sonstigen Kosten fordert die VSt die ASt zum Ausfüllen eines Beiblattes auf. Die Berechnung sei nachvollziehbar zu machen und es seien entsprechende Nachweise zu Plausibilität beizufügen.

10.

Mit Schreiben vom 29.09.2017 legte die ASt ihre Antwort zu dieser Aufklärungsanfrage vor. Da aus ihrer Sicht die Personalkosten im ersten Nachprüfungsverfahren erschöpfend behandelt worden seien, erläutere sie nun insbesondere die Kfz- und sonstigen Kosten.

Hiernach seien die Kfz-Kosten ausreichend, da die VSt von einer erheblich überhöhten Abschreibung ausgehe für vier Jahre zu 88 %. Zudem sei bei der zu erwartenden Fahr-

strecke aus den besetzt Kilometern der Umrechnungsfaktor zu hoch angesetzt (x,x statt x,x). Das gleiche gelte für den Kraftstoffverbrauch (9 statt 11 l pro 100 km).

Kfz-Steuer falle nicht an. Es errechne sich eine Überdeckung von ca. xx.000 € pro Jahr. Auch die Sonstigen Kosten seien ausreichend, da die Koordination vor Ort während der Bring- und Abholzeiten nicht vom Fahrdienstleiter, sondern von einer zusätzlichen Teilzeitkraft wahrgenommen würden. Die Vorgabe von 70 Stunden pro Woche neben dem Fahrdienstleiter sei nicht geschuldet und unwirtschaftlich. Es errechne sich eine Überdeckung von xxx.000 € pro Jahr, die alleine also die angebliche Unterdeckung bei den Personalkosten überschreitet.

Die ASt trägt vor, dass die in den Vergabeunterlagen angesetzten Zeiten der Begleitpersonen, die für Zwecke des Angebots vorgegeben sind, unrealistisch hoch angesetzt seien. Für die Tour BF 1 seien statt der erforderlichen 1 Stunde und 1 Minute, 2 Stunden und 45 Minuten vorgegeben. Dies gelte für mehrere Touren.

Die Beigeladene gebe somit derzeit falsche Zeiten an. Dies stelle einen Ausschlussgrund n. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB dar.

11.

Die erneute Wertung der Zuschlagskriterien ergibt laut Vergabedokumentation vom 14.09.2017, dass die BGI hinsichtlich der vier Qualitätskonzepte jeweils besser bewertet wurde als die ASt. Im Ergebnis liegt die BGI nach der Wertung auf Rang 1 und die ASt auf Rang 2.

12.

Mit Schreiben vom 09.10.2017 teilte die VSt mit, dass das Angebot der ASt ausgeschlossen werde nach § 60 Abs. 3 VgV und § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV.

Die geleistete Aufklärung sei nicht geeignet, die Zweifel an der zu erwartenden ordnungsgemäßen Ausführung zu beseitigen. Die Vergabestelle gehe weiterhin von einer erheblichen Unterdeckung aus, da einzelne Angaben insbesondere im Bereich Kfz-Flotte deutlich unter langjährigen Erfahrungswerten verschiedener Bieter sowie den eigenen Erfahrungswerten für die eigene Bestandsflotte liegen. Entgegen der Forderung seien belastbare und nachvollziehbare Nachweise für die einzelnen Angaben nicht eingereicht worden. Im Rahmen der Abwägung sehe die Vergabestelle die ordnungsgemäße und vertragsgerechte Erfüllung im Ergebnis als gefährdet an.

Das Angebot der Antragstellerin decke sich nicht mit der ausgeschriebenen Leistung und sei daher aus der Wertung auszuschließen. 2.1.3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen gebe vor, dass alle eingesetzten Fahrzeuge mit einem elektrisch bedienbaren

Hublift als Einstiegshilfe ausgestattet sein müssen. Diese Vorgabe werde durch ihr Angebot nicht erfüllt. Bei 46 % der Routen seien Fahrzeuge ohne vorgeschriebene Einrichtungen vorgesehen im Angebot der Antragstellerin, die lediglich einen zusätzlichen Haltegriff haben. Diese Abweichung sei der Vergabestelle im Rahmen der Aufklärung aufgefallen. Die Antragstellerin gebe hier an, 23 Fahrzeuge „.....“ einzusetzen.

Schließlich sei das Angebot auch nicht das wirtschaftlichste Angebot.

Die Bewertung der Qualität habe ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin weniger Punkte erzielen konnte als das Angebot der Beigeladenen.

Das Kriterium Material sei als durchschnittlich gewertet worden. Die meisten Angaben seien zu unpräzise und wenig belastbar, um hierauf eine gute Wertung gründen zu können. Beispielsweise sei nicht ersichtlich, weshalb allein die Information der Fahrdienstleitung einen schnellen Fahrzeugaustausch garantieren soll, wenn keinerlei Angaben zur konkreten Umsetzung des Austausches erfolgen und der Standort der Ersatzfahrzeuge nur vage beschrieben wird.

Das Kriterium Personal sei ebenfalls als durchschnittlich gewertet worden. Ein Konzept zur Art der personellen Organisation sei nur in Ansätzen erkennbar. Der Ablauf bei Personalausfall werde ebenfalls nicht konkret oder nachvollziehbar beschrieben. Der geforderte Stundenumfang der Fahrdienstleistungen werde nicht benannt.

Das Kriterium Fortbildung sei ebenfalls als durchschnittlich gewertet worden. Die genannten Schulungen (Erste-Hilfe-Kurs) seien überwiegend ohnehin selbstverständlich oder wenig konkret erläutert. Es fehle an konkreten Schulungsmaßnahmen, die dem Auftragsgegenstand Rechnung tragen. Die Antragstellerin spreche von „internen Maßnahmen“, ohne diese näher zu erläutern. Es sei eine Vorbereitung auf den Auftrag gefordert worden, nicht eine nachträgliche Ertüchtigung während der Laufzeit des Vertrages.

Das Konzept Notfall sei als überdurchschnittlich gewertet worden. Es bestünden Mängel in der Darstellung des Umgangs mit denkbaren Notfallsituationen. Zum Teil komme das Konzept über pauschale Aussagen nicht hinaus. Ein angemessenes Notfallkonzept sei in Ansätzen erkennbar und es seien verschiedene Angaben positiv aufgenommen worden. Daher sei eine überdurchschnittliche Wertung erfolgt.

13.

Mit Schreiben vom 13.10.2017 rügte die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebots gemäß § 60 Abs. 3 Satz 2 VgV. Weiterhin rügte sie den Ausschluss ihres Angebots wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen. Auch die Wertung der Konzepte rügte sie erneut. Weiterhin trägt sie vor, dass das Angebot der Beigeladenen auszuschließen sei,

da diese bei der Abrechnung in der Vergangenheit überhöhte Zeiten zugrunde gelegt habe.

14.

Mit Schreiben vom 16.10.2017 wies die Vergabestelle die Rügen zurück.

15.

Mit Schriftsatz vom 19.10.2017 erhob die Antragstellerin Nachprüfungsantrag gemäß § 160 GWB. Sie beantragt:

- 1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag des Vergabeverfahrens „Beförderung von“ auf das Angebot der zu erteilen.*
- 2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Zuschlag des Vergabeverfahrens auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen.*
- 3. Der Antragstellerin wird Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB erteilt.*
- 4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.*
- 5. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens, einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin.*

Der Antrag sei zulässig und begründet.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen eines angeblich ungewöhnlich niedrigen Angebots sei rechtswidrig. Die Antragstellerin habe plausibilisiert, dass ihr Angebot auskömmlich ist.

Die Musterkalkulation der Vergabestelle zu den Kfz-Kosten, die dem weiteren Aufklärungsschreiben beigelegt war, sei von erheblich überhöhten Abschreibungen auf die Fahrzeuge ausgegangen. Ein Restwert von xx % nach vier Betriebsjahren sei unrealistisch.

Bei der Ermittlung der zu erwartenden Fahrstrecke aus den besetzten Kilometern sei der Umrechnungsfaktor zu hoch angesetzt (x,x statt x,x). Gleiches gelte für den Kraftstoffverbrauch (9 statt 11 l pro 100 km). Kfz-Steuer falle nicht an. Es errechne sich eine Überdeckung von ca. xx.000 € pro Jahr.

Der Vortrag der Vergabestelle, dass die Angaben deutlich unter langjährigen Erfahrungswerten verschiedener Bieter und den Erfahrungen der Vergabestelle für die eigene Bestandsflotte lägen, sei nicht nachvollziehbar.

Die Vergabestelle habe nicht konkret bezeichnet, welche Werte sie anzweifle. Die Antragstellerin hätte andernfalls entsprechende Belege vorgelegt. Auch dürfe die Vergabe-

stelle nicht nur eine Kostenart (die Kfz-Kosten) hinsichtlich eines angeblichen Defizits berücksichtigen.

Bei den sonstigen Kosten ergäbe sich eine erhebliche Überdeckung in Höhe von xxx.000 € pro Jahr. Die Ansätze im Kalkulationsmuster der Vergabestelle seien überhöht. Die Vergabestelle berücksichtige nicht nur die variablen, durch den Auftrag sich unmittelbar erhöhenden Kosten, sondern auch allgemeine Geschäftskosten. Der Anfall dieser allgemeinen Geschäftskosten sei allerdings weitgehend unabhängig von dem streitgegenständlichen Auftrag.

Zudem habe die Vergabestelle für einen Ablaufkoordinator 70 Wochenstunden angesetzt. Hier sei jedoch nur eine Teilzeitstelle geschuldet.

Ein angebliches Defizit für die Kosten der Begleitperson falle gering aus, weil die in den Vergabeunterlagen vorgegebenen Gesamtzeiten um 50 % überhöht sind.

Unklar seien die Vergabeunterlagen in Ziffer 5.1.1. Hieraus sei nicht ersichtlich, ob es sich um den Angebotspreis pro Besetzkilometer Schüler oder den Angebotspreis pro Besetzkilometer Schüler inklusive Begleitperson handeln soll. Da in der Abrechnung nach Ziffer 5.2.1 die tatsächliche Arbeitszeit der Begleitperson nicht anzugeben war, sei es plausibel gewesen, dass diese im Angebotspreis pro Besetzkilometer Schüler inklusive ist.

Änderungen an den Vergabeunterlagen lägen nicht vor. Bei 2.1.3 handele es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung. Die Forderung der Ausrüstung aller Fahrzeuge mit Hublift sei schikanös. Die Ausrüstung der Fahrzeuge mit Rampen könne ohne nennenswerten Kostenaufwand erfolgen.

Das Angebot der Beigeladenen sei auszuschließen, da diese falsche Angaben über die tatsächliche Fahrtdauer gemacht habe bei ihrer Abrechnung in der Vergangenheit.

Die Verwendung eines Routenplaners habe ergeben, dass die vorgegebenen Stunden um rund 50 % überhöht sind. Insbesondere sei die Zu- und Abfahrt des Personals zum Leistungsort nicht zu vergüten. Auch die Zu- und Ausstiegszeiten der Kinder würden diese Zeiten nicht rechtfertigen. Die Vorgaben, dass die Fahrzeit 60 Minuten nicht überschreiten darf, wäre so regelmäßig nicht eingehalten.

Die Wertung sei nicht nachvollziehbar. Der erhebliche Vorsprung im Kriterium Preis könne nicht durch die Benotung der Konzepte aufgezehrt worden sein. Die Vergabestelle müsse ihre Bewertung ausreichend hinsichtlich einzelner Maßnahmen rechtfertigen.

16.

Die Vergabekammer hat am 19.10.2017 den Nachprüfungsantrag der Vergabestelle übermittelt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

17.

Mit Schreiben vom 25.10.2017 beantragt die Vergabestelle:

- 1. Den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 19.10.2017 zurückzuweisen.*
- 2. Für den Fall der Zurückweisung oder der Rücknahme des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin die Kosten aufzuerlegen.*
- 3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.*

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet.

Das Angebot der Antragstellerin sei unauskömmlich und daher von der Wertung auszuschließen. Die Vergabestelle gehe von einer Gesamtunterdeckung in Höhe von xxx.000 € für die Vertragslaufzeit aus.

Im Rahmen der Aufklärung nach dem ersten Nachprüfungsverfahren habe die Antragstellerin zu den Personalkosten keine weiteren Angaben gemacht, sondern lediglich auf ihre vorherigen Ausführungen verwiesen. In den vorherigen Ausführungen habe die Antragstellerin darauf verwiesen, dass der angegebene Stundensatz der tatsächlichen Nettoarbeitszeit entspreche, da die weiteren Kosten für Urlaub, Krankheit, Feiertage etc. in den sonstigen Kosten kalkuliert sind. Eine dahingehende Plausibilisierung sei nicht erfolgt. Aus Ziffer 5 werde im Übrigen deutlich, dass die Zuschlagsvergütung für die Begleitperson gesondert auszuweisen ist.

Der Stundensatz aus dem Angebot der Antragstellerin weise eine Unterdeckung in Höhe von xxx.000 € auf die Laufzeit des Vertrages aus. Die Antragstellerin habe keine nachvollziehbaren Erläuterungen und Nachweise eingebracht.

Auch die Angaben der Antragstellerin hinsichtlich der Kfz-Kosten ergeben eine Unterdeckung für die Vertragslaufzeit in Höhe von ca. xxx.000 €. Auch hier habe die Antragstellerin keine nachvollziehbaren Erläuterungen und keine Nachweise eingebracht. Die Kalkulation der Antragstellerin weise mit 0,xx € pro Kilometer eine derart niedrige Bepreisung aus, die sogar die Erstattung laut bayerischem Reisekostengesetz für einen Pkw mit vier Mitreisenden von 0,43 € pro Kilometer erheblich unterschreitet. Der Restwert der eingesetzten Fahrzeuge sei nach vier Jahren aufgrund der hohen Beanspruchung allenfalls 30 %, keinesfalls jedoch xx %. Der Umrechnungsfaktor von x,x bei der Ermittlung der zu erwartenden tatsächlichen Fahrstrecke aus den besetzten Kilometern sei nicht realistisch. Sowohl Fahrer als auch Beifahrer hätten bereits vor der ersten Beförderung einer Person eine Strecke zurückzulegen. Der Kraftstoffverbrauch von durchschnittlich 10 l inklusive Klimaanlage und Standheizung sei realistisch.

Bei den sonstigen Kosten ergebe sich eine Überdeckung für die Vertragslaufzeit von xxx.000 €. Für die Fahrzeugdisponenten bedürfe es Minimum einer 45 Stunden Stelle. Für die aufwändige Abrechnung bedürfe es mindestens 10 Stunden. Hinzu kämen die Kosten für den Personenbeförderungsschein.

Die Antragstellerin weiche in ihrem Angebot von den zweifelsfreien Vorgaben der Vergabeunterlagen ab. In Ziffer 2.1.3. der allgemeinen Vertragsbedingungen sei ausdrücklich geregelt:

Alle eingesetzten Fahrzeuge müssen mit einem elektrisch bedienbaren Hublift ... als Einstiegshilfe ausgestattet sein.

Die Antragstellerin biete 23 Fahrzeuge an, für die keine entsprechenden Umbaukosten zum Behindertentransporter vorgesehen sind. Dies ergebe sich eindeutig aus dem Schreiben vom 18.10.2017.

Die Forderung nach einem solchen Hublift sei auch zulässig. In Anbetracht der vertraglichen Laufzeit müsse für jede Linie die Möglichkeit für einen Rollstuhltransport vorhanden sein. Auch müsse jedes Fahrzeug für andere Touren einsetzbar sein. Der Leistungsgegenstand sei durch die Vergabestelle bestimmbar.

Die Nachbesserung des Angebots der Antragstellerin sei unzulässig.

Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen scheidet aus. Die Beigeladene habe keine nachweislich schwere Verfehlung begangen. Eine fehlerhafte Abrechnung durch die Beigeladene liege nicht vor. Die Stundenangaben aus dem Leistungsverzeichnis seien eigenverantwortlich durch die Vergabestelle festgelegt. Die Stundenangaben seien nicht durch einen Routenplaner ermittelbar. Zu beachten sei die Bemessung des Aufwands der Begleitperson vor Abholung und nach Ablieferung der Fahrgäste. Einzurechnen seien weiterhin das Verkehrsaufkommen, Wartezeiten, Zu- und Abfahrtszeiten, sonstige Hindernisse und insbesondere die Übernahme der Beförderungspersonen an der Haustüre mit Übergabegespräch und Aufwand der Verbringung der Gäste in das Fahrzeug sowie Übergabe der Beförderungspersonen am Bei dem Stunden Wert handele es sich zudem um einen Maximalwert, die Abrechnung erfolge gesondert.

Auch die Richtzeit von 60 Minuten sei kein tauglicher Begründungsansatz für einen Abrechnungsbetrug.

Bei einer Gewichtung von Preis und Qualität mit jeweils 50 % sei es durchaus möglich, dass der günstigste Preis nicht zwingend den Zuschlag erhalte. Das Qualitätskonzept der Antragstellerin habe eine geringere Punktzahl erreicht als das der Bei-

geladenen. Die Vergabestelle habe die Bepunktung transparent und sachgerecht vorgenommen. Die Vergabekammer habe nicht die Pflicht eine gesonderte Wertung durchzuführen.

18.

Mit Schreiben vom 06.11.2017 teilte die ASt mit, dass ein Ausschluss wegen eines Unterkostenangebotes ausscheide. Der Vergleich der tatsächlichen Kosten je Arbeitsstunde und der Angaben in den Vergabeunterlagen sei hinfällig. Schließlich rechne die Vergabestelle nicht die tatsächlichen Kosten ab, sondern den fiktiven Höchstwert. Diese Abrechnungsbedingungen seien nicht transparent gewesen. Hätte die Antragstellerin dies gewusst, hätte sie viel preisgünstiger anbieten können. Es sei insoweit unbegründet, dass die kalkulierten Personalkosten nicht kostendeckend seien.

Eine Kostenunterdeckung ergebe sich auch nicht hinsichtlich der Fahrzeugkosten. Die Restwertprognose der Vergabestelle sei nicht substantiiert. Der Umrechnungsfaktor Besetzt-km sei sogar noch zu hoch angesetzt von der Antragstellerin.

Soweit die Vergabestelle hinsichtlich der Aufklärung der Antragstellerin angebrachte Zweifel gehabt hätte, hätte sie dies durch Nachfragen zu einzelnen Ansätzen konkretisieren müssen. An den Fahrzeugkosten habe die Vergabestelle zunächst gar kein Aufklärungsinteresse gehabt. Alle Daten seien anhand jedermann zugänglichen Quellen nachzuvollziehen.

Ein Vergleich mit dem BayRKG sei nicht vergleichbar und nicht gerechtfertigt.

Zu den sonstigen Kosten teilte die Antragstellerin mit, dass die Vergabeunterlagen ein Minimum von 45 Wochenstunden für Fahrzeugdisponenten nicht fordert. Die geschuldete Abrechnung könne die Antragstellerin mit dem vorhandenen Personal bewältigen.

Ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen scheidet aus. Zum einen seien die Vergabeunterlagen unklar hinsichtlich der Frage, wann die zur Leistungserbringung eingesetzten Fahrzeuge mit Hubliften ausgestattet sein müssen. Zum anderen ergebe eine teleologische Auslegung, dass ein Hublift nur dort geschuldet sei, wo tatsächlich ein Kind im Rollstuhl sitzend befördert werden muss. Die Vergabestelle sei nicht berechtigt, mehr als den erforderlichen Beförderungsaufwand zu betreiben. Der Schulaufwandsträger der ...schule erstatte keine Mehrkosten für nicht notwendige Hublifte. Zudem sei eine Ausstattung der Fahrzeuge mit Hubliften zu keinem Zeitpunkt verweigert worden. Eine Streichung in den Vergabeunterlagen sei nicht erfolgt. Einer gesonderten Bestätigung der Verwendung von Hubliften bedürfe es nicht.

Hätte die Vergabestelle nachgefragt, ob die Antragstellerin Hublifts verwende, hätte die Antragstellerin dies verneint.

Das Angebot der Beigeladenen sei auszuschließen. Die Beigeladene habe sich durch überhöhte Stundenangaben einen unrechtmäßigen Vorteil verschafft. Ob die Vergabestelle diesbezüglich gutgläubig ist, könne dahinstehen.

Die Antragstellerin habe gegenüber der Beigeladenen einen Wettbewerbsnachteil, da sie die Umstellung auf die Abrechnung einer Fahrtenpauschale nicht erkannt habe. Der Vortrag der Vergabestelle hinsichtlich der überhöhten Ansätze der Stunden mit Schreiben vom mit Schreiben vom den der Begleitperson sei unglaubhaft.

Die Wertung der Konzepte sei fehlerhaft erfolgt. Es dürfe keine positive Bewertung von Maßnahmen und Leistungsmodalitäten erfolgen, die nicht notwendige Mehrkosten verursachen. Qualitätsverbesserungen über das Notwendige hinaus würden nicht ersatzfähige Kosten verursachen. So sei die angeblich beabsichtigte Kontrolle aller Flüssigkeitsstände nicht notwendig. Die qualitativen Wertungskriterien seien insgesamt überbewertet.

Im Übrigen verweist die Antragstellerin auf ihren Vortrag aus dem vorherigen Nachprüfungsverfahren.

19.

Unter Wahrung des Geheimschutzes hat die Vergabekammer am 07.11.2017 der Antragstellerin per E-Mail Auszüge der Vergabeakte übermittelt.

20.

Mit Schreiben vom 08.11.2017 wurde die Firma zum Verfahren beigeladen.

21.

Mit Schreiben vom 14.11.2017 teilte die VSt mit, dass hinsichtlich der Auskömmlichkeit des Angebotes die Beweislast bei der Antragstellerin läge. Die Antragstellerin habe jedoch im Rahmen der Aufklärung darauf verzichtet nähere Angaben zu den einzelnen Kalkulationsbestandteilen zu machen, diese näher zu erläutern und diese durch Belege zu bekräftigen. Die Antragstellerin habe ihre Obliegenheit nicht erfüllt.

Das Angebot der Antragstellerin sei nach § 57 Abs. 1 Nummer 4 VgV auszuschließen. Der Wortlaut der Vergabeunterlagen sei zweifelsfrei. Alle Fahrzeuge seien mit einem Hublift anzubieten. Eine Auslegung sei hier nicht möglich. Es sei zudem sachgerecht und erforderlich alle Fahrzeuge entsprechend auszustatten. Derzeit seien bei 52 Touren 49 Rollstuhlfahrer zu befördern. Änderungen in der Vertragslaufzeit seien jederzeit möglich. Es sei aus dem Angebot ersichtlich, dass die Antragstellerin nur 30 Behinderten

Transporte angeboten habe. Eine nachträgliche Änderung ihres Angebots sei nicht möglich. Die Antragstellerin habe die Ausschreibungsunterlagen auch nicht gerügt.

Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen scheide aus. Es gebe keinen Anhaltspunkt für einen organisierten Betrug aller Beteiligten. Die tatsächliche Fahrstrecke werde bis auf 100 m genau nachvollzogen im Rahmen der Rechnungsprüfung. Die von den jeweiligen Fahrern unterzeichneten Stunden Zettel würden kontrolliert.

Der Stundenansatz für die Bergleitpersonen könne nicht durch die reine Fahrstrecke aus Google Maps ermittelt werden. Hierzu legt die VSt für die Routen BF 1, 3, 8, 15,20 im Einzelnen den Zeitansatz da. Die Stundenansätze der Antragstellerin lägen teilweise sogar unter der Fahrzeitermittlung von Google Maps. Dieser Ansatz sei hinsichtlich des Verkehrs und hinsichtlich der Leistungspflichten realitätsfern.

Hinsichtlich der Beanstandung der Wertung könne nicht nachvollzogen werden, dass die Antragstellerin bei der Beförderung von Schwerstbehinderten offenbar einen ordentlichen Zustand der eingesetzten Fahrzeuge, eine ausreichende Schulung des zum Einsatz kommenden Personals, einen gesicherten unverzüglichen Fahrzeugaustausch bei Ausfall, die erforderliche Kommunikation mit den Eltern und den Bedarfsträgern etc. als überflüssig ansieht. Hierbei handele es sich mitnichten um überflüssige Zusatzleistungen, sondern um die ordentliche Ausführung der geschuldeten Leistungen.

22.

Die Vorsitzende der Vergabekammer hat am 21.11.2017 die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 S. 1 GWB bis 29.12.2017 verlängert.

23.

Mit Schreiben vom 12.12.2017 zeigte die Beigeladenen ihre rechtsanwaltliche Vertretung an.

24.

Auf das Schreiben der Antragstellerin vom 11.12.2017, per Fax übersandt am 13.12.2017, wird verwiesen.

25.

In der mündlichen Verhandlung am 14.12.2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die Antragstellerin bekräftigt ihren Antrag aus dem Schriftsatz vom 19.10.2017. Hilfsweise zu Ziffer 2 beantragt sie die Aufhebung des Verfahrens.

Die Vergabestelle bleibt bei ihrem schriftsätzlichen Antrag vom 25.10.2017.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 b GWB. Als des öffentlichen Rechts unterliegt sie gemäß ihrer Satzung der Aufsicht durch
- c) Bei der ausgeschriebenen Beförderungsdienstleistung handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.
- d) Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB.
- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat geltend gemacht, dass ihr durch den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.
- f) Die ASt hat mit Fax vom 13.10.2017 rechtzeitig nach Erhalt des Vorabinformationsschreibens vom 09.10.2017 den beabsichtigten Ausschluss ihres Angebots gerügt.
- g) Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 19.10.2017 war auch die 15-Tages-Frist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom 16.10.2017 zur Verfügung steht.
- h) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Wertung der Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 6 GWB.

Das Verfahren ist nicht aufzuheben.

a)

Ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV ist nicht rechtmäßig, wenn die betreffende Regelung in den Vergabeunterlagen zu den Hubliften unklar ist.

Eine Unklarheit in den Vergabeunterlagen kann nicht zum Ausschluss des Angebots eines Bieters führen, sondern geht zu Lasten des Auftraggebers (Zimmermann in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 121 GWB, Rn 40).

Die Forderungen im Leistungsverzeichnis unter Ziffer 2.1.3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen lauten:

„Alle eingesetzten Fahrzeuge müssen mit einem elektrisch bedienbaren Hublift (entsprechend der allgemein gültigen DIN-Normen) als Einstiegshilfe ausgestattet sein (in begründeten Ausnahmefällen mit einer manuellen Rampenanlage). Die Hublifte müssen mindestens einmal jährlich von sachkundiger Stelle überprüft werden.“

Die Vorgabe ist insoweit jedenfalls unklar, als dass nicht ersichtlich ist, in welchen begründeten Ausnahmefällen eine manuelle Rampenanlage einsetzbar ist. In der mündlichen Verhandlung trägt die Vergabestelle vor, dass eine Ausnahme vorliege, wenn alte Fahrzeuge nur mit einer Rampe ausgestattet seien. Bei Neukauf eines Fahrzeuges müsste der Bieter dann einen Hublift einbauen lassen. Dies lässt sich jedoch aus den allgemeinen Vertragsbedingungen nicht eindeutig entnehmen.

Im Ergebnis kann dies vorliegend dahinstehen, da das Angebot der Antragstellerin nach der Bewertung durch die Vergabestelle nur auf Rang zwei steht und somit ein Zuschlag an die Antragstellerin ausscheidet.

b)

Ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nach § 60 Abs. 3 VgV ist rechtmäßig, wenn die Vergabestelle nach der Prüfung gemäß § 60 Abs. 1 und 2 VgV die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären kann.

Die Vergabestelle ist zu Recht gemäß § 60 Abs. 1 VgV in die Aufklärung des Angebotes der Antragstellerin eingestiegen, nachdem der Angebotspreis der Antragstellerin mehr als 20 % günstiger ist als der Gesamtpreis der Beigeladenen. Der öffentliche Auftraggeber hat in der Regel vom Bieter Aufklärung über den Angebotspreis zu verlangen, wenn zwischen dem (Gesamt-)Angebotspreis des Bestbieters und dem nächstplatzierten Bieter eine Preisdifferenz von mehr als 20 % besteht (sog. Aufgreifschwelle). Ab einer Preisdifferenz von mehr als 20 % wird - widerlegbar - vermutet, dass der Preis oder die Kosten im Verhältnis zur angebotenen Leistung ungewöhnlich niedrig sind (Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 60 VgV, Rn. 10).

Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin nach § 60 Abs. 3 VgV nach Aufklärung des Angebots erfordert eine Prognoseentscheidung durch die Vergabestelle.

Der Prüfungsmaßstab richtet sich nach dem Schutzzweck des § 60 VgV. Danach ist vom Auftraggeber anhand der erteilten Informationen zu beurteilen, ob der Bieter trotz des Unterkostenangebots in der Lage sein wird, den Vertrag ordnungsgemäß zu erfüllen, insbesondere ob es auf technisch, wirtschaftlich oder rechtlich fragwürdigen Annahmen beruht. Die Ablehnung eines Angebots ist geboten, wenn auch nach nicht zufriedenstellender Aufklärung noch Ungewissheiten verbleiben (Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 60 VgV, Rn 27 ff).

§ 60 Abs. 3 Satz 1 VgV ist ein fakultativer Ausschlussgrund, d. h. die Vergabestelle muss hier eine abgewogene Prognoseentscheidung nach vorheriger Preisaufklärung treffen.

In der Vergabedokumentation hat die VSt hinsichtlich der ersten Aufklärung des Angebots der Antragstellerin folgendes festgehalten:

„... ergebe sich ein auskömmlicher Stundensatz von 1x,xx € für Festangestellte und 1x,xx € für geringfügig Beschäftigte. ...

Ersetzt man in der jährlichen Angebotskalkulation der Antragstellerin den angegebenen Stundensatz von 1x,xx € durch den auskömmlicher berechneten Stundensatz ergeben sich Personal Mehrkosten in Höhe von xxx.xxx,xx € pro Jahr. ... (Die korrekte) Berechnung der Beifahrerstunden von rund 236 h ... (und die Einrechnung) der zwingenden Mindestloohnerhöhungen ... ergeben für die gesamte Vertragslaufzeit eine Unterdeckung von in Höhe von xxx.xxx,xx €...

Mit Schreiben vom 4.10.2017 bewertete die Vergabestelle die Antwort der Antragstellerin auf ihre zweite Aufklärung:

Die Antragstellerin konnte im Nachprüfungsverfahren die Kalkulation Stundensatz Mindestlohn ..., den entsprechenden Erläuterungen ... und Berech-

nungen der Unterdeckungsbeträge bezogen auf die Personalkosten nicht entkräften.

Da der Bieter keine Kalkulation der Unterdeckung der Personalkosten aus seiner Sicht, wie in der Preisauflärung gefordert, vorlegt müssen wir dies so werten, dass unsere Berechnungen realistisch sind. Der Kalkulationsfehler konnte nicht widerlegt werden, eine Excel-Tabelle mit der genau nachvollziehbaren Berechnung wurde der Preisauflärung beigelegt. Im Zuge der Preisauflärung soll daher überprüft werden, inwieweit die zwei anderen Kostenpositionen Kfz Kosten und sonstigen Kosten kostendeckend sind.

...

Unter Berücksichtigung ... ergibt sich eine jährliche Unterdeckung bei den Kfz Kosten von rund xxx.000 € und vier Jahre von xxx.000 €. Nachweise für die Plausibilität der Angaben wurden der Antwort auf die Preisauflärung nicht beigelegt, wo diese gefordert waren.

...

Bei den sonstigen Kosten ergibt sich eine jährliche Überdeckung von rund xxx.000 € und bei vier Jahren von xxx.000 €. Geforderte Nachweise für die Plausibilität der Angaben bzw. Erläuterungen wurden nicht gemacht und konnten damit auch nicht berücksichtigt werden.

...

Über-/Unterdeckung für die gesamte Vertragslaufzeit

...

Gesamt - xxx.000 €

Die von der Rechtsprechung entwickelte Aufgreifschwelle wurde vorliegend erreicht. Sowohl das Angebot der Beigeladenen als auch das Angebot der Antragstellerin für sind bezüglich des Preises pro Besetzt-Kilometer erheblich höher als der Besetzt-Kilometer beim verfahrensgegenständlichen Angebot der Antragstellerin.

Die Vergabestelle hat diese erhebliche Preisdifferenz nach Abschluss des ersten Nachprüfungsverfahrens ausreichend gemäß § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV bei der Antragstellerin aufgeklärt und kann daher im Anschluss ausreichende Ermessenserwägungen anstellen. Die Antragstellerin wurde mit den Berechnungen der Vergabestelle zu dem ungewöhnlich niedrigen Besetzt-Kilometer-Preis der Antragstellerin nun ausreichend konfrontiert.

Aus Sicht der Vergabestelle hat die Antragstellerin die erforderliche Aufklärung zu ihrem Angebot jedoch nicht ausreichend erbracht. Es bleiben aus ihrer Sicht Ungewissheiten, die eine Ablehnung des Angebotes rechtfertigen.

Dies ist seitens der Vergabekammer insoweit nicht zu beanstanden, da die Antragstellerin, trotz Schreiben der Vergabestelle vom 19.09.2017 mit der Bitte um Erläuterung, wie sich der kalkulierte Betrag pro Stunde für den Fahrer und Beifahrer errechnet (unter Beachtung der Sozialversicherungsbeiträge und der Nettoarbeitszeit), keine weiteren Angaben zu den Personalkosten beigebracht hat.

Im Ergebnis kommt es hierauf nicht entscheidungserheblich an, da das Angebot der Antragstellerin nach der Bewertung durch die Vergabestelle auf Rang zwei steht und somit ein Zuschlag an die Antragstellerin ausscheidet.

c)

Die Wertung des Angebots der Beigeladenen ist nicht zu beanstanden.

Insbesondere rechtfertigt die Beschuldigung durch die Antragstellerin, die Beigeladene habe die Abrechnung der Leistungen bisher bewusst falsch durchgeführt, keinen Ausschluss des Angebots der BGI.

Den Vorwurf gegen die Beigeladene begründet die Antragstellerin mit dem Text der Leistungsbeschreibung. Das Argument der Antragstellerin, im Leistungsverzeichnis seien 50 % zu viel Gesamtfahrzeit angesetzt, ist zum einen nicht glaubhaft und zum anderen kann von der Vorgabe im Leistungsverzeichnis nicht auf eine bewusst falsche Abrechnung des derzeit beauftragten Beigeladenen geschlossen werden.

Die VSt hat die konkreten Zeitansätze entsprechend ihrer eigenen Erfahrung vorgegeben und im Leistungsverzeichnis festgelegt. Wie die Vergabestelle glaubhaft darlegt, errechnet sich die Zeitangabe der Touren zudem nicht aus der Routenplanung von Google Maps, sondern aus einer Vielzahl von zu beachtenden Maßgaben. Hierunter fallen nach substantiiertem Angabe der Vergabestelle der Zeitbedarf für die Aufnahme und Übergabe der Schüler hier je 5 Minuten je Schüler, ein Zuschlag für Verkehrsschwernisse im Berufsverkehr, Nachbereitung wie Reinigung Fahrzeuge etc., sowie die Zeit ab Zustieg der Begleitperson vor Aufnahme der Fahrgäste.

Die VSt bestimmt die Leistung. Ihr obliegt es, die Fahrzeiten festzulegen.

d)

Die Bewertung des Angebots der Antragstellerin durch die Vergabestelle ist nicht zu beanstanden. Die Bewertung der Angebote erfolgte im Rahmen der bekannt gemachten Zuschlagskriterien und deren bekannt gemachten Gewichtung, sowie im Rahmen des bekannt gemachten Punkteschemas.

Bei der Bewertung der Kriterien Personal, Material, Schulungs- und Fortbildungskonzept und Notfallkonzept hat die VSt im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes gehandelt.

aa) Der EuGH setzt als Maßstab für die Bewertung und Einstufung der Angebote an, dass bei der Bewertung keine Veränderung der bekannt gemachten Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung erfolgen darf (EuGH, Urteil vom 14.7.2016, C-6/15).

Die VSt hat in den Vergabeunterlagen die Zuschlagskriterien Preis und Qualität zu jeweils 50 % bekannt gemacht.

Bei dem Zuschlagskriterium Qualität hat die VSt die vier Unterkriterien Personal, Material, Schulungs- und Fortbildungskonzept und Notfallkonzept benannt und für diese jeweils 10 erreichbare Punkte in Aussicht gestellt.

bb) Die Bewertung des Angebots der ASt hinsichtlich der Kriterien Personal, Material, Schulungs- und Fortbildungskonzept und Notfallkonzept ist nicht zu beanstanden.

Die Vergabekammer prüft die Bewertung der VSt nur daraufhin, ob diese ihren Beurteilungsspielraum verletzt hat. Sie ersetzt insbesondere nicht die Wertung der VSt durch eine eigene Wertung.

Die Wertungsentscheidung muss den an sie zu stellenden vergaberechtlichen Anforderungen genügen. Dazu gehört, dass das vorgeschriebene Verfahren für die Bewertung eingehalten und der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt wird sowie die von der Vergabestelle selbst aufgestellten Vorgaben beachtet und keine sachwidrigen und gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßenden Erwägungen angestellt werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.3.2017-Verg 39).

cc) Die VSt hat sich vorliegend an die von ihr aufgestellten Bewertungsmaßgaben, Zuschlagskriterien und Gewichtungen gehalten.

Ersichtlich erfolgt die Punktevergabe auf der Grundlage einer wertenden Beurteilung des Entscheidungsträgers. Dass bei den Vorgaben, wie bei jeder Wertung, subjektive Komponenten (im Sinne von Einschätzungen, nicht im Sinne von willkürlichen persönlichen Präferenzen) eine wesentliche Rolle spielen, ist offensichtlich (OLG München, Beschluss vom 10.8.2017, Verg 3/17).

Soweit die Bieter ihre Konzepte für die Erfüllung der Qualitäts-Unterkriterien schriftlich darstellen sollen, hat der Wettbewerb partiell das Gepräge eines Vergabeverfahrens mit funktionaler Leistungsbeschreibung (Vgl. BGH, Beschluss vom 4.4.2017-X ZB 3/17).

Es ist der VSt vorliegend somit nicht verwehrt, die jeweiligen benannten Unterpunkte gleichermaßen an subjektiven Komponenten zu messen.

dd) Aus dem Bewertungsschema in den Vergabeunterlagen ergibt sich, dass die VSt die Zuschlagskriterien jeweils mit 0-2-4-6-8-10 Punkten im Rahmen des bekannt gemachten Bewertungsschemas gewertet hat.

ee) Die VSt durfte bei der Bewertung auf sachgerechte Erwägungen abstellen. Sie war insbesondere nicht verpflichtet, sämtliche Erwartungen korrelierend zur Bewertung vorab zu beschreiben.

Eine Forderung nach Unterlegen der Höchstpunktzahl mit konkretisierenden Informationen zu den von der Antragsgegnerin mit der Erfüllung der Kriterien verbundenen Erwartungen würde die Antragsgegnerin dazu zwingen, Aufgaben zu übernehmen, deren Lösung sie im Rahmen der funktionalen Ausschreibung in vergaberechtlich unbedenklicher Weise auf die Bieter delegieren wollte (Vgl. BGH, Beschluss vom 4.4.2017-X ZB 3/17).

Es ist vorliegend nicht festzustellen, dass bei der Bewertung innerhalb der Zuschlagskriterien Erwägungen eingeflossen sind, die nicht sachgerecht sind.

Die Argumentation der Antragstellerin, dass die Bewertung nicht nachvollziehbar sei, greift nicht durch.

Die VSt beschreibt sowohl in ihrem Informationsschreiben als auch in ihrer Dokumentation zur Wertung, worauf der Punkteabzug basiert. Sie teilte mit, die Bewertung der Qualität habe ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin weniger Punkte erzielen konnte als das Angebot der Beigeladenen.

Hinsichtlich des Materials wurde das Konzept laut Informationsschreiben vom 9.10.2017 als durchschnittlich gewertet. Die meisten Angaben seien nach der Begründung der VSt zu unpräzise und wenig belastbar, um hierauf eine gute Wertung gründen zu können. Beispielsweise sei nicht ersichtlich, weshalb allein die Information der Fahrdienstleitung einen schnellen Fahrzeugaustausch garantieren soll, wenn keinerlei Angaben zur konkreten Umsetzung des Austausches erfolgen und der Standort der Ersatzfahrzeuge nur vage beschrieben wird.

Das Kriterium Personal ist ebenfalls als durchschnittlich gewertet worden. Ein Konzept zur Art der personellen Organisation sei nach der Begründung der VSt nur in Ansätzen erkennbar. Der Ablauf bei Personalausfall werde ebenfalls nicht konkret oder nachvollziehbar beschrieben. Der geforderte Stundenumfang der Fahrdienstleitung werde nicht benannt.

Das Kriterium Fortbildung wurde ebenfalls als durchschnittlich gewertet. Die genannten Schulungen (Erste-Hilfe-Kurs) seien überwiegend ohnehin selbstverständlich oder wenig konkret erläutert. Es fehle an konkreten Schulungsmaßnahmen, die dem Auftragsgegenstand Rechnung tragen. Die Antragstellerin spreche von „internen Maßnahmen“, ohne diese näher zu erläutern. Es sei eine Vorbereitung auf den Auftrag gefordert worden, nicht eine nachträgliche Ertüchtigung während der Laufzeit des Vertrages.

Das Konzept Notfall ist als überdurchschnittlich gewertet worden. Es bestünden nach dem Vortrag der VSt Mängel in der Darstellung des Umgangs mit denkbaren Notfallsituationen. Zum Teil komme das Konzept über pauschale Aussagen nicht hinaus. Ein angemessenes Notfallkonzept sei in Ansätzen erkennbar und es seien verschiedene Angaben positiv aufgenommen worden. Daher sei eine überdurchschnittliche Wertung erfolgt.

Die Dokumentation der Vergabestelle vom 14.9.2017 vertieft dieses Vorbringen und benennt z.B. hinsichtlich des Materials als Mangel, dass die Fahrzeuge nur 1 x im Monat mittels einer Checkliste überprüft werden sollen. Hinsichtlich des Personals benennt die VSt konkret auch den Mangel, dass im Konzept nicht auf die in der Ausschreibung geforderte Ansprechperson (Disponenten) eingegangen werde.

Hinsichtlich des Konzepts zur Fortbildung hat die VSt in der Dokumentation konkretisiert, dass die angebotenen Basic-Schulungen für ein Unternehmen in der Personenbeförderung selbstverständlich seien. Es fehle bei diesen Schulungen der Bezug zum Auftrag und zu den konkret zu befördernden Personen. Es fehle an Unterweisungen oder Fortbildungen zur Epilepsie. Zudem sei das Konzept Fortbildung sehr knapp. Die langjährige Erfahrung des Bieters lassen sich aus dem Qualitätskonzept nur erahnen.

Im Notfallkonzept gehe die Antragstellerin nur auf eine Möglichkeit der Konfliktlösung, das Umsetzen des Fahrgastes im Fahrzeug, ein. Hinsichtlich des Themas „epileptische Anfälle“ lasse der Bieter nicht genau erkennen, inwieweit er bereits Erfahrung mit dieser Thematik habe. Er verweise hierzu auf eine gemeinsame Erörterung mit dem zukünftigen Auftraggeber. Aufgrund erkennbarer Ansätze und der allgemeinen Aussage zur vorhandenen Eignung und zur Schulung sei das Notfallkonzept überdurchschnittlich bewertet worden.

Sämtliches Vorbringen der VSt zur Begründung ihrer Bewertung ist nicht zu beanstanden. Alle genannten dokumentierten Aspekte sind sachgerecht. Es ist kein Anhaltspunkt ersichtlich, weder aus der Dokumentation noch aus dem Verfahren, dass die VSt willkürlich und sachfremd bewertet hat.

Es liegt in der Natur der Sache, dass die ASt das Konzept der BGI nicht kennt. Der Vortrag der ASt, die Bewertung sei nicht nachvollziehbar, überzeugt nicht. Die Begründung ist präzise und stellt einzelne Aspekte, bei denen es Punkteabzug gab, deutlich heraus.

ff) Auch eine fehlerhafte Feststellung des Sachverhaltes, welcher der Bewertung zugrunde liegt, ist nicht festzustellen.

gg)

Die Erwägungen zur Benotung sind ausreichend schriftlich fixiert in der Vergabedokumentation. In der Dokumentation muss der Auftraggeber seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind (BGH, 4.4.2017-XZB3/17).

Aus der Dokumentation ist vorliegend sowohl die Punktevergabe als auch eine kurze schriftliche Erläuterung zu jedem benoteten Teilaspekt zu entnehmen. Hiermit genügt die Vergabestelle den Anforderungen an die Dokumentation.

e)

Darüber hinaus sind keine Gründe festzustellen, die eine Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtfertigen.

Die Vergabestelle hat das Leistungsbestimmungsrecht für die ausgeschriebene Leistung. Die Leistungsbeschreibung ist Ausdruck der Dispositionsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers. Er hat das Leistungsbestimmungsrecht und legt fest, welchen Beschaffungsgegenstand er für erforderlich und wünschenswert hält. Die Bieter haben keine rechtliche Möglichkeit, über die konkreten Inhalte der Leistung zu bestimmen und sind an die Vorgaben des Auftraggebers gebunden. Es kommt nicht darauf an, ob die zu beschaffende Leistung für den Auftraggeber und dessen Bedürfnisse tatsächlich geeignet, zweckmäßig, sinnvoll oder wirtschaftlich ist. Die Einschätzung dieser Faktoren ist alleinige Aufgabe des Auftraggebers vor der Initiierung des Beschaffungs- und Vergabeprozesses (Zimmermann in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 121 GWB, Rn 6 ff).

Die VSt kann vorliegend bestimmen, welche Fahrzeuge sie benötigt, wie die Ausstattung der Fahrzeuge zu erfolgen hat und wie die Abrechnung der Fahrleistungen erfolgt. Es ist vorliegend kein Aspekt ersichtlich, bei dem die Vergabestelle ihr Leistungsbestimmungsrecht überschreitet.

Insbesondere legt die Vergabestelle in den Schriftsätzen sowie in der mündlichen Verhandlung ausführlich dar, auf welcher Grundlage sie die Fahrzeiten für die einzelnen

Touren festgelegt hat (vgl. oben 2 c)) Es liegen nach Aussage der Vergabestelle ihre Erfahrungen aus den vergangenen Jahren über die konkret zu befördernden Personen zugrunde.

Die Vergabekammer kann nicht die Einschätzung eines Auftraggebers ersetzen. Die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen urteilen nicht darüber, ob der Auftraggeber seinen Bedarf sinnvoll definiert hat oder ob andere Realisierungsvarianten besser oder wirtschaftlicher wären (Zimmermann in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 121 GWB, Rn 6 ff).

Die Vergabekammer kann lediglich die Forderung der Vergabestelle daraufhin überprüfen, ob darin willkürliche oder sachfremde Erwägungen liegen. Eine willkürliche oder sachfremde Festlegung ist in den Vergabeunterlagen nicht festzustellen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der VSt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.
- d) Die BGI hat keinen Antrag gestellt. Sie hat kein Kostenrisiko übernommen und hat daher ihre Aufwendungen auch selbst zu tragen.
- e) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Angebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €
Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet. Eine Kostenrechnung an die ASt in Höhe des Differenzbetrages von x.xxx,- € wird nachgereicht.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....