

Leitsätze:

1. Im Nachprüfungsverfahren prüft nicht die Vergabekammer die Auskömmlichkeit der angebotenen Preise. Prüfungsmaßstab der Vergabekammer ist vielmehr, ob die Aufklärung der Preise durch die Vergabestelle nachvollziehbar und sachgerecht erfolgt ist.
2. Liegt nach Ansicht des öffentlichen Auftraggebers ein ungewöhnlich niedriges Angebot vor, muss er vom Bestbieter Aufklärung über seine Preise verlangen. Dem Bieter muss die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, dass er in der Lage ist, die ausgeschriebene Leistung ordnungsgemäß erbringen zu können. Es besteht insoweit kein Ermessen auf Seiten des Auftraggebers.
3. Auch die anderen Teilnehmer am Vergabeverfahren können sich grundsätzlich und uneingeschränkt auf die Beachtung des Verfahrens nach § 60 Abs. 3 VgV berufen. Also darauf, dass die Vergabestelle die dort vorgesehene nähere Prüfung zur Preisbildung vornimmt. Jeder Bieter hat gemäß § 97 Abs. 6 GWB Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren. Weitergehende Kriterien (wie etwa das Vorliegen einer Marktverdrängungsabsicht) werden nicht verlangt.

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

Vergabestelle:
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladene:
Bevollmächtigter:
.....
(Beigeladene - BGI)

Auftragsbezeichnung: **Postzustellungsaufträge**
Los: **Los-Nr.: 2**

Vergabeverfahren: **Offenes Verfahren nach § 15 VgV**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 14.03.2019 durch den Vorsitzenden, die hauptamtliche Beisitzerin und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

Beschluss:

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

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb die Postzustellungsaufträge im Offenen Verfahren aus.

Ausgeschrieben wurden

- Los-Nr.: 1 Förmliche Zustellungsaufträge
- Los-Nr.: 2 Datenerfassung der Zustelldaten

Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht. Zuschlagskriterium ist das wirtschaftlichste Angebot (bestes Leistungs-Preis-Verhältnis). Ende der Angebotsfrist war der xx.xx.xxxx.

2.

Los 1 beinhaltet nach Leistungsbeschreibung die förmlichen Zustellungen für Im Rahmen des Loses 1 war ein Postdienstleister mit der Abholung der Zustellaufträge, der bundesweiten Ausführung der förmlichen Zustellungen, der Bereitstellung entsprechender Transportbehälter und Vordrucke der Zustellungsurkunden sowie der gebündelten Weitergabe der ausgefüllten Zustellungsurkunden an das von der VSt noch zu benennende Unternehmen, den Auftragnehmer des Loses 2, zur elektronischen Erfassung zu beauftragen. Los 2 beinhaltet die elektronische Erfassung der Postzustellungsurkunden.

Zum Zwecke der Berechnung des wirtschaftlichsten Angebotes sollte ausweislich der Vergabeunterlagen die Einfache Richtwertmethode (UfAB VI) zur Bildung eines Leistungs-Preis-Verhältnisses angewandt werden.

Zur Ermittlung der Leistungskriterien waren sechs Konzepte von den Bietern für das Los 2 einzureichen, welche mit jeweils 10, 20 oder 40 % in die Wertung der Leistungskriterien ein-

fließen sollten. Im Einzelnen handelte es sich um Datenerfassung (40 %), die Fortbildung des Personals (10 %), Versandspitzen/außergewöhnliche Vorkommnisse (10 %), den Datenschutz und das Briefgeheimnis (20 %) sowie für den Umweltschutz (10%). Die einzelnen Leistungskriterien sollten mit Punkten von 1 - 4 entsprechend den Vorgaben in den Vergabeunterlagen bewertet werden. Das Leistung-Preis-Verhältnis sollte sich sodann errechnen, indem die Summe der Leistungspunkte durch den Gesamtpreis (Bruttopreis) dividiert werde. Das Angebot mit dem größten Quotienten sei sodann das wirtschaftlichste Angebot.

3.

Mit Informationsschreiben nach § 134 GWB vom 15.01.2019 teilte die VSt der ASt mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag für das Los 2 „Datenerfassung der Zustelldaten“ an die BGI zu erteilen. Zur Begründung, weshalb der Zuschlag nicht auf das Angebot der Antragstellerin erteilt werden könne, teilte die VSt mit, dass bei gleichen Leistungspunkten für die einzelnen Kriterien das Angebot der ASt preislich ungünstiger gewesen sei.

4.

Mit Schreiben vom 24.01.2019 rügte die ASt die Bewertung ihres Angebotes und die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die BGI als fehlerhaft.

5.

Mit Schreiben vom 25.01.2019 beantragte die ASt bei der Vergabekammer, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Die ASt beantragt:

1. ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß § 160 Abs. 1 GWB gegen die VSt wegen der fehlerhaften Angebotsbewertung des Loses 2 im Rahmen der Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über Postzustellungsaufträge ... - Bekanntmachung im EU-Amtsblatt unter der Vergabenummer 2018/S xxx-xxxxxx - einzuleiten.

2. der VSt zu untersagen, in dem Vergabeverfahren über Postzustellungsaufträge - Bekanntmachung im EU Amtsblatt unter der Vergabenummer 2018/S xxx-xxxxxx - den Zuschlag für das Los 2 auf das Angebot der zu erteilen.

3. die VSt anzuweisen, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Angebotsbewertung zurückzusetzen und die Angebotsbewertung bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut vorzunehmen,

4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt für notwendig zu erklären und

5. der VSt die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

Des Weiteren wird beantragt,

6. der ASt Akteneinsicht gem. § 165 GWB in die Vergabeakte durch Zurverfügungstellung der Vergabeakte in den Räumlichkeiten der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin zu gewähren.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet:

Die VSt habe gegen die Aufklärungspflicht des § 60 Abs. 1 VgV verstoßen. Gemäß § 60 Abs. 1 VgV verlange der öffentliche Auftraggeber vom Bieter Aufklärung, sofern der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen.

Die ASt gehe davon aus, dass ein unauskömmliches Angebot der BGI vorliege, welches ggf. bereits die sog. „Aufgreifschwelle“ des § 60 Abs. 1 VgV überschreitet. In der Rechtsprechung werde diese „Aufgreifschwelle“ für die Durchführung einer Preisprüfung bei einer Abweichung des Gesamtangebotspreises des Bestbieters zum Preis des nächstplatzierten Bieters von 20 % zum nächsthöheren Angebot angenommen (vgl. Vergabekammer Nordbayern, Beschluss vom 07. September 2017- 21.VK-3194-02-04).

Auch bei Unterschreiten dieser in der Rechtsprechung anerkannten Aufgreifschwelle sei eine Überprüfung des Angebotspreises der BGI durch die VSt erforderlich gewesen. Die Frage der Unangemessenheit eines Preises könne sich nicht nur aufgrund des signifikanten Abstandes zum nächstgünstigen Gebot im selben Vergabeverfahren stellen, sondern gleichermaßen etwa bei augenfälliger Abweichung von in vergleichbaren Vergabeverfahren oder sonst erfahrungsgemäß verlangten Preisen (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16 -, BGHZ 214, 11-31, Rn. 15 unter Hinweis auf OLG München, Beschluss vom 21. Mai 2010 - Verg 2/10, VergabeR 2010, 992, 1008; OLG Karlsruhe VergabeR 2010, 96).

Dies gelte insbesondere in Vergabeverfahren mit nur wenigen wertungsfähigen Angeboten. Anhaltspunkt für eine Überprüfung des Angebotspreises der BGI sei, dass das Angebot der BGI niedriger sei als das der aktuellen Leistungserbringerin.

Der VSt sei aus vorangegangenen Vergabeverfahren bekannt, dass die BGI bei Vergabeverfahren zuvor zu deutlich höheren Angebotspreisen angeboten habe, als nunmehr offensichtlich erfolgt sei.

Die ASt sei seit mehreren Jahren an Vergabeverfahren betreffend die elektronische Erfassung von Postzustellungsurkunden beteiligt. In diesen Vergaben beteilige sich regelmäßig die BGI. In dem letzten Vergabeverfahren vergleichbarer Aufträge anderer Vergabestellen zur elektronischen Erfassung von Postzustellungsurkunden sei die ASt erheblich günstiger als der nächstbietende Anbieter gewesen. Die ASt habe für den hier streitgegenständlichen Auftrag ihren Angebotspreis geringfügig aufgrund gestiegener Strompreise und Lohnsteigerungen in Ihrem Betrieb erhöht. Die BGI müsse dagegen nunmehr die elektronische Erfassung der Postzustellungsurkunden zu einem erheblich günstigeren Preis angeboten haben, welcher der allgemeinen Inflationsrate sowie der gestiegenen Lohn- und Stromkosten entgegenlaufe. Dies spreche für eine unauskömmliche Kalkulation.

Ferner lasse die öffentlich kommunizierte Preisgestaltung der BGI Rückschlüsse darauf zu, dass das Angebot der BGI im Rahmen dieses Vergabeverfahrens nicht auskömmlich sein könne. Die BGI biete schon bei reinen Scansvorgängen, etwa dem Scan der Eingangspost, Preise an, welche deutlich oberhalb des Angebotspreises in diesem Verfahren pro Dokument liegen. So seien bei bis zu 300 einzuscannenden Sendungen pro Tag Preise ab 0,xx € pro Tag angeboten. Bei bis zu 520 einzuscannenden Sendungen verringere sich dieser Betrag auf 0,xx € pro Tag.

Zwar sei die im Rahmen dieses Auftrages zu erbringende Erfassungsleistung von einem deutlich größeren Volumen. Jedoch sei zu beachten, dass hier Zusatzleistungen in Form der Kontrolle, Bündelung, Rücksendung und dem besonderen Umgang mit Nichtzustellungen erforderlich seien, mithin nicht lediglich ein bloßes Einscannen erforderlich sei, sodass für die VSt nicht zu erwarten gewesen wäre, dass die BGI die zu beauftragende Leistung zur Hälfte dieses Preises anbieten könne.

Die BGI könne die zu beauftragende Leistung nicht auskömmlich zu dem angebotenen Preis anbieten, was auch durch die Kalkulationen der bestätigt sei. Die biete vielfach Produkte an, welche eine elektronische Erfassung nach der Zustellung bereits im Porto mit umfassen, so etwa bei, bei welcher die elektronische Erfassung der Postzustellungsurkunde Teil des Zustellauftrages sei. Die elektronische Erfassung der Postzustellungsurkunden werde hierbei i. d .R. von der BGI durchgeführt. Der Preis für die Durchführung der Postzustellung und der anschließenden elektronischen Erfassung liege bei dem Produkt ... der ... ab 72.000 Stück pro Kalenderjahr bei x,xx € (zzgl. Umsatzsteuer) pro

Stück. Die reine Postzustellung (PZA) koste dagegen bei entsprechendem Auftragsvolumen x,xx € (zzgl. Umsatzsteuer). Hieraus sei abzuleiten, dass auch die, welche sich der BGI bei der elektronischen Erfassung bediene, von einem Aufwand für die elektronische Erfassung i. H. v. 0,xx € ausgehe.

Die VSt hätte bei der Prüfung, ob eine Aufklärung des Angebotspreises vorzunehmen sei, berücksichtigen müssen, dass für die BGI aufgrund ihrer Größe, Ausstattung und insbesondere ihrer Gehaltsstruktur höhere Kosten bei der Leistungserbringung anfallen als bei der ASt, die ein inhabergeführtes Unternehmen mit einer geringen Anzahl von Mitarbeitern sei und daher nicht zu den gleichen Preisen kalkulieren könne wie die ASt. Insofern sei der niedrigere Angebotspreis ebenso überraschend und hätte der VSt Anlass zur Aufklärung des Angebotspreises gegeben. Die ASt habe bereits mit einer geringen Gewinnmarge gerechnet, sodass nicht davon auszugehen sei, dass die BGI mit dem Auftrag überhaupt noch einen Gewinn erwirtschaften könne.

Die Abgabe eines derart abweichenden Preises in dem Vergabeverfahren sei in einer Marktverdrängungsabsicht zu Lasten der ASt erfolgt. Die ASt sei aktuell eine der wenigen, wenn nicht sogar der letzte verbliebene Marktteilnehmer betreffend der elektronischen Erfassung von Postzustellungsurkunden und habe in den vergangenen Jahren bei mehreren Auftragsvergaben öffentlicher Auftraggeber zu erheblich günstigeren Preisen angeboten als bzw. die BGI und so öffentliche Aufträge erhalten und beanstandungsfrei durchgeführt, welche vormals durch ausgeführt worden seien. Während die ASt als mittelständisches Unternehmen für sie unwirtschaftliche Aufträge jedoch nicht ausführen kann und daher auf auskömmliche Angebotspreise angewiesen sei, sei es der ASt eher möglich, zum Zwecke einer langfristigen Sicherung einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich der elektronischen Erfassung von Postzustellungsurkunden verbliebene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen.

Es sei daher festzustellen, dass für die VSt über ein eventuelles Erreichen der Aufgreifschwelle hinaus Anhaltspunkte bestanden haben, den Angebotspreis der BGI gem. § 60 Abs. 1 VgV aufzuklären.

Es sei keine Preisprüfung des Angebotspreises der BGI erfolgt, diese sei jedoch aufgrund der vorstehenden Erwägungen durchzuführen gewesen. Die Nichtdurchführung einer Angebotspreisprüfung trotz Vorliegens von Anhaltspunkten betreffend eines möglichen unauskömmlichen Angebots verstoße gegen die bieterschützende Vorschrift des § 60 Abs. 1 VgV und verletze die ASt in ihren Rechten.

Lediglich vorsorglich und hilfsweise für den Fall, dass eine Preisaufklärung erfolgt sei, rügt die ASt einen Verstoß gegen § 60 Abs. 2 VgV dahingehend, dass die VSt die Preisprüfung nicht ordnungsgemäß durchgeführt habe und fehlerhaft zu dem Ergebnis der Auskömmlichkeit des Angebotspreises der BGI gekommen sei.

Nach § 60 Abs. 2 VgV habe der öffentliche Auftraggeber, wenn der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen, die Zusammensetzung des Angebots zu überprüfen.

Es sei eine Einsicht in den Vergabevermerk der VSt erforderlich, um zu prüfen, ob der Antragsgegner fehlerhaft eine Auskömmlichkeit des Preises angenommen haben könnte, jedenfalls sei für die VSt zu überprüfen gewesen, ob die BGI den unangemessen niedrigen Angebotspreis ausschließlich aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu dem vermeintlichen Auftragnehmer des Loses 1 - der - anbieten konnte, da eine Quersubventionierung innerhalb des Unternehmens erfolge oder aufgrund der Zugehörigkeit zu günstige Konditionen für die Leistungserbringung zur Verfügung standen, die anderen Unternehmern nicht gewährt werden könne, wie etwa eine besonders preisgünstige oder gar kostenlose Rückführung der Urkunden nach Abschluss der elektronischen Erfassung über die Zustelldienstleister der Vorsorglich und für den Fall, dass die BGI ihren Angebotspreis mit einem Interesse an dem Auftrag zwecks Einstieges in den Markt begründet haben sollte, wird darauf hingewiesen, dass es sich bei der BGI nicht um ein Unternehmen handelt, welches sich erst im Markt etablieren muss, sondern ein Tochterunternehmen des erfahrensten und größten Dienstleisters im Bereich Postzustellungsaufträge, der Allein aufgrund der Durchführung von elektronischen Erfassungen im Rahmen des Produktes für verfüge die BGI bereits über ein großes Auftragsvolumen und dürfe wohl als Marktführerin im Bereich der elektronischen Erfassung von Postzustellungsurkunden angesehen werden.

Das Angebot der BGI sei bereits aufgrund einer unzulässigen Mischkalkulation auszuschließen. Hier könne aufgrund der vorstehenden Ausführungen nicht ausgeschlossen werden, dass der günstige Angebotspreis der BGI von der Leistungserbringung in dem Los 1 abhängige. Ausweislich des Informationsschreibens nach § 134 GWB sei jedoch ein (eigenständiges) Angebot der BGI für das Los 2 vorgelegen, mithin keine Angebotsabgabe in Form einer Bietergemeinschaft mit für das Los 1 und 2.

Die ASt rügt ferner einen Verstoß gegen § 58 VgV i.V.m. § 127 GWB. Danach sei der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot nach Maßgabe der bekannt gemachten Zuschlags-

kriterien zu erteilen. Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots sei auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses erfolgt. Der ASt sei mit dem Informationsschreiben gem. § 134 GWB vom 15.01.2019 lediglich mitgeteilt worden, dass sie dieselben Leistungspunkte erhalten habe wie die BGI. Hieraus ergebe sich jedoch nicht die genaue Punktzahl der ASt bzw. der BGI. Die Bewertung des Angebotes der ASt sei zu gering bzw. das Angebot der BGI dürfe nicht mit derselben Leistungspunktzahl bewertet werden wie das Angebot der ASt.

6.

Mit Schreiben vom 31.01.2019 nimmt die VSt zum Nachprüfungsantrag Stellung und beantragt:

1. *den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.*
2. *der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.*

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, aber unbegründet.

Der Preis der BGI sei niedriger als beim Angebot der ASt. Nach § 60 Abs. 1 VgV sei vom Auftraggeber Aufklärung zu verlangen, sofern der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen. Im Rahmen dieser Prüfung sei nicht festgestellt worden, dass das Angebot der BGI ungewöhnlich niedrig ist. Für die Prüfung werde in der Rechtsprechung eine Grenze zum nächsthöheren Angebot von 20 % als Richtgröße angenommen.

Der niedrigere Preis der BGI sei nachvollziehbar. Aufgrund des höheren Automatisierungsgrades sei der personelle Einsatz für die Prüfung der Zustellungsurkunden deutlich geringer. Insbesondere bei der Sichtkontrolle werde dies deutlich. Gehe man bei der Sichtkontrolle von 10 Sekunden je Zustellungsurkunde aus, könne man 360 Zustellungsurkunden je Stunde prüfen, ob diese richtig erfasst werden. Bei jährlich 1.500.000 Zustellungsurkunden beträgt der Personaleinsatz damit ca. 4.150 Stunden pro Jahr. Setzt man nur xx,00 EUR Stundenlohn an, betrage die Lohnsumme für eine Sichtkontrolle damit (4.150 Stunden x xx,00 €) xx.xxx,00 EUR. Auf eine Zustellungsurkunde entfällt damit ein Betrag von (xx.xxx,00 € 1.500.000 Stück) 0,0xxx €

Nach dem geltenden Vertrag waren auch Preissteigerungen einzukalkulieren.. Nach dem neuen Vertrag sei unter Ziff. 6.1 der Vertragsbestimmungen geregelt, dass Änderungen des Mindestlohns nach dem Mindestlohngesetz zu Preis Anpassungen führen können. Das Wag-nis für Preissteigerungen sei daher geringer anzusetzen.

Weiter seien die leistungsbezogenen Umsätze der BGI deutlich höher als die der ASt. Die BGI könne daher Fixkosten auf höhere Stückzahlen verteilen und damit tendenziell einen

niedrigeren Preis anbieten. Auch aus der im Rahmen des Rügeverfahrens eingeholten Kalkulation der BGI seien keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der angebotene Preis nicht auskömmlich sei.

Für eine Mischkalkulation liegen hier keine Erkenntnisse vor. Zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebotes der BGI sei noch kein Zuschlag auf das LOS 1 erteilt worden. Ferner habe die BGI mitgeteilt, dass keine Mischkalkulation vorgenommen worden sei.

Die ASt sei mit 390 von maximal 400 Leistungspunkten bewertet worden. Auch bei der maximalen Bewertung mit 400 Leistungspunkten müsse der Zuschlag auf die BGI erteilt werden. Für eine Herabsetzung der Leistungspunkte bei der BGI seien keine Gesichtspunkte erkennbar und auch nicht näher dargelegt worden.

7.

Mit Schreiben vom 11.02.2019 nimmt die ASt zum Schriftsatz der VSt Stellung.

In der Leistungsbeschreibung sei das Ziel der elektronischen Datenerfassung der Postzustellungsurkunden unmissverständlich festgehalten. Der Auftragnehmer garantiere die zeichengenaue Übernahme des Urkundeninhalts. Ein Angebot sei dahingehend zu prüfen, ob die von dem Bieter entwickelte Lösung geeignet ist, dieses Leistungsziel zu erreichen. Eine garantierte zeichengenaue Übernahme sei nach Ansicht der ASt mit dem von der VSt in der Antragserwiderung geschilderten Ablauf der elektronischen Erfassung der Postzustellungsurkunden nicht möglich. Die BGI sei deshalb nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Als derzeitige Leistungserbringerin sei der ASt bekannt, dass es bei etwa 8 % der Zustellungen zu Nichtzustellungen komme. Auf Nichtzustellungen fänden sich handschriftliche Vermerke der jeweiligen Zusteller. Bei etwa der Hälfte dieser Nichtzustellungen sind die Anmerkungen derart umfangreich, dass ein maschinelles Auslesen der Urkunden überhaupt nicht möglich sei. Es könne, auch wenn man über einen „höheren Automatisierungsgrad“ verfüge, nach dem derzeitigen Stand der Technik nicht durch Texterkennungssoftware ausgelesen werden. Teilweise seien die handschriftlichen Anmerkungen derart unleserlich, dass eine 10-sekündige Sichtkontrolle schon nicht ausreiche, um die handschriftlichen Zustelleranmerkungen vollständig zu entziffern, geschweige denn, eine Korrektur des elektronisch erfassten Inhaltes der Urkunde einzuleiten und durchzuführen.

Als Anhaltspunkt für eine Umsetzung einer fehlerfreien Übernahme des Urkundeninhaltes dürfen wir mitteilen, dass bei der ASt, die den Auftrag derzeit für den Auftraggeber ausführe, bei Nichtzustellungen ein Aufwand von 25-30 Minuten für die reine manuelle Erfassung auf je 100 Nichtzustellungen anfällt, mithin ein Aufwand von 15-18 Sekunden pro Nichtzustel-

lung. Hierin sei sodann eine (weitere) Sichtkontrolle oder Gegentastprüfung noch nicht enthalten, welche weiteren Zeitaufwand verursache.

Zu beachten sei mit Blick auf das Angebot der BGI, dass auch bei einem höheren Automatisierungsgrad gewisse Verarbeitungsschritte bei der elektronischen Datenerfassung von Postzustellungsurkunden weiterhin einen Personaleinsatz erfordern. Hierzu zählt bereits die Annahme der Postzustellungsurkunden. Sodann seien diese aus ihren Kuverts zu entnehmen und einzuscannen. Darüber hinaus seien weitere Positionen zu berücksichtigen gewesen, etwa die Aussonderung von Nichtzustellungen sowie die Sortierung, Verpackung und Rücksendung der Urkunden an den Auftraggeber. Auch für diese Bearbeitungsschritte sei ein Personaleinsatz erforderlich.

Es sei daher davon auszugehen, dass diese Bearbeitungsschritte zu dem Angebotspreis der BGI nicht mehr kostendeckend durchgeführt werden können, geschweige denn, dass ein Wagnis- oder Gewinnaufschlag in dem Angebotspreis enthalten sei. Damit sei auch eine ordnungsgemäße Auftragserbringung in Ermangelung eines auskömmlichen Angebotspreises nicht mehr sichergestellt.

Das von der BGI angebotene System zur elektronischen Datenerfassung der Postzustellungsurkunden, vermeintlich bestehend allein aus einer maschinellen Erfassung und einer 10-sekündigen Sichtkontrolle, sei folglich unter Berücksichtigung des erheblichen Zeitaufwandes für die Bearbeitung von Nichtzustellungen, welche nicht maschinell ausgelesen werden können, nicht geeignet, die nach der Leistungsbeschreibung geforderte zeichengenaue Übernahme des Urkundeninhaltes sicherzustellen und sei daher bereits aus diesem Grunde auszuschließen.

Dem Auftraggeber wäre die Anzahl der Nichtzustellungen auch aus eigener Kenntnis bekannt gewesen, ebenso wie der Umstand, dass diese Postzustellungsurkunden einen größeren Bearbeitungsaufwand verursachen. Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die Leistungsbeschreibung für Nichtzustellungen eine besondere Bearbeitungsweise vorschreibe, welche von den übrigen Postzustellungsurkunden abweicht.

Als Tochter der dürfe auch die BGI über die Information verfügen, wie hoch der durchschnittliche Anteil an Nichtzustellungen ist. Es wäre in dem Angebot und insbesondere den ergänzenden Informationen der BGI daher zu erwarten gewesen, dass diese Nichtzustellungen und deren zeitintensivere Bearbeitung entsprechend in ihr Angebot eingepreist worden wären. Sofern die BGI jedoch für jede Urkunde unter Außerachtlassung des Aufwandes für Nichtzustellungen eine Sichtkontrolle von im Schnitt zehn Sekunden einplane, könne eine fehlerfreie und zeichengenaue Übernahme des Urkundeninhaltes entgegen der Leistungsbeschreibung durch die BGI nicht garantiert werden.

Dies hätte den Auftraggeber dazu veranlassen müssen, das Angebot der BGI aufgrund des bestehenden Widerspruchs zu den in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Zielen bzw. der Ungeeignetheit der Lösung der BGI diese Leistungsziele zu erreichen, auszuschließen.

Die VSt habe zwischenzeitlich eine Prüfung der Angemessenheit des Angebotspreises vorgenommen. Diese gehe fehlerhaft von einer Auskömmlichkeit aus. Tatsächlich liegen Voraussetzungen für einen Ausschluss des Angebotes gem. § 60 Abs. 3 VgV vor.

Nach § 60 Abs. 3 S. 1 VgV dürfe der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag auf ein Angebot ablehnen, wenn er nach der Prüfung gemäß den Absätzen 1 und 2 die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären kann.

Die VSt sei zu dem Ergebnis gekommen, dass das Angebot der BGI nicht ungewöhnlich niedrig sei. Es sei nicht davon auszugehen, dass die VSt hier eine zufriedenstellende Aufklärung der angebotenen Kosten oder Preise hat durchführen können. Denn die Angaben die BGI seien nicht geeignet, den niedrigen Angebotspreis der BGI plausibel zu erläutern.

Die VSt gebe an, dass mit xx,00 EUR Stundenlohn kalkuliert worden sei. Die ASt stelle in Abrede, dass Erfassungskräfte bei der BGI einen Stundenlohn von lediglich xx,00 € erhalten.

Sofern die VSt ihre Annahme, dass keine Mischkalkulation vorliege, lediglich auf die pauschalen Ausführungen der BGI gestützt haben sollte, sei darauf hingewiesen, dass derart pauschale Behauptungen nicht geeignet seien, eine Vergabestelle in die Lage zu versetzen, das Vorliegen einer Mischkalkulation auszuschließen. Die Angaben ermöglichen keine Plausibilitätsprüfung.

Zudem weise auch die Ausführung der VSt, dass bei der BGI aufgrund der höheren Umsatzzahlen ein höherer Auslastungsgrad der Maschinen vorliege und daher die Fixkosten der BGI geringer seien, auf eine fehlerhafte Kalkulation hin. Die Fixkosten für Strom, Lohnkosten oder Miete/Erwerb und Unterhaltung von Gebäuden seien anteilig an den Gesamtkosten nach dem auf den jeweiligen öffentlichen Auftrag anfallenden Aufwand anzugeben. Es bestehe der Verdacht, dass die BGI ihren niedrigen Angebotspreis durch anderweitige, gewinnbringende Aufträge ermögliche.

Der Angebotspreis der BGI sei nicht entsprechend den Vorgaben des § 60 Abs. 2 VgV aufgeklärt worden. Die VSt hätte in Ermangelung einer zufriedenstellenden Aufklärung den Ausschluss des Angebotes gem. § 60 Abs. 3 VgV vornehmen müssen.

Zwar eröffne die Vorschrift des § 60 Abs. 3 VgV seinem Wortlaut nach ein Ermessen des Auftraggebers. Aufgrund des Schutzzwecks der Norm, den Auftraggeber gegen die potentiellen Risiken für die Leistungserbringung bei Unterkostenangeboten abzusichern, handele es

sich jedoch um ein in der Regel gebundenes Ermessen. Vorliegend seien keine Gründe ersichtlich, von dieser gebundenen Ermessensentscheidung im Einzelfall abzuweichen, sodass das Angebot gem. § 60 Abs. 3 VgV auszuschließen gewesen sei.

Der Verstoß gegen §§ 58 VgV i. V. m. § 127 GWB ergebe sich vorliegend zum einen daraus, dass die VSt von fehlerhaften Bewertungsgrundlagen ausgegangen sei. Aufgrund der Ausführungen der VSt in der Antragsrwiderrung sei davon auszugehen, dass die VSt bei der Wertung der Angebote, insbesondere auch bei der Prüfung des Angebots(preises) der BGI von fehlerhaften Bewertungskriterien ausgegangen sei, welche zuvor nicht bekannt gemacht worden waren. Denn die VSt verweist in der Angebotswertung darauf, dass sich aufgrund der Umsätze der Bestbieterin darauf schließen lasse, dass eine höhere Auslastung der Maschinen durch andere Verträge vorliege und die Fixkosten daher niedriger seien. Die VSt ziehe mithin die Umsatzzahlen, bei welchen es sich um unternehmensbezogene Eignungskriterien handelt, im Rahmen der Angebotswertung heran. Eignungskriterien dürfen nur in besonderen Fällen auch als leistungsbezogene Zuschlagskriterien herangezogen werden, vgl. § 58 Abs. 2 VgV. Umsatzzahlen unterfallen jedoch nicht der Ausnahmeregelung des § 58 Abs. 2 VgV.

Zum anderen ist festzuhalten, dass aus den Ausführungen des Antragsgegners sowie aus der Vergabedokumentation darauf zu schließen sei, dass die Erfassung der BGI im Wesentlichen auf einer ausschließlichen maschinellen Auslesung der Postzustellungsurkunden beruht. Die VSt habe in diesem Zusammenhang hervorgehoben, dass die BGI über einen höheren Automatisierungsgrad verfüge. Eine rein maschinelle Erfassung, unterstützt durch eine 10-sekündige Sichtkontrolle, sei jedoch nicht geeignet, die zeichengenaue Übernahme der Postzustellungsurkunden zu garantieren. Das „Konzept Datenerfassung“ der BGI, welches mit 40 % in die Bewertung der Leistungspunkte mit einfluss, hätte daher nicht die (Höchst-)Punktzahl erhalten dürfen, da die zeichengenaue Übernahme des Urkundeninhaltes durch den Prozess der BGI gerade nicht gesichert werden kann. Diese Fehlbewertung stellt ebenfalls einen Verstoß gegen §§ 58 VgV i. V. m. § 127 GWB dar.

8.

Die Vergabekammer hat am 12.02.2019 die Fa. zum Verfahren beigeladen.

9.

Mit Schreiben vom 13.02.2019 nimmt die VSt zum Schreiben der ASt vom 11.02.2019 Stellung.

Beim Angebot der BGI liege keine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen vor.

Die BGI setze bei der Erfassung Personal ein, um eine zeichengenaue Übernahme des Urkundeninhalts zu gewährleisten. Stelle man den Personaleinsatz für die Erfassung einschließlich einer weiteren Sichtkontrolle der beiden Angebote gegenüber, sei der Personalaufwand der BGI geringer.

Es könne hier nur fraglich sein, ob und ggf. in welchem Umfang bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums 2.1 unterschiedliche Punkte zu vergeben sind. Tendenziell spreche ein höherer Personaleinsatz für eine bessere Qualität. Andererseits könne auf verschiedenen Wegen eine sehr gute Qualität erreicht werden, die erwarten lasse, dass die Leistungsziele vollständig und auf Grund von großen Leistungsreserven problemlos erreicht werden können. An den Bewertungspunkten werde daher festgehalten.

Die BGI könne den Vertrag ordnungsgemäß erfüllen. Dies ergebe sich aus dem Angebot, das den Vergabeunterlagen entspreche. Ferner seien die Referenzen geprüft worden. Diese bezogen sich auf andere Es sei bestätigt worden, dass die Verträge ordnungsgemäß erfüllt werden. Im Nachprüfungsantrag werde von der ASt selbst eingeräumt, dass die BGI als Marktführerin im Bereich der elektronischen Erfassung von Postzustellungsurkunden angesehen werden könne.

In der Antragserwiderung vom 21.01.2019 handle es sich bei den Ausführungen zu einer 10-sekündigen Sichtkontrolle um eine Schätzung der VSt.

Soweit die Maschinen etc. auch für andere Aufträge eingesetzt werden, führe dies tendenziell zur Senkung der Stückkosten bei den Sachkosten. Insoweit handele es sich nicht um eine Mischkalkulation.

Die Preisdifferenz zwischen den beiden Angeboten sei deshalb für die VSt nachvollziehbar. Auch wenn man unterstelle, dass die BGI wusste, dass für das Los 1 die den Zuschlag erhält, könne daraus nicht geschlossen werden, dass eine Mischkalkulation vorgenommen worden sei. Der Preis für die Leistungen des Loses 1 sei durch die Bundesnetzagentur zu genehmigen. Nach § 20 PostG dürfe eine solche Mischkalkulation nicht genehmigt werden. Es gebe keine Hinweise darauf, dass die Bundesnetzagentur eine Mischfinanzierung genehmigte habe. Es könne deshalb davon ausgegangen werden, dass der genehmigte Preis auch keine Position für eine Mischkalkulation enthalte.

Es liege kein Verstoß gegen §§ 58 VgV i. V. M. m. § 127 GWG vor. Die Umsatzzahlen seien nicht als leistungsbezogene Zuschlagskriterien herangezogen worden. Sie seien nur im Rahmen der Eignung und der Prüfung der Angemessenheit des Preises nach § 60 VgV berücksichtigt worden. Eine Bekanntmachung als leistungsbezogenes Zuschlagskriterium sei deshalb nicht veranlasst worden.

10.

Mit Schriftsatz vom 18.02.2019 nimmt die ASt Stellung zum Schreiben der VSt vom 13.02.2018.

Ein höherer Personaleinsatz spreche tendenziell für eine bessere Qualität. Die VSt habe jedoch das Konzept der BGI, welches einen erheblich geringeren Personaleinsatz vorsehe, ebenso mit der Höchstpunktzahl bewertet, wie das Konzept der ASt. Eine sachgerechte Differenzierung anhand der bekannt gemachten Kriterien sei nicht erkennbar. Das „Konzept Datenerfassung“ der BGI dürfe nicht mit der höchsten Punktzahl bewertet werden.

Die Kontrolle der erfassten Daten sei ausweislich der Ziff. 2.1 in dem Konzept darzustellen und das Konzept anhand dieser Vorgaben auch zu bewerten gewesen. Die Kontrolle der erfassten Daten sei bei der BGI nicht in demselben und qualitativ hochwertigen Umfang erfolgt wie bei der ASt.

Das Konzept der Beigeladenen sehe keine derartige Nachverfolgung vor.

Bei der BGI handle es sich um die Marktführerin im Bereich der elektronischen Erfassung von Postzustellungsurkunden. Sie habe im Bereich der elektronischen Erfassung von Postzustellungsurkunden speziell für keine marktführende Stellung. Die BGI erfasse von sämtlichen lediglich noch für die in,, und, Die übrigen erfassen ihre Postzustellungsurkunden entweder selbst oder lassen die Erfassung durch die ASt durchführen.

Die Preisauflklärung gemäß § 60 Abs. 2 VgV sei nicht entsprechend den Vorgaben gemäß §§ 60 Abs. 1,2 VgV erfolgt.

Bei den Annahmen einer 10-sekündigen Sichtkontrolle handle es sich um eine Schätzung der VSt. Die VSt habe mitgeteilt, dass eine Aufklärung des Angebotspreises der BGI erfolgt sei. Vor diesem Hintergrund sei es unverständlich, aus welchem Grund die VSt zur Plausibilisierung des Angebotes überhaupt noch auf eigene Überlegungen hinsichtlich der Dauer des Personaleinsatzes zurückgreifen muss. Derartige Erwägungen sollten sich bereits aus der erfolgten Aufklärung aus den Ausführungen der BGI ergeben. Für den Fall, dass die BGI keine hinreichend plausiblen Angaben zu ihrer Kalkulation habe vorlegen können, entspreche die Aufklärung nicht den Vorgaben des § 60 Abs. 2 VgV. Das Angebot der BGI sei daher gem. § 60 Abs. 3 S. 1 VgV auszuschließen.

Der Verdacht des Vorliegens einer Mischkalkulation bleibe bestehen. Zutreffend sei, dass der Preis für das Los 1 von der Bundesnetzagentur zu genehmigen ist, dies gelte jedoch nicht für das Los 2. Eine Mischkalkulation für das Los 1 i. e. S. sei von der ASt nicht behauptet worden. Vielmehr könne durch die im Vorfeld bereits sichere Zuschlagserteilung auf das Los 1 nicht ausgeschlossen werden, dass die Kosten für das Los 2 geringer angesetzt worden seien, da sich der Auftrag als Ganzes innerhalb des Konzerns querfinanzieren lasse. Die

Genehmigungspflicht des Preises für das Los 1 bedeute daher nicht, dass keine Mischkalkulation vorliegen könne.

11.

Mit Schriftsatz vom 19.02.2019 nimmt die BGI zum Nachprüfungsverfahren Stellung und beantragt,

1. *den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;*
2. *der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der BGI aufzuerlegen;*
3. *gemäß § 182 Abs. 4 GWB auszusprechen, dass die Hinzuziehung der anwaltlichen Bevollmächtigten der Beigeladenen notwendig war.*

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Die Wertung der Angebote der BGI und der ASt sei fehlerfrei.

Der Angebotspreis der BGI sei auskömmlich. Eine Preiskalkulation sei der VSt vorgelegt worden. Wie sich aus der Kalkulation ergebe, habe die BGI bei der Kalkulation des Angebotspreises sowohl ihre direkten Kosten (Personal- und Sachkosten) und indirekten Kosten (Gemeinkosten) als auch entsprechende Teuerungs- und Inflationsfaktoren berücksichtigt. Die BGI erziele mit dem angebotenen Preis die in der Preiskalkulation angegebene Gewinnmarge. Es handele sich dementsprechend nicht um ein Unterkostenangebot. Aus einer vermeintlich abweichenden Preisgestaltung der BGI in vorangegangenen Vergabeverfahren könne kein Indiz für eine angebliche Unauskömmlichkeit des Angebots der BGI abgeleitet werden. Die BGI habe einen auskömmlichen Angebotspreis für die zu vergebenden Leistungen kalkuliert. Wie die ASt bei früheren Ausschreibungen des Antragsgegners kalkuliert habe, sei nicht relevant.

Die BGI habe bestimmte Abläufe in ihrem Leistungsprozess geändert, was bei dem vorliegenden Angebot zu einer Verringerung der Kosten gegenüber Angeboten von früheren Ausschreibungen geführt habe.

Bei Angeboten in früheren Ausschreibungen habe die BGI für einzelne Auftragsbestandteile noch den Einsatz eines Nachunternehmers einkalkuliert. Nunmehr führe die BGI alle Leistungen selbst aus. Hierdurch seien Prozessanpassungen durchgeführt worden, die zu einer höheren Produktivität führen sowie Aufschläge für den Nachunternehmereinsatz entfallen.

Die BGI habe veränderte Kosten im Rahmen der Angebotskalkulation berücksichtigt.

Die BGI habe bei der VSt durchgeführten Angebotsaufklärung ausdrücklich bestätigt, dass die angebotenen Preise auskömmlich seien, kein Unterkostenangebot abgegeben worden sei und keine Mischkalkulation vorliege. Die Angemessenheit des Angebotspreises der BGI

sei unter allen denkbaren Gesichtspunkten von der VSt aufgeklärt, geprüft und verifiziert worden.

Der Prüfpflicht der VSt sei gemäß § 60 Abs 2 VgV genüge getan worden. In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass die Anforderungen an den für einen Auftraggeber zu erreichenden Grad der Erkenntnissicherheit hinsichtlich der Angemessenheit des Angebotspreises nicht überspannt werden dürfen.

Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die VSt den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum verletzt haben könnte und zu einer unvertretbaren Entscheidung gekommen sei, seien nicht ersichtlich. Dass die Angebotskalkulation der BGI auf technisch, wirtschaftlich oder rechtlich fragwürdigen Annahmen oder Praktiken beruhen könne, sei nicht gegeben.

Die BGI habe keine Marktverdrängungsabsicht und eine Mischkalkulation liege nicht vor. Die sei im Markt der bundesweiten förmlichen Zustellungen nicht konkurrenzlos. Die BGI habe sich deshalb nicht sicher sein können, dass die den Zuschlag für das Los 1 erhalte. Die BGI habe keine Mischkalkulation über Losgrenzen hinweg aufgestellt. Die ermögliche der BGI keine besonders preisgünstige oder gar kostenlose Rückführung der Zustellungsurkunden nach Abschluss der elektronischen Erfassung.

Das Angebot der BGI sei nicht gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV wegen einer Änderung an den Vergabeunterlagen auszuschließen. Die vorgesehenen Arbeitsabläufe im Angebot der BGI garantieren eine zeichengenaue Übernahme des Urkundeninhalts.

12.

Der Vorsitzende hat am 26.02.2019 die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 GWB letztlich bis einschließlich 29.03.2019 verlängert.

13.

Die BGI nimmt mit Schriftsatz vom 28.02.2019 zum Schriftsatz der ASt vom 18.02.2019 Stellung.

Die Angemessenheit des Preises der Beigeladenen sei nicht zu beanstanden. Der Sachvortrag der Antragstellerin sei irreführend. Die Vergabestelle habe nie behauptet, dass die Beigeladene eine 10-sekündige Sichtkontrolle ihrem Angebot zugrunde gelegt habe. Die Vergabestelle habe hier lediglich eine - zutreffende - Überlegung angestellt, dass ein höherer Automatisierungsgrad zu geringeren Personalkosten führe.

Die Antragstellerin räume selbst ein, dass die Beigeladene keine marktführende Stellung speziell für das Scannen von Zustellungsurkunden bei habe.

Die Wertung des Leistungskriteriums 1 („Konzept zur Sicherung einer korrekten elektronischen Erfassung und Auswertung der Angaben Zustellungsurkunden) sei nicht zu beanstanden.

Der Prozess des Scannens und Erfassens bei der BGI erfolge im Rahmen eines Zusammenspiels von technischem Gerät und dem Einsatz spezialisierter Mitarbeiter. Die Sichtkontrolle durch die in der Erfassung eingesetzten Mitarbeiter sei ein Bestandteil des hochautomatisierten Gesamtprozesses des Scannens und Erfassens. Der Urkundeninhalt werde zeichengenau übernommen. Es erfolge auch eine Kontrolle der erfassten Daten. Gleiches gelte auch für die Rücksendung der Zustellungsurkunden. Die Vergabestelle habe das Konzept der Beigeladenen ordnungsgemäß bewertet.

Wenn zwei Angebote bei einem Kriterium jeweils die Höchstpunktzahl erhalten haben und ein Bieter eine Abwertung des Angebots des Konkurrenten verlangt, sei es nicht Aufgabe einer Vergabekammer, sich selbst an die Stelle der VSt zu setzen und eine eigene Wertung vorzunehmen. Die Konzeptbewertung des Antragsgegners sei daher nicht zu beanstanden.

Es sei keine Änderung der Vergabeunterlagen vorgenommen worden. Die im Angebot der BGI vorgesehenen Arbeitsabläufe gewährleisten eine zeichengenaue Übernahme des Urkundeninhalts.

14.

Mit Schreiben vom 05.03.2019 nimmt die VSt zu den Schriftsätzen der ASt vom 25.02.2019 und der BGI vom 28.02.2019 Stellung.

Normzweck des § 60 Abs. 2 VgV sei es, im Interesse des Auftraggebers zu vermeiden, dass Bieter am Vergabeverfahren teilnehmen und eventuell den Zuschlag erhalten, die des niedrig kalkulierten Preises wegen nicht imstande sind, den Vertrag ordnungsgemäß und rechtskonform zu Ende auszuführen, sondern in wirtschaftliche Schwierigkeiten fallen und die Ausführung abbrechen müssen.

Trotz des niedrigeren Preises sei eine ordnungsgemäße und rechtskonforme Erfüllung des Vertrages durch die BGI zu erwarten. Die personellen, materiellen und finanziellen Mittel der BGI seien hierfür mehr als ausreichend. Der niedrigere Preis der BGI sei für die VSt nachvollziehbar.

Außer dem Preis seien keine Punkte vorgetragen worden, die auf ein wettbewerbsbeschränkendes oder unlauteres Angebot hinweisen, die eine Verdrängungsabsicht stützen würden.

Ein Ausschluss nach § 60 VgV sei daher nicht geboten.

Der VSt seien keine Hinweise bekannt, die auf eine Mischkalkulation hindeuten. Ausschlussgründe wegen unzulässiger Mischkalkulation liegen daher nicht vor.

Eine Änderung der Vergabeunterlagen durch die BGI habe nicht stattgefunden. Im Angebot der BGI sei dargestellt, dass der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt werden könne. Durch die eingeholten Referenzen sei bestätigt worden, dass in vergleichbaren Fällen die Leistungen ordnungsgemäß erbracht worden sind.

15.

Mit Schriftsatz vom 10. März 2019 vertieft die Antragstellerin ihr bisheriges Vorbringen. Das ungewöhnlich niedrige Angebot der Beigeladenen sei durch die Vergabestelle nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden. Es hätte nach § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV ausgeschlossen werden müssen. Nachdem die Vergabestelle die Umsätze und die Ausstattung der Beigeladenen als Begründung für die ordnungsgemäße Leistungserbringung heranzieht, müsse die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Vergabestelle die Unauskömmlichkeit des Angebotes angenommen habe. Ansonsten wäre ein Rückgriff auf die finanzielle Eignung der Beigeladenen nicht erforderlich gewesen. Zudem würden die Ausführungen der Vergabestelle darauf hindeuten, dass die Aufklärung durch die Beigeladene von sich heraus nicht plausibel sei. Dies würde ebenso einen Fall der nicht zufriedenstellenden Aufklärung nach § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV darstellen.

Um die verbliebenen Ausschreibungen der elektronischen Erfassung von Postzustellungsunterlagen für bestehe ausschließlich ein Wettbewerb der Beigeladenen und der Antragstellerin. Es sei daher plausibel, dass die Beigeladene nunmehr durch Abgabe eines Unterkostenangebots eine Marktverdrängung der Antragstellerin erwirken möchte, um langfristig konkurrenzlos anbieten zu können. Es bestehe auch der Verdacht, die Verdrängung des letzten Wettbewerbers zu bezwecken, damit nicht Übermittlungen von Urkunden durch die offengelegt werden müssen.

Zudem vertieft die Antragstellerin ihren Sachvortrag bezüglich der Mischkalkulation und der fehlerhaften Bewertung des Erfassungskonzeptes der Beigeladenen.

16.

Mit Schriftsatz vom 11.03.2019 stimmte die Beigeladene zu, dass teilweise die von der Beigeladenen vorgenommenen Schwärzung in ihrem Schriftsatz vom 19.02.2019 gegenüber der Antragstellerin offengelegt werden. Einer weitergehenden Akteneinsicht könne nicht zugestimmt werden.

Die Beigeladene habe den Ablauf des Bearbeitungsprozesses aufgrund des entfallenen Nachunternehmereinsatzes neu konzipieren können. Dadurch konnte der Gesamtaufwand reduziert werden.

Die Behauptungen der Antragstellerin zu den Kalkulationsgrundlagen der Beigeladenen seien unzutreffend. Die Beigeladene habe ihrem Angebot die Öffnung von Versandumschlä-

gen der Postzustellungsurkunden sowie eine Lagerung der Postzustellungsurkunden berücksichtigt. Auch der sonstige Aufwand sei berücksichtigt. Das Angebot sei auskömmlich. Eine Mischkalkulation liege nicht vor.

17.

Mit Schriftsatz vom 12.03.2019 bemängelt die Antragstellerin die nicht ausreichend gewährte Akteneinsicht. Die bisher gewährte Akteneinsicht enthalte in äußerst geringem Umfang Ausführungen der Vergabestelle betreffend die Preiswertung. Der Antragstellerin sei nicht bekannt, ob eine weitergehende oder aktualisierte Vergabedokumentation vorliege. Denn die Preisprüfung sei erst auf Rüge der Antragstellerin hin durchgeführt worden. Sollte über die Angemessenheitsprüfung kein Vergabevermerk angefertigt worden sein, läge keine vollständige Vergabedokumentation entsprechend der Vorgaben des § 8 VgV vor.

Es sei nicht glaubhaft, dass die Beigeladene die elektronische Erfassung früher durch ein (externes) Nachunternehmen habe durchführen lassen. Wenn überhaupt, dann habe die diese Leistungen durchgeführt. Dieses Unternehmen sei aber auch eine Tochter der

Zum Schriftsatz der Beigeladenen vom 19.02.2019, der weniger Schwärzungen enthielt, sei angemerkt, dass die Beigeladene mit einer Gesamtmenge von x Millionen Postzustellungsurkunden kalkuliert habe, die die maximale Vertragslaufzeit zur Grundlage habe. Die Mindestlaufzeit des Vertrages betrage lediglich zwei Jahre. Die Antragstellerin habe aufgrund der vorgenommenen Schwärzungen keine Kenntnis, welche Kosten und welchen Zeitaufwand die Beigeladene für Personal und Ausstattung im Einzelnen ansetzt. Die Beigeladene könne nicht durch Verweis auf eine größere Auslastung zu einem erheblich geringeren Angebotspreis gelangen. Vielmehr werde vermutet, dass die Beigeladene den Personaleinsatz zu gering angesetzt habe und deshalb die direkten Kosten nicht zutreffend kalkuliert worden seien.

18.

In der mündlichen Verhandlung am 14.03.2019 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt bekräftigt ihre Anträge aus dem Schreiben vom 25.1.2019.

Die VSt stellt ihre Anträge zu 1, zu 3 und zu 4 aus dem Schreiben vom 31.01.2019.

Die BGI stellt die Anträge aus dem Schreiben vom 19.02.2019 .

Auf den Inhalt der Akten wird insgesamt Bezug genommen.

Begründung:

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 GWB.
- c) Bei dem ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag 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 die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene ein Schaden zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.
- f) Die ASt hat mit Schreiben vom 24.01.2019 rechtzeitig nach Erhalt des Informationsschreibens gemäß § 134 GWB vom 15.01.2019 die beabsichtigte Vergabeentscheidung gerügt.
- g) Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 25.1.2019 war auch die 15-Tages-Frist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom gleichen Tag zur Verfügung steht.
- h) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB.

a)

Es ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle die Beigeladene nach der durchgeführten Preisaufklärung in der Wertung belassen hat. Die Vergabestelle ist ihrer Aufklärungsverpflichtung gerecht geworden. Nachdem die Beigeladene die geringe Höhe ihres angebotenen Preises mit der geforderten Vorlage der Kalkulation zufriedenstellend aufklären konnte, war eine Ablehnung des Angebotes der Beigeladenen nach § 60 Abs. 3 VgV durch die Vergabestelle nicht zulässig. Im Nachprüfungsverfahren prüft nicht die Vergabekammer die Auskömmlichkeit der angebotenen Preise. Prüfungsmaßstab der Vergabekammer ist vielmehr, ob die Aufklärung der Preise durch die Vergabestelle nachvollziehbar und sachgerecht erfolgt ist. Nachdem die Vergabekammer die Preisaufklärung der Vergabestelle für ausreichend und nachvollziehbar erachtet, liegt kein Verstoß gegen § 60 VgV vor. Die Antragstellerin ist deshalb insoweit nicht in ihren Rechten verletzt.

Liegt nach Ansicht des öffentlichen Auftraggebers ein ungewöhnlich niedriges Angebot vor, muss er vom Bestbieter Aufklärung über seine Preise verlangen. Dem Bieter muss die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, dass er in der Lage ist, die ausgeschriebene Leistung ordnungsgemäß erbringen zu können. Es besteht insoweit kein Ermessen auf Seiten des Auftraggebers (Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 60 VgV, Rn. 18).

Aber auch die anderen Teilnehmer am Vergabeverfahren können sich grundsätzlich und uneingeschränkt auf die Beachtung des Verfahrens nach § 60 Abs. 3 VgV berufen. Also darauf, dass die Vergabestelle die dort vorgesehene nähere Prüfung zur Preisbildung vornimmt. Schließlich hat jeder Bieter gemäß § 97 Abs. 6 GWB Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren. Weitergehende Kriterien (wie etwa das Vorliegen einer Marktverdrängungsabsicht) werden nicht verlangt (BGH v. 31.01.2017 - X ZB 10/16) (Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 60 VgV, Rn. 6_1).

Die Vergabestelle hat am 25.01.2019 die Beigeladene aufgefordert, die entsprechende Kalkulation vorzulegen und zu erklären, ob ein Unterkostenangebot abgegeben oder eine Mischkalkulation vorgenommen worden sei.

Mit Schreiben vom 28.01.2019 hat die Beigeladene die geforderte Kalkulation vorgelegt und erklärt, dass die angebotenen Preise auskömmlich seien. Zudem wurde mitgeteilt, dass kein Unterkostenangebot abgegeben worden sei und keine Mischkalkulation vorgenommen worden sei.

Zudem hat die Vergabestelle gemäß der Vergabedokumentation den Angebotspreis der Beigeladenen gemäß § 60 VgV geprüft. Die Vergabestelle kam zum Ergebnis, dass die Beigeladene über einen hohen Automatisierungsgrad verfüge und die Umsätze darauf schließen lassen, dass eine höhere Auslastung der Maschinen vorliege. Dadurch seien die Fixkosten der Beigeladenen niedriger. Diese Überlegungen der Vergabestelle sind nach Auffassung der Vergabekammer nachvollziehbar.

Die Vergabestelle ist ihrer Aufklärungsverpflichtung nach § 60 Abs. 1 VgV nachgekommen.

Entsprechend der Aufforderung der Vergabestelle hat die Beigeladene eine Kalkulation vorgelegt, die der Vergabestelle schlüssig erschien. Im Nachprüfungsverfahren hat die Beigeladene zudem ihre Kalkulation umfangreich erläutert. In der vorgelegten Kalkulation wurden die Umsatzerlöse den direkten Kosten und den indirekten Kosten gegenübergestellt. Nach Abzug aller Kosten hat die Beigeladene in ihrer Kalkulation einen Gewinn ausgewiesen. Die Beigeladene hat in ihrem Angebot dargestellt, welche technische Ausstattung sie besitzt, und die Beigeladene hat auch dargelegt, dass sie im Erfassungsprozess eine zeichengenaue Übernahme des Urkundeninhalts garantieren könne. In ihrem Konzept zur Datenerfassung hat die Beigeladene konkret dargestellt, in welcher Form sie die geforderte Qualität der Datenerfassung sicherstellen wird. Zudem hat die Beigeladene im Nachprüfungsverfahren vortragen, dass Änderungen im Betriebsablauf (Wegfall eines Nachunternehmers) zur Kostenoptimierung geführt haben. Unter Berücksichtigung des Sachvortrags im Nachprüfungsverfahren kann die Vergabekammer nachvollziehen, dass die Vergabestelle von einem auskömmlichen Preis der Beigeladenen ausging.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat sie keinen Anspruch auf Einsicht in die Kalkulation der Beigeladenen. Hier überwiegt das Interesse der Beigeladenen, diese Geschäftszahlen geheim zu halten.

Zudem ist es nicht die Aufgabe der Vergabestelle - und somit erst recht nicht Aufgabe der Antragstellerin - sämtliche Einzelpositionen in der Kalkulation zu hinterfragen, wenn diese schlüssig und nachvollziehbar erscheinen. Die Antragstellerin übersieht, dass es nicht ihre Aufgabe ist, die Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen zu überprüfen, sondern diese Verpflichtung der Vergabestelle zugewiesen ist.

Die Kalkulation ist Sache des Bieters und ein öffentlicher Auftraggeber hat keine Rechtsgrundlage dafür, seine eigenen (betriebswirtschaftlichen) Kalkulationsüberlegungen an die Stelle des Bieters zu setzen (VK Thüringen v. 15.01.2018 - 250-4003-9213/2017-E-022-EF)(Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 60 VgV, Rn. 31_1).

Die Vergabestelle hat sich nach Auffassung der Vergabekammer ausreichend mit dem Angebotspreis der Beigeladenen auseinandergesetzt und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass eine ordnungsgemäße Auftragserfüllung durch die Beigeladene zu erwarten ist und kein Unterkostenangebot vorliegt. In diesem Zusammenhang erachtet es die Vergabekammer nicht für vergaberechtswidrig, wenn sich die Vergabestelle mit den Umsatzzahlen der Bieter auseinandersetzt und anhand der Umsatzzahlen Überlegungen anstellt, ob zu erwarten ist, dass der Bieter ordnungsgemäß den Vertrag erfüllen kann. Die Vergabestelle hat hier nicht in unzulässiger Weise Leistungskriterien und Eignungskriterien miteinander vermischt, sondern lediglich nachvollziehbare Überlegungen angestellt.

Unerheblich ist der Einwand der Antragstellerin, dass die Kalkulation vier Jahre berücksichtigt habe und nicht nur für die Mindestvertragslaufzeit kalkuliert worden sei. Ein solches betriebswirtschaftliches Risiko darf ein Bieter eingehen, ohne dass dies zu beanstanden ist. Maßgeblich ist lediglich, ob der Vergabestelle die Kalkulation an sich schlüssig erscheint.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass die Vergabestelle den Angebotspreis der Beigeladenen im Hinblick auf seine Auskömmlichkeit ausreichend aufgeklärt hat. Ein Ausschluss der Beigeladenen nach § 60 Abs. 3 VgV durch die Vergabestelle wäre somit nicht vergaberechtskonform.

Eine Mischkalkulation ist nicht erkennbar. Eine Preisverschiebung in das Los 1 ist schon deshalb nicht denkbar, weil diese Angebotspreise einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur bedürfen. Eine Preisverschiebung innerhalb des Loses 2 kann denklingschon gar nicht stattfinden, weil das Angebot der Bieter lediglich aus einer Preisposition bestand.

Selbst wenn die BGI einen Zugriff auf das Zustellerverzeichnis der haben sollte, was möglicherweise aus Gründen des Datenschutzes nicht zulässig ist, sieht die Kammer keinen vergaberechtlichen Verstoß, wenn ein Bieter Vorteile nutzen kann, weil Synergieeffekte innerhalb des Konzernverbundes genutzt werden können. Ebenso wäre es vergaberechtlich unbedenklich, wenn die ASt aufgrund ihrer derzeitigen Beauftragung Wettbewerbsvorteile haben könnte. Prüfungsmaßstab im Nachprüfungsverfahren ist lediglich, dass die Vergabestelle nicht wettbewerbsverzerrend das Vergabeverfahren beeinflusst.

Auch eine Marktverdrängungsabsicht der Beigeladenen konnte die Antragstellerin nicht belegen. Vielmehr wurde im Nachprüfungsverfahren vorgetragen, dass die Beigeladene nicht die Marktführerin in der Datenerfassung für Postzustellungsurkunden bei Mahngerichten sei. Zudem wäre die Marktverdrängungsabsicht nur relevant, wenn ein Unterkostenangebot der BGI feststehen würde.

b)

Die Antragstellerin ist auch nicht in ihren Rechten verletzt, weil die Vergabestelle gegen § 58 VgV in Verbindung mit § 127 GWB verstoßen hat, weil sie das Konzept 1 (Konzept für Datenverfassung) der Beigeladenen nicht niedriger bewertet hat als das Konzept der Antragstellerin. Beide erhielten hier von der Vergabestelle die Höchstpunktzahl von 4 Punkten, was aus Sicht der Vergabekammer nicht zu beanstanden ist.

In ihrer Vergabedokumentation hat sich die Vergabestelle ausführlich mit den einzelnen Konzepten auseinandergesetzt und nach dem in den Vergabeunterlagen dargestellten Punkteschema bewertet. Beide Bieter erhielten hier die Höchstpunktzahl. Der Antragstellerin wurde im Rahmen der Akteneinsicht die Bewertung ihres eigenen Konzepts zur Verfügung gestellt. Das Konzept der Beigeladenen konnte ihr im Rahmen der Akteneinsicht nicht zur Verfügung gestellt werden, da auch die Bewertung Inhalte des Konzeptes der BGI zum Gegenstand hatte und daher auch vom Geheimschutz umfasst wird.

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).

Die Vergabestelle hat insbesondere vorgegeben, dass beim Konzept 1 Angaben zu folgenden Punkten erwartet wird:

- Einweisung neuer Mitarbeiter
- Arbeitshilfen
- Verwahrung der eingegangenen Zustellungsurkunden bis zur Rücklieferung
- Kontrolle der erfassten Daten
- Dokumentation von Qualitätsstandards
- Zertifikate

Das Konzept der Beigeladenen enthält - wie auch das der Antragstellerin - hierzu umfassende Angaben und beide Bieter sind auf sämtliche Punkte eingegangen. Die Vergabestelle hat ausweislich der Dokumentation in den Vergabeunterlagen beide Konzepte nachvollzogen und sich ausreichend mit diesen auseinandergesetzt.

In der Konzeptbeschreibung waren die Bieter nicht verpflichtet, exakte Zeitangaben zum Personaleinsatz zu machen. Die Vergabestelle ist deshalb nicht verpflichtet, das Konzept der

Beigeladenen schlechter zu bewerten, weil möglicherweise der Personaleinsatz geringer sein könnte. Maßgeblich ist allein die Schlüssigkeit und Qualität der eingereichten Konzepte. Aus Sicht der Kammer kommt es bei der Benotung der Angebote auch nicht darauf an, jeden Benotungswert rechnerisch herzuleiten. Die Vergabestelle hat hier einen von der Vergabekammer nicht überprüfbar beurteilungsspielraum. Die Benotung der Konzepte der Antragstellerin und der Beigeladenen durch die Vergabestelle ergibt, dass die Vergabestelle ausreichend nachvollziehbar dokumentiert hat, welche Gründe in die Benotung eingegangen sind. Für die Vergabekammer ist es nachvollziehbar, dass die Vergabestelle beiden Bietern für das Konzept 1 die Höchstpunktzahl gegeben hat. Es ist weiterhin vorliegend nicht festzustellen, dass bei der Bewertung innerhalb der Zuschlagskriterien Erwägungen eingeflossen sind, die nicht sachgerecht sind.

c)

Es liegt auch kein Verstoß der Beigeladenen gegen § 57 Abs. 1 Nummer 4 VgV vor. Es ist nicht erkennbar, dass die Beigeladene nicht die zeichengenaue Übernahme des Urkundeninhalts garantiert. Die Beigeladene hat mit ihrem Angebot und auch schriftsätzlich glaubhaft und nachvollziehbar dargelegt, dass sie eine manuelle Erfassung durch ihre Mitarbeiter durchführen lässt. Mit Schriftsatz vom 21.02.2019 hat die Vergabestelle nochmals explizit ausgeführt, dass auch die Beigeladene eine zeichengenaue Übernahme des Urkundeninhalts gewährleisten könne und es zu erwarten sei, dass der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt werden würde.

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, 3 u. 5 GWB).
- b)** Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt und der BGI ergibt sich aus § 182 Abs. 4 GWB.
- c)** Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die BGI notwendig (§ 182 Abs. 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 BGI nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Da die ASt rechtsanwaltlich durch eine auf das Vergaberecht spezialisierte Anwaltskanzlei vertreten war, ist es im Sinne einer Gleichstellung auch sachgerecht, dass sich die BGI von einer auf das Vergaberecht spezialisierten Anwaltskanzlei vertreten ließ. Die BGI hat sich im Nachprüfungsverfahren beteiligt und Anträge gestellt. Aus Gründen der Billigkeit waren die Kosten der BGI der unterlegenen Partei aufzuerlegen.

d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt aus dem Angebot 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,- €

e) Die von der ASt zu tragende Gebühr in Höhe von x.xxx,- € wird mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von 2.500,- € verrechnet.

Für den übersteigende Betrag von € erhält die ASt eine Kostenrechnung.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....