



XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

## Antragsgegnerin

**vertreten durch den**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

## Beigeladene

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

## Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 17.4.2015 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und der ehrenamtlichen Beisitzerin Meißner

am **22. April 2015** entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

## Gründe

### I.

Antragsgegnerin und öffentliche Auftraggeberin xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, wobei der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx die Ausschreibung im Namen der Antragsgegnerin durchführt. Im Namen der Antragsgegnerin schrieb der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx eine vierjährige Rahmenvereinbarung über die Pauschalversorgung von Versicherten mit medizinischen Hilfsmitteln zur Behandlung schlafbezogener Atemstörungen in einem offenen Verfahren nach der EG VOL/A europaweit aus. Der Gesamtauftrag war in sechs Regionallosen aufgeteilt, wobei die Antragsgegnerin verfügte, das zwar auf alle Lose Angebote abgegeben werden können, aber der Losgewinn auf 3 Lose begrenzt werde, wobei die Bieter selbst eine präferierte Rangfolge festlegen sollten. Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. Gegenstand der Nachprüfung sind die Lose 1 (Münsterland), 5 (Ruhrgebiet) und 6 (Ostwestfalen). Der geschätzte Gesamtauftragswert für die Lose 1, 5 und 6 liegt bei xxxxxxxxxxxx €.

Im Vergabevermerk weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass es sich um eine Erst-ausschreibung handelt und mit einer Ersparnis von ca. 70% gerechnet wird. Hinsichtlich der "Auskömmlichkeit der Preise" vermerkt die Antragsgegnerin, dass sämtliche Angebote als auskömmlich bewertet würden. Eine Preisaufklärung sei nicht gemäß § 19 Abs. 6 EG VOL/A geboten, weil der Preis der für den Zuschlag vorgesehenen Angebote nicht unangemessen niedrig sei. Die Antragsgegnerin verweist auf die Rechtsprechung, wonach bei einer Preisdifferenz von 20% zwischen dem niedrigen Gebot und dem nächsthöheren Gebot eine solche Prüfung erforderlich sei. Vorliegend würden aber die Preisabstände der für den Zuschlag vorgesehenen Angebote zu den jeweils nächsthöheren Geboten unterhalb dieser Aufgreifschwelle liegen. In der dann folgenden Tabelle stellte die Antragsgegnerin hinsichtlich der Lose 1, 5 und 6 fest, dass ein solcher Preisunterschied zu dem Angebot der Beigeladenen nicht vorliege. Die Angebote der Beigeladenen setzte die Antragsgegnerin in Relation zu einem anderen Bieter, der allerdings nachträglich vom Wettbewerb ausgeschlossen wurde.

Die Antragstellerin gab für sämtliche Regionallose Angebote ab, wurde aber insgesamt von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 6.3.2015 ausgeschlossen. Mit ihrer Rüge vom 10.3.2015 beanstandete die Antragstellerin den Ausschluss ihrer Angebote insbesondere für die Lose 1, 5 und 6, da sie u.a. einen Verstoß gegen § 19 Abs. 6 EG VOL/A vermutete. Gleichzeitig beanstandete sie, dass Unternehmen zum Wettbewerb zugelassen worden seien, obwohl diese einem Konzern angehören.

Hinsichtlich der Lose 1, 5 und 6 beantragte die Antragstellerin die Nachprüfung. Der Antrag wurde am 16.3.2015 gestellt.

Am selben Tag antwortete die Antragsgegnerin auf die Rüge der Antragstellerin. Die Antragsgegnerin teilte mit, dass sie ihre Wertung korrigiert habe, und zwar in der Weise, dass 2 Unternehmen, die zuvor für die Lose 2, 3 und 4 vorgesehen gewesen seien, nachträglich ausgeschlossen wurden. Das führte dazu, dass die Antragstellerin nunmehr für das Los 4 (Südwestfalen) vorgesehen ist, aber hinsichtlich der anderen Lose weiterhin ausgeschlossen blieb.

Der Zuschlag für die Lose 1, 5 und 6 soll an die mit Beschluss vom 24. März 2015 Beigeladene ergehen.

Die Antragstellerin meint, dass sie aufgrund unternehmensbezogener Besonderheiten, die sich insbesondere auf die Regionen der Lose 1, 5 und 6 beziehen, der preisgünstigste Bieter sein müsse. Sie sei bislang in der Region tätig, habe einen ganz erheblichen Marktanteil und ein dichtes Niederlassungsnetz in der Region Westfalen-Lippe aufgebaut, so dass sie bei den Kosten für den Geräteinsatz, die Terminvereinbarungen mit den Versicherten und den Fahrten zu den Versicherten zur Anpassung, Einweisung und Auslesung der Geräte besonders kostengünstig anbieten können. Diesen zulässigerweise durch ihre Vorbefassung erworbenen Wettbewerbsvorteil habe sie bei ihrem Angebotspreis spürbar an die Antragsgegnerin weitergegeben. Sie gehe deshalb davon aus, dass die Antragsgegnerin die Angebote der Beigeladenen nicht ordnungsgemäß auf Auskömmlichkeit iSv § 19 Abs. 6 EG VOL/A überprüft habe.

Außerdem habe sie aufgrund des dichten Niederlassungsnetzes einen erheblichen Kalkulationsvorteil gehabt. Aus der Bieterinfo Nr. 67 habe sich ergeben, dass nur die Umversorgungen und ein Gerätewechsel in der häuslichen Umgebung des Versicherten stattfinden müsse, während die Erstversorgung und weitere Beratungsgespräche auch in der Niederlassung möglich seien. Bei geringeren Entfernungen könne man annehmen, dass der Versicherte selbst eine Niederlassung aufsuche, wodurch Personal und Materialkosten gespart würden. Da man selbst über xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx im Versorgungsgebiet verfüge, die Beigeladene aber nur über xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, habe man auch vorteilhafter kalkulieren können.

Zudem sei jedenfalls das für das Los 2 vorgesehene Unternehmen ein Tochterunternehmen des für die Zuschlagung in den Losen 3 und 4 vorgesehenen Bieters. Dieser Umstand sei grundsätzlich geeignet, den Geheimwettbewerb zwischen den Unternehmen zu beeinträchtigen.

Zudem trägt die Antragstellerin unter Hinweis auf eine Entscheidung des EuGH vom 29.3.2012, C-599/10 sowie den Ausführungen von Herrn Dicks im Kommentar Kurlatz/Marx/Portz/Prieß zur VOL/A, 3. Auflage, § 19 Rn. 246 vor, dass die Regelung des § 19 Abs. 6 EG VOL/A ausnahmslos bieterschützend sei und jeder Wettbewerber einen Rechtsanspruch auf eine angemessene Preisprüfung in Bezug auf die Angebote der Mitbewerber habe. Die Wettbewerbsrelevanz unangemessen niedriger Angebote gebe deshalb Anlass, den Vorschriften der Vergabeordnungen über die Preisangemessenheitsprüfung nunmehr eine uneingeschränkte bieterschützende Wirkung zuzuerkennen.

Nach Akteneinsicht trägt die Antragstellerin vor, dass sie erst Recht einen Anspruch auf eine Auskömmlichkeitsprüfung habe, weil mittlerweile die ursprünglich für die Zuschlagung in den Losen 2, 3 und 4 vorgesehenen Unternehmen wegen eines Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden seien. Da sich diese Unternehmen auch auf die Lose 1, 5 und 6 beworben hätten, würde durch deren Ausschluss die Beigeladene zur preisgünstigsten Bieterin. Aus dem Vergabevermerk ergebe sich aber, dass die Antragsgegnerin nicht erneut die Aufgreifschwelle berechnet habe, was aber erforderlich gewesen sei. Da die Gründe für den Ausschluss dieser Bieter kalkulationsrelevant gewesen seien, könnten diese Angebote nicht mehr zum Vergleich herangezogen werden. Mithin sei die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, diese sogenannte Aufgreifschwelle neu zu berechnen, und zwar mit den nunmehr noch in der Wertung befindlichen Angeboten. Dann würde sich aber ergeben, dass sie zwingend eine Preisaufklärung hätte machen müssen, was hier bislang nicht erfolgt sei.

Im Übrigen beantragt die Antragstellerin weitergehende Akteneinsicht in Bewerberanfragen und deren Beantwortung, die ihr bislang nicht zur Kenntnis gegeben wurden.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vorabinformationsschreiben vom 6.3.2015 und die dort mitgeteilten Zuschlagsabsichten, soweit die Lose 1, 5

und 6 betroffen sind, aufzuheben und die Wertung der Angebote in den vor-  
genannten Losen (Nr. 1, Nr. 5 und Nr. 6) erneut unter Beachtung der Rechts-  
auffassung der Vergabekammer durchzuführen,

*hilfsweise dazu*

sonstige geeignete Maßnahmen anzuordnen, um eine Rechtsverletzung zu  
Lasten der Antragstellerin zu verhindern;

2. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentspre-  
chenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Aufwendungen  
der Antragstellerin der Antragsgegnerin aufzuerlegen.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für erfor-  
derlich zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin teilt mit, dass sie keinen Anlass und auch keine Verpflichtung  
gehabt hätte, im Rahmen der Auskömmlichkeitsprüfung die Preise auf der dritten  
Wertungsstufe aufzuklären. Gemäß § 19 Abs. 6 EG VOL/A sei ein Auftraggeber le-  
diglich verpflichtet, ungewöhnlich niedrig erscheinende Angebote aufzuklären, wenn  
bei einem Vergleich der Angebotspreise der Eindruck entsteht, dass ein Unterange-  
bot abgegeben wurde. Nach ständiger Rechtsprechung gehe man bei einer sog.  
Aufgreifschwelle von 20% Differenz zwischen dem Angebot, das bezuschlagt werden  
soll und dem Konkurrenzangebot davon aus, dass eine solche Auskömmlichkeitsprü-  
fung erforderlich sei. Alle Angebotspreise hätten weit unterhalb dieser Schwelle ge-  
legen, so dass kein auffälliges Missverhältnis vorhanden gewesen sei. Eine Aus-  
kömmlichkeitsprüfung in der Weise, dass sie sich die Kalkulation der Bieter habe of-  
fen legen lassen, sei somit nicht durchgeführt worden.

Auch nach dem Ausschluss der beiden Bieter wegen eines Verstoßes gegen den  
Geheimwettbewerb habe sie keinen Anlass gesehen, die sogenannte Aufgreif-  
schwelle neu zu berechnen. Denn der Ausschluss der beiden Angebote sei aufgrund  
von Umständen erfolgt, die nicht kalkulationsrelevant gewesen seien, so dass es zu-  
lässig sei, diese ausgeschlossenen Angebote zu Vergleichszwecken weiterhin zu  
berücksichtigen. Im Übrigen habe man sehr wohl die Auskömmlichkeit der Angebote  
überprüft. Es habe eine interne Beratung über die Angebotspreise stattgefunden und  
diesbezüglich hätte man zum Vergleich die Angebotssummen aus anderen Aus-  
schreibungen herangezogen. Beispielsweise seien ihr die Preise aus der Ausschrei-  
bung der xxxxxxxxxxxxxx bekannt gewesen. Aufgrund der Ergebnisse aus dieser  
Ausschreibung hätte sie auch die eigene Kostenschätzung erstellt und die Ange-  
botspreise aus dieser Ausschreibung damit abgeglichen. Auch hätte man intern dar-  
über beratschlagt, ob die Preise aus der Ausschreibung tatsächlich „gehalten werden  
können“. Daran habe sie aber letztlich keine Zweifel gehabt, weil bei  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxx bereits eine vergleichbare Ausschreibung stattgefunden habe und

die Vertragsausführung dort ohne Beanstandungen laufe. Die Antragsgegnerin trägt in der mündlichen Verhandlung vor, dass sie keinen Sinn darin gesehen habe, sich nochmals mit dem Angebot der Beigeladenen in der Weise zu beschäftigen, dass sie sich Details aus der Kalkulation offen legen lasse. Im Zweifel könne sie solche Kalkulationsvorgaben auch nicht ordnungsgemäß überprüfen. Aber sie meint auch, dass sie gar nicht dazu verpflichtet gewesen sei, weil die Aufgreifschwelle eben nicht neu hätte berechnet werden müssen.

Im Übrigen, so trägt die Antragsgegnerin vor, habe sie keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene in der Absicht gehandelt habe, die Antragstellerin gänzlich (also nicht nur aus einer einzelnen Auftragsvergabe) vom Markt zu verdrängen. Weiterhin gehe sie davon aus, dass im Angebot der Beigeladenen marktgerechte Preise genannt worden seien. Die Beigeladene sei ihr zudem aus anderen Vertragsbeziehungen bekannt.

Abschließend weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass der Bieterschutz nach § 19 Abs. 6 EG VOL/A eingeschränkt und umstritten sei und nur in bestimmten Fallkonstellationen, beispielsweise bei Marktverdrängungsabsicht, gewährt würde.

Die **Beigeladene** vertritt die Auffassung, dass der Antragstellerin bereits die Antragsbefugnis fehlt. Denn die Regelung in § 19 Abs. 6 EG VOL/A sei nicht bieterschützend in Bezug auf die hier vorliegende Fallkonstellation. Im Übrigen ergäben die Werte aus dem Vergabevermerk auch, dass die Differenz zwischen den Angeboten keine Auskömmlichkeitsprüfung erforderlich machen.

Darüber hinaus bestehe aber auch nicht die Absicht, die Antragstellerin vom Markt zu verdrängen. Vielmehr habe sie ihre Angebote auskömmlich kalkuliert, zumal sie in den betreffenden Regionen über eine mehr als ausreichende Anzahl von Vertriebs- und Servicemitarbeitern sowie ein ausgebautes Netzwerk an Niederlassungen verfüge. Völlig abwegig, so die Beigeladene, sei die Auffassung der Antragstellerin, dass sie sich mit anderen Bietern abgesprochen habe.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag insgesamt als unzulässig zu verwerfen,
2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene im Nachprüfungsverfahren für erforderlich zu erklären,
3. und die für die Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 12.6.2015 verlängert. Am 17.4.2015 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

## II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB und § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NRW. Der geschätzte Auftragswert für die im Streit stehenden Lose 1, 5 und 6 beträgt xxxxxxxxxx. € für den gesamten Vertragszeitraum und liegt damit oberhalb des nach § 2 Nr. 2 VgV erforderlichen Schwellenwertes.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Der Antrag ist zulässigerweise gegen die Antragsgegnerin mit Sitz xxxxxxxxxx gerichtet worden. Aus der Bekanntmachung ergibt sich, dass der Vertrag mit der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx geschlossen werden soll, diese also die zuständige öffentliche Auftraggeberin sein wird und xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx lediglich die Durchführung der öffentlichen Ausschreibung im Namen xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx übernommen hat. Sitz der Vergabestelle ist folglich das Land NRW, und zwar im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen.

Im Falle von gesetzlichen Krankenkassen kann entweder eine Bundeskammer zur Nachprüfung gemäß § 106a Abs. 1 Nr. 2 GWB zuständig sein als auch eine Landesvergabekammer gemäß § 106a Abs. 3 GWB, und zwar je nachdem, ob man auf eine überwiegende Finanzierung durch Bundesmittel abstellt, dann wären die Vergabekammern des Bundes zuständig, oder auf die Aufsicht über die gesetzlichen Krankenkassen abstellt, dann wären die Kammern der Länder zuständig. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, u.a. Beschluss vom 19.12.2007, Verg 51/07, habe die Abgrenzung in einem solchen oder vergleichbaren Fall nach allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen, wie sie konkret ihren Niederschlag in § 35 ZPO gefunden habe. Danach habe der Kläger oder Antragsteller die Wahl, seinen Antrag bei dem aus seiner Sicht zuständigen Gericht (Vergabekammer) zu stellen. Vorliegend hat die Antragstellerin deshalb zulässigerweise den Antrag bei der Vergabekammer Westfalen eingelegt.

Im Übrigen ergibt sich sowohl aus der Bekanntmachung als auch aus der im Nachprüfungsverfahren von der Antragsgegnerin vorgelegten Bevollmächtigung xxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxx, dass kein Zweifel daran besteht, dass öffentliche Auftraggeberin xxxxxxxxxxxxxxxxxx sein sollte.

1.2 Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie sich mit einem Angebot an der öffentlichen Ausschreibung beteiligt hat. Sie macht einen Verstoß gegen § 19 Abs. 6 EG VOL/A geltend.

Im Rahmen der Zulässigkeit lässt die Kammer es vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 29.3.2012, C-599/10, und der Kommentierung von Herrn Dicks in Kulartz/Marx/Portz/ Prieß, Kommentar zur VOL/A, 3. Auflage, § 19 Rn. 246, offen, ob diese Vorschrift grundsätzlich bieterschützend ist. Denn die Antragsgegnerin hat jedenfalls aufgrund des Nachprüfungsantrages in ihrem Schriftsatz vom 23.3.2015 eine entsprechende Prüfung vorgenommen, die auf Vergaberechtsverstöße hin kontrolliert werden kann.

Zudem hat sich durch den nachträglichen Ausschluss von zwei Bietern aus dem Vergabeverfahren die Bezugsgröße bei der Berechnung der sogenannten „Aufgreifschwelle“ so verändert, dass die Antragstellerin nunmehr in unmittelbarer Konkurrenz zur Beigeladenen steht. Vor diesem Hintergrund entfaltet § 19 Abs. 6 EG VOL/A sehr wohl auch Bieterschutz zugunsten der Antragstellerin.

1.3 Gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB hat die Antragstellerin auch unverzüglich vermeintliche Vergaberechtsverstöße (Preis, Geheimwettbewerb) gegenüber der Antragsgegnerin gerügt. Das Informationsschreiben datiert vom 6.3.2015. Die Rüge erfolgte mit Schreiben vom 10.3.2015. Die während der Ausschreibung korrigierte Wertung musste nicht erneut gerügt werden, sondern konnte sofort im Vortrag vor der Kammer zum Gegenstand der Nachprüfung gemacht werden.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Vorliegend wurde dem öffentlichen Auftraggeber entgegen gehalten, dass die Prüfung der Angemessenheit der Preise in den Angeboten zu den Losen 1, 5 und Los 6 nicht ordnungsgemäß erfolgt sei. Ein Verstoß gegen § 19 Abs. 6 EG VOL/A liegt aber nicht vor.

§ 19 Abs. 6 EG VOL/A bestimmt: Erscheint ein Angebot im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, verlangen die Auftraggeber vom Bieter Aufklärung. Auf Angebote, deren Preise im offenbaren Missverhältnis zur Leistung stehen, darf der Zuschlag nicht erteilt werden.

2.1 Eine Überprüfung der Auskömmlichkeit von besonders niedrigen Angebotspreisen hat der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich dann vorzunehmen, wenn die Gesamtpreise der konkurrierenden Angebote so weit auseinander liegen, dass der Eindruck entsteht, dass ein Angebotspreis unangemessen niedrig erscheint. Dabei ist in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. zB OLG Düsseldorf, 23.3.2005, Verg 77/04; OLG Düsseldorf, 23.1.2008, Verg 36/07; OLG München, 2.6.2006, Verg12/06; OLG Düsseldorf, 25.4.2012, Verg 61/11 m.w.N.), dass die öffentlichen Auftraggeber ab einer Differenz von 15 bis 20% (sog. Aufgreifschwelle) eine solche Überprüfung vornehmen sollten.

Bislang war die Rechtsprechung (beispielsweise OLG Düsseldorf, 2.5.2007, Verg 1/07) aber auch davon ausgegangen, dass nur derjenige Bieter, der unmittelbar vom Ausschluss bedroht ist, einen Anspruch auf eine solche Prüfung hat. Das war nachvollziehbar, da nur dieser Bieter - je nach dem Ergebnis dieser Prüfung - entweder im Rang nach vorne kam und dadurch reelle Chancen auf Erhalt des Auftrages erhielt. Lag er mit seinem Angebot preislich gesehen aber bereits weit abgeschlagen auf einen der hinteren Ränge, konnte eine solche Überprüfung in der Regel keine Auswirkungen auf seine Rechtsposition haben.

Nunmehr wird vor dem Hintergrund der Entscheidung des EuGH, Urteil vom 29.3.2012, C-599/10, die Auffassung vertreten, dass die Regelung des § 19 Abs. 6 EG VOL/A den öffentlichen Auftraggeber ausnahmslos zu einem Überprüfungsverfahren (Zwischenverfahren) verpflichten würde, weil diese Vorschrift ansonsten unionsrechtswidrig wäre (so Dicks, in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 3. Auflage, § 19 EG VOL/A, Rn. 235, 246). Das führt dann zu der Frage, „ob das Urteil des EuGH vom 29.3.2012 dahin verstanden werden kann oder muss, dass der im Lichte des Art. 55 RL zu lesende § 19 Abs. 6 EG VOL/A nicht nur dem vom Ausschluss bedrohtem Bieter, sondern auch seinem konkurrierenden Mitbewerber subjektive Rechte in Bezug auf die Durchführung eines Zwischenverfahrens und eine sich daran anschließende Entscheidung über einen etwaigen Ausschluss des be-



troffenen Bieters einräumt“, so OLG Düsseldorf, 31.10.2012, Verg 17/12. In dem konkreten Fall bedurfte es keiner Erläuterung, da es nicht streitentscheidend war.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen würde die Antragstellerin vorliegend zunächst einen Anspruch auf eine solche Überprüfung (Zwischenverfahren) haben, ohne dass eine bestimmte Aufgreifschwelle überschritten wird und ohne dass ihr Rang (preislich gesehen) zu berücksichtigen wäre.

2.2 Damit ist aber nicht die Frage geklärt, ob grundsätzlich eine solche Prüfung erfolgen muss und welche Inhalte diese Prüfung (Zwischenverfahren) haben sollte.

a) Ausgehend von der Entscheidung des EuGH vom 29.3.2012 ging es in dem Verfahren um den Ausschluss eines ungewöhnlich niedrigen Angebots, ohne den Bewerber zu diesem Punkt ausreichend klar befragt zu haben. Für diesen Fall hat der EuGH entschieden, dass der ausgeschlossene Bieter – vor Ablehnung seines Angebots - einen Anspruch auf Auskömmlichkeitsprüfung haben muss, damit er den Nachweis der Seriosität seines Angebots erbringen kann; dadurch soll Willkür des öffentlichen Auftraggebers verhindert und ein gesunder Wettbewerb zwischen den Unternehmen gewährleistet werden. Jedenfalls, so meint der EuGH, muss es im nationalen Recht eine Vorschrift geben, die eine solche Prüfung ermöglicht. Das wäre hier bei § 19 Abs. 6 EG VOL/A der Fall.

Die Fallkonstellation, die der Entscheidung des EuGH zugrunde lag, liegt hier aber nicht vor. Der öffentliche Auftraggeber hat kein Angebot wegen Unauskömmlichkeit ausgeschlossen, ohne dem Bieter ausreichend Gelegenheit zur Aufklärung zu geben; vielmehr verlangt ein Mitkonkurrent diese Überprüfung.

b) Hintergrund einer solchen Zwischenprüfung ist nach Auffassung des EuGH aber auch, dass Willkür verhindert und ein gesunder Wettbewerb zwischen den Unternehmen gewährleistet wird. Ausgehend von dieser Prämisse, hält die Vorgehensweise der Antragsgegnerin der Nachprüfung stand.

aa) Ausweislich der Vergabeakte hat die Antragsgegnerin zwar eine Auskömmlichkeitsprüfung iSv § 19 Abs. 6 EG VOL/A vorgenommen, aber sie hat sich nicht die Kalkulationen aus den einzelnen Angeboten von den Bietern erläutern lassen. Im Vergabevermerk hat sie auf Seite 5 dargelegt, dass sie aufgrund der Rechtsprechung nicht dazu verpflichtet sei, weil die "Aufgreifschwelle" von 20% Preisabstand zwischen dem niedrigen Gebot und dem nächsthöheren Gebot nicht erreicht werde. Diese Berechnungen waren jedenfalls bis zur Neuwertung der Angebote nicht zu beanstanden. Sie bezogen sich auch nicht auf die Angebote der Antragstellerin, sondern auf das Angebot der Beigeladenen und die Angebote von einem weiteren Bieter. Bis dahin ist es nachvollziehbar, dass die Antragsgegnerin keine Einzelaufklärungen bezüglich der Angebotspreise vorgenommen hat.

bb) Die Antragsgegnerin hat aber aufgrund der Rüge eines Bieters die Angebote von zwei konkurrierenden Unternehmen insgesamt von der Vergabe ausgeschlossen, weil sie nach erneuter Prüfung zu der Auffassung gelangte, dass diese Unternehmen eine unzulässige wettbewerbswidrige Abrede getroffen hatten. Wegen dieses Ausschlusses ist ein Nachprüfungsverfahren hier vor der Vergabekammer xxxxxxxxxxxxxxxx anhängig. Dieser Ausschlussgrund würde sich - soweit dieser festgestellt ist - auch auf die Lose 1, 5 und 6 auswirken. Denn damit würde - soweit

ersichtlich- die Antragstellerin in unmittelbare Konkurrenz zur Beigeladenen treten. Die sog. Aufgreifschwelle müsste damit neu berechnet werden, was ausweislich der Vergabeakte aber nicht erfolgt ist. Würde man diese Relation errechnen, wird die Aufgreifschwelle überschritten.

cc) Die Antragsgegnerin war aber vorliegend nicht verpflichtet, die Aufgreifschwelle im Verhältnis zur Antragstellerin neu zu berechnen, weil diese Vorgehensweise jedenfalls im konkreten Fall zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte. Sie war auch nicht verpflichtet, sich anschließend die Kalkulation der Beigeladenen erläutern zu lassen. Denn unter Berücksichtigung der EuGH Entscheidung war die Antragsgegnerin lediglich verpflichtet, ein „Zwischenverfahren“ hinsichtlich der Preisprüfung durchzuführen, was auch erfolgt ist, wobei sie zu dem Ergebnis kam, die Angebote der Beigeladenen zu den Losen 1, 5 und 6 nicht auszuschließen, sondern als auskömmlich zu akzeptieren. Die Antragsgegnerin hat hierzu in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, welche einzelnen Maßnahmen sie im Rahmen der Überprüfung der Auskömmlichkeit der Preise bereits vor der Einleitung des Verfahrens vorgenommen hatte.

Darüber hinaus konnte dieses „Zwischenverfahren“ zulässigerweise auch noch während des Nachprüfungsverfahrens fortgesetzt werden, denn es wäre eine unnötige Förmerei, wenn die Vergabestelle inzwischen eine nicht zu beanstandende Entscheidung getroffen hat und nach der Entscheidung der Nachprüfungsinstanz auch ohne Weiteres treffen konnte, idS OLG Düsseldorf, 26.11.2008, Verg 54/08; BGH, 8.2.2011, X ZB 4/10, aber dennoch zu einer Wiederholung eines solchen Schrittes verpflichtet würde.

Im Einzelnen:

(1) Die Antragsgegnerin war zunächst nicht verpflichtet, die Aufgreifschwelle neu zu berechnen, weil sie sich an den Angebotspreisen der ausgeschlossenen Bieter weiterhin orientieren durfte. Denn Angebote bereits ausgeschlossener Bieter (hier des Unternehmens, das nachträglich aus der Wertung genommen wurde, weil ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb vorlag) können jedenfalls dann mit in die Prüfung einfließen, wenn der Ausschluss nicht auf kalkulationserheblichen Umständen beruhte, idS OLG München, 2.6.2006, Verg 12/06; aber auch OLG Koblenz vom 23.12.2003, 1 Verg 8/03; ; Dicks, a.a.O, Rn. 234, oder Eignungsmängel festgestellt werden, die unweigerlich Auswirkungen auf die Ausführung des Auftrages haben würden. Hier wurden die konkurrierenden Bieter ausgeschlossen, weil diese als konzernverbundene Unternehmen eine wettbewerbswidrige Abrede getroffen haben sollen. Das ist kein kalkulationsrelevanter Vorgang, der zwingend zu einer anderen Kalkulation der Angebotspreise geführt hätte. Insofern konnten die Preise aus den ausgeschlossenen Angeboten weiterhin als „Vergleichspreise“ herangezogen werden. Im Schriftsatz vom 23.3.2015 verweist die Antragsgegnerin darauf, dass sie (weiterhin) keinen Anlass für eine Auskömmlichkeitsprüfung hinsichtlich der Preise sehen würde. Das ist nicht zu beanstanden.

(2) Denn unterstellt man, dass diese Angebote nicht mehr hätten berücksichtigt werden dürfen, bliebe das hier ohne rechtliche Relevanz. Denn die Antragsgegnerin hat sich sehr wohl hinreichend mit der Auskömmlichkeit der Angebotspreise beschäftigt und in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass man interne Beratungsge-

sprache gehabt hätte und die Angebotspreise aus anderen, ihnen bekannten Ausschreibungen, zum Vergleich herangezogen hätte. Insofern hat die Antragsgegnerin sehr wohl eine Zwischenprüfung hinsichtlich der Auskömmlichkeit der Preise durchgeführt.

Es gibt zunächst keine abstrakten Maßstäbe dafür, wie eine solche Zwischenprüfung zu erfolgen hat und mit welcher Tiefe. Entscheidend ist nicht nur das Überschreiten einer bestimmten Aufgreifschwelle, sondern die Gesamtumstände müssen letztlich für den Ausschluss eines unangemessen niedrigen Angebots sprechen. Diesbezüglich können Erfahrungswerte aus anderen Ausschreibungen herangezogen oder Vergleiche aufgrund der üblichen Marktpreise angestellt werden, oder aber auch die eigenen Kostenschätzungen und auch die Angebote bereits ausgeschlossener Bieter zugrunde gelegt werden. Es ist letztlich eine Gesamtabwägung vorzunehmen, in die eine Vielzahl von Faktoren einfließen und die letztlich für die Vergabestelle mit dem Ergebnis enden muss, ob aus ihrer Sicht die Gefahr besteht, dass ein unverhältnismäßig niedriges Preisangebot den Bieter während der Vertragsausführung in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringt, so dass die Vertragsausführung gefährdet wird oder einfach nur noch „schlecht“ geleistet wird.

(3) Allein der preisliche Abstand zwischen den Angeboten kann nicht ausschlaggebend sein, da es eine Vielzahl von Gründen gibt, warum ein Bieter mit einem sehr geringen Angebotspreis in einen Wettbewerb geht. Insofern wäre es im konkreten Fall wenig sinnvoll und würde dem Beschleunigungsgrundsatz auch zuwider laufen, wenn die Antragsgegnerin verpflichtet würde, zunächst den Preisabstand zwischen dem Angebot der Antragstellerin und der Beigeladenen zu berechnen, um dann ggf. sich die Kalkulation der Beigeladenen vorlegen zu lassen. Insofern war die Antragsgegnerin auch nicht verpflichtet, dem Vorbringen der Antragstellerin nachzugehen, die in der mündlichen Verhandlung erneut darauf hingewiesen hat, dass sehr große Preisabstände zwischen ihrem Angebot und dem Angebot der Beigeladenen anzunehmen seien. Die Berechnung einer Aufgreifschwelle und die Auswertung der Kalkulation sind jedenfalls dann wenig zielführend, wenn die Entscheidung der Antragsgegnerin zugunsten der Beigeladenen aufgrund der Gesamtumstände vertretbar erscheint.

(4) Ausweislich des Vergabevermerks handelte es sich um eine Erstausschreibung, so dass die Antragsgegnerin selbst schon mit einer erheblichen Preisersparnis in ihrer Kostenschätzung gerechnet hatte. Die Angebotspreise der Verfahrensbeteiligten zu den Losen 1, 5 und 6 weichen nicht eklatant von dieser Kostenschätzung ab, sondern man kann erkennen, dass die Kostenschätzung einen Mittelwert darstellt, und die Angebotspreise sich mal unter und mal über diesem Mittelwert bewegen. Gleiches gilt für die Angebote der ausgeschlossenen Bieter. Daneben gab es für sämtliche Lose zwei Angebote, die ganz erheblich von dieser Kostenschätzung abwichen, also völlig überhöht erschienen.

Die Antragsgegnerin führte in ihrem Schriftsatz vom 23.3.2015 und in der mündlichen Verhandlung aus, dass ein auffälliges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung aus ihrer Sicht nicht vorlag, weil die für den Zuschlag vorgesehenen Angebote im Rahmen der vorherigen (eigenen) Auftragswertschätzung lagen und deshalb keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich waren, dass das für den Zuschlag in den Losen 1, 5

und 6 vorgesehene Unternehmen (also die Beigeladene) bei seiner Preisgestaltung derart kalkuliert hätte, dass es den Auftrag voraussichtlich nicht über die gesamte Vertragsdauer erbringen könnte.

Die Kostenschätzung habe sie unter Berücksichtigung der Ergebnisse aus einer Ausschreibung xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx vorgenommen. Weiterhin habe sie hinsichtlich der Durchführbarkeit der Verträge Informationen von xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx erhalten, die sie ebenfalls ausgewertet hatte. Im Ergebnis sei sie deshalb intern zu dem Ergebnis gelangt, dass die Preise auskömmlich kalkuliert sein müssten.

Zudem trägt die Antragsgegnerin vor, dass sie aufgrund der Gesamtumstände eine Abwägung vorgenommen hätte, dass es ihr aber nichts bringen würde, wenn sie sich jetzt noch die Detailkalkulation der Beigeladenen vorlegen lasse. Im Zweifel könne sie diese auch nicht auswerten, sondern sie vertraue mehr auf die bereits von ihr vorgenommenen Vergleiche.

Diese Vorgehensweise hält die Kammer für sachlich nachvollziehbar und vertretbar. Es ist letztlich Sache einer Vergabestelle selbst die Maßstäbe für eine Auskömmlichkeitsprüfung zu setzen, weil sie überlegen muss, ob sie sich auf solche Angebote einlassen will oder nicht. Erst dann, wenn feststellbar ist, dass eine Vergabestelle überhaupt nicht oder mit nicht nachvollziehbaren Prüfschritten die Auskömmlichkeit der Angebotspreise überprüft hat, hat jedenfalls der konkurrierende Bieter einen Anspruch auf eine ordnungsgemäße Überprüfung iSv § 19 Abs. 6 EG VOL/A. Das war vorliegend aber nicht der Fall.

(5) Darüber hinaus hat sich die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 23.3.2015 auch noch damit auseinandergesetzt, ob die Beigeladene ihre Angebote in der zielgerichteten Absicht abgegeben hat, die Antragstellerin gänzlich (und nicht nur bezogen auf die einzelne Auftragsvergabe) vom Markt zu verdrängen. Anhaltspunkte konnte sie nicht erkennen, was auch nicht zu beanstanden ist.

(6) Dann hat die Antragsgegnerin noch eine Auswertung hinsichtlich aller Preise gemacht, und festgestellt, dass die Abstände zwischen 10 und 15% lagen, so dass sie von der Marktüblichkeit der Preise ausgehe.

Im Ergebnis ist diese Vorgehensweise der Antragsgegnerin zur Überprüfung der „Angemessenheit der Preise“ grundsätzlich nicht zu beanstanden. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, die Antragsgegnerin zur Wiederholung ganz bestimmter „Überprüfungsschritte“ in diesem „Zwischenverfahren“ zu verpflichten, weil jedenfalls das „Gesamtergebnis“ ihrer Prüfung gemäß § 19 Abs. 6 EG VOL/A vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist, sondern vertretbar erscheint.

Der Nachprüfungsantrag ist somit zurück zuweisen.

### III.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben, wobei diese Kosten durch die unterliegende Partei zu tragen sind.

Die Gebühr beträgt mindestens xxxxxxxx und soll gemäß § 128 Abs. 2 GWB den Betrag von xxxxxxxx nicht überschreiten. Ausgehend von einem geschätzten Auftrags-

wert in Höhe von xxxxxxxxxxxx € über einen Zeitraum von xxxxxxxx, beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder xxxxxx. Diese Gebühren sind der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Aufwendungen der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung werden der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB auferlegt, wobei die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig erklärt wird, da sie von dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unmittelbar in ihrer Rechtsposition betroffen war.

### **Rechtsmittelbelehrung**

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

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

Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

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

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

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

---

Diemon-Wies

---

Stolz