

Leitsätze

1. Unterkostenangebote sind nicht per se unzulässig. Der Auftraggeber darf einen Zuschlag auch auf ein ungewöhnlich niedriges Angebot erteilen, solange die Prognose gerechtfertigt ist, dass der Anbieter auch zu diesem Preis zuverlässig und vertragsgerecht leisten können. Dem Auftraggeber steht dabei ein Prognosespielraum zur Verfügung. Der Auftraggeber hat die der Prognose zu Grunde gelegten Erwägungen sorgfältig zu dokumentieren.
2. Damit ein Angebot gewertet werden kann, ist jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis so wie gefordert vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird. Werden Preisbestandteile auf andere Leistungspositionen verteilt und auf diese Weise "versteckt", werden die für die jeweiligen Leistungen geforderten tatsächlichen Preise weder vollständig, noch zutreffend wiedergegeben und die Vergleichbarkeit der Angebote ist nicht mehr gegeben. Ein Angebot das solche Preisverlagerungen enthält, ist wegen unzulässiger Verlagerung von Preisbestandteilen vom Verfahren auszuschließen.
3. Ein Auftraggeber kann sich von Dritten Informationen zur Bewertung der Angebote verschaffen, die ihn in die Lage versetzen, die Angebote zu beurteilen. Allerdings bleibt er dennoch weiter in vollem Umfang für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens verantwortlich. Insbesondere hat der öffentliche Auftraggeber mögliche Ausschlussgründe nachzuvollziehen und über den Zuschlag in Kenntnis der gesamten Aktenlage zu entscheiden und darf nicht die Mitwirkung an dem Vergabeverfahren auf das bloße "Abnicken" eines rechtsanwaltlichen Entscheidungsvorschlages beschränken.

**1. Vergabekammer des
Freistaates Sachsen
bei der Landesdirektion Sachsen**
1/SVK/005-14

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren **Arzneimittelversorgung-Rahmenvertrag, Los 3 – Belieferung des Sächsischen Krankenhauses für Psychiatrie und Neurologie XXXXXX**
Verfahrensbeteiligte:

XXXXXX e.K., XXXXXX, XXXXXX, vertr. d. d. Inhaber,

Verfahrensbevollmächtigte: XXXXXX,

- Antragstellerin –

gegen

Freistaat Sachsen, vertr. d. d. XXXXXX, XXXXXX, dieses vertr. d. d. Staatsministerin,

Verfahrensbevollmächtigte: XXXXXX,

- Auftraggeber -

- Beigeladenen -

hat die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen nach mündlicher Verhandlung vom 21. März 2014 durch die Vorsitzende Frau Kadenbach, den hauptamtlichen Beisitzer Herrn Hofmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Gronemann am 2. April 2014 beschlossen:

1. Die Anträge werden abgelehnt.
2. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) trägt die Antragstellerin. Die Verfahrensgebühr wird auf XXXXXX EUR festgesetzt.
3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Auftraggebers zu tragen.

Gründe:

I.

Gegenstand des Verfahrens ist die Arzneimittelversorgung für vier Landeskrankenhäuser in Sachsen. Mit Vergabebekanntmachung vom XXXXXX wurde der streitgegenständliche Auftrag „*Arzneimittelversorgung – Rahmenvertrag – Belieferung von einem sächsischen Krankenhaus je Los mit in Deutschland zugelassenen verschreibungspflichtigen und nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln einschließlich der Beratung des medizinischen Personals, der Bevorratung, der Herstellung und Überwachung von Arzneimitteln.*“ ausgeschrieben. Der streitgegenständliche Auftrag ist in vier Lose geteilt. Gegenstand des hiesigen Verfahrens ist **Los 3** die Versorgung des SKH XXXXXX. Als Leistungsbeginn ist der 1. Januar 2015 vorgesehen. Hinsichtlich der Zuschlagskriterien wurde in der Vergabebekanntmachung unter Ziffer IV.2.1 Zuschlagskriterien auf die Verdingungsunterlagen verwiesen.

Unter Ziffer 5 der Bewerbungsunterlagen heißt es hier: Bewertung und Zuschlagskriterien.

5.2 Dritte und vierte Wertungsstufe: Angebotswertung anhand der Zuschlagskriterien

5.2.1 Ausgeschlossen werden ungewöhnlich niedrige Angebote (§ 19 EG Abs. 6 VOL/A) sowie unwirtschaftliche Angebote.

5.2.2 Die Vergabestelle wird den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilen. Dieses wird anhand folgender Zuschlagskriterien mit der angegebenen Gewichtung ermittelt: (1. Prozentualer Einkaufspreisaufschlag gemäß § 10 Abs. 1.1 (ii) VersorgungsrahmenV (Teil C der Vergabeunterlagen) für die Lieferung von verschreibungspflichtigen und nicht verschreibungspflichtigen in Normgrößen verpackten Arzneimitteln, d. h. keine Klinikpackungen:

Gewichtung 40 % entsprechen max. 400 Punkte

Punkteverteilung:

Der niedrigste, von allen zu wertenden Angeboten angebotene Einkaufspreisaufschlag bei dem Zuschlagskriterium (1) wird jeweils als Referenzwert (100 %) herangezogen und erhält die maximale Punktezahl. Für alle anderen Angebote werden die Punkte sodann nach dem Dreisatz-Verfahren mit antiproportionaler Zuordnung ermittelt.

- (2) Prozentualer Einkaufspreisaufschlag gemäß § 10 Abs. 1 Punkt 1 (i), VersorgungsrahmenV (Teil C der Vergabeunterlagen) für die Lieferung von verschreibungspflichtigen und nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, in *Klinikpackungen*:

Gewichtung 35 % entsprechen max. 350 Punkte

Punkteverteilung:

Der niedrigste, von allen zu wertenden Angeboten angebotene Einkaufspreisaufschlag bei dem Zuschlagskriterium (2) wird jeweils als Referenzwert (100 %) herangezogen und erhält die maximale Punktezahl. Für alle anderen Angebote werden die Punkte sodann nach dem Dreisatz-Verfahren mit antiproportionaler Zuordnung ermittelt.

- (3) Pauschale je Transportfahrt für eine Eilanforderung gemäß § 10 Abs. 1.2 VersorgungsrahmenV (Teil C der Vergabeunterlagen),

Gewichtung 5 % entspricht max. 50 Punkte

Punkteverteilung: [...]

- (4) Jährliche Pauschale für sonstige Dienstleistungen gemäß § 10 Abs. 2 VersorgungsrahmenV (Teil C der Vergabeunterlagen),

Gewichtung 20 % entsprechen max. 200 Punkte

Punkteverteilung:

Das niedrigste von allen zu wertenden Angeboten gemachte Preisangebot bei dem Zuschlagskriterium (3) wird jeweils als Referenzwert (100 %) herangezogen und erhält die maximale Punktezahl. Für alle anderen Angebote werden die Punkte nach dem Dreisatz-Verfahren mit antiproportionaler Zuordnung bestimmt.

5.2.3 Abschließende Bewertung: Die Punkte der verschiedenen Zuschlagskriterien werden zusammengerechnet. Dasjenige Angebot, das die höchste Punktzahl erreicht, erhält den Zuschlag. Haben mehrere Angebote die gleiche Gesamtpunktzahl, entscheidet das Los.

In § 10 des abzuschließenden Arzneimittelversorgungsrahmenvertrages hieß es u. a.:

- 1.1 *Der Vertragspreis für die bestimmungsgemäß angelieferten Arzneimittel setzt sich aus folgenden Komponenten zusammen: Die Apotheke erhält ihren „Apotheken-Einkaufspreis“ für das jeweilige Arzneimittel erstattet zuzüglich eines prozentualen Aufschlages (Vom-Hundert-Satz) wie folgt:*

- (i) *auf Klinikpackungen: ____%*
(ii) *auf sonstige in Normgrößen verpackte Arzneimittel und Zubereitungen: ____%*

[...]

2. *Für sämtliche Dienstleistungen des Apothekers nach diesem Vertrag, die nicht in der Lieferung und Zubereitung von Arzneimitteln bestehen, (wie Beratung, Überwachung und Kontrollen, Entsorgungsdienstleistungen) und nicht nach Maßgabe von Abs. 1 vergütet werden, erhält der Apotheker eine Pauschalvergütung i. H. v. ____ EUR zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer je Vertragsjahr.*

Mit Schreiben vom 3. Dezember 2013 beantwortete der Auftraggeber diverse Bieteranfragen. In diesem Katalog der Beantwortung von Bieteranfragen findet sich **Frage 2:** „Laut 5.2.2 (1) und (2) der Vergabeunterlagen erfolgt die Punkteermittlung im antiproportionalen Dreisatzverfahren anhand des niedrigsten Angebotes (100 % Referenzwert). Funktioniert diese Art der Punkteermittlung, falls das niedrigste Angebot 0 % lautet? Führt ein Angebot mit einem Einkaufspreisaufschlag von 0 % zu einem Ausschluss des Angebotes aus formalen Gründen?“

Antwort auf die Frage: Ein sehr geringer Einkaufspreisaufschlag indiziert eine erhebliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bieters. Ein Einkaufspreisaufschlag von 0 wirft jedoch die Frage nach der Auskömmlichkeit des Angebotspreises auf, § 19 EG Abs. 6 VOL/A. Im Übrigen wird zur Herstellung der Vergleichbarkeit von Angeboten und rechnerischen Bewertungen auf den nächstmöglichen Bezugspreis abgestellt.“

Die Antragstellerin unterbreitete dem Auftraggeber am 5. Dezember 2013 ein Angebot. Sie erklärte dabei ausdrücklich, dass ihr Angebot auskömmlich sei.

Mit Schreiben vom 27. Dezember 2013 bat sie der Auftraggeber um Aufklärung des Angebotes für Los 3, da mit Blick auf die unter § 10 Abs. 1 Punkt 1 (i) und (ii) des Versorgungsrahmenvertrages angegebenen Aufschläge der Verdacht eines unangemessen niedrigen Preisangebotes nach § 16 EG Abs. 6 VOL/A bestünde. Die Antragstellerin wurde unter Fristsetzung aufgefordert, die Angemessenheit der Preisaufschläge darzustellen und anzugeben, wie die wirtschaftliche Durchführung des Vertrages sichergestellt sei.

Die Antragstellerin antwortete fristgerecht am 2. Januar 2014 und verwies darauf, dass sie bereits seit 2007 ein anderes Krankenhaus des Auftraggebers versorge, bei dem es bisher zu keinerlei Beschwerden gekommen sei. Dieses Krankenhaus werde von ihr ausschließlich im Rahmen einer monatlichen Pauschale beliefert. Umsatz- oder stückbezogene Aufschläge würden vertragsgemäß nicht erhoben. Auf Grundlage dieser Basis habe die Antragstellerin auch das Angebot für das streitgegenständliche Krankenhaus (SKH) XXXXXX gefertigt.

Wortwörtlich führte die Antragstellerin aus:

„Die Berechnung einer monatlichen Pauschale und der gleichzeitige Verzicht auf umsatz- oder stückbezogene Aufschläge bringt der Apotheke eine deutlich bessere Planbarkeit, da die Kosten in meinem Unternehmen regelmäßig als Fixkosten anfallen. Hierzu zählen insbesondere Raumkosten, Personalkosten und Fahrtkosten. Der zusätzliche Aufwand, der durch größere Bestellungen entsteht, ist jedoch zu vernachlässigen.“

Darüber hinaus legte die Antragstellerin gegenüber dem Auftraggeber sinngemäß dar, dass sie gegenwärtig diverse Großkunden, die überwiegend durch langjährige Lieferverträge an die Antragstellerin gebunden seien, versorge. Viele dieser Kunden seien auch in Sachsen angesiedelt, so dass die Antragstellerin diese ohnedies regelmäßig mit eigenen Fahrzeugen beliefe. Hierzu führte sie wortwörtlich aus: *„Bei der Kalkulation der Kosten für die Belieferung ist diese Tatsache mit eingeflossen.“* Zudem legte sie dar, dass sie über ein spezielles Warenlager verfüge, wodurch nahezu keine weiteren Personalkosten verursacht würden. Abschließend wies die Antragstellerin in ihrem Aufklärungsschreiben auch darauf hin, dass sie im Falle eines Zuschlages noch weitere Synergie-Effekte für den Wareneinkauf der Apotheke erwarte, die die Wirtschaftlichkeit der Versorgung anderer Häuser ebenso verbessern würde.

Mit Schreiben vom 27. Januar 2014 informierte der Auftraggeber die Antragstellerin gemäß § 101 a GWB darüber, dass auf das Angebot der Beigeladenen der Zuschlag erteilt werden solle. Ihr Angebot könne nicht berücksichtigt werden, da es ein offenes Missverhältnis zwischen Preis und Leistung aufweise. Im Einzelnen bezog sich der Auftraggeber auf die konkreten Preisaufschläge auf den Einkaufspreis. Die Antragstellerin habe im Rahmen der

Aufklärung dargestellt, dass sie ihre Gewinnmarge in die Dienstleistungspauschale gem. § 10 Abs. 1 .2 des Rahmenvertrages einkalkuliert habe. Die Dienstleistungspauschale vergütete aber einen bestimmten abgeschlossenen Dienstleistungskanon und nicht den Aufwand der Apotheker aus den Arzneimittellieferungen. Die Angebotskalkulation der Antragstellerin zielte darauf ab, im wichtigen Lieferanteil des Gesamtauftrages sich eine besonders hohe Wertung über einen wirtschaftlich nicht gerechtfertigten Preisvorteil zu sichern und damit den vergaberechtlichen Wettbewerb zu verfälschen.

Mit Schreiben vom 30. Januar 2014 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung und gleichzeitig den Ausschluss des eigenen Angebotes und forderte insoweit die Rücknahme des Angebotes in die Wertung. Hierzu trug sie insbesondere vor, dass bereits die Voraussetzungen eines Ausschlusses nach § 19 EG Abs. 6 VOL/A nicht gegeben seien.

Der Auftraggeber antwortete auf diese Rüge mit Schreiben vom 3. Februar 2014, half der Rüge aber im Ergebnis nicht ab.

Daraufhin beantragte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 6. Februar 2014 bei der erkennenden Vergabekammer des Freistaates Sachsen die Durchführung eines Vergabenachprüfungsantrages. Hierzu beantragte sie

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB bezüglich der Vergabeverfahrens Arzneimittelversorgung – Rahmenvertrag – Belieferung des Sächsischen Krankenhauses für Psychiatrie und Neurologie XXXXXX, Los 3, einzuleiten,
2. dem Auftraggeber aufzugeben, das Angebot der Antragstellerin für Los 3 zurück in die Wertung zu nehmen und ggf. den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen,
3. das Verfahren für Los 3 in den Stand vor Versendung der Vorabinformation zurückzusetzen und den Auftraggeber zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer dem Antragsteller im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs Gelegenheit zu geben, die Auskömmlichkeit seines Preisangebotes zu erklären.

Zur Begründung trug sie vor, dass das eigene Angebot kein offenkundiges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung aufweise. Der Auftraggeber verkenne in seinen Ausführungen, dass zum einen schon gar kein Unterkostenangebot vorliege und zum anderen die angebotenen Konditionen nicht zu einer Unauskömmlichkeit in dem Sinne führen müssten, dass eine schlechte Leistung oder gar eine Insolvenz der Antragstellerin zu besorgen wäre. Beide Voraussetzungen für einen Ausschluss nach § 19 EG Abs. 6 VOL/A lägen hier nicht vor.

Richtig sei zwar, dass nach § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A Angebote, deren Leistungen in einem offenkundigen Missverhältnis zum Preis stünden, von der Angebotswertung auszunehmen seien. An diese Feststellung würden allerdings hohe Anforderungen gestellt. Zum einen müsse die Feststellung derartiger Preise in zwei Schritten erfolgen. Erstens müsste eine Aufklärung erfolgen, ob ein unangemessen niedrig erscheinendes Angebot vorliege und zweitens müsste eine Prognose über die Unauskömmlichkeit im Falle eines Unterkostenangebotes angestellt werden. An beiden Voraussetzungen fehle es jedoch vorliegend. Die Antragstellerin legte umfangreich dar, warum zum einen kein ungewöhnlich niedriger Preis vorliege, wobei sie darauf verwies, dass bei der Feststellung eines ungewöhnlich niedrigen Preises nicht auf einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses abzustellen sei, sondern grundsätzlich nur auf den Gesamtpreis. Zudem sei es auch nicht zulässig, lediglich prozentuale Aufschläge auf einen Einkaufspreis zu vergleichen, da dieser gerade keinen Aufschluss über die Angemessenheit eines Preises gebe. Darüber hinaus wäre allein ein beträchtlicher Preisabstand zwischen dem niedrigsten und dem nachfolgenden Angebot für sich genommen noch kein hinreichendes Merkmal dafür, dass ein niedriger Preis auch unangemessen niedrig sei. Schließlich wies die Antragstellerin darauf hin, dass auch eine unzureichende

Aufklärung des Preises stattgefunden habe und von Seiten des Auftraggebers weder schriftliche Belege angefordert worden oder vertiefende Fragen zur Kalkulation gestellt worden seien. Noch sei der Antragstellerin die Möglichkeit eingeräumt worden, in einem mündlichen Aufklärungsgespräch ihre Preise zu erläutern. Im Rahmen der von der Antragstellerin abgegebenen Erklärungen zum Preis-Leistungs-Verhältnis sei die Antragstellerin auf alle wesentlichen wirtschaftlichen Faktoren eingegangen. Hätten aus Sicht des Auftraggebers trotz dieser Erklärung noch weitere Zweifel bestanden, hätte er dies ohne weiteres im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs klären können. Dies sei jedoch nicht geschehen.

Entscheidend sei, dass letztlich kein offenkundiges Missverhältnis von Preis und Leistung bestünde. Selbst wenn die Antragstellerin einen ungewöhnlich niedrigen Preis angeboten hätte, was jedoch nicht der Fall sei, würde dies nicht automatisch zu einem Ausschluss des Angebotes berechtigen. Nach der Rechtsprechung seien Unterkostenangebote für sich gesehen nicht unzulässig.

Mit Schriftsatz vom 19. Februar 2014 nahm der Auftraggeber zum Sach- und Streitstand Stellung und beantragte, die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Zur Begründung verwies er darauf, dass sehr wohl ein ungewöhnlich niedriger Preis, respektive ein Unterkostenangebot, vorliege. Die von der Antragstellerin angebotenen Preisaufschläge auf die zu liefernden Arzneimittel stellten im Hinblick auf die unstrittig anfallenden Fixkosten der Lieferung kein sorgfältig kaufmännisch kalkuliertes Angebot dar. Die Antragstellerin habe bei der Kalkulation die Kosten der Konfektionierung außer Betracht gelassen. Dass ein Unterkostenangebot abgegeben wurde, habe die Antragstellerin selber im Rahmen ihres Aufklärungsschreibens vom 2. Januar 2014 bestätigt. So sei insbesondere ihre Aussage, die Fixkosten würden sowieso anfallen, und sie rechne nicht mit zusätzlichen Kosten durch die Belieferung, dem Grunde nach nicht geeignet, eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation darzustellen und eine nachvollziehbare Begründung für die niedrigen Preise abzuliefern. Soweit die Antragstellerin vorgetragen habe, dass sie ihre Gewinne im Wesentlichen damit erziele, dass sie die Gewinnmargen aus anderen Aufträgen anderer öffentlicher Auftraggeber erziele, so bestätige sie damit indirekt, dass ihr Angebot nicht auskömmlich sei.

Ein aufschlagsloses, kaufmännischen Grundsätzen widersprechendes Angebot, das alleine in der Hoffnung auf Gewinne bei anderen Auftragnehmern abgegeben werde, biete keine Gewähr für eine uneingeschränkte Vertragsdurchführung. Eine unzureichende Aufklärung des Angebotes der Antragstellerin liege nicht vor, da der Auftraggeber insoweit die Antragstellerin schriftlich angehört habe. Weitere Aufklärungsmaßnahmen seien von Seiten des Auftraggebers nicht veranlasst gewesen. Das Risiko einer ausreichenden Aufklärung trage grundsätzlich der Bieter. Im Übrigen sei ein Vergabenaachprüfungsverfahren nicht dazu geeignet und bestimmt, einem Bieter die Möglichkeit zu geben, seine unzureichenden Darlegungen nochmals zu ergänzen. Ein solches Vorgehen würde einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz i. S. v. § 97 Abs. 2 GWB darstellen.

Mit Schriftsatz vom 14. März 2014 reagierte die Antragstellerin auf das Vorbringen des Auftraggebers und die gewährte Akteneinsicht. Die Antragstellerin trug vor, dass die Preisprüfung nicht nach den normativen Vorgaben des § 19 Abs. 6 VOL/A durchgeführt worden sei. Das Angebot der Antragstellerin für Los 3 weise kein offenkundiges Missverhältnis von Preis und Leistung auf. Insbesondere handele es sich nicht um ein Unterkostenangebot. Die Antragstellerin wiederholte ihren Vortrag, dass der Auftraggeber die Grundsätze der Preisaufklärung nicht hinreichend beachtet habe und subjektive Bieterrechte damit verletzt habe. Aus der Vergabeakte ergebe sich nicht, dass der Auftraggeber tatsächlich sich umfassend mit den Erklärungen der Antragstellerin auseinandergesetzt habe. Der Vergabevermerk mit Stand vom 6. Februar 2013 Seite 19 enthalte lediglich die pauschale Feststellung, demgemäß die angebotenen Preisaufschläge i. S. v. § 19 Abs. 6 Satz 1 VOL/A ungewöhnlich niedrig seien und die bestehenden Zweifel im Rahmen der schriftlichen Aufklärung nicht ausgeräumt werden konnten. Auch soweit der Auftraggeber im Einzelnen auf die Anlagen 5 und 6,

d. h. auf die Aufklärungsgespräche und die Preisprüfung verweise enthielten beide Dokumente keine substantiierten Gründe für den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin. Insbesondere gehe aus den Unterlagen nicht hervor, warum unter den konkreten Bedingungen des Einzelfalles vorliegend ein Unterkostenangebot vorliegen solle und überdies die Gefahr für die vertragsgemäße Leistung bestehen solle.

Zu beanstanden sei zudem die Art und Weise der Angebotsaufklärung, denn der Auftraggeber wäre gehalten gewesen, die von ihm als erforderlich angesehenen Nachweise und Erklärungen auch konkret zu bezeichnen, denn nur so könne sichergestellt werden, dass die von Prüfung auch konkret genug stattfinden könne. Andernfalls sei es nicht möglich, Bieter aus einem Vergabeverfahren allein deshalb auszuschließen, weil sie nicht alle angeblich geforderten Nachweise und Erklärungen vorgelegt hätten. Vorliegend habe der Auftraggeber die Antragstellerin über Art und Umfang der Angebotsaufklärung im Unklaren gelassen. Er habe weder schriftliche Belege gefordert noch habe er konkrete Fragen zur Kalkulation gestellt. Zudem sei die Frist zur schriftlichen Angebotsaufklärung unangemessen kurz gewesen. Die im Rahmen der Aufklärung antragstellerseits abgegebenen Erklärungen zur Kalkulation hätten keinen Niederschlag im Vergabeverfahren gefunden. Der Auftraggeber habe sich mit keiner dieser abgegebenen Erklärungen und den Besonderheiten des Arzneimittelmarktes auch nur ansatzweise näher befasst. Stattdessen habe er sich mit einer pauschalen wie haltlosen Behauptung begnügt, dass die Antragstellerin kein vernünftiges kaufmännisches Angebot für die Lieferungen vorgelegt habe. Zudem ergebe sich aus der Vergabedokumentation, dass der Auftraggeber die Bieter im Rahmen der Preisaufklärung ungleich behandelt habe. Bei anderen Bietern habe der Auftraggeber Aufklärungsgespräche durchgeführt, so dass diese in der Lage gewesen seien, im Rahmen eines persönlichen Gespräches den Auftraggeber davon zu überzeugen, dass ihr Angebot weder unangemessen niedrig noch zu einer Schlechtleistung oder Insolvenz führen würde. Diese Möglichkeit habe der Antragstellerin nicht zur Verfügung gestanden.

Bedenken würde schließlich auch dem Umstand begegnen, dass der Auftraggeber nach Auswertung der Akten offensichtlich sämtliche Entscheidungen des Vergabeverfahrens an die Verfahrensbevollmächtigten delegiert habe, ohne sich deren Wertung und Entscheidungen wirklich zu eigen zu machen. Auch das zentrale Dokument, welches als Anlage 6 zum Vergabevorschlag genommen wurde, belege dieses, da hier weder eine Unterschrift eines Verantwortlichen der Vergabestelle zu erkennen sei noch die Unterschrift des Verfahrensbevollmächtigten.

Inhaltlich führte die Antragstellerin zum wiederholten Male vertiefend aus, dass und warum das Angebot der Antragstellerin kein offensichtliches Missverhältnis von Preis und Leistung aufweise.

c) Am 4. März 2014 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen. Sie hat sich mit Schreiben vom 13. März 2014 insbesondere zur Problematik der Kalkulation geäußert und darauf verwiesen, dass im Rahmen der Ausschreibung die Vertragsentwürfe übersandt worden seien und in diesen genau definiert sei, wie die Berechnung der Preise zu erfolgen habe. Das Kalkulationsmodell der Antragstellerin würde nach deren eigenen Vortrag nur dann funktionieren, wenn die Antragstellerin einen Großkunden fände, an den sie die Arzneimittel zu höheren Preisen weitergeben könnte, als, wie vorliegend vorgesehen, zu Einkaufspreisen. Würde ihr das nicht gelingen, so würde ihr Kalkulationssystem zusammenbrechen. Aufgabe des Auftraggeber sei es in diesem Zusammenhang nicht, festzustellen ob es zu einer solchen Situation kommen werde sondern lediglich eine Prognoseentscheidung über die Auskömmlichkeit der Kalkulationsmethode vorzunehmen, die auch nur eingeschränkt von den Nachprüfungsinstanzen überprüft werden könne. Dies habe der Auftraggeber rechtsfehlerfrei vorgenommen

d) In der mündlichen Verhandlung am 21. März 2014 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre jeweiligen Standpunkte darzulegen. Auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung

wird insoweit verwiesen. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung stellte die Antragstellerin ihre Anträge aus dem Antragschriftsatz vom 6. Februar 2014. Der Auftraggeber stellte seine Anträge aus dem Schriftsatz vom 14. Februar 2014. Die Beigeladene erklärte, keine eigenen Anträge stellen zu wollen.

e) Die Entscheidungsfrist wurde durch Verfügung der Vorsitzenden insgesamt bis zum Ablauf des 3. April 2014 verlängert.

Wegen des übrigen Vorbringens der Beteiligten, auch soweit diese sich auf Vorträge bezieht, die mit nachgelassener Schriftsatzfrist im Nachgang zur mündlichen Verhandlung ausgetauscht wurden, wird auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, ergänzend Bezug genommen.

Zusammengefasst legte die Antragstellerin abermals dar, dass sich der Auftraggeber nicht in ausreichendem Maße in das Vergabeverfahren eingebracht habe. Jedenfalls habe er sich zu keinem Zeitpunkt mit den Ausschlussgründen, die der Antragstellerin vorgeworfen worden seien inhaltlich auseinander gesetzt, eine Rechtsverletzung sei gegeben.

II.

Der Antrag auf Nachprüfung ist zulässig (1.), aber nicht begründet. (2).

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gemäß § 2 der Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern des Freistaates Sachsen (SächsVgKVO) für den Antrag zuständig.

b) Die Auftraggeber unterliegt gemäß § 98 Nr. 1 GWB dem Vergaberechtsregime.

c) Die geplante Gesamtauftragssumme für alle Lose überschreitet unproblematisch die EU-Schwellenwerte.

d) Die Antragstellerin ist antragsbefugt.

Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen dann antragsbefugt, wenn es ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in bieterschützenden Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB und zumindest einen drohenden Schaden durch den individuell behaupteten Vergaberechtsverstoß darlegt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Antragstellerin beteiligte sich mit einem Angebot an dem Vergabeverfahren. Damit hat sie Interesse an diesem Auftrag unstreitig gemäß § 107 Abs. 2 GWB signalisiert. Durch den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen unter gleichzeitigem Ausschluss des eigenen Angebotes hat sie auch in ausreichendem Maße eine drohende Rechtsverletzung dargetan.

Die mit Fax vom 30. Januar 2014 erhobene Rüge der Antragstellerin gegen die mit Schreiben vom 27. Januar 2014 angekündigte Absicht des Auftraggebers, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilen zu wollen, ist auch als rechtzeitig im Sinne von § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB anzusehen.

e) Ebenfalls sind die Formvorschriften des Nachprüfungsantrags gemäß § 108 GWB eingehalten worden.

2. Der Nachprüfungsantrag ist nicht begründet.

Der Auftraggeber hat das Angebot der Antragstellerin - im Ergebnis dem Grunde nach zutreffend - wegen einer unzulässigen Abweichung von den Kalkulationsvorgaben ausgeschlossen (a.). Ein Rechtsverletzung der Antragstellerin gemäß § 97 Abs. 7 GWB war auch mit Blick auf Befassung des Auftraggebers mit dem Vergabeverfahren und die damit einhergehende die Dokumentation nicht festzustellen (b.)

a) Das Angebot der Antragstellerin war zwingend vom weiteren Verfahren auszuschließen. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot abweichend von den Vorgaben des Auftraggebers Kosten nicht in die dafür vorgesehenen Positionen einkalkuliert. Aus diesem Grund war das Angebot der Antragstellerin wegen einer unzulässigen Verlagerung von Preisbestandteilen vom weiteren Verfahren auszuschließen ist (bb.).

Ob dabei das Angebot der Antragstellerin bereits nach § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A unberücksichtigt bleiben musste konnte, in Anbetracht der erst nach der mündlichen Verhandlung durchgeführten Befassung des Auftraggebers mit den Fragen der Auskömmlichkeit und den ohnedies zwingend gebotenen Ausschluss des Angebotes aufgrund einer unzulässigen Mischkalkulation, dahinstehen.

Nach § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A darf auf Angebote, deren Preis in einem offenbaren Missverhältnis zur angebotenen Leistung steht, der Zuschlag nicht erteilt werden. Erscheint ein Angebot im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, verlangt der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung.

Dabei begegnet es zunächst noch keinen vergaberechtlichen Bedenken, dass der Verfahrensbevollmächtigte des Auftraggebers das Angebot der Antragstellerin im Hinblick auf die Angemessenheit der angebotenen Preise nach § 19 EG Abs. 6 Satz 1 VOL/A aufgeklärt hat.

Maßgebender Anknüpfungspunkt für die Beurteilung, wann ein Angebot ungewöhnlich niedrig erscheint ist zunächst, wie schon aus dem Wortlaut des § 19 EG Abs. 6 Satz 1 VOL/A hervorgeht, grundsätzlich der Angebotsgesamtpreis. Richtig ist, dass für die Prüfung der Ungewöhnlichkeit des Angebotspreises nicht auf einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses, sondern auf den Gesamtpreis, die Endsumme des Angebotes abzustellen ist (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9. Februar 2009 - Verg 66/08 m. w. Nw.). Deshalb liegt noch kein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung vor, wenn ein Bieter für eine bestimmte Einzelleistung entweder keinen oder einen auffallend niedrigen Preis eingesetzt hat.

Richtig ist zudem, dass vorliegend ein Angebotsgesamtpreis nicht anzugeben war, da ein Rahmenvertrag ausgeschrieben ist. Anzugeben waren hier neben der Transport- und der Dienstleistungspauschale lediglich prozentuale Aufschläge zum einen auf Klinikpackungen und zum anderen auf sonstige, in Normgrößen verpackte Arzneimittel und Zubereitungen. Dies kann aber nicht dazu führen, dass die einzelnen Kalkulationsgrößen vollkommen unabhängig voneinander einer Angemessenheitsprüfung unterzogen werden dürften.

Vorliegend verhält es sich aber zum einen so, dass die Antragstellerin sowohl bezogen auf die prozentuale Aufschläge auf die zu liefernden Arzneimittel, als auch bezogen auf die Dienstleistungspauschale Preise angeboten hatte, die von den Preisen des nächstplatzierten Mitbewerbers jeweils bereits mehr als 20 % abwichen, so dass also bereits an diesem Punkt festzustellen war, dass in drei von vier Preisparametern die Antragstellerin auffällig niedrige Preise ansetzte.

Zum anderen verhält es sich so, dass der Verfahrensbevollmächtigte des Auftraggebers in der Bieteranfrage 2 zusätzlich mitgeteilt hatte, dass ein Einkaufspreisaufschlag von null Prozent die Frage nach der Auskömmlichkeit des Angebotspreises aufwerfen werde, § 19 EG

Abs. 6 VOL/A. Damit hatte er im vergaberechtlichen Sinn eine Aufgreifschwelle formuliert, bei deren Erreichen er die Angemessenheit der Angebote aufzuklären beabsichtigte. Derartige Aufgreifschwelle sind von der vergaberechtlichen Spruchpraxis schon als unbedenklich eingestuft worden (vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 29. Mai 2012 - 11 Verg 5/12). Nach Auffassung der Vergabekammer sind die Rechtsgedanken jener Entscheidung durchaus auf den hier vorliegenden Fall übertragbar. Insbesondere da vorliegend ein Rahmenvertrag ausgeschrieben worden ist, durfte aus Sicht des Auftraggebers ein Aufschlag von bspw. jeweils null Prozent Zweifel an der Angemessenheit der Preise hervorrufen.

Dies vorausgesetzt durfte also der Auftraggeber aufgrund der von der Antragstellerin angebotenen Aufschläge sowohl auf die Klinikpackungen nach § 10 Abs. 1.1 (i) des Rahmenvertrages, als auch auf die sonstigen in Normgrößen verpackten Arzneimittel und Zubereitungen nach § 10 Abs. 1.1 (ii) zunächst Zweifel an der Angemessenheit der Preise haben und das Angebot der Antragstellerin gemäß § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A aufklären.

Aus Sicht der erkennenden Kammer hat der Auftraggeber die Ergebnisse der Aufklärung zwar ausreichend gewürdigt, es ist aber fraglich, ob seine Schlussfolgerung die Nichtberücksichtigung des Angebotes nach § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A tatsächlich trägt.

Vorliegend hatte der Verfahrensbevollmächtigte des Auftraggebers zur Begründung des Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung Erwägungen angestellt, die in der Sache zutreffend waren. Ein Ausschluss darf nur bei durch wettbewerbliche Gründe nicht erklärbar, groben Abweichungen nach unten, d.h. bei einem beträchtlichen Missverhältnis zwischen Preis und Leistung ausgesprochen werden (vgl. Dicks in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, 3. Auflage, § 19 EG Rn 240). Die Feststellung eines solchen Missverhältnisses unterliegt zunächst der wertenden Entscheidung des Auftraggebers. Aufgrund der Ausführungen der Antragstellerin in deren E-Mail vom 2. Januar 2014 war das Vorliegen eines solchen Missverhältnisses aus Sicht der Vergabekammer durchaus indiziert.

Die Antragstellerin hat in ihrer Antwort zu den Preisaufschlägen zusammengefasst dargestellt, dass ihr die Berechnung einer monatlichen Pauschale und der gleichzeitige Verzicht auf umsatz- oder stückbezogene Aufschläge eine deutlich bessere Planbarkeit bringe, da Kosten wie Raumkosten, Personalkosten und Fahrtkosten im Unternehmen ohnedies regelmäßig als Fixkosten anfielen, während der zusätzliche Aufwand, der durch größere Bestellungen entstehe, dabei zu vernachlässigen sei. Bei der Kalkulation der Kosten für die Belieferung sei zudem die Tatsache mit eingeflossen, dass die Antragstellerin in Sachsen ohnedies diverse Großkunden regelmäßig mit eigenen Fahrzeugen beliefere.

Diese Worte waren nur so zu verstehen, dass die Antragstellerin aus Gründen der besseren Planbarkeit unter gleichzeitigem Verzicht auf umsatz- oder stückbezogene Aufschläge lediglich eine (monatliche) Pauschale, die sämtliche Fixkosten einschließlich der Fahrtkosten inkludiere, kalkuliert habe.

Dass bedeutet, dass einzig die von der Antragstellerin angesetzte Jahrespauschale sämtliche Kosten der regelmäßigen, nicht notfallbedingten Medikamentenlieferung und der sonstigen Beratungs- und Serviceleistungen enthält und abdeckt. Im Ergebnis einer durch die Kammer überschlagenen, fiktiven Angebotsberechnung, bei der ein geschätzte Gesamtumsatz von XXXXXX EUR zugrunde gelegt wird, war festzustellen, dass das Angebot auch unter Gesamtbetrachtung aller zusammengefassten Angebotsbestandteile im Verhältnis zu den anderen Angeboten mit Abstand das günstigste war. Also auch unter Anwendung der von der Rechtsprechung in Auslegung des § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A verlangten Gesamtbetrachtung des Angebotes und unter Berücksichtigung der Ausführungen der Antragstellerin war ihr Angebot als ungewöhnlich niedrig einzustufen.

Die Ausführungen der Antragstellerin zu der von ihr angesetzten Preisstruktur hat der Verfahrensbevollmächtigte des Auftraggebers im Rahmen seiner Würdigung betrachtet und sah seine Sorge bestätigt, dass das Angebot nicht sorgfältig kalkuliert sei. Allerdings versäumte es bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung der Auftraggeber selbst, sich damit ausei-

inander zu setzen, warum zu befürchten sei, dass die Antragstellerin zu diesem Preis nicht zuverlässig und vertragsgerecht werden können.

Nach der überwiegenden Rechtsprechung (z.B. OLG München, B. v. 21.05.2010 - Verg 02/10; OLG Celle, B. v. 30.09.2010 - 13 Verg 10/10; OLG Frankfurt, B. v. 06.03.2013 - 11 Verg 7/12) sind Unterkostenangebote nämlich nicht per se unzulässig. Der Auftraggeber darf einen Zuschlag auch auf ein ungewöhnlich niedriges Angebot erteilen, solange die Prognose gerechtfertigt ist, dass der Anbieter auch zu diesem Preis zuverlässig und vertragsgerecht werden kann. Demgegenüber darf der Zuschlag nicht auf ein Angebot erteilt werden, das nicht erwarten lässt, dass der Anbieter den Auftrag durchführen kann, oder das darauf angelegt ist, den Auftraggeber in der Durchführung der Leistung zu übervorteilen oder dem ein gezielter Verdrängungswettbewerb zugrunde liegt (siehe dazu statt aller: VK Südbayern, Beschluss vom 14.02.2014 - Z3-3-3194-1-43-12/13). Ein Auftraggeber hat bezüglich der Prognose, ob ein Bieter die Leistung evtl. trotzdem zuverlässig und vertragsgerecht erbringen wird, ein Ermessen.

Dieses hatte der Auftraggeber vorliegend, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, nicht in ausreichendem Maße ausgeübt. Insbesondere hatte er sich bis dahin nicht damit auseinandergesetzt, warum die Antragstellerin in Anbetracht der Kalkulation prognostisch nicht in der Lage sein würde, die jährlichen Medikamentenlieferungen für die angebotene Pauschale zu liefern und gleichzeitig noch die geforderten Beratungsleistungen zuverlässig und vertragsgerecht zu erbringen.

Nur auf Basis einer sorgfältigen, mit einem negativen Ergebnis endenden Prognose wäre der Auftraggeber eine Annahme dieses Angebots nicht zumutbar gewesen. Insoweit trifft den Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast (Vergabekammer Südbayern a.a.O.).

Gestützt allein auf das Argument der Nichtauskömmlichkeit wäre also der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin nicht gerechtfertigt gewesen.

Soweit der Auftraggeber erst mit Schriftsatz vom 31. März 2014 eine nachträgliche Befassung des Auftraggebers an demselben Tag nachgereicht hat, kann dahinstehen, ob damit eine ausreichende Befassung nachgeholt wurde, da das Angebot der Antragstellerin wegen einer von den Vorgaben des Auftraggebers abweichenden Kalkulation vom weiteren Wettbewerb ausgeschlossen wurde.

Vieles spricht dafür, dass die nunmehr im Nachgang zur mündlichen Verhandlung vorgenommene Befassung mit den Argumenten der Antragstellerin tatsächlich nachholbar war und im Ergebnis für einen Ausschluss gleichermaßen tragfähig wäre. Eine Nachholung der Befassung scheint der erkennenden Vergabekammer mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH (B. v. 08.02.2011 - X ZB 4/10) und des OLG Düsseldorf (vgl. OLG Düsseldorf B. v. 08.09.2011 - VII-Verg 48/11) zu Heilungsmöglichkeiten von Dokumentationsmängeln und mit Blick auf die Rechtsprechung zur Nachholbarkeit einer zunächst unterbliebenen Anhörung des Bieters vor Ausschluss seines Angebotes wegen Unauskömmlichkeit (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 10.02.2014 - Z3-3-3194-1-42-11/13) möglich und zulässig. Dafür spricht, dass vorliegend „lediglich“ eine bis dato unterbliebene oder nicht protokollierte Befassung des Auftraggebers nachgeholt und dokumentiert wurde.

bb) Das Angebot der Antragstellerin ist nach Auffassung der Vergabekammer zu Recht wegen einer unzulässigen Verlagerung von Preisbestandteilen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen worden. Im § 101a GWB-Informationsschreiben hatte der Verfahrensbevollmächtigte des Auftraggebers unter anderem darauf abgestellt, dass die Dienstleistungspauschale lediglich einen bestimmten abgeschlossenen Dienstleistungskanon vergüte und nicht den Aufwand der Apotheker aus den Arzneimittellieferungen abdecken solle. Die Angebotskalkulation der Antragstellerin hingegen habe darauf abgezielt, im wichtigen Lieferanteil

des Gesamtauftrages sich eine besonders hohe Wertung über einen wirtschaftlich nicht gerechtfertigten Preisvorteil zu sichern und damit den vergaberechtlichen Wettbewerb zu verfälschen.

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot Kosten, insbesondere die Kosten für die Belieferung abweichend von den Vorgaben des Auftraggebers nicht in die dafür vorgesehenen Positionen einkalkuliert.

Dabei kann dahinstehen, ob das Angebot gemäß § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A ausgeschlossen werden konnte, weil es nicht die geforderten Preise enthält oder auch nach § 19 EG Abs. 3 lit. d) VOL/A, weil Änderungen in den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind (so VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 31. Oktober 2012 - 1 VK 38/12; VK Bund, Beschl. v. 5. Oktober 2012 - VK 3-111/12). Es ist nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung (grundlegend BGH, Beschl. v. 18. Mai 2004 – X-ZB 7/04) anerkannt, dass ein transparentes, gemäß § 97 Abs. 2 GWB auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren, wie es die VOL/A gewährleisten soll, nur zu erreichen ist, wenn in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht und grundsätzlich ohne Weiteres vergleichbare Angebote abgegeben werden. Damit ein Angebot gewertet werden kann, ist deshalb jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis so wie gefordert vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird (OLG Dresden, Beschl. v. 28. Juli 2011 – Verg 5/11).

Zwar ist anerkannt, dass auch die Ausweisung eines eher symbolischen Preises, von 0,00 EUR oder gar eines sog. Minuspreises als Preisangabe zu verstehen sein kann. Dies gilt aber nur dann, wenn der Bieter den Preis ersichtlich ernst gemeint hat, ohne Preisbestandteile auf andere Leistungspositionen zu verteilen und auf diese Weise zu "verstecken" (OLG Dresden, a. a. O.). Andernfalls wären die für die jeweiligen Leistungen geforderten tatsächlichen Preise weder vollständig, noch zutreffend wiedergegeben und die Vergleichbarkeit der Angebote wäre nicht mehr gegeben.

So aber verhält es sich hier. Die Antragstellerin hat in ihrer E-Mail vom 2. Januar 2014 ausgeführt, dass sie auf einen Aufschlag auf die Preise – wie er in § 10 Abs. 1.1 (i) und (ii) gefordert war – verzichtet habe und gleichzeitig, mit dem Ziel einer besseren Planbarkeit, eine monatliche Pauschale unter Berücksichtigung aller regelmäßig anfallender Fixkosten, zu denen auch Fahrtkosten etc. gehörten berechnet habe.

Die Antragstellerin kann sich nach Auffassung der erkennenden Vergabekammer zunächst nicht mit Erfolg darauf berufen, dass das Leistungsverzeichnis hinsichtlich der von den Bietern anzugebenden Preise und Pauschalen oder vorzunehmenden Kalkulationen nicht eindeutig sei, weil insoweit sowohl die betreffenden Textpassagen des § 10 Absatz 2 als auch die Mitteilung zur „Aufgreifschwelle“ bei einem Angebot mit einem Preisaufschlag von 0,0 % unzweideutig waren.

Damit aber ist die Antragstellerin bewusst von den in § 10 Abs. 2 des Rahmenvertrages enthaltenen Vorgaben abgewichen. In § 10 Abs. 2 war der Preis für sämtliche Dienstleistungen anzugeben, „die nicht in der Lieferung und Zubereitung von Arzneimitteln bestehen (wie Beratung, Überwachung und Kontrollen, Entsorgungsdienstleistungen) und nicht nach Maßgabe von Abs. 1 vergütet werden sollen“. Im Ergebnis war nach Auffassung der Kammer zweifelsfrei, dass bestimmte Kostengruppen nicht in die Dienstleistungspauschale eingerechnet werden sollten, sondern vielmehr in die Aufschläge nach § 10 Abs. 1.1 des Rahmenvertrages einzukalkulieren waren. Davon ist die Antragstellerin erklärtermaßen abgewichen.

Vorliegend kommt hinzu, dass die einzelnen Aufschläge und Pauschalen jeweils gesondert in die Wertung einfließen. Ein Bieter, der seine Kosten in eine der Positionen verlagert, erhält dadurch einen Wertungsvorteil gegenüber den übrigen Bietern. Wählt ein Bieter – wie vorliegend – für die Positionen in § 10 Abs. 1.1 des Rahmenvertrages jeweils einen Aufschlag von

null Prozent und erhält damit die maximale Punktzahl, so erreicht er damit nach dem vorliegenden Wertungssystem einen Punktevorsprung gegenüber den anderen Bietern, der auch durch eine niedrige Dienstleistungspauschale kaum mehr ausgeglichen werden kann. Dies gilt selbst dann, wenn die anderen Bieter einen nur geringen Aufschlag von 0,1 Prozent o. ä. angeboten haben.

Die Entscheidung des Verfahrensbevollmächtigten des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin aufgrund einer unzulässigen, wettbewerbsverzerrenden und gegen die Kalkulationsvorgaben verstoßenden Kalkulation vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen war damit dem Grunde nach nicht zu beanstanden. In Konsequenz dieser Feststellung war es auch nicht mehr notwendig, die Antragstellerin noch zu einem Aufklärungsgespräch zu laden

b) Dokumentationsfehler, keine eigene Entscheidung des Auftraggebers

Allerdings war, bis zur Nachholung der Befassung am 31. März 2014, festzustellen, dass der Auftraggeber die Grenze der Beteiligung externer Dritter überschritten hat und zu Lasten der Antragstellerin die wesentlichen Entscheidungen im Vergabeverfahren auf das beauftragte Rechtsanwaltsbüro delegiert hatte, was eine Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 GWB begründet.

Die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur eigenverantwortlichen Entscheidung besteht nach wie vor ungeachtet der Tatsache, dass die VOL/A in der aktuellen Fassung keine ausdrückliche diesbezügliche Regelung mehr enthält. § 2 Nr. 3 der VOL/A 2006 enthielt noch ausdrücklich folgenden Grundsatz: "Leistungen sind unter ausschließlicher Verantwortung der Vergabestelle an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Bewerber zu angemessenen Preisen zu vergeben." Ungeachtet der Tatsache, dass diese ausdrückliche Regelung entfallen ist, gilt nach herrschender Auffassung der Grundsatz der eigenverantwortlichen zutreffenden Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers aber nach wie vor. Er ergibt sich ohne weiteres bereits aus § 97 Abs. 1 GWB. Dort heißt es ausdrücklich: *„Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren.“* Auch im Übrigen verpflichten die Regelungen des Vergaberechts unmittelbar und unmissverständlich den öffentlichen Auftraggeber selbst. So heißt es etwa in § 19 EG Abs. 8 VOL/A: *„Bei der Wertung der Angebote berücksichtigen die Auftraggeber entsprechend der von ihnen bekannt gegebenen Gewichtung vollständig und ausschließlich die Kriterien, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt sind.“*

Richtig ist zwar zunächst, dass der öffentliche Auftraggeber nicht gehindert ist, sich bei der Vorbereitung und Durchführung eines Vergabeverfahrens ganz oder teilweise der Hilfe Dritter zu bedienen, die über einen qualifizierten Sachversand verfügen (vgl. 1. VK Sachsen, Beschluss vom 15.02.2011 - 1/SVK/052-10). Das heißt, dass ein Auftraggeber sich durchaus von Dritten Informationen zur Bewertung der Angebote verschaffen kann, die ihn in die Lage versetzen, die Angebote zu beurteilen. Allerdings bleibt er dennoch weiter in vollem Umfang für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens verantwortlich. Der Auftraggeber hat insofern das Handeln der eingeschalteten Stelle zu begleiten, zu überwachen und gegebenenfalls zu korrigieren (VK Arnsberg, B. v. 24.01.2014 - VK 23/13; VK Niedersachsen, B. v. 23.11.2012 - VgK-43/2012; B. v. 14.01.2011 - VgK-63/2010; 1. VK Sachsen, B. v. 28.08.2013 - 1/SVK/026-13; B. v. 17.05.2013 - 1/SVK/011-13; B. v. 15.02.2011 - 1/SVK/052-10). Insbesondere hat der öffentliche Auftraggeber mögliche Ausschlussgründe nachzuvollziehen und über den Zuschlag in Kenntnis der gesamten Aktenlage zu entscheiden und nicht die Mitwirkung an dem Vergabeverfahren auf ein bloßes "Abnicken" zu beschränken (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 09.07.2010 - 11 Verg 5/10, zitiert nach ibr-online).

Unter Berücksichtigung dieser Prämissen und der gesamten Dokumentation in der Vergabeakte war nach Überzeugung der Vergabekammer festzustellen, dass der Auftraggeber, jedenfalls bis zum 31. März 2014, gerade keine, ihm an und für sich obliegende, eigenverantwortliche Entscheidung im Vergabeverfahren getroffen hat, sondern mutmaßlich unreflektiert dem Vergabevorschlag des von ihm beauftragten Rechtsanwaltsbüro gefolgt ist. Insbesondere war der Vergabeakte keine hinreichende Befassung des Auftraggebers mit den ausschchlussrelevanten Vorwürfen zu Lasten der Antragstellerin zu entnehmen.

Vorliegend war die betreffende Rechtsanwaltskanzlei bereits in der Vergabebekanntmachung als Kontaktadresse benannt, an die auch die Angebote zu senden waren. Die Öffnung der Angebote fand in den Kanzleiräumen statt, ebenso die Auswertung der Angebote. Weiterhin übernahm die Rechtsanwaltskanzlei die Aufklärung der Angebote sowie die Auswertung der im Rahmen der Aufklärung abgegebenen Aussagen der Bieter. Schließlich wurde auch die Information nach § 101a GWB durch die Rechtsanwaltskanzlei unterschrieben und versandt. Lediglich zu einzelnen Aufklärungsgesprächen war der Auftraggeber zugegen und traf im Nachgang dazu die „Auswahl“ zwischen den hierzu eingeladenen Bietern. Ob der Auftraggeber sich jemals überhaupt mit dem Angebot und den Aussagen der Antragstellerin befasst hatte, hat sich aus der Vergabeakte an keiner Stelle ergeben. Sofern der Auftraggeber erst zeitgleich zur mündlichen Verhandlung eine e-mail Korrespondenz zwischen ihm und dem beauftragten Rechtsanwaltsbüro der Vergabekammer zufaxte, belegte dies zwar, dass der Auftraggeber jedenfalls die Zuschlagserteilung an die Beigeladene mitentschieden hatte. Dies impliziert aber nach Auffassung der Vergabekammer nicht in ausreichendem Maße, dass sich der Auftraggeber auch mit der Ausschlussentscheidung zu Lasten der Antragstellerin tatsächlich unter Abwägung aller für und widerstreitenden Argumente auseinandergesetzt hatte.

Diese zwingend notwendige Befassung ließ sich mithin nicht durch nachgereichte e-mail in die Vergabeakten „hineinlesen“.

Die zunächst nicht erfolgte, oder jedenfalls zunächst nicht dokumentierte Befassung des Auftraggebers mit der Ausschlussentscheidung zu Lasten der Antragstellerin konnte vorliegend auch nicht durch Zeugenvernahme dazu, dass eine Befassung sehr wohl stattgefunden habe, nachgeholt werden, so wie es der Auftraggeber mit Schriftsatz vom 10. März 2014 angeboten hat.

Sinn und Zweck der Dokumentationspflichten des Auftraggebers ist es, das Verfahren objektiv transparent und überprüfbar zu machen. Bedeutung und Funktion des Vergabevermerks würden entwertet, würde man dem Auftraggeber gestatten, den Nachweis für ein Vorgehen, das hätte dokumentiert werden müssen, nachträglich durch Zeugenbestätigung seiner Mitarbeiter zu führen (OLG München, B. v. 21. August 2008 – Verg 13/08). Ist also der öffentliche Auftraggeber seiner Dokumentationspflicht nicht ordnungsgemäß und zeitnah nachgekommen, ist deren spätere Erstellung ohne Wiederholung des nicht dokumentierten Vorgangs im Vergabeverfahren nicht möglich (VK Sachsen, B. vom 04.10.2011 - 1/SVK/037-11, m. Verw. auf OLG Celle, B. vom 11.02.2010 - 13 Verg 16/09).

Soweit die bisherige Befassung des Auftraggebers mit dem gesamten Vergabevorgang und die damit verbundene Dokumentation in der Vergabeakte nach Überzeugung der Vergabekammer, jedenfalls bis zum 31. März 2014, unzureichend war, war allerdings festzustellen, dass sie ohnedies nicht zu einer Rechtsverletzung der Antragstellerin führte. Dies jeweils konkret festzustellen oder abzulehnen ist notwendig, weil die Vergabekammer keine Aufsichtsbehörde ist und ein streng rechtsschutzorientiertes Verfahren durchführt.

Ein Bieter kann jedenfalls seinen Nachprüfungsantrag nur dann auf eine fehlende oder unzureichende Dokumentation stützen, wenn sich die diesbezüglichen Mängel gerade auch auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt haben können (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.03.2004 - Verg 1/04 ;vgl. Senat, Beschl. v. 13.9.2001 - Verg 4/01,

VK Sachsen, Beschluss vom 17.01.2006 - 1/SVK/151-05; vgl auch VK Sachsen, Beschluss vom 25.01.2008 - 1/SVK/088-07 VK Nordbayern, Beschluss vom 28.01.2009 - 21.VK-3194-55/08).

Ähnlich sieht dies die Vergabekammer für die Befassung des Auftraggebers mit einem zwingenden Ausschluss eines Angebotes, soweit der Auftraggeber jedenfalls, wie vorliegend die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines anderen Bieters nachweislich selbst getroffen hat.

Vorliegend war festzustellen, dass die – zumindest zunächst- unterbliebene Befassung des Auftraggebers, der sich lediglich auf die explizite Abgabe einer Entscheidung zu Gunsten der Antragstellerin beschränkt hatte, deshalb keine Rechtsverletzung der Antragstellerin bedingte, weil der vorgenommene Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin zwingend war und dem Auftraggeber keine Ermessensausübung verblieben war, die statt seiner die beauftragte Rechtsanwaltskanzlei übernommen hatte. Damit wäre es bis zum Zeitpunkt der nunmehr ohnedies nachgeholtten Befassung einer reinen Förmerei nachgekommen, den Auftraggeber mit dem zwingenden Ausschlussgrund sich nachträglich nochmals befassen zu lassen, er hätte bei ordnungsgemäßer Bewertung des Angebotes zu keinem anderweitigen Ergebnis kommen können.

Damit aber war der Vergabenachprüfungsantrag insgesamt als unbegründet und abweisungsreif anzusehen.

III.

1. Die Antragstellerin hat als Unterliegende die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB zu tragen.

Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der erkennenden Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 2 GWB). Der Gesetzgeber hat mit dieser an § 80 Abs. 2 GWB angelehnten Regelung klargestellt, dass - wie im Kartellverfahren - vorrangig auf die wirtschaftliche Bedeutung des Verfahrens abzustellen ist. Die Vergabekammern des Bundes haben eine zum 21. Dezember 2009 überarbeitete Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung in der Regel übernimmt. Zwar ist vorliegend ein Rahmenvertrag ausgeschrieben, für den ein Gesamtpreis nicht angegeben werden kann. Da die Antragstellerin allerdings keine Aufschläge berechnet hat, zieht die Kammer zur Bemessung des wirtschaftlichen Interesses die von der Antragstellerin angebotene Dienstleistungspauschale über eine Laufzeit von 3 Jahren (entsprechend § 3 Abs. 4 VgV) heran. Dies zugrunde gelegt, ist die Mindestgebühr von XXXXXX EUR anzusetzen.

Dieser Betrag kann entsprechend § 128 Abs. 2 Satz 1, 2. HS GWB ermäßigt werden, ggf. bis auf ein Zehntel. Als Gründe einer Ermäßigung sind dabei nur solche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Bedeutung sowie dem erforderlichen Verwaltungsaufwand stehen. Gründe, die dies rechtfertigten, waren hier nicht gegeben.

Den Betrag (**XXXXXX EUR**) hat die Antragstellerin binnen zweier Wochen nach Bestandskraft dieser Entscheidung unter Angabe des Buchungskennzeichens **XXXXXX** bei der Hauptkasse Sachsen, Außenstelle Chemnitz, auf das Konto bei der Ostsächsischen Sparkasse Dresden, BIC OSDD DE 81, IBAN DE82 8505 0300 3153 0113 70 einzuzahlen. Dazu kann das beiliegende Zahlungsformular genutzt werden.

2. Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung notwendigen Aufwendungen seines Gegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vorliegend ist die Antragstellerin in diesem Verfahren die Unterliegende. Daher hat sie die notwendigen Aufwendungen zur Rechtsverteidigung des Auftraggebers entsprechend § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten des Auftraggebers war gemäß § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i. V. m. § 80 VwVfG nicht notwendig. Nach der Rechtsprechung des OLG Dresden (zuletzt Beschluss vom 14. November 2012 – Verg 08/11) ist dies nach dem individuellen Streitstoff zu bestimmen. Erschöpfen sich die darin aufgeworfenen Probleme in der Auseinandersetzung darüber, ob die Vergabestelle das von ihr im Rahmen des streitbefangenen Vergabeverfahrens ohnehin zu beachtende „materielle“ Vergaberecht zutreffend angewandt hat, d. h. im Wesentlichen die Bestimmungen der Verdingungsordnungen eingehalten sind, so wird die Beauftragung eines Rechtsanwaltes zur Vertretung des Auftraggebers vor der Vergabekammer regelmäßig nicht notwendig sein. Denn dann ist - zumindest bei größeren Auftraggebern, die Vergaben nicht nur in Einzelfällen ausführen - der Kernbereich der Tätigkeit betroffen, deren Ergebnisse zu rechtfertigen eine Vergabestelle grundsätzlich auch ohne anwaltlichen Beistand in der Lage sein muss.

Dieser Bereich ist überschritten, wenn wesentliche Streitpunkte im Nachprüfungsverfahren sich gerade aus dessen „prozessualer“ Ausgestaltung ergeben. Das Gleiche gilt grundsätzlich, wenn zum Streitstoff gemeinschaftsrechtliche Probleme gehören, von denen in der Regel nicht erwartet werden kann, dass Vergabestellen sich mit ihnen ohne anwaltliche Unterstützung abschließend auseinanderzusetzen vermögen.

Der Auftraggeber musste in diesem Verfahren im Wesentlichen nur die getroffene Wertungsentscheidung verteidigen. Dabei handelt es sich um eine originäre Aufgabe des Auftraggebers, die dieser auch ohne rechtliche Hilfe eines Rechtsanwaltes bewerkstelligen muss. Zudem verfügt der Auftraggeber über ein eigene Beschaffungsstelle, in deren Zuständigkeit auch die Begleitung von Vergabenachprüfungsverfahren fällt, sowie ein eigenes Rechtsreferat. Damit ist davon auszugehen, dass der Auftraggeber die vorliegenden Probleme ohne anwaltliche Unterstützung abschließend beurteilen können muss. Nimmt er gleichwohl rechtliche Beratungsleistungen in Anspruch, darf dies jedenfalls nicht auf Kosten der Bieter erfolgen. Nur der Grundsatz der Waffengleichheit bei anwaltlich vertretenen Antragstellern rechtfertigt die Hinzuziehung auf Seiten eines Auftraggebers jedenfalls nicht (vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 30. September 2011 - Verg 07/11).

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterliegenden Partei auferlegt. Die Beigeladene hat in der mündlichen Verhandlung keinen eigenen Antrag gestellt. Darüber hinaus sind besondere Aktivitäten, die die Notwendigkeit der Aufwendung erkennen lassen, nicht zu sehen. Vielmehr hat sich die Beigeladene auf die Abwehr des Nachprüfungsantrags im üblichen notwendigen Rahmen beschränkt.

IV.

Gegen die Entscheidungen der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gem. § 116 Abs. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt (§ 117 Abs. 1 GWB), schriftlich beim Beschwerdegericht einzulegen. Beschwerdegericht für die 1. Vergabekammer des Freistaates ist das Oberlandesgericht Dresden, Vergabesenat, Schlossplatz 1, 01067 Dresden. Die sofortige Beschwerde kann beim Oberlandesgericht Dresden auch elektronisch erhoben werden (vgl. Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Justiz und Europa über den elektronischen Rechtsverkehr in Sachsen – SächsERVerkVO vom 6. Juli 2010).

Die Beschwerde muss zugleich mit ihrer Einlegung begründet werden (§ 117 Abs. 2 GWB). Die Beschwerdebegründung muss enthalten: die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Kammer angefochten wird und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen zugelassenen 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 vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten. Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.

Kadenbach

Hofmann

Gronemann

Der ehrenamtliche Beisitzer hat nach Beschlussfassung auf eine Unterschrift verzichtet. Diese ist nach § 5 Nr. 1 der Geschäftsordnung der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen nicht notwendig.