


Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat
Entscheidungsname:	Gaslieferung
Entscheidungsdatum:	30.03.2020
Aktenzeichen:	7 Verg 1/20
ECLI:	ECLI:DE:OLGNAUM:2020:0330.7VERG1.20.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 60 Abs 1 VgV, § 60 Abs 2 VgV
Zitiervorschlag:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 30. März 2020 - 7 Verg 1/20 -, juris

Gaslieferung

Leitsatz

Gaslieferung

1. Zur Wirksamkeit von Beschlüssen der Vergabekammern des Landes Sachsen-Anhalt ist es nicht erforderlich, dass diese auch von dem hieran mitwirkenden ehrenamtlichen Beisitzer unterschrieben werden (im Anschluss an BGH, Beschluss v. 12. Juni 2001 - X ZB 10/01, BGHZ 148, 55, in juris Tz. 21 ff.).
2. Die Einleitung eines Prüfverfahrens nach § 60 Abs. 1 und 2 VgV (sog. 3. Wertungsstufe) ist zulässig, wenn das Angebot inhaltlich bewertet werden soll, die Vergabestelle einem für die Vergabeentscheidung erheblichen Informationsbedürfnis folgt, wenn die vom Bieter geforderten Angaben geeignet sind, dieses Informationsbedürfnis zu befriedigen, und wenn der Vergabestelle die Erlangung dieser Informationen nicht auf einfachere Weise möglich ist (im Anschluss an OLG Naumburg, Beschluss v. 22. September 2005 - 1 Verg 8/05 „BAB Erd- und Deckenbau II“, VergabeR 2005, 789, in juris Tz. 42).
3. Zur - hier bestätigten - Bewertung der Auskünfte des Bieters als nicht zufriedenstellend und zum Ausschluss des Angebots.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Sachsen-Anhalt, 3. März 2020, 2 VK LSA 40/19
Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Anschluss Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat, 22. September 2005, 1 Verg 8/05

Anschluss BGH 10. Zivilsenat, 12. Juni 2001, X ZB 10/01

Tenor

Der Antrag der Antragstellerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 3. März 2020 wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, dem Gericht eine etwaige Zuschlagserteilung unverzüglich nachzuweisen.

Gründe

A.

- 1 Die Antragsgegnerin, eine kommunale Gebietskörperschaft, leitete am 05.09.2019 eine EU-weite Ausschreibung eines Lieferauftrags über Elektrizität und Erdgas im Offenen Verfahren auf der Grundlage der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) durch Absendung des Bekanntmachungstextes an das Amt für Veröffentlichungen der EU ein. Die Beschaffung diente der Energieversorgung von kommunalen Einrichtungen, insbesondere Gemeindehäusern und Kindergärten, sowie zur Straßenbeleuchtung. Die Antragsgegnerin nahm im Vergabeverfahren die beratenden und betreuenden Dienstleistungen der E. GmbH in Anspruch (*künftig: Beraterin*).
- 2 Der Auftrag bestand aus zwei Losen, das hier betroffene Los 2 umfasste die Lieferung von Erdgas an insgesamt 26 SLP-Lieferstellen mit insgesamt ca. 1.800.000 kWh p.a. (vgl. Abschnitt II.2.4 der Auftragsbekanntmachung) in der Zeit vom 01.01.2020 bis zum 31.12.2021. Der Vertrag sollte eine Option für eine einmalige Verlängerung um zwei Jahre, d.h. für die Zeit vom 01.01.2022 bis zum 31.12.2023, beinhalten (vgl. Abschnitt II.2.7). Alleiniges Zuschlagskriterium war der (niedrigste) Preis (vgl. Abschnitt II.2.5). Hinsichtlich der Teilnahmebedingungen verwies die Antragsgegnerin in der Auftragsbekanntmachung jeweils auf die Auftragsunterlagen (vgl. Abschnitt III.1.1, III.1.2, III.1.3). Die Angebotsfrist endete am 18.10.2019 (vgl. Abschnitt IV. 2.2 der Auftragsbekanntmachung).
- 3 Die Leistungsbeschreibung sah zur Preisgestaltung für Los 2 vor, dass jeweils ein jährlicher Festpreis in ct/kWh anzugeben sei, wobei sich die Preise als Netto-Preise zzgl. der jeweils gültigen Netznutzungsentgelte und aller gesetzlichen Steuern und Abgaben verstünden. Hinsichtlich der Preisgestaltung für die Jahre der Verlängerungsoption gab die Antragsgegnerin eine Berechnungsformel vor, wonach eine Summe aus einem objektiven Referenzwert (Börsenpreis für Erdgas) und einem individuellen Zuschlag für den Verwaltungsaufwand im Kalenderjahr, jeweils in ct/kWh (sog. Formelpreis), gebildet werden sollte; im Angebot waren deswegen jeweils die Beträge des zuletzt genannten Zuschlags für das Jahr 2022 und für das Jahr 2023 anzugeben. Insoweit sah der den Vergabeunterlagen beigelegte Gaslieferungsvertrag u.a. das Recht der Antragsgegnerin als Kundin vor, Änderungen bezüglich der Abnahmestellen vorzunehmen (§ 4 Nr. 1) und verpflichtete die Auftragnehmerin auf Wunsch der Kundin zu einer separaten Rechnungsstellung für jede Abnahmestelle (§ 10 Nr. 2). Für die Wirtschaftlichkeitsbewertung sollte es auf die „Kosten für die Erstvertragslaufzeit“ – die Jahre 2020 und 2021 – ankommen; hierfür gab die Antragsgegnerin eine jährliche Verbrauchsmenge als Rechengröße vor.

- 4 Die Antragsgegnerin forderte die Bieter auf, mit dem Angebot eine Eigenerklärung „Nachweis zur Eignung eines Bieters“ einzureichen (*künftig: Eignungs-Eigenerklärung*); in der Eignungs-Eigenerklärung zu Los 2 war auf Seite 4 vorgesehen, alternativ entweder die Absicht anzuzeigen, zur Erfüllung des Auftrags Leistungen von Nachunternehmern in Anspruch zu nehmen, oder die Absicht, dies nicht zu tun.
- 5 Zu dem Los 2 gingen innerhalb der Angebotsfrist zwei Angebote ein; das Angebot der Antragstellerin und dasjenige der Beigeladenen. Die Kosten der Erstvertragslaufzeit des Angebots der Antragstellerin lagen mehr als 10 % unterhalb dieser Kosten im Angebot der Beigeladenen. Unter Berücksichtigung der Börsenpreise für Erdgas zum 27.09.2019 ergab sich rechnerisch, dass der von der Antragstellerin in Ansatz gebrachte jährliche Zuschlag für den Verwaltungsaufwand im Jahr 2020 zu 80 % und im Jahr 2021 zu mehr als 75 % unter den Ansätzen der Beigeladenen lag. Für die Verlängerungsoption unterschritten die Zuschläge der Antragstellerin diejenigen der Beigeladenen in den Jahren 2022 und 2023 jeweils um etwa 84 %.
- 6 In ihrer Eignungs-Eigenerklärung gab die Antragstellerin durch Ankreuzen an, dass sie keine Nachunternehmern einzusetzen beabsichtige.
- 7 Im Rahmen der formalen Angebotsprüfung bewertete die Antragsgegnerin beide Angebote als vollständig und formal wertungsfähig. Obwohl die Beraterin auf Risiken im Hinblick auf die Bonität der Antragstellerin hinwies, schloss die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin nicht wegen deren Ungeeignetheit aus. Sie forderte die Antragstellerin jedoch zur Prüfung der Angemessenheit des Angebotspreises am 09.10.2019 auf, im Einzelnen darzulegen, wie die im Angebot aufgeführten Zuschläge für den Verwaltungsaufwand in den Jahren 2022 und 2023 kalkuliert worden seien.
- 8 Hierauf antwortete die Antragstellerin am 10.10.2019, dass das Unternehmen über eine extrem schlanke und effiziente Kostenstruktur verfüge. Neben Ausführungen zu den (geringen) Personal- und den Raumkosten, zu der bei kommunalen Kunden entbehrlichen Vorsorge gegen Zahlungsausfälle und zu den kostenmäßigen Vorteilen einer direkten Börsenzulassung verwies die Antragstellerin auch auf Folgendes:
 - 9 „Die Dienstleistung (Wechsel, Abrechnung, Kundenservice etcpp.) wird extern durch einen erfahrenen Dienstleister zu einem monatlichen Festpreis von ... Cent je Abnahmestelle durchgeführt.“
- 10 In ihrer Vergabeempfehlung vom 11.10.2019 bewertete die Beraterin den Verwaltungszuschlag des Angebotes insgesamt als so ungewöhnlich niedrig, dass eine Einhaltung der Verpflichtungen nach § 60 Abs. 2 Satz 2 VgV nicht möglich erschiene.
- 11 Am 18.10.2019 versandte die Beraterin an die Antragstellerin eine Vorabinformation über die Ablehnung des Angebotes, weil der Zuschlag auch nach Aufklärung ungewöhnlich niedrig sei. Zugleich informierte sie die Antragstellerin über die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene am 29.10.2019. Der Bürgermeister der Antragsgeg-

nerin erklärte am 29.10.2019 ausdrücklich, dass er der Vergabeempfehlung der Beraterin folge.

- 12 Mit ihrem Schriftsatz vom 25.10.2019 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin, dass der Ausschluss ihres Angebotes wegen eines unangemessen niedrigen Angebotspreises vergaberechtswidrig sei. Sie habe in detaillierter und nachvollziehbarer Weise für Aufklärung gesorgt. Am 29.10.2019 rügte sie zudem die „Umgehung des unterschwelligen Vergaberechts“. Die Antragsgegnerin half dieser Rüge nicht ab, worüber sie die Antragstellerin mit Schreiben vom 30.10.2019 informierte.
- 13 Mit Schriftsatz vom 31.10.2019 hat die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt mit dem Ziel beantragt, dass der Antragsgegnerin aufgegeben werden möge, den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin zurückzunehmen und die Wertung der Angebote zu wiederholen, hilfsweise zumindest untersagt werde, den Zuschlag in diesem Vergabeverfahren zu erteilen. Sie hat insbesondere ihre Ausführungen zur Willkürlichkeit des Angebotsausschlusses vertieft, insoweit auf ein möglicherweise strafrechtlich relevantes Verhalten der Beraterin verwiesen und sich gegen deren Angaben „zum Unternehmen“ sowie gegen deren Schlussfolgerungen aus der vorgelegten Bonitätserklärung gewandt.
- 14 Die Antragsgegnerin verteidigte den Angebotsausschluss. Die Antwort der Antragstellerin vom 10.10.2019 habe nicht zu einer zufriedenstellenden Aufklärung der geringen Höhe des Verwaltungszuschlags geführt. Im Zusammenhang mit der Auskunft über die branchenbezogen unterdurchschnittliche Bonität des Unternehmens und mit Erkenntnissen über den Geschäftsführer der Antragstellerin wolle sie das Risiko nicht eingehen, dass die Antragstellerin ggf. ihre Leistungspflichten nicht bis zum Ablauf der Vertragslaufzeit erfüllen werde.
- 15 Der Vorsitzende der Vergabekammer hat die ursprünglich am 05.12.2019 auslaufende Entscheidungsfrist wie folgt verlängert:
 - 16 mit seiner Verfügung vom 02.12.2019 bis zum 09.01.2020,
 - 17 mit seiner Verfügung vom 08.01.2020 bis zum 13.02.2020 und
 - 18 mit seiner Verfügung vom 11.02.2020 bis zum 19.03.2020.
- 19 Die Vergabekammer hat mit ihrem Beschluss vom 08.01.2020 die Zuschlagsaspirantin beigeladen. Mit Verfügung vom 22.01.2020 hat sie rechtliche Hinweise erteilt und eine vorläufige Auffassung zur Bewertung der Sach- und Rechtslage erteilt; sie hat zudem darauf hingewiesen, dass sie beabsichtige, im schriftlichen Verfahren nach Aktenlage zu entscheiden.
- 20 In ihrer Stellungnahme zu diesen Hinweisen – Schriftsatz vom 07.02.2020 – hat die Antragstellerin u.a. vorgetragen, dass sie die Leistungen „Wechsel“, „Abrechnung“ und

„Kundenservice“ im eigenen Namen erbringe. Sie greife lediglich auf eine Software zurück, die von einem erfahrenen Drittunternehmen bereitgestellt werde (software as a service). Es sei nicht beabsichtigt, Teile der Primärleistungen der Antragstellerin durch Dritte ausführen zu lassen. Nur so sei die Antwort der Antragstellerin vom 10.10.2019 zu verstehen (Beweis: Zeugnis S. F.).

- 21 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin im schriftlichen Verfahren durch ihren Beschluss vom 03.03.2020 als unbegründet zurückgewiesen. Sie stützt ihre Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass die Antragstellerin gegen das Nachverhandlungsverbot des § 15 Abs. 5 Satz 2 VgV verstoßen habe, indem sie sich nach dem Ablauf der Angebotsfrist am 08.10.2019 statt einer Selbstaussführung sämtlicher Vertragsleistungen auf eine Ausführung diverser lieferbegleitender Dienstleistungen durch (ungenannte) Dritte berufen habe.
- 22 Gegen diese ihr am 05.03.2020 zugestellte Entscheidung richtet sich die mit Schriftsatz vom 19.03.2020 erhobene und am selben Tage vorab per Fax beim Oberlandesgericht Naumburg eingegangene sofortige Beschwerde der Antragstellerin.
- 23 Die Antragstellerin ist u.a. der Meinung, dass die angefochtene Entscheidung an formalen Mängeln leide: sie sei rechtswidrig ohne mündliche Verhandlung getroffen worden, sei formunwirksam wegen der fehlenden Unterzeichnung durch den ehrenamtlichen Beisitzer und beruhe zudem auf einer Überschreitung der Kompetenzen der Vergabekammer.
- 24 In der Sache meint die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin schon nicht zur Durchführung einer Preisprüfung nach § 60 VgV berechtigt gewesen sei und dass jedenfalls die Antwort der Antragstellerin vom 10.10.2019 eine objektiv zufriedenstellende Erläuterung ihrer Preisgestaltung beinhaltet habe, welche die Antragsgegnerin auch nicht in Frage gestellt habe. Sie wendet sich gegen den von der Vergabekammer angeführten Ausschlussgrund und sieht hierin insbesondere eine fehlerhafte Rechtsanwendung. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Beschwerdeschrift vom 19.03.2020 Bezug genommen.
- 25 Die Antragstellerin beantragt,
 - 26 den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 03.03.2020 aufzuheben,
 - 27 festzustellen, dass sie in ihren Rechten verletzt sei, und
 - 28 geeignete Maßnahmen zu treffen, um die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen.

29 Daneben hat die Antragstellerin einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsmittels bis zur endgültigen Entscheidung über die sofortige Beschwerde gestellt.

30 Der Senat hat den weiteren Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 20.03.2020 zunächst eine Frist zur Stellungnahme zu dem zuletzt genannten Antrag bis zum 26.03.2020 eingeräumt, zugleich eine Beschwerdeerwiderungsfrist bis zum 16.04.2020 gesetzt und einen Termin der mündlichen Verhandlung für den 24.04.2020 anberaumt.

31 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben von der Möglichkeit der Stellungnahme zum Eilantrag keinen Gebrauch gemacht.

B.

32 Der Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsmittels ist nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB zulässig; er hat aber in der Sache keinen Erfolg.

33 I. Nach § 173 Abs. 2 GWB kann das Beschwerdegericht den seinem Wesen nach auf die Verlängerung des prozessualen Zuschlagsverbots gerichteten Antrag ablehnen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung sind u.a. das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des öffentlichen Auftraggebers und an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens sowie die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels zu berücksichtigen. Im Rahmen seiner Ermessensausübung ist der erkennende Senat davon überzeugt, dass hier die vorgenannten Interessen der Allgemeinheit das Interesse der Antragstellerin an der höchstmöglichen Effektivität ihres Rechtsschutzes bis zum endgültigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens überwiegen.

34 II. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat nach dem bisherigen Sach- und Streitstand voraussichtlich selbst dann keine Aussicht auf Erfolg, wenn die Nachprüfung lediglich auf die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des von der Antragsgegnerin angenommenen Ausschlussgrundes beschränkt wird.

35 1. Die angefochtene Entscheidung ist nicht aufgrund von Verfahrensfehler aufzuheben.

36 a) Die Vergabekammer hat ihre Zuständigkeit zu Recht angenommen. Insbesondere ist ein Zugang zum vergaberechtlichen Primärrechtsschutz eröffnet.

37 aa) Die Antragstellerin hat in einem anderen Zusammenhang gerügt, dass die Antragsgegnerin unzutreffend von einer Überschreitung des maßgeblichen Schwellenwerts i.S.v. § 106 GWB ausgegangen sei. Wäre das so, dann wäre der Nachprüfungsantrag der An-

tragstellerin bereits unzulässig gewesen. Denn jede Nachprüfungsinstanz hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Zugangsvoraussetzungen zum exklusiven Rechtsschutz bei EU-weiter Ausschreibungspflicht nach §§ 155 ff. GWB vorliegen. Zu den Zugangsvoraussetzungen gehört auch, dass der Netto-Auftragswert des ausgeschriebenen Auftrags nach einer ordnungsgemäßen Schätzung zum Zeitpunkt des Beginns des Vergabeverfahrens über dem maßgeblichen Schwellenwert liegt. Eine – unterstellt – fehlerhafte Schätzung des Auftraggebers bindet hingegen die Nachprüfungsinstanz nicht, denn das würde bedeuten, dass die Vergabestelle einen objektiv nicht gegebenen Rechtsweg durch eine Fehleinschätzung eröffnete (vgl. nur Röwekamp in: Kulartz/ Kus/ Portz/ Prieß, GWB, 4. Aufl. 2016, § 106 Rn. 31 und Rn. 10 m.w.N.).

- 38 bb) Hier hat die Antragsgegnerin den Auftragswert des ausgeschriebenen Lieferauftrages Los 2 (Gas) ordnungsgemäß geschätzt, indem sie auf der Grundlage der Börsenpreise für Erdgas zum 27.06.2019 den reinen Lieferpreis und einen angemessenen Zuschlag für die im Mustervertrag vorgesehenen Verwaltungstätigkeiten sowie für Netznutzungsentgelte, Abgaben und Energiesteuern (ohne Mehrwertsteuer) in Ansatz gebracht hat. Der so ermittelte Gesamtauftragswert netto für vier Jahre – nach § 3 Abs. 1 Satz 2 VgV sind Vertragsverlängerungsoptionen vollständig zu berücksichtigen – überstieg den damals maßgeblichen Schwellenwert nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 RL 2014/24/EU und Art. 1 Abs. 1 lit. c VO (EU) 2017/2365 in Höhe von 221.000,00 €.
- 39 b) Die Vergabekammer hat ihre Entscheidung wirksam erlassen. Zur Wirksamkeit von Beschlüssen der Vergabekammern des Landes Sachsen-Anhalt ist es nicht erforderlich, dass diese auch von demjenigen ehrenamtlichen Beisitzer unterschrieben werden, welcher an der Entscheidung mitgewirkt hat.
- 40 aa) Es fehlt an einer entsprechenden bundesrechtlichen Regelung, die dies erforderte. Um die Herkunft des Beschlusses zu verbürgen und um sicherzustellen, dass es sich nicht um einen bloßen Entwurf einer Entscheidung der Vergabekammer handelt, würde es sogar ausreichen, wenn die eigenhändige Unterschrift eines hauptamtlich mitwirkenden Mitglieds der Vergabekammer vorhanden ist. Auch im Hinblick auf die Tragweite der Entscheidung kann es nicht als unverzichtbar angesehen werden, dass neben den hauptamtlichen Mitgliedern der Vergabekammer auch der ehrenamtliche Beisitzer die Entscheidung selbst unterzeichnet. Das Prozessrecht kennt eine Reihe vergleichbarer Konstellationen, z.B. bei Strafurteilen unter Mitwirkung von (ehrenamtlichen) Schöffen oder bei Urteilen der Gerichte für Landwirtschaftssachen unter Mitwirkung von Landwirten als ehrenamtliche Richter (vgl. für alles auch BGH, Beschluss v. 12.06.2001, X ZB 10/01, BGHZ 148, 55, in juris Tz. 21 ff.).
- 41 bb) Das Land Sachsen-Anhalt hat durch den Erlass des Ministeriums für Wirtschaft vom 17.04.2013, 41-32570-17, eine Gemeinsame Geschäftsordnung der Vergabekammern des Landes Sachsen-Anhalt geregelt, in deren Anlage, Abschnitt A, in § 8 Beschluss vorgesehen ist, dass der Beschluss einer Vergabekammer grundsätzlich (nur) die Unterschriften des Vorsitzenden und des hauptamtlichen Beisitzers enthalten muss. Es ist ausdrücklich geregelt, dass es der Unterschrift des ehrenamtlichen Beisitzers nicht bedarf. Darüber hinaus hat hier der betroffene ehrenamtliche Richter die übrigen Mitglieder der

2. Vergabekammer sogar ausdrücklich schriftlich ermächtigt, den Beschluss ohne seine persönliche Unterschrift abzusetzen.

- 42 c) Der Senat kann offenlassen, ob die Vergabekammer im vorliegenden Fall durch das Aufgreifen eines von ihr als vergaberechtswidriges Verhalten der Antragstellerin aufgegriffenen Aspekts von Amts wegen ihre Befugnisse überschritten hat oder nicht. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin gilt im Vergabenachprüfungsverfahren nicht etwa die Parteimaxime, wonach sämtliche tatsächliche Gesichtspunkte, die zwischen den Beteiligten unstreitig sind, als wahr unterstellt werden müssten. Die Vergabekammer ist u.U. auch zu einem Aufgreifen von Mängeln eines Angebots von Amts wegen berechtigt; das bedarf keiner näheren Erörterung. Jedenfalls ist eine Entscheidung der Vergabekammer selbst dann nicht ohne weiteres wirkungslos, weil sie – unterstellt – überobligatorische Feststellungen zum Sachverhalt vorgenommen hätte. Derartige Fehler führten allenfalls zur Anfechtbarkeit der Entscheidung. Der Senat beabsichtigt, sich im Beschwerdeverfahren zur Beschleunigung der Nachprüfung und durchaus im Sinne des Beschwerdevorbringens der Antragstellerin ausschließlich auf den von der Antragsgegnerin tatsächlich geltend gemachten Ausschlussgrund zu konzentrieren.
- 43 d) Ebenso kann dahinstehen, ob die Vergabekammer zu Recht im schriftlichen Verfahren entschieden und von einer mündlichen Verhandlung abgesehen hat. Dass die Zulässigkeit einer Entscheidung nach Aktenlage nicht allein dadurch ausgeschlossen wird, dass der Vorsitzende der Vergabekammer die Entscheidungsfrist mehrfach verlängert hat, ergibt sich aus der von der Vergabekammer zitierten Entscheidung des erkennenden Senats. Jedenfalls wird die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren Gelegenheit erhalten, ihre Standpunkte auch im Rahmen einer mündlichen Verhandlung zu verdeutlichen.
- 44 2. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin nach § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV von der weiteren Wertung auszuschließen und insgesamt abzulehnen, ist nach der Aktenlage nicht zu beanstanden.
- 45 a) Die Antragsgegnerin war entgegen der Auffassung der Antragstellerin nach § 60 Abs. 1 VgV berechtigt, in eine Preisprüfung einzutreten und die Antragstellerin zur Erläuterung ihrer Preisermittlung aufzufordern.
- 46 aa) Die Vorschrift des § 60 Abs. 1 VgV regelt die Voraussetzungen für das Entstehen einer Aufklärungspflicht des öffentlichen Auftraggebers. Damit wird einerseits bezweckt, dass eine Aufklärung stattfinden muss, bevor ein Angebot wegen eines ungewöhnlich niedrigen Preises ausgeschlossen wird, und andererseits, dass der Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen in die Preisprüfung eintreten muss. Hinsichtlich des zuletzt genannten Normzwecks gilt: Wann der Eindruck eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes i.S. eines Missverhältnisses zwischen dem angebotenen Gesamtpreis bzw. den angebotenen Gesamtkosten und dem objektiven Wert der ausgeschriebenen Leistungen zu gewinnen ist, lässt sich nicht abstrakt und durch den Normgeber festlegen. Soweit in der Vergabep Praxis häufig vor allem auf den prozentualen Abstand des niedrigsten Angebotspreises zum nächsthöheren Preis abgestellt wird und dieses Indiz sowohl Eingang in die landesrechtlichen Vergabevorschriften und in die Spruchpraxis der Vergabekammern bzw. die Rechtsprechung der Vergabesenate gefunden hat, handelt es sich um Orientie-

rungswerte. Die Antragstellerin verweist insoweit zutreffend darauf, dass die Oberlandesgerichte ganz überwiegend erst ab einem Abstand von 20 % von einer Verpflichtung zur Preisprüfung ausgehen (vgl. Dicks in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, 2017, § 60 Rn. 5 ff. m.w.N.; Horn in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 2017, § 60 VgV Rn. 14 ff.). Hiervon zu unterscheiden ist, unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber eine Preisprüfung einleiten darf. Dem Auftraggeber ist für das Einleiten eines Prüfungsverfahrens nach § 60 Abs. 1 VgV ein tendenziell weiter Entscheidungsspielraum zuzuerkennen, dessen Anwendung von den Nachprüfungsinstanzen lediglich darauf zu kontrollieren ist, ob der Prüfung auf der Basis eines zutreffenden Sachverhalts ein nachvollziehbarer, vertretbarer und nicht willkürlicher Ermittlungsansatz zugrunde gelegt worden ist (vgl. Dicks, a.a.O., § 60 Rn. 9 m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Naumburg ist ein Aufklärungsverlangen zu den Grundlagen der Preisermittlung eines Bieters (dort noch zu § 24 Nr. 2 VOB/A 2002) zulässig, wenn das Angebot inhaltlich bewertet wird, die Vergabestelle einem für die Vergabeentscheidung erheblichen Informationsbedürfnis folgt, wenn die geforderten Angaben geeignet sind, dieses Informationsbedürfnis zu befriedigen, und wenn der Vergabestelle die Erlangung dieser Informationen nicht auf einfachere Weise möglich ist (vgl. Beschluss v. 22.09.2005, 1 Verg 8/05 „BAB Erd- und Deckenbau II“, VergabeR 2005, 789, in juris Tz. 42 m.w.N.).

- 47 bb) Nach diesen Maßstäben stellte es keine Verletzung der subjektiven Rechte der Antragstellerin i.S.v. § 97 Abs. 6 GWB dar, dass die Antragsgegnerin sie zur Erläuterung der Preisermittlung für den Zuschlag für Verwaltungstätigkeiten aufforderte.
- 48 (1) Das Angebot der Antragstellerin kam nach der formellen und der Eignungsprüfung der Antragsgegnerin für einen Zuschlag in Betracht und war deswegen inhaltlich zu prüfen, auch auf die Angemessenheit des Angebotspreises.
- 49 (2) Die Einleitung des Prüfverfahrens war nicht willkürlich, denn zwischen dem Gesamtpreis des Angebots der Antragstellerin und demjenigen des Angebots der Beigeladenen lag ein Abstand von mehr als zehn Prozent. Dieser Preisabstand beruhte nach dem äußeren Anschein vollständig auf den unterschiedlichen Zuschlägen für den Verwaltungsaufwand. Bezogen auf diesen Zuschlag wiederum bestand ein Preisabstand von ca. 80 %. Der von der Antragstellerin für die Verlängerungsoption ausgewiesene Zuschlag für den Verwaltungsaufwand blieb hinter der Schätzung dieser Kosten durch die Antragsgegnerin um mehr als 70 % zurück. Diese Umstände begründeten eine sachliche Rechtfertigung des Aufklärungsverlangens.
- 50 (3) Die verlangte Aufklärung war auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der nunmehr auch ausdrücklich als Verfahrensgrundsatz in § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB aufgeführt ist, rechtmäßig. Die geforderte Erläuterung der Preisermittlung zu diesem Zuschlag war geeignet, bei einer zufriedenstellenden Auskunft der Antragstellerin die Bedenken der Antragsgegnerin gegen den Gesamtangebotspreis auszuräumen. Sie bezog sich auf einen einzigen Preisbestandteil; die Erläuterung war der Antragstellerin auch zumutbar. Das wird nicht zuletzt auch durch das Verhalten der Antragstellerin bestätigt, welche die ihr gesetzte Frist nicht ausschöpfte, sondern innerhalb eines Tages antwortete.

- 51 b) Die im Ergebnis der Preisprüfung vorgenommene Beurteilung der Antragsgegnerin, dass die geringe Höhe der Preise bzw. Kosten von der Antragstellerin nicht zufriedenstellend aufgeklärt worden sei, lässt keine Rechtsverletzung zu Lasten der Antragstellerin erkennen.
- 52 aa) Zunächst ist darauf zu verweisen, dass sich die Auskunft der Antragstellerin im Wesentlichen auf verbale und wertende Aussagen („ist auskömmlich“, „extrem schlank und effizient“) beschränkte; eine Herleitung der konkreten Höhe der angegebenen Zuschläge erfolgte nicht.
- 53 bb) Die Antragstellerin hat ausdrücklich angegeben, dass sie „keine Personalkosten“ habe. Das war nicht nachvollziehbar. Der Vertrag sah diverse lieferbegleitende Dienstleistungen während der Vertragslaufzeit vor (z.B. die Umstellung der Abnahmestellen auf Wunsch der Kundin, die u.U. gesonderte Abrechnung einzelner Abnahmestellen, die Einrichtung eines Kundenservice), für die eine vollautomatisierte Leistungserbringung nicht nachvollziehbar ist.
- 54 cc) Die Antragsgegnerin und – ihr folgend – die Vergabekammer sind zutreffend davon ausgegangen, dass die weitere Erläuterung der Antragstellerin, wonach „die Dienstleistungen (Wechsel, Abrechnung, Kundenservice etcpp.)“ von einem Dienstleister zu einem monatlichen Festpreis „durchgeführt“ würden, nach dem objektiven Empfängerhorizont nur dahin verstanden werden konnten, dass sich die Antragstellerin für sämtliche vertraglich geschuldeten Dienstleistungen eines externen Leistungserbringers bedienen wollte. Allein der Verweis auf die partielle Leistungserbringung durch einen Dritten konnte jedoch die gestellte Frage nach der Auskömmlichkeit der Kosten für den Verwaltungsaufwand nicht beantworten. Weder gab die Antragstellerin einen Hinweis auf die Person dieses „erfahrenen Dienstleisters“, der zu niedrigen Preisen zur Leistungserbringung bereit sei, noch ergab sich, weswegen es diesem Dritten möglich sein sollte, diese Leistungen so preisgünstig anzubieten.
- 55 dd) Selbst wenn der Senat die im Nachprüfungsverfahren nachgeschobene Erklärung der Antragstellerin berücksichtigte, welche aber der Antragsgegnerin zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung über den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nicht zur Verfügung stand, wird das Informationsbedürfnis der Antragsgegnerin hierdurch objektiv nicht befriedigt. Die neue Erläuterung steht bereits in einem unerklärten Widerspruch zu der schriftlichen Antwort vom 10.10.2019. Mit der bloßen Überlassung von Software ist weder die Aussage „Dienstleistungen durchführen“ noch die genannte Vergütung „Festpreis in Ct je Abnahmestelle“ vereinbar. Jedenfalls erklärt der Verweis auf eine Softwarelösung nicht hinreichend, dass für die o.a. individuellen Anforderungen der Antragsgegnerin keinerlei Personal benötigt wird und deswegen keine Personalkosten anfallen.
- 56 c) Die Antragsgegnerin war nach ihren vorgeannten Feststellungen zumindest berechtigt, das Angebot der Antragstellerin abzulehnen. Sie war insbesondere nicht zu einer Fortsetzung der Aufklärung verpflichtet.

- 57 aa) Die Antragsgegnerin war nach § 60 Abs. 1 VgV nicht verpflichtet, der Antragstellerin mehrfach eine Gelegenheit zur Erläuterung ihrer Preisermittlungsgrundlagen einzuräumen. Sie hat die Aufklärung über einen kalkulatorischen Preis verlangt; diese Aufforderung war in sich klar und unmissverständlich. Einen Anspruch auf ein ergänzendes Aufklärungsgespräch hatte die Antragstellerin nicht.
- 58 bb) Angesichts der für sie unbefriedigenden Auskunft der Antragstellerin war die Antragsgegnerin auch berechtigt, das Angebot abzulehnen. Nach § 60 Abs. 3 Satz 1 „darf“ derjenige öffentliche Auftraggeber, der die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären kann, den Zuschlag auf dieses Angebot ablehnen. Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass die verwendete Form des Verbs „dürfen“ nicht so zu verstehen ist, dass es im Belieben des Auftraggebers stünde, den Auftrag trotz fortbestehender Ungereimtheiten doch an den betroffenen Bieter zu vergeben. Die Ablehnung des Angebots ist vielmehr grundsätzlich geboten (vgl. BGH, Beschluss v. 31.01.2017, X ZB 10/16 „Notärztliche Dienstleistungen“, BGHZ 214, 11, in juris Tz. 31).
- 59 d) Die getroffene Ausschlussentscheidung ist auch nicht mangels Transparenz vergaberechtswidrig. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin gegenüber den Ausschlussgrund zutreffend angegeben. Der Antragstellerin mag zugestanden werden, dass die Formulierung in der Vorabinformation sprachlich verunglückt und eher karg ausfiel, sie war jedoch eindeutig. Insbesondere im Zusammenhang mit der unmittelbar zuvor erfolgten Aufklärung der Preisermittlungsgrundlagen war unmissverständlich, dass die Antragsgegnerin durchgreifende Zweifel an der Auskömmlichkeit des jährlichen Zuschlags für den Verwaltungsaufwand hatte und hieraus auf Risiken für die ordnungsgemäße Leistungserfüllung während der gesamten Vertragslaufzeit einschließlich der Verlängerungsoption schloss.
- 60 III. Es besteht ein Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss dieses Vergabeverfahrens, welches hier das – unter Berücksichtigung der fehlenden Erfolgsaussichten geringer zu gewichtende – Interesse der Antragstellerin an einem effektiven Rechtsschutz überwiegt.
- 61 1. Zwar ist nach der bisherigen Absicht des Senats, den Termin zur mündlichen Verhandlung am 22. April 2020, also in weniger als einem Monat, durchzuführen, nicht mit einer langen Dauer des Beschwerdeverfahrens zu rechnen. Dieser Umstand kann grundsätzlich geeignet sein, dem o.g. Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens einiges Gewicht zu nehmen. Der Zeitplan des Senats ist jedoch angesichts der aktuellen Situation, welche auch die Tätigkeit der Justiz beeinträchtigt, mit Unsicherheiten belastet.
- 62 2. Dem gegenüber ist zu berücksichtigen, dass es im vorliegenden Vergabeverfahren um die rechtssichere und zuverlässige Beschaffung von Energie zur Aufrechterhaltung der Funktionen von kommunalen Einrichtungen geht. Dem misst der Senat im konkreten Einzelfall eine hohe Bedeutung zu.

