

<b>Gericht:</b>	OLG Frankfurt Vergabesenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	28.07.2022
<b>Rechtskraft:</b>	ja
<b>Aktenzeichen:</b>	11 Verg 4/22
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:OLGHE:2022:0728.11VERG4.22.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 60 VgV, § 57 VgV, § 97 GWB
<b>Zitiervorschlag:</b>	OLG Frankfurt, Beschluss vom 28. Juli 2022 - 11 Verg 4/22 -, juris

### Durchführung einer Preisprüfung

#### Leitsatz

Die Durchführung einer Preisprüfung erfolgt vergabefehlerfrei, wenn das Angebot des Bieters 16 % von dem nächsthöheren Angebot abweicht, weit unterhalb der Kostenschätzung des Auftraggebers liegt und der Bieter selbst den Preis seines ersten Angebots mit seinem finalen Angebot ganz erheblich (60 %) unterschreitet.

#### Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer des Landes Hessen, 31. März 2022, 69 d VK - 45/2020, Beschluss

#### Tenor

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer vom 31. März 2022 (Az.: 69 d VK - 45/2020) wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Gerichtskosten sowie die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf € 38.351,20 festgesetzt.

#### Gründe

I.

- 1 Der Antragsgegner hatte mit Bekanntmachung vom 18.5.2020 den Auftrag für die Beschaffung und Inbetriebnahme einer Lichtsignalsteuerungszentrale X (LSt-Zentrale X) zur Anbindung der von X1 betriebenen Lichtsignalanlage (LSA) an die Verkehrszentrale X (VZH) im Verhandlungsverfahren europaweit ausgeschrieben. Ziel der Anbindung der von X1 betriebenen Lichtsignalanlagen an die Verkehrszentrale Xs ist
  - 2 - eine verbesserte betriebliche Überwachung,
  - 3 - die Übertragung von Verkehrsdaten zur verbesserten Ereigniserkennung an das Netz und
  - 4 - die Möglichkeit der strategischen Verkehrsbeeinflussung im Basisnetz.

5 Zudem sollen für das vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur geförderte Projekt Y zu realisierende so genannten rollende Freigabedaten gebündelt und in Echtzeit hinterlegt werden.

6 Das Verfahren wurde als Verhandlungsverfahren durchgeführt.

7 Gemäß Ziffer 4.6.3.2 der Ausschreibungsbestimmungen sollte das wirtschaftlichste Angebot grundsätzlich anhand der Zuschlagskriterien Preis und Qualität ermittelt werden. Dabei sollte gemäß Z. 4.6.3 der Ausschreibungsbestimmungen die Formel

8

Z (Preis-Leistungsverhältnis) =	L (Leistungspunkte)
	P (Preiskennzahl)

9 angewandt werden.

10 Weiter heißt es: „Unter den Angeboten, bei denen das Leistung-Preis-Verhältnis Z nicht mehr als 10 % vom führenden Angebot abweicht, entscheidet allein die Summe der gewichteten Leistungspunktzahlen des Kriterienkatalogs. Über dieses abschließende Entscheidungskriterium (EK) wird das wirtschaftlichste Angebot ermittelt. Den Zuschlag erhält der Bieter, der das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat“.

11 Gemäß Ziffer 2.11 der Ausschreibungsbestimmungen war der Bieter ab Benennung der Unterauftragnehmer daran gebunden und konnte ohne Zustimmung des Auftraggebers weder andere noch zusätzliche Unterauftragnehmer benennen.

12 Gemäß Ziffer 4.6.2.2 sollten im Assessment unter anderem Organisation, Qualifikation und Erfahrung des Bieters anhand einer mündlichen Vertiefung und Demonstration bewertet werden.

13 Die Antragstellerin reichte am 30.7.2020 ein erstes Angebot ein, der Gesamtwertungspreis betrug 2.115.709,33 € und am 17.9.2020 ein finales; dort betrug der Gesamtwertungspreis 767.024,48 €.

14 Unter dem 25.9.2020 wurde die Antragstellerin darüber informiert, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werde und der Zuschlag der Beigeladenen erteilt werden solle. Zur Begründung verwies der Antragsgegner darauf, dass die Antragstellerin zwar das Angebot mit der höchsten Kennzahl Z abgegeben habe. Der Schwankungsbereich erfasse damit Angebote mit einer Kennzahl Z bis zu 2783. Die Beigeladene habe eine Kennzahl Z von 2843 erzielt und liege damit im Schwankungsbereich. Bei den Leistungspunktzahlen in den Kriterienhauptgruppen I-III habe die Beigeladene jedoch eine höhere Punktzahl, nämlich 2,73 statt 2,37 von der Antragstellerin, erlangt. Damit sei gemäß Ziffer 4.6.3.2 der Beigeladenen der Zuschlag zu erteilen.

15 Da der Beigeladenen der Zuschlag zu erteilen sei, müsse keine, grundsätzlich hier wegen einer Abweichung des Angebots der Antragstellerin von 19% zum Angebot der Beigeladenen indizierte, Preisprüfung durchgeführt werden.

16 Mit Schreiben vom 30.9.2020 rügte die Antragstellerin die Angebotswertung als vergabewidrig wegen unberechtigter Punktabzüge. Mit Schreiben vom selben Tag konkretisierte der Antragsgegner die vergebenen Leistungspunkte für die Kriterienhauptgruppen I-III. Er verwies zudem darauf, dass jedenfalls eine Preisprüfung erforderlich wäre, wenn

nicht der Beigeladenen der Zuschlag erteilt werden würde. Zu prüfen wäre dabei insbesondere der Bereich der Positionen, bei denen Personalressourcen eine große Rolle spielen, in denen seitens der Antragstellerin zwischen erstem und zweitem Angebot drastische Kürzungen vorgenommen worden seien. Mit Schreiben vom 2.10.2020 konkretisierte der Antragsgegner weiter seine vorgenommene Bewertung im Bereich der Hauptkriteriengruppen unter Darstellung der erreichten Punkte der Antragstellerin sowie der maximal erreichbaren Punktzahl und der gewichteten erreichten Punktzahl.

- 17 Unter dem 5.10.2020 reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag ein. Sie rügte die Wertung ihres Angebots als vergaberechtswidrig. Bei richtiger Wertung hätte ihr Angebot um mehrere Punkte besser bewertet müssen. Da die Beigeladene schon bei einer Verbesserung ihrer, der Antragstellerin, Leistungswertung um 0,06 Punkte aus dem 10%igen Schwankungsbereich fallen würde, sei die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig.
- 18 Die Beigeladene führte aus, dass eine Preisprüfung unumgänglich sei, da der Nachprüfungsantrag bei wirksamem Ausschluss der Antragstellerin wegen Abgabe eines unauskömmlichen Angebots mangels Rechtsverletzung unbegründet sei.
- 19 Am 12.3.2021 forderte der Antragsgegner die Antragstellerin zur Erläuterung ihres abschließenden Angebots nach § 60 VgV auf. Dabei bat er insbesondere um Erläuterung konkreter markierter Preispositionen.
- 20 Mit Schreiben vom 26.3.2021 erläuterte die Antragstellerin ihre Preise. Sie verwies darauf, dass dieses Verfahren für sie strategisch ein wichtiges Projekt im Hinblick auf den beabsichtigten Ausbau der Abteilung zur intelligenten Infrastruktur sei. Die Preisreduktion beruhe darauf, dass die Entwicklungsleistungen nicht nur diesem Projekt, sondern der „Entwicklungs-Road-Map“ zugutekämen und damit in den allgemeinen Geschäftsplan aufgenommen werden könnten. Damit sei es möglich, die Beiträge zur Deckung der Entwicklungskosten auf verschiedene Projekte aufzuteilen. Beim Pflichtenheft sei berücksichtigt worden, dass für die Finalisierung lediglich redaktionelle Überarbeitungen erforderlich seien im Hinblick auf die bereits in der Angebotsphase erfolgte Zusammenstellung der Anforderungen und der Definition des Leistungsumfangs. Berücksichtigt worden seien zudem zahlreiche Synergien; es gebe deckungsgleiche Anforderungen. Die Tagessätze unterlägen besonders günstigen Konditionen; Aufwendungen müssten nur teilweise auf das Projekt kontiert werden; teilweise nehme sie eine Quersubventionierung vor.
- 21 Der Antragsgegner nahm anhand dieser Angabe eine Preisprüfung vor. Dabei fasste er zur besseren Übersichtlichkeit die Preispositionen zu sog. Leistungsgruppen zusammen:
  - 22 - Pflichtenheft
  - 23 - Realisierung
  - 24 - Versorgung
  - 25 - Integration
  - 26 - IT-Betrieb
  - 27 - Support

- 28 Auf dieser Basis führte er aus, dass bei zwei der sechs Gruppen das Angebot der Antragstellerin um mehr als 80% unter dem der Mitbewerber zu exakt denselben Leistungsgegenständen liege. Bei drei Gruppen lägen die Preise um mehr als 50% unter denen der Mitbewerber. Beim Aufwand weise das Angebot der Antragstellerin in einer Gruppe einen Aufwand von weniger als 20% des gemittelten Stundenkontingents der Mitbewerber aus. Bei weiteren drei Gruppen betrage der Aufwand weniger als 50%. Lediglich bei drei Preispositionen sei die Antragstellerin erheblich teurer als die Mitbewerber. Würde man diese außer Acht lassen, würde der Gesamtwertungspreis weniger als 50% des Gesamtwertungspreises jedes Mitbewerbers betragen.
- 29 Er führte aus, dass die Antragstellerin die erforderlichen Aufwände drastisch unterschätzt habe. Es bestehe das Risiko mangelhafter Leistung; insoweit lägen auch keine rechtfertigenden Sachgründe vor. Individuelle Synergieeffekte seien unwahrscheinlich, zumal offen sei, warum diese Synergien nicht auch den Mitbewerbern möglich und gerade zwischen dem Erst- und Zweitangebot entstanden sein sollten. Die Aufklärung sei nicht zufriedenstellend
- 30 Er teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 9.4.2021 als Ergebnis der Preisprüfung mit, dass das Angebot auszuschließen sei gem. § 60 Abs. 3 VgV.
- 31 Dies rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 15.4.2021 und erweiterte insoweit ihren Nachprüfungsantrag. Es sei offen, auf welcher Sachverhaltsbasis von einem sehr hohen Risiko der Schlechtleistung im Rahmen der Vertragsausführung auszugehen sei. Bei dem gezogenen Rückschluss des berechneten Stundensatzes auf den eingeplanten Aufwand sei nicht berücksichtigt worden, dass die Beiträge zur Deckung der Entwicklungskosten lediglich anteilig eingepreist worden seien im Hinblick auf die Einbindung in das strategische Projekt des Unternehmens. Der von ihr kalkulierte Aufwand von 9790 Stunden, d.h. 1344 Manntagen sei zudem realistisch für die vertragsgemäße Erbringung der Leistung. Die Annahme zum Vorliegen eines Unterkostenangebots sei nicht nachvollziehbar. Es sei ihr als Gesellschafterin des Z-konzerns möglich, den Auftrag zu einem sehr niedrigen Preis oder im Extremfall sogar nicht kostendeckend verlässlich auszuführen.
- 32 Im Rahmen ihrer Ausführungen zur rechtlichen Würdigung führte sie dann aus, dass ein Unterkostenangebot vorliege bezogen auf den konkreten Auftrag und unter Außerachtlassung der Quersubventionierung. Ein solches Angebot sei jedoch zu bezuschlagen, wenn mit der Preisgestaltung wettbewerbskonforme Ziele verfolgt würden und im Rahmen der Prognose angenommen werden könne, dass der Auftrag ordnungsgemäß erfüllt werde. Dies sei hier der Fall. Sie habe dargelegt, dass das ausgeschriebene Projekt für sie strategisch sehr wichtig sei und sie damit den weiteren Ausbau ihrer Kompetenzen im Bereich intelligenter Verkehrsinfrastrukturen bewerkstellige. Die Preisbildung erfolge zudem vor dem Hintergrund der weltweiten Corona-Pandemie, die die Beschäftigungsauslastung der bestehenden Belegschaft gefährde. Dargelegt worden seien auch die Synergie-Effekte, die sie sich erhoffe, so dass insgesamt wettbewerbskonforme Hintergründe für die Preisgestaltungen mehr als hinreichend dargelegt worden seien. Die vom Antragsgegner ausgeführte negative Vertragserfüllungsprognose beruhe ausschließlich auf der Würdigung der niedrigen Kosten, die nach Einschätzung des Antragsgegners zu einem zu niedrigen Aufwand führen würden. Tatsächlich habe sie jedoch mehrfach dargelegt, dass ein Rückschluss von den Kosten auf den Aufwand nicht möglich sei, da nur eine anteilige Einpreisung erfolgt sei. Neben dem niedrigen Preis habe der Antragsgegner keine weiteren Gründe angeführt, die eine negative Vertragserfüllungsprognose begrün-

den könnten. Die Prognose der Antragsgegenseite beruhe vielmehr auf einer unzureichenden Sachverhaltsermittlung und unwillkürlichen und sachwidrigen Erwägungen.

- 33 Der Antragsgegner teilte mit Schreiben vom 16.4.2021 mit, der Rüge nicht abzuweichen. Er wies unter anderem darauf hin, den Stundensatz der Antragstellerin und nicht einen einheitlichen Stundensatz für alle Bieter der Berechnung zugrunde gelegt zu haben. Die behaupteten Synergie-Effekte/Quersubventionierung seien berücksichtigt worden. Die Preisauflärung habe die Zweifel jedoch eher bestärkt. Dies ergebe sich insbesondere aus der Leistungsgruppe „Pflichtenheft“, wonach im letzten Angebot nur noch 6,1 % des ursprünglichen Angebots angesetzt wurden bzw. 6,7 % der Preise der Mitbewerber. Der Verweis, die Reduzierung sei auf bereits getätigte Aufwände in der Angebotsphase und die damit lediglich noch erforderliche redaktionelle Überarbeitung und die Synergie-Effekte zurückzuführen, überzeuge nicht. Das gelte insbesondere im Hinblick darauf, dass eine projektspezifische Dienstleistung ausgeschrieben worden sei, die einzelne projektspezifische Dienstleistungen nach vorheriger Abstimmung mit dem Auftraggeber erforderten und mögliche Synergie-Effekte zu anderen Leistungen innerhalb des Projektes auch anderen Wettbewerbern möglich sein sollten. Ein konkreter Bezug zum ersten Angebot und nachvollziehbare Gründe für die eklatante Preisreduzierung fehlten. Es sei zu vage, wenn die Antragstellerin behauptete, dass begleitende Tätigkeiten als Erweiterungen der erprobten Standardsoftware zugutekämen. Worauf diese Annahme gestützt werde, bleibe offen.
- 34 Aus welchen Gründen die Antragstellerin davon ausgehe, dass 90% der Störungen im Rahmen der Gewährleistungszeit vom Hersteller zu tragen und damit nicht einzupreisen seien, bleibe ebenfalls unklar. Auch die Tagessätze seien nicht nachvollziehbar. Unplausibel sei auch, wie die zu erbringenden Leistungen als Erweiterungen der erprobten Standardsoftware zugutekommen sollten; auf welche Software sie sich bezögen und wie die Synergien aussehen könnten, werde nicht näher ausgeführt.
- 35 Die Urkalkulation erscheine überwiegend nachvollziehbar, jedoch nicht auskömmlich. Es sei jedenfalls mit einer Schlechtleistung bei den Preispositionen, bei denen der Wettbewerbspreis mehr als 50 % unterschritten werde, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu rechnen.
- 36 Unter dem 25.5.2021 informierte die Antragstellerin den Antragsgegner darüber, dass ihre Verkehrssparte, die Einheit IST, auf die S ausgegliedert werden solle und die Mitarbeiter mitüberehen würden.
- 37 Der Antragsgegner verwies daraufhin darauf, dass das Formular über den Einsatz von Nachunternehmern ursprünglich nicht ausgefüllt worden sei, so dass nunmehr die Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV erfüllt seien. Bei der Frage des Einsatzes von Nachunternehmern handele es sich um eine kalkulationserhebliche Erklärung; die Konzernverbundenheit sei dabei unerheblich. Unter dem 16.7.2021 schloss der Antragsgegner deshalb das Angebot der Antragstellerin erneut aus.
- 38 Die Antragstellerin erweiterte ihren Nachprüfungsantrag auch gegen diesen Ausschluss und betonte, dass mit der Nachunternehmerbenennung ihr Angebot inhaltlich nicht geändert worden sei. Es handele sich nur um einen offenzulegenden Umstand, der nicht Bestandteil des Angebots sei. Wegen der Regelungen in §§ 15 AktG stünden ihr auch weiterhin die erforderlichen Kapazitäten zur Verfügung.

- 39 Der Antragsgegner hat darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin die Sparte nur ausgliedert habe, um sie später zu verkaufen - wie es nunmehr auch geschehen sei. Mit der Ausgliederung sei die Eignung entfallen.
- 40 Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 18.2.2022 auf die fehlende Erfolgsaussicht des Nachprüfungsantrags wegen des berechtigten Ausschlusses des Angebots nach § 60 VgV hingewiesen und nachfolgend den Antrag zurückgewiesen.
- 41 Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, aber unbegründet. Der Ausschluss des Angebots sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Die Preisaufklärung sei vom Beurteilungsspielraum des Antragsgegners gedeckt. Vorliegend sei der Antragsgegner nicht zur Preisprüfung verpflichtet, wohl aber berechtigt gewesen. Der Abstand des Angebotspreises der Antragstellerin zum nächsthöheren Angebot habe zwischen 10 und 20% gelegen. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Preisabstand 19%, wie vom Antragsgegner angenommen, oder 16%, wie von der Antragstellerin behauptet, betrage. Die Aufklärung selbst sei fehlerfrei erfolgt. Die Bewertung der Erklärungen als nicht zufriedenstellend sei nicht zu beanstanden. Dabei komme dem Antragsgegner - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - unter Anwendung der üblichen Auslegungsgrundsätze ein Beurteilungsspielraum zu. Sollte der Antragsgegner zur eigenständigen Feststellung der Unauskömmlichkeit des Preises vor der Aufklärung verpflichtet gewesen sein, bestehe kein Zweifel, dass er dieser Verpflichtung nachgekommen sei. Willkürliche oder sachwidrige Erwägungen seien nicht ersichtlich.
- 42 Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, die sie wie folgt begründet:
- 43 Zu Unrecht sei der Antragsgegner vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 60 VgV ausgegangen. Bereits die Entscheidung, ihr Angebot zu prüfen, sei ermessensfehlerhaft gewesen. Der Antragsgegner habe zu Unrecht die Aufgreifschwelle einer Abweichung von 19% nicht auf das nächsthöhere Angebot bezogen, sondern ihr Angebot mit 100% angesetzt. Werte man richtigerweise das nächsthöhere Angebot mit 100%, betrage der Abstand weniger als 16%. Zu Unrecht sei die Vergabekammer dabei der Ansicht, dass offenbleiben könne, ob hier von 19% oder 16 % ausgegangen worden sei. Tatsächlich lasse sich dem Vergabevermerk nicht entnehmen, ob auch bei einer Abweichung von 16% das Angebot als ungewöhnlich niedrig im Sinne der Aufgreifschwelle eingestuft worden wäre.
- 44 Es sei auch nicht eigenständig seitens des Antragsgegners vor Einleitung der Preisprüfung festgestellt worden, ob der Gesamtangebotspreis anhand der vorgelegten Informationen auskömmlich sei. Eine Gegenüberstellung der kalkulierten und der erwarteten Kosten fehle. Der Vergleich mit einem arithmetischen Mittel der Einzelpreise der Mitbewerber sei fehlerhaft. Vergabefehlerhaft und willkürlich sei insbesondere das Herausgreifen der beiden Bereiche „Pflichtenheft“ und „Integration- und Systemtests & Probebetrieb“. Maßgeblich sei allein der Gesamtpreis; die Durchschnittspreise der Mitbewerber spiegeln zudem nicht den Marktpreis wieder. Die eigene Kostenschätzung des Antragsgegners sei grob fehlerhaft; jedenfalls aber wäre sie bei Berücksichtigung der relativen Verhältnisse der einzelnen Leistungsgruppen zu dem geschätzten Gesamtaufwand eher geeignet, die Angemessenheit ihrer Preise zu belegen.

- 45 Schließlich lasse ein teureres Angebot nicht per se auf die vertragsgemäße Ausführung schließen. Für den Ausschluss müssten zudem konkreten Anhaltspunkte vorliegen, die hier nicht ersichtlich seien.
- 46 Die Aufklärung des Angebots sei auch vollständig überprüfbar, insoweit bestehe kein Beurteilungsspielraum.
- 47 Es sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden, da ihr keine ungeschwärzte Dokumentation der Preisprüfung vorgelegt worden sei.
- 48 Hilfsweise greift sie auf ihre bereits anfänglich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens erhobenen Rügen zurück, die sich schwerpunktmäßig auf die Bewertung ihres Angebots, die Zusammensetzung des Prüfungsgremiums, die fehlerhafte Bekanntgabe von Bewertungs- und Gewichtungskriterien sowie eine fehlende vergleichende Bewertung der Angebote beziehen. Im Übrigen verweist sie auf ihre im Nachprüfungsverfahren eingereichten Schriftsätze und greift im weiteren Schriftsatz vom 12.5.2022 auch explizit ihren Ausschluss wegen Ausgliederung der Verkehrssparte an.
- 49 Die Antragstellerin beantragt,
- 50 den Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen vom 31.03.2022 abzuändern und wie folgt neu zu fassen:
- 51 1. Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
- 52 2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, das Angebot der Antragstellerin wieder in die Wertung aufzunehmen und die Bewertung des Angebots zu wiederholen,
- 53 hilfsweise, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht jedenfalls in den Stand vor Abgabe des abschließenden Angebots (T) zurückzusetzen.
- 54 3. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahren vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auflagen der Antragstellerin. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für das Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.
- 55 Hilfsweise: Die Vergabekammer wird verpflichtet, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesaats über die Sache erneut zu entscheiden.
- 56 Der Antragsgegner beantragt,
- 57 1. die sofortige Beschwerde vom 14.04.2022 einschließlich der Hilfsanträge zurückzuweisen,
- 58 2. die anwaltliche Vertretung des Antragsgegners gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
- 59 3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragsgegners aufzuerlegen.

- 60 Er hält die sofortige Beschwerde bereits für unzulässig, da die Antragstellerin keine Aussicht habe, den Zuschlag zu erhalten. Unabhängig von ihrem Ausschluss im Rahmen der Preisauflärung habe sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben und nicht die beste Leistungspunktzahl erzielen können.
- 61 Es fehle auch am Rechtsschutzbedürfnis, da die Antragstellerin die Verkehrssparte ihres Unternehmens auf die Firma S übertragen habe, die zum September 2022 an die Fa. U s.P.A. verkauft worden sei. Sie könne damit nicht mehr selbst die Leistung erbringen. Darüber hinaus liege eine nachträgliche Änderung ihres Angebots vor, die wiederum zum Ausschluss führe.
- 62 Die sofortige Beschwerde sei jedenfalls unbegründet. Die Preisprüfung stehe bei einer Abweichung von 10-20 % im Ermessen des Auftraggebers. Hier sei eine Preisprüfung nicht nur aufgrund des Abstandes zum nächsthöheren Preis, sondern auch wegen der eklatanten Abweichung im abschließenden Angebot gegenüber dem Preis im ersten Angebot und der massiven Unterschiede zur Auftragswertschätzung indiziert gewesen.
- 63 Entgegen den Angaben der Antragstellerin seien nicht nur die Einzelpreise, sondern auch der Gesamtpreis verglichen worden; es seien auch nicht nur Durchschnittspreise verglichen worden und es sei im Einzelnen geprüft worden, ob ein Unterkostenangebot vorliege.
- 64 Anhand der ungeschwärzten Beträge des Antragsgegners in der Anlage AG 38 hätten auch sämtliche Schätzwerte überprüft werden können. Die Anlagen AG 35/43 hätten auch mit Schwärzungen eine vergleichende Prüfung der eigenen Preise mit den Schätzwerten des Antragsgegners ermöglicht. Eine vollständig ungeschwärzte Vorlage sei aufgrund der Geheimhaltungsinteressen der Mitbewerber nicht möglich. Die Schätzwerte ergäben sich jedenfalls aus der nunmehr vorgelegten Anlage AG 44.
- 65 Auch die Beigeladene misst der Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg zu. Der Antragsgegner sei jedenfalls zur Preisprüfung berechtigt gewesen. Einer gerichtlichen Ermessensüberprüfung unterliege diese Entscheidung nicht. Im Rahmen von § 60 Abs. 2 VgV könnten auch Einzelpreise hinterfragt werden. Der Auftraggeber sei bereits dann berechtigt, den Zuschlag abzulehnen, wenn die Preisprüfung nicht zufriedenstellend gewesen sei. Es müsse nicht positiv festgestellt werden, dass der Bieter seinen vertraglichen Erfüllungspflichten nicht nachkomme. Maßstab sei allein, ob zur subjektiven Zufriedenheit des Auftraggebers der niedrige Preis aufgeklärt worden sei. Sofern Zweifel, Unsicherheiten oder Unklarheiten verblieben, sei das Angebot auszuschließen. Hier habe der Antragsgegner hinreichend ausführlich dokumentiert, welche Zweifel ihm nach den Aufklärungsantworten verblieben seien. Diese seien auch in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer anschaulich dargelegt worden. Insbesondere habe der Antragsgegner darauf abgestellt, dass er davon ausgehe, dass die Antragstellerin die von ihr erwarteten Leistungen erheblich falsch einschätze und zu niedrig kalkuliere. In dem Angebot sei zudem die geforderte „Y“-Komponente nicht bzw. zu niedrig kalkuliert worden.
- 66 Jedenfalls wäre das Angebot zwingend gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV auszuschließen, da die Antragstellerin durch die Ausgliederung der Einheit IST in die S GmbH und die damit verbundene Nachunternehmereinbindung ihr Angebot nachträglich verändert habe. Der Antragsgegner habe dieser Änderung nicht zugestimmt. Es fehle auch an der Eignung, da entscheidende Personen nunmehr bei der S GmbH tätig seien.



67 Der Senat hat mit Beschluss vom 28.4.2022 die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde einstweilen bis zu endgültigen Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung verlängert. Mit Beschluss vom 15.5.2022 hat der Senat die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur endgültigen Entscheidung über die Beschwerde angeordnet.

## II.

68 Die sofortige Beschwerde ist zulässig (unter 1.), aber unbegründet (unter 2.).

69 1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Wie bereits im Eilbeschluss ausgeführt, fehlt es ihr auch nicht deshalb am Rechtsschutzbedürfnis, da die Antragstellerin ihren Ausschluss wegen der Ausgliederung der Verkehrssparte nicht angegriffen hat. Die Antragstellerin hat vielmehr in der Beschwerdebegründung bereits im Rahmen eines Verweises auf die vorangegangenen Schriftsätze auch ihren Ausschluss nach § 57 VgV im Hinblick auf die Ausgliederung der Verkehrssparte zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gemacht. Der Verweis umfasste u.a. ihren Schriftsatz vom 2.8.2021, in dem sie sich explizit gegen den Ausschluss wegen Ausgliederung der Verkehrssparte gewandt hatte. Darüber hinaus hat die Antragstellerin mit ihren weiteren im Beschwerdeverfahren eingegangenen Schriftsätzen vom 12.5.2022 sowie 1.7.2022 den Ausschluss wegen der Ausgliederung der Verkehrssparte auch ausdrücklich als vergabewidrig aufgegriffen.

70 2. Der Nachprüfungsantrag ist hinsichtlich der Rüge der vergabewidrigen Preisaufklärung zulässig (unter a.), aber unbegründet (unter b.). Da der Ausschluss wegen nicht zufriedenstellender Preisaufklärung rechtmäßig erfolgte, kommt es auf die weiteren Rügen der Antragstellerin nicht an. Die Vergabekammer hat zu Recht den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen; die hiergegen gerichtete Beschwerde hat keinen Erfolg.

71 a. Der Nachprüfungsantrag ist hinsichtlich der Rüge der vergabewidrigen Preisaufklärung zulässig, insoweit kann auf die Ausführungen des Senats im Eilbeschluss verwiesen werden, die nachfolgend von den Parteien auch nicht in Zweifel gezogen wurden.

72 b. Im Ergebnis zu Recht hat die Vergabekammer die durchgeführte Preisprüfung für vergabegemäß und den darauf gestützten Ausschluss nach § 60 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 VgV für rechtmäßig gehalten. Im Einzelnen gilt insoweit Folgendes:

73 aa. Voraussetzung einer Preisprüfung ist gem. § 60 Abs. 1 VgV, dass der Preis eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint. Von einer Unangemessenheit des Verhältnisses kann in aller Regel gesprochen werden, wenn der Endpreis zum Wert der angebotenen Leistung in einem beachtlichen Missverhältnis steht (Ackermann in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV/UVgO, § 60 Rn. 9).

74 Der Bezugspunkt für die Frage, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, kann dabei unterschiedlich gewählt werden (Horn in: Müller-Wrede, VgV, § 60 Rn. 17). Anknüpfungspunkte können etwa ein Vergleich mit den eingegangenen Konkurrenzangeboten, Grobkalkulationen von Beratern, Kostenschätzungen des öffentlichen Auftraggebers oder seine Erfahrungswerte aus anderen Ausschreibungen sein (BGH, Beschluss vom 31.1.2017 - X ZB 10/16; Ackermann a.a.O. Rn. 10; Horn a.a.O., Rn. 17). Abzustellen ist grundsätzlich auf die Umstände des Einzelfalles. Ob dem Auftraggeber dabei für die

Einleitung der Preisprüfung ein Entscheidungsspielraum zuzuerkennen ist, dessen Ausübung - ähnlich einer Ermessensprüfung - von den Vergabenachprüfungsinstanzen lediglich darauf zu kontrollieren ist, ob er einen gemäß den Tatumständen nachvollziehbaren, vertretbaren und nicht willkürlichen Ermittlungsansatz gewählt hat (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2014 - VII - Verg 41/13) oder Aufklärung verlangt werden muss (so Ackermann in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, 2. Aufl., § 60 Rn. 8), bedarf hier keiner Entscheidung. Der Auftraggeber hat Aufklärung verlangt; diese Entscheidung erfolgte jedenfalls rechtmäßig.

- 75 Der Antragsgegner hat hier die Einleitung der Preisprüfung auf mehrere Gründe gestützt. Neben dem Abstand zwischen dem Angebotspreis der Antragstellerin zu den Mitbewerbern hat er sich ausweislich seines Schreibens vom 12.03.2021 auch auf Abweichungen zur eigenen Kostenschätzung und auf die eklatante Preisreduktion des finalen Angebots gegenüber dem ersten Angebot bezogen. Ausgehend hiervon erfolgte die Einleitung der Preisprüfung im Ergebnis vergabegemäß:
- 76 Richtig ist, dass der Antragsgegner bei der Ermittlung der Relation zum nächsthöheren Angebot entgegen den geschilderten Üblichkeiten, nicht das nächsthöhere Angebot mit 100 %, sondern das Angebot der Antragstellerin mit 100% angesetzt hat. Rechnerisch zutreffend ist er auf dieser Basis zu dem Ergebnis gekommen, dass die Mitbewerber 19% bzw. 25% teurer waren. Hätte er dagegen das nächsthöhere Angebot mit 100 % angesetzt, wäre er zu einer Abweichung zwischen dem Angebot der Antragstellerin gegenüber dem nächsthöheren Angebot von ca. 16 % gekommen (nächsthöherer Angebotspreis = € 912.561,56, Angebot der Antragstellerin € 767.024,48).
- 77 Die Vergabekammer hat zutreffend auf obergerichtliche Rechtsprechung verwiesen, bei der die Aufgreifschwelle im Verhältnis zum nächsthöheren Angebot eines Mitbieters ermittelt wird. Der prozentuale Abstand wird dabei in den überwiegenden Fällen im Verhältnis zum nächsthöheren Angebot ermittelt, welches mit 100% angesetzt wird (OLG Düsseldorf a.a.O.; Horn a.a.O. Rn. 19; Ackermann a.a.O. § 60 Rn. 10; Lausen, NZBau 2018, 585, 587). Im Bereich einer Abweichung von 10%-20% zwischen dem zu beurteilenden Angebot und dem nächsthöheren Angebot wird dabei üblicherweise von einem Ermessen zur Preisprüfung ausgegangen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 6.3.2013 - 11 Verg 7/12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.4.2014 - VII Verg 41/13; auch: Hildebrandt, ZfBR 2019, 550; Ackermann a.a.O. § 60 Rn. 10; BGH, Beschluss vom 31.1.2017 - X ZB 10/16 bei 32% jedenfalls Preisprüfung bejaht).
- 78 Es stellt sich jedoch nicht als fehlerhaft dar, dass der Antragsgegner einen davon abweichenden Bezugspunkt gewählt und auf dieser Basis vom Überschreiten der Aufgreifschwelle ausgegangen ist. Die Wahl eines geeigneten sachgerechten Bezugspunkts steht dem Auftraggeber grundsätzlich frei. Auf seiner Basis hat der Auftraggeber mit korrekten Zahlen und prozentualen Abweichungen gerechnet. Allein der Umstand, dass der Bezugspunkt nicht das nächsthöhere Angebot darstellte, sondern das Angebot der Antragstellerin selbst mit 100 % angesetzt wurde, führt nicht zu einer unrichtigen Tatsachengrundlage; vielmehr sind die rechnerischen Werte korrekt. Sollte der Antragsgegner - versehentlich - angenommen haben, die wohl vorherrschende Vorgehensweise bei der Ermittlung der Aufgreifschwelle durch Bezugnahme auf das nächsthöhere Angebot, welches mit 100 % angesetzt wurde, gewählt zu haben, würde auch dies die Einleitung einer Preisprüfung nicht in Frage stellen. Der Antragsgegner hat die Entscheidung zur Preisprüfung auch auf die erhebliche Abweichung des Angebotspreises der Antragstellerin von den eigenen Schätzsummen sowie der drastischen Reduzierung gegenüber dem

Erstangebot abgestellt. Beides sind Umstände, die ebenfalls als Bezugspunkte für die Annahme eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes in Betracht kommen. Ihre Berücksichtigung erscheint auch nachvollziehbar, vertretbar und nicht willkürlich. Zudem folgt aus seinen weiteren Darlegungen, dass er auch bei einem Abstand von 16% die Preisprüfung für erforderlich gehalten hätte.

- 79 Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass die eigene Preisschätzung des Antragsgegners den Wert der nachgefragten Leistung um das Dreifache überschätze, so dass auf ihrer Basis keine belastbare Gegenüberstellung zwischen dem Angebotspreis der Antragstellerin und Wert der nachgefragten Leistung möglich gewesen sei, überzeugt dies nicht. Zum einen bleibt Anknüpfungspunkt der Preisprüfung hier gemäß den Ausführungen des Antragsgegners auch die erhebliche Preisreduzierung zwischen erstem und finalem Angebot. Sie wäre allein als Bezugspunkt für die Preisprüfung ausreichend. Zum anderen hat der Antragsgegner nunmehr ausgeführt, dass die Preisschätzung mit Unterstützung eines Ingenieurbüros erfolgte und unmittelbar vergleichbare Projekte nicht zur Verfügung standen. Die Berücksichtigung eines sachverständig unterstützt ermittelten Schätzwertes stellt jedenfalls eine sachlich fundierte Basis für den Vergleich des Angebotspreises der Antragstellerin mit dem Wert der ausgeschriebenen Leistung her. Nicht zuletzt unterstützt das erste Angebot der Antragstellerin mit einem Angebotspreis von 2,12 Mio € die Kostenschätzung des Antragsgegners.
- 80 Soweit die Antragstellerin meint, die Angebote der Mitbewerber spiegelten nicht den Wert der angefragten Leistung wieder, stellt auch dies die Einleitung der Prüfung nicht in Frage. Angebote der Mitbewerber sind nach obergerichtlicher Rechtsprechung (s.o.) jedenfalls eine sachliche Orientierung, um den Wert der ausgeschriebenen Leistung einzuordnen.
- 81 bb. Der Antragsgegner hat - entgegen den Einwänden der Antragstellerin - auch vor Einleitung der Preisprüfung festgestellt, dass auf Basis der vorhandenen Angaben von einem ungewöhnlich niedrigen Angebot auszugehen ist. Der Senat teilt insoweit die Auffassung der Antragstellerin, dass eine solche - jedenfalls konkludent erfolgende - Feststellung vor Einleitung der Preisprüfung erforderlich ist. Es entspricht sowohl dem Sinn und Zweck des § 60 VgV als auch der überwiegenden Meinung, dass der öffentliche Auftraggeber vor einer Aufklärung zunächst selbst feststellen muss, ob das Angebot ungewöhnlich niedrig ist (BGH, a.a.O. Rn. 27; Ackermann a.a.O. § 60 Rn. 11; Horn, a.a.O. § 60 Rn. 22). Dafür spricht bereits der Wortlaut der Verordnungsbegründung (BR-Drs 87/16, Seite 215), wonach der Auftraggeber nach Übersendung der Aufklärungsunterlagen „eine erneute Prüfung der Zusammensetzung des Angebots“ vornimmt. Die Formulierung „erneut“ setzt eine erste Prüfung vor Übersendung der Aufklärungsunterlagen voraus. Der Auftraggeber soll demnach zunächst das Angebot anhand der vorliegenden Unterlagen prüfen. Erst und wenn sich das Angebot nicht mit den vorhandenen Unterlagen beurteilen lässt, ist der Bieter zur Aufklärung aufzufordern. Diese Vorgehensweise dürfte zudem bereits aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB folgen.
- 82 Den Ausführungen des Antragsgegners in seinem Aufklärungsschreiben vom 12.03.2021 lässt sich entnehmen, dass er eine derartige Prüfung vor Abfassung des Aufklärungsschreibens durchgeführt hat. Das Schreiben enthält explizit zahlreiche gelb markierte Positionen, hinsichtlich derer um Aufklärung gebeten wird. Dies wird mit Abweichungen von den eigenen Schätzwerten begründet sowie mit der Abweichung gegenüber dem ersten Angebot der Antragstellerin. Daraus folgt, dass der Antragsgegner das Angebot konkret geprüft und selbst als ungewöhnlich niedrig eingestuft hat. Entsprechend hat

der Antragsgegner auch vorgetragen, das Angebot insgesamt als ungewöhnlich niedrig beurteilt zu haben. Dies bezieht sich, entgegen den Ausführungen der Antragstellerin, auch auf den Gesamtangebotspreis und nicht nur einzelne Preisbestandteile.

- 83 cc. Der Senat teilt - wie im Eilbeschluss bereits ausgeführt - im Ergebnis auch die Einschätzung der Vergabekammer, wonach die Bewertung des Antragsgegners, dass die - hinsichtlich ihrer Durchführung im Einzelnen nicht streitige - Aufklärung nicht zu einer zufriedenstellenden Erläuterung des Angebotspreises geführt hat, keine Vergabefehler erkennen lässt, sondern sich im Rahmen des dem Antragsgegner eingeräumten Beurteilungsspielraums hält.
- 84 Ob die dieser Bewertung konkludent vorausgehende Feststellung, dass nach der Aufklärung weiterhin von einem ungewöhnlich niedrigen Angebot auszugehen ist, ebenfalls von einem Beurteilungsspielraum gedeckt ist (dagegen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.4.2014 - VII Verg 41/13; Dicks in: Rövekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, 2022, § 60 Rn. 23), bedarf dabei hier keiner Entscheidung. Die Antragstellerin geht ausweislich ihrer eigenen schriftsätzlichen Ausführungen selbst davon aus, dass sie - sofern, wie erforderlich, die betriebsinterne Quersubventionierung außer Acht gelassen wird - ein Unterkostenangebot abgegeben hat, d.h. ein Angebot, welches die Kosten selbst nicht deckt. Damit liegt ihren eigenen Angaben nach ein ungewöhnlich niedriges Angebot vor. Insoweit bedarf es keiner Entscheidung, ob dem OLG Düsseldorf zu folgen ist, wonach die Feststellung eines Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung voll überprüfbar ist (a.a.O.).
- 85 Hinsichtlich der an diese Feststellung anknüpfenden Frage, ob das ungewöhnlich niedrige Angebot dazu führt, dass der Bieter den Auftrag voraussichtlich nicht zuverlässig ausführen kann, d.h. die Aufklärung nicht zufriedenstellend war, ist - wie bereits von der Vergabekammer ausführlich dargestellt - dem Antragsgegner jedoch nach Einschätzung des Senats ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Dem steht auch die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung des OLG Düsseldorf sowie die diese Rechtsprechung zitierende - aktuelle - Kommentierung von Dicks nicht entgegen (OLG Düsseldorf a.a.O.; Dicks a.a.O Rn. 22). Es heißt in der - in der Kommentierung von Dicks auch wörtlich zitierten - Entscheidung ausdrücklich, dass die Entscheidung, ob trotz der Unauskömmlichkeit von einer zuverlässigen Auftragsausführung auszugehen ist, prognostisch vom Auftraggeber zu beurteilen ist, „wobei er einen dem Beurteilungsspielraum rechtsähnlichen Wertungsspielraum hat“.
- 86 Liegt - wie hier - ein Unterkostenangebot vor, muss vom Antragsgegner sorgfältig geprüft und eine Prognoseentscheidung getroffen werden, ob trotz des niedrigen Angebotspreises eine ordnungs- und vertragsgemäße Leistungserbringung zu erwarten ist (Ackermann a.a.O. Rn. 25; Dicks a.a.O. Rd. 22ff). Zu prüfen ist, ob die Gefahr besteht, dass der Bieter versucht ist, den Auftrag aufgrund des niedrigen Preises so unaufwändig wie möglich und damit auch nicht vertragsgerecht zu erfüllen (BGH a.a.O. Rn. 29; Hildebrandt, ZfBR 2019, 553). Dabei ist zu berücksichtigen, ob der Bieter geeignet ist, den Vertrag ordnungsgemäß auszuführen, insbesondere in finanzieller sowie in wirtschaftlicher Hinsicht voraussichtlich leistungsfähig sein wird; Bedeutung kann dabei auch seine Konzernstruktur haben, die hinreichende finanzielle Ressourcen vermittelt (Hildebrandt, ZfBR 2019, 550, 553). Zu prüfen ist auch, ob der Bieter mit der Preis- oder Kostengestaltung wettbewerbskonforme Ziele verfolgt (Hildebrandt, ebenda; Dicks a.a.O. Rn. 22). Die Feststellung unterliegt dabei der wertenden Entscheidung des Auftraggebers (Dicks a.a.O. Rn. 94). Maßgeblich ist, ob der Bieter nachvollziehbar erklären kann, aufgrund sach- und/oder unternehmensbezogener, wettbewerbsorientierter Gründe günstiger als das Bieter-

umfeld kalkuliert zu haben. Dies kann etwa auf effizientere Arbeitsmethoden oder Betriebsabläufe, preisgünstigere Bezugsquellen, der Absicht der bloßen Erzielung eines Deckungsbeitrags zu den Geschäftskosten oder eines Vorstoßes in einen neuen Markt zurückzuführen sein (Dicks, a.a.O. Rn. 24).

- 87 Vorliegend hält sich die Bewertung des Antragsgegners, dass infolge nicht zufriedenstellender Aufklärung zu besorgen ist, dass sich die Antragstellerin des Auftrags unaufwändig und nicht vertragsgerecht entledigen will, im Rahmen des dargestellten eingeräumten Beurteilungsspielraums. Die Überprüfung ist dabei darauf begrenzt, ob der Antragsgegner die maßgeblichen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe gehalten hat.
- 88 Der Antragsgegner hat sich insoweit maßgeblich darauf bezogen, dass die Antragstellerin mit ihrem finalen Angebot um ca. 60% unter dem zunächst veranschlagten Angebotspreis liegt, ohne dass sich das Leistungsspektrum geändert hatte oder die Mitbewerber ähnliche Korrekturen vorgenommen hätten; dass die Antragstellerin mit ihrem finalen Angebot zudem im Gesamtpreis erheblich unter dem Angebotspreis der Beteiligten liegt und exemplarisch im Bereich von zwei Leistungsgruppen sehr viel geringere Aufwände veranschlagt als die Mitbewerber und der Antragsgegner selbst.
- 89 Die hiergegen erhobenen Rügen der Antragstellerin rechtfertigen nicht den Schluss, dass der Antragsgegner mit dieser Bewertung den ihm eingeräumten Beurteilungsspielraum überschritten hat:
- 90 (1) Soweit die Antragstellerin rügt, dass der Antragsgegner nicht den Gesamtpreis des Angebots bewertet hat, sondern nur Einzelpreise, überzeugt dies nicht. Richtig ist, dass grundsätzlich der Gesamtangebotspreis zu erläutern ist (Dicks a.a.O. Rn. 24). Diesen Ausgangspunkt teilt indes auch das Aufklärungersuchen des Antragsgegners. Für die Einordnung des Gesamtangebotspreises können jedoch auch Einzelpreise bzw. Positionspreise eine Rolle spielen (Horn a.a.O. Rn. 23). Der Antragsgegner hat ersichtlich zunächst den Gesamtpreis bewertet und die ihm zugrundeliegenden Einzelpreise aufgeklärt. Diese Vorgehensweise erscheint naheliegend und unbedenklich. Dies gilt auch unter Berücksichtigung eines möglichen positionsbezogenen Nachlasses für einzelne Werte. Allein die Aufklärung von einzelnen Werten ohne Zusammenschau mit dem Gesamtangebot wäre zwar nicht von § 60 VgV gedeckt; umgekehrt dient aber die Aufklärung einzelner Werte in der Zusammenschau mit dem Gesamtangebot der Aufklärung des Gesamtpreises.
- 91 Soweit die Antragstellerin rügt, dass der Antragsgegner die Preise mit dem arithmetischen Mittel der Preise der Mitbewerber verglichen habe, nicht jedoch mit deren jeweiligen Einzelpreisen, führt auch dies nicht zu einem anderen Ergebnis. Zum einen hat der Antragsgegner nicht nur die gemittelten Preise der Mitbewerber, sondern ausweislich seiner Stellungnahme zur Angebotsprüfung vom 09.04.2021 auch die eigenen, jeweils rechts am Tabellenrand dargestellten Schätzwerte für die Beurteilung des Angebots der Antragstellerin herangezogen. Zum anderen sind die Abweichungen zwischen dem Angebot der Antragstellerin und dem arithmetischen Mittel der Mitbewerber überwiegend gravierend und bewegen sich zwischen 50% und 80%, dass auch bei Berücksichtigung allein der Einzelpreise der Mitbewerber oder aber auch eines größeren Marktspektrums die Einschätzung von erheblichen Unterschieden als beurteilungsfehlerfrei verbleibt. Dies

zeigt auch die von der Antragstellerin nunmehr mit Schriftsatz vom 1.7.2022 eingereichte Tabelle zu den beiden Leistungsgruppen „Pflichtenheft“ und „Integrations- und Systemtests Probetrieb“. Soweit sich die Preise der Mitbewerber zwar untereinander unterscheiden, verbleibt doch jeweils zu beiden Mitbewerbern ein ganz gravierender Abstand im Verhältnis zum Angebot der Antragstellerin (Pflichtenheft: Antragstellerin € 1.998 gegenüber Beigeladene mit € 17.440 und Mitbewerberin mit € 42.627; Integrations- und Systemtests: Antragstellerin € 22.963 gegenüber Beigeladene mit € 56.595 und Mitbewerberin mit € 86.577).

- 92 Soweit die Antragstellerin die Preise des Mitbewerbers als „Ausreißer“ einordnet, verbleibe auch ohne deren Berücksichtigung jeweils ein ganz erheblicher Preisunterschied zwischen dem Angebotspreis der Antragstellerin und dem der Beigeladenen sowie der Kostenschätzung des Antragsgegners.
- 93 (2) Der Senat hält - wie im Eilbeschluss bereits ausgeführt - auch die Beurteilung des Antragsgegners für fehlerfrei, soweit er die fehlende nachvollziehbare Erläuterung erwarteter Synergien und das Verhältnis zur von der Antragstellerin mehrfach angeführten Standardsoftware erwähnt. Die im Rahmen der Preisauflärung von der Antragstellerin an zahlreichen Stellen betonte Möglichkeit, Standardlösungen anzuwenden, lässt sich nicht ohne weiteres mit ihren weiteren Erläuterungen, die von ihr durchgeführten Entwicklungsleistungen auf andere Projekte mitbudgetieren zu können, in Einklang bringen. Der mögliche Rückgriff auf Standardleistungen dürften das Entstehen von Entwicklungskosten vielmehr vermeiden. Offen wäre dann auch, auf welche Leistungsaspekt das immense Interesse der Antragstellerin, den Auftrag zu erlangen, zu beziehen ist, sofern es weitgehend um Standardleistungen geht.
- 94 Welche Synergien konkret erwartet werden, schildert die Antragstellerin auch nicht näher. Was unter „Bausteine des Grundsystemumfangs“ konkret zu verstehen ist, durfte der Antragsgegner mit Recht als nicht hinreichend fassbar einstufen. Soweit die Antragstellerin im Rahmen der Preisauflärung angegeben hatte, dass das Angebot Teil der internen Strategie zur Ausweitung der digitalen Dienste ist und damit die Deckungsbeiträge nur anteilig anfallen würden, bezieht sich diese Erläuterung nicht auf die Positionen der „Entwicklungsleistungen“, sondern allein Personalkosten.
- 95 Soweit die Antragstellerin hierzu vorträgt, es sei nicht ihre Aufgabe, darzustellen, aus welchen Gründen Mitbewerber keine Synergien schöpfen würden, trifft dies zu. Darzustellen wären aber die eigenen Synergiemöglichkeiten sowie abstrakt Anknüpfungspunkte innerhalb des Leistungsumfangs für denkbare Synergien, so dass seitens des Antragsgegners beurteilt werden kann, welche realistischen Spielräume für Synergien sich für die Antragstellerin - oder aber auch alle Bieter - eröffnen.
- 96 Zu Recht hat der Antragsgegner auch als nicht nachvollziehbar die Annahme eingestuft, dass 90% der Störungen während der zweijährigen Gewährleistungszeit vom Hersteller zu tragen sein dürften. Eine Erläuterung hierzu erfolgte auch nachfolgend nicht.
- 97 Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass die zwei vom Antragsgegner herausgegriffenen Leistungsgruppen „Pflichtenheft“ und „Integrations- und Systemtests & Probetrieb“ nur eine untergeordnete Rolle spielen würden und nach der Kostenschätzung des Antragsgegners 1,4% (Pflichtenheft) und 5,4% (Integration- und Systemtest & Probetrieb) des Gesamtaufwands ausmachten, berührt dies die bereits aufgeführten Punkte, anhand derer der Antragsgegner die Aufklärung als nicht zufriedenstellend empfunden

hat, nicht. Darüber hinaus ist auch insoweit die Beurteilung dieser Leistungsgruppen frei von Beurteilungsfehlern. Für die Prognose einer ordnungsgemäßen Leistungserfüllung kommt es zum einen nicht auf die wirtschaftliche Bewertung der jeweiligen Leistungsbestandteile an, sondern ihre materielle/funktionale Bedeutung für das ausgeschriebene Projekt. Hierzu verhält sich die Antragstellerin nicht. Zum anderen kann auch aus wirtschaftlich untergeordneten Leistungsbestandteilen grundsätzlich ein für den Auftraggeber nicht zufriedenstellend erläuterten Ansatz des Gesamtpreises abgeleitet werden.

- 98 Die hinsichtlich der beiden Leistungsgruppen vom Antragsgegner hervorgehobenen Unklarheiten lassen sich insoweit auch nachvollziehen:
- 99 Die vom Antragsgegner vermisste Erläuterung der Möglichkeit, zwischen dem ersten und dem finalen Angebot die Aufwände im Bereich „Pflichtenheft“ erheblich um 94% reduzieren zu können, ist nachvollziehbar. Hierzu hat die Antragstellerin weiterhin keine plausiblen Erläuterungen abgegeben. Soweit sie darauf hingewiesen hatte, dass die Zusammenstellung der Anforderungen und Definition des Leistungsumfangs bereits in der Angebotsphase erfolgt sei, so dass für die Finalisierung lediglich eine redaktionelle Überarbeitung erforderlich gewesen sei, überzeugt dies nicht. Der Antragsgegner hatte detailliert darauf hingewiesen, dass eine projektspezifische Dienstleistung ausgeschrieben worden sei. Im Verlaufe der Pflichtenhefterstellung seien sieben Detailabstimmungen mit dem Auftraggeber durchzuführen, mindestens eine Detailabstimmung mit der Firma V, eine Detailabstimmung mit dem Auftraggeber zum Inhalt und Umfang der erforderlichen Testdaten sowie eine Beschreibung, wie die Umsetzung eines ausfallsicheren Systems erfolgen solle. Zudem gäbe es acht Arbeitspakete zur Erweiterung des Pflichtenheftes für Funktionalitäten, deren Beauftragung erst nach Angebotslegung oder zu späteren Zeitpunkten erfolgen soll.
- 100 Bereits aus Zeitgründen können diese Leistungen nicht bereits im Zusammenhang mit dem ersten Angebot erbracht worden sein. Die Antragstellerin hat insoweit lediglich ausgeführt, dass der Kriterienkatalog in weiten Teilen eine Standardsoftware fordere; die Anforderungen seien in 11 Dokumenten definiert und detailliert umschrieben worden. Diese Angaben beziehen sich indes nicht auf die eben aufgeführten erforderlichen Detailabstimmungen und Arbeitspakete.
- 101 Soweit die Antragstellerin darauf hinweist, dass in der Tat im Rahmen der Stellungnahme zur Preisaufklärung vom 9.4.2021 die Position AP - E- E 110 (Erweiterung des Pflichtenheftes um Funktionalität der Qualitätssicherung) statt der in der Kostenschätzung veranschlagten 5.000 € (Anlage K 50) fälschlich einen Betrag von 10.000 € ausweist, wirkt sich dies auf die Beurteilung des Angebots der Antragstellerin nicht aus. Der von der Antragstellerin veranschlagte Betrag von 222,00 € unterschreitet auch eine Schätzung von 5.000 € ganz erheblich und weicht von dem Angebot der Beigeladenen mit 1.090 € ebenfalls signifikant ab. Der Umstand, dass die Mitbewerberin über dem geschätzten Preis des Antragsgegners lag, erschüttert diese Bewertung damit nicht. Auch die von der Antragstellerin entsprechend vorgenommene Korrektur des geschätzten Gesamtaufwands für die Leistungsgruppe „Pflichtenheft“ auf € 27.500 (statt 32.500 €) lässt den ganz gravierenden Abstand zu den von der Antragstellerin angesetzten Gesamtkosten mit 1.998,00 € unberührt.
- 102 Auch die fehlende Erläuterung des Aufwands im Bereich „Integration und Systemtest & Probetrieb“ hat der Antragsgegner beurteilungsfehlerfrei als nicht plausibel gewertet. Während dieser Tests ist das gesamte System gegen die gesamte Anforderung vom Auf-

tragnehmer zu testen; alle Testschritte sind zu beschreiben, Probeprotokolle zu erstellen und der Probetrieb vorzubereiten. Mit Ausnahme der auf das Projekt „Y“ entfallenden Aufwände liegt der von der Antragstellerin kalkulierte Aufwand ganz erheblich unter dem des Antragsgegners und auch der Mitbewerber. Er fiel bei der Kostenschätzung des Antragsgegners 2,5mal so hoch aus. Unabhängig von der bereits dargestellten und nach Ansicht des Senats durchaus gegebenen Belastbarkeit der Kostenschätzung des Antragsgegners ergibt sich aus der „Stellungnahme zur Angebotsaufklärung“ des Antragsgegners auch, dass der seitens des Antragsgegners insoweit geschätzte Aufwand weitestgehend deckungsgleich war mit den durchschnittlichen Angaben der Wettbewerber. Plausible Erläuterungen fehlen. Die Antragstellerin hat lediglich darauf hingewiesen, dass es sich hier überwiegend um bekannte und erprobte Leistungen handeln würde. Die Einordnung dieser Angaben als nicht zufriedenstellend seitens des Antragsgegners begegnet angesichts der Pauschalität keinen Bedenken.

- 103 Der Hinweis der Antragstellerin, der Antragsgegner habe ignoriert, dass ihr Angebot in diesen Leistungsgruppen näher an seiner Kostenschätzung liege als die Angebote der Mitbewerber und verkannt, dass der von ihr kalkulierte Gesamtaufwand zu 99 % dem durch ihre Mitbewerber kalkuliertem Aufwand entspreche, verfängt nicht. Die eigenen Zahlen der Antragstellerin, wonach ihr in diesem Bereich kalkulierter Gesamtaufwand 9.794,5 Stunden beträgt, der gemittelte Aufwand der Mitbewerber dagegen 9.895,6 Stunden gegenüber einem vom Antragsgegner geschätzten Aufwand von 17.932 Stunden, deckt nicht ihre Annahme, dass ihr kalkulierter Aufwand näher an dem des Antragsgegners liegt als der gemittelte Aufwand der Mitbewerber. Darüber hinaus dürfte diese relative Nähe angesichts der erheblichen Unterschiede sowohl hinsichtlich des von ihr als auch von den Mitbewerbern kalkulierten Aufwands gegenüber der Kostenschätzung keine maßgebliche Bedeutung zukommen.
- 104 Soweit die Antragstellerin betont, dass der von ihr veranschlagte Gesamtaufwand an Mannstunden mit 9.794,5 Stunden zu 99% dem der Mitbewerber entspreche, lässt dies die Beurteilung des Antragsgegners ebenfalls nicht als fehlerhaft erscheinen. Der Antragsgegner hat seine Vertragserfüllungsprognoseentscheidung nicht auf die Gesamtmanntundenzahl gestützt, sondern die oben im Einzelnen ausgeführten Punkte. Der Umstand, dass alle drei Angebote nicht unerheblich von der eigenen Kostenschätzung des Antragsgegners abweichen, stellt die Beurteilung ebenfalls nicht in Frage. Der Antragsgegner hat, wie ausgeführt, sowohl seine eigene Kostenschätzung als auch die Angebote der Mitbewerber im Rahmen der Bewertung berücksichtigt.
- 105 Der Verweis der Antragstellerin darauf, dass der Antragsgegner außer Acht gelassen habe, dass sie als Unternehmen des Z-Konzerns nicht nur finanziell wirtschaftlich, sondern auch aus unternehmensethischen Gründen Gewährleistung für die ordnungsgemäße Vertragserfüllung biete, stellt die Prognoseentscheidung des Antragsgegners ebenfalls nicht in Zweifel. Unabhängig von der Frage der Greifbarkeit unternehmensethischer Grundsätze hat der Antragsgegner nicht die grundsätzliche Leistungsfähigkeit des Konzerns in Zweifel gezogen, sondern die Bereitschaft, dem hier ausgeschriebenen Auftrag den erforderlichen Raum einzuräumen.
- 106 Soweit die Antragstellerin die von ihr angebotene Preisreduktion mit ihrem erheblichen Interesse am Auftrag erläutert hat, erscheint es angesichts der dargestellten nicht zufriedenstellend geklärten Detailfragen nachvollziehbar, dass der Antragsgegner diese - ausweislich seines Ausschlusschreibens durchaus zur Kenntnis genommene - Angabe allein nicht für eine zufriedenstellende Erläuterung des Angebotspreises herangezogen



hat. Es fehlen nähere Angaben, aus welchen Gründen das Projekt für die Antragstellerin strategisch wichtig ist im Zusammenhang mit dem Ausbau der Kompetenz im Bereich der intelligenten Verkehrsinfrastruktur. Dies auch vor dem Hintergrund der unmittelbar nach Angebotsabgabe erfolgten Ausgliederung der Verkehrssparte und ihres nunmehrigen Verkaufs. Zudem überzeugt das erhebliche Interesse der Antragstellerin am Auftrag angesichts des von ihr gleichermaßen dargestellten möglichen Rückgriffs auf Standardlösungen ohne weitere Erläuterungen nicht.

- 107 Soweit die Antragstellerin rügt, dass der Antragsgegner der Annahme gefolgt sei, das teurere Angebot verspreche auch stets die bessere Vertragserfüllung, überzeugt dies nicht. Ausweislich der obigen Ausführungen hat der Antragsgegner nicht grundsätzlich die teureren Angebote für vorzugswürdig angesehen, sondern sich im Einzelnen mit den jeweiligen Gesamtangebotspreisen und deren Zusammensetzung und der daraus folgenden Prognose für eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung auseinandergesetzt.
- 108 Verbleiben wie dargestellt für den Antragsgegner Fragen, d.h. wird die Aufklärung von ihm nicht als zufriedenstellend empfunden, ist er im Rahmen eines gebundenen Ermessens gehalten, das Angebot auszuschließen (BGH, a.a.O Rn. 21; Hildebrand, ZfBR 2019, 550, 552).
- 109 c. Im Hinblick auf den erfolgten vergabegemäßen Ausschluss wegen nicht zufriedenstellende Aufklärung des Angebotspreises kommt es auf die Ausgliederung der Verkehrssparte und den darauf gestützten weiteren Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV nicht an. Ebenfalls ohne Bedeutung sind die Rügen der Antragstellerin hinsichtlich der Wertung ihres Angebots, insbesondere in Bezug auf die Zusammensetzung des Bewertungsgremiums, der Bewertung im Assessment, der Frage der Bekanntgabe der Wertungskriterien und der vergleichenden Wertung.

### III.

- 110 Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 175 Abs. 2, 71 GWB. Die Kosten des Verfahrens im Sinne von § 71 GWB umfassen dabei sowohl die Gerichtskosten als auch die außergerichtlichen Kosten der Parteien einschließlich der Kosten der Beigeladenen.
- 111 Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird gemäß § 50 Abs. 2 GKG mit 5 % des Bruttoauftragswertes der Antragstellerin festgesetzt.