Ausschluss eines Bieters bei Auktionen setzt immer Einzelfallprüfung voraus

Amtlicher Leitsatz:

Vorangegangene schlechte Erfahrungen mit einem sich erneut beteiligenden Bieter berechtigen keinesfalls zu einer stereotypen, nicht substantiell begründeten Ablehnung. Vielmehr ist immer eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, weil der Unternehmer Anspruch auf eine ordnungsgemäße Prüfung seiner Eignung hat.

Oberlandesgericht Frankfurt am Main

Beschluss vom 24.02.2009

Az.: 11 Verg 19/08

In dem Vergabenachprüfungsverfahren (...)

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch die Richter ... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10.02.2009 am 24.02.2009

b e s c h l o s s e n :

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen vom 01.10.2008 (Az.: 69 d VK – 45/2008) aufgehoben.

2. Der Antragsgegner wird angewiesen, das Angebot der Beigeladenen von der Wertung auszuschließen.

3. Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen die bei der Vergabekammer entstandenen Kosten und die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten des Eilverfahrens als Gesamtschuldner. Die zur Rechtsverfolgung

erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin vor der Vergabekammer und im Beschwerdeverfahren tragen der Antragsgegner und die Beigeladene jeweils zur Hälfte.

4. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 329.201,60 EUR festgesetzt.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Antragsgegner hat mit Bekanntmachung vom 08.05.2008 Postdienstleistungen (Postzustellungsaufträge für die Gerichte und Staatsanwaltschaften des Landes L1) in zwei Losen (Los 1 Nord, Los 2 Süd) als offenes Verfahren europaweit ausgeschrieben.

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist Los 2 mit 30 Abholstellen und ca. 560.000 Zustellungen jährlich. Hierfür haben die Antragstellerin und die Beigeladene jeweils ein Angebot abgegeben.

In der Bekanntmachung wurden unter Ziff. III. 2.3 „Technische Leistungsfähigkeit“ u.a. folgende Angaben gefordert

- Bericht über den Betriebsablauf
- Darstellung der Organisationsstruktur
- Benennung der vorhandenen Qualitätssicherungsmaßnahmen
- Darstellung der vorhandenen Qualitätssicherungsmaßnahmen
- Darstellung der Einrichtung und Organisation Niederlegungsstellen
- ...
- Darstellung der Qualifikation der Mitarbeiter

Ziff. IV 2.1 der Bekanntmachung lautet:

„Zuschlagskriterien – Wirtschaftlich günstigstes Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Verdingungs/Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe ... aufgeführt sind“.

Neben der Aufforderung zur Angebotsabgabe bestehen die Ausschreibungsunterlagen aus den sog. Leistungsanforderungen zur Ausschreibung der förmlichen Zustellungen für den Bereich der Llen Justiz, einem Vertragsentwurf Los 2 (Süd), einem Leistungsverzeichnis, Bewerbungsbedingungen und einem Verzeichnis der Abholstellen (Anl. BF 3).

§ 1 der Leistungsanforderungen lautet:

"Vorulegen sind

1. Die Lizenz zur gewerbsmäßigen Beförderung von Briefsendungen

2. Die vollständige Entgeltgenehmigung (Beschluss der Bundesnetzagentur samt Gründen) für förmliche Zustellungen ...

Kann bei Ablauf der Angebotsfrist die Entgeltgenehmigung noch nicht vorgelegt werden, wird Fristverlängerung gewährt und die Entgeltgenehmigung kann nachgereicht werden. Es ist ausreichend, wenn die Entgeltgenehmigung nach Ablauf der Angebotsfrist erteilt wird. Die Entgeltgenehmigung muss der Vergabestelle vor Zuschlagserteilung vorliegen."

Gem. § 4 der Leistungsanforderungen sind zur Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit u.a. vorzulegen:

- Vorlage eines Berichts über den Betriebsablauf
- Darstellung der Organisationsstruktur
- Benennung der vorhandenen Qualitätssicherungsmaßnahmen
- Darstellung der geplanten Reaktions- und Beseitigungsmaßnahmen
- ...
- Darstellung der Qualifikation der Mitarbeiter

Im Leistungsverzeichnis werden als Zuschlagskriterien folgende Punkte genannt und gewichtet:

1. Preis 40%

2. Betriebs- und Organisationsstruktur 35%
3. Qualitätssicherung 15%
4. Mitarbeiterstruktur 10%

Weiter heißt es darin:

„ Die beigefügten Preisblätter sind mit Angabe der entsprechenden Einzelpositionen mit dem Angebot abzugeben. Das Angebot kann nur gewertet werden, wenn die Preisblätter sowie die sonstigen geforderten Unterlagen gem. Leistungsanforderungen §§ 1 und 2 dem Angebot beigefügt werden.“

Auf Seite 4 des Leistungsverzeichnisses befindet sich das Preisblatt Los 2 (PZA L1 Süd), das eine Untergliederung in Mengengruppen I – IV vorsieht und folgenden Hinweis enthält:

„Förmliche Zustellungen (PZA) für den Bereich der Llen Justiz in L1 Süd umfassen ca. 560.000 Stück pro Jahr. Hierbei wird den Bietern die Möglichkeit eingeräumt, einzelne Mengengruppen nach Stückzahlen der einzelnen Abholstellen zu erstellen. Pro Mengengruppe kann jeweils ein individueller Preis pro Einheit oder auch ein Einheitspreis angegeben werden. Maßgeblich für die Ermittlung des Preises ist der Gesamtbetrag für die Gesamtmenge von 560.000 Stück (Gesamtangebotssumme).“

Die Antragstellerin hat einen Gesamtnettopreis von 1.383.200,00 EUR (1.646.008 EUR brutto) angeboten.

Die Beigeladene hat in dem Preisblatt S. 4 des Leistungsverzeichnisses folgende Staffelpreise für die Abholstellen angeboten:

- Für Abholstellen bis 9.999 Stück PZA 3,45 EUR
- von 10.000 Stück PZA – 71.999 Stück PZA 2,32 EUR
- ab 72.000 Stück PZA 2,19 EUR.

Entsprechend dem in der Liste der Abholstellen angegebenen ca. Volumen p.a. hat sie den Gesamtwert pro Mengengruppe – Mengengruppe I : 259.095 EUR; Mengengruppe II : 643.568 EUR; Mengengruppe III : 454.425 EUR – sowie den sich hieraus ergebenden Gesamtbetrag von 1.357.088,00 EUR angegeben.

Die mit dem Angebot vorgelegten Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur entsprechen den im Preisblatt S. 4 angegebenen Preisen pro PZA innerhalb der jeweiligen Staffellungen (3,45 EUR, 2,32 EUR, 2,19 EUR).

Das Gesamtangebot der Beigeladenen für Los 2 auf S. 6 des Leistungsverzeichnisses schließt mit 1.425.086,90 EUR netto und 1.433.750 EUR brutto. In ihren „Erläuterungen zum Angebot“ hat sie erklärt, in den Preisblättern S. 2 und 4 des Leistungsverzeichnisses den „regulären PZA – Preis“ berechnet zu haben. Die Kosten für die Abholung, Niederlegung, Transportumschläge etc. habe sie in die Gesamtangebotssumme S. 7 des Leistungsverzeichnisses eingerechnet.

Ausweislich einer auf Anforderung des Antragsgegners unter dem 08.07.2008 vorgelegten Berechnungstabelle, in der diese zusätzlichen Kosten aufgeschlüsselt sind, stimmen die Kosten mit der im Preisblatt bestehenden Differenz (S. 4, S. 7) überein.

Die Bundesnetzagentur vertritt den Standpunkt, dass ein einheitliches Entgelt gemäß § 34 PostG, das neben der Zustellung auch die Abholung und Frankierung der zuzustellenden Sendungen abdeckt, nicht genehmigungsfähig ist (Schreiben vom 27.11.2007 und 19.09.2008).

Der Vertragsentwurf enthält auszugsweise folgende Bestimmung:

„§ 1 Auftragsgegenstand

“

(3) Der Auftragsgegenstand erfasst ein Gesamtvolumen von

voraussichtlich 560.000 schriftlichen Postzustellungsaufträgen im Jahr. Er verteilt sich auf derzeit 30 Abholstellen der Gerichte und Staatsanwaltschaften in L1, die sich aus der Anlage „Abholstellen Los 2 Süd“ ergeben. Während der Vertragsdauer können sich aufgrund Organisationsentscheidungen Änderungen hinsichtlich der Zahl und Lage der Abholstellen ergeben, die der Auftraggeber dem Auftragnehmer mit einem Vorlauf von 4 Wochen mitteilt. Abweichungen im Bereich der Abholstellen führen nicht zu Preisanpassungen.

Bei den näherungsweise Angaben zum Gesamtvolumen handelt es sich um eine unverbindliche Mengenangabe aus den Erhebungen des Jahres 2007, die infolge eines unterschiedlichen Verfahrens anfalls erheblichen Schwankungen sowohl im Gesamtvolumen als auch in den Tagesmengen unterliegen kann. Mengenabweichungen führen nicht zu Preisanpassungen.

...

§ 2 Preisgestaltung

(1) Der Preis für jede bundesweite Zustellung beträgt pro Stück €.....zzgl. gesetzliche Umsatzsteuer

oder

Der Preis für jede bundesweite Zustellung beträgt zwischen... und... Gesamtsendungsmenge pro Kalenderjahr € zwischen... und... Gesamtsendungsmenge pro Kalenderjahr € zwischen... und... Gesamtsendungsmenge pro Kalenderjahr € (für jeweils einen Postzustellungsauftrag) jeweils zzgl. gesetzliche Umsatzsteuer.

(2) Durch dieses Entgelt werden alle nach der Ausschreibung und dem Vertrag erbrachten Leistungen abgegolten.

§ 3 Auftragsabwicklung

...

(6) Der Auftragnehmer hat die noch unsortierten zuzustellenden Sendungen bei den einzelnen Abholstellen in von ihm kostenlos zur Verfügung gestellten Transportkisten abzuholen, zu befördern und dem Adressaten zuzustellen sowie die ausgefüllten Zustellungsurkunden an die jeweilige Abholstelle zurückzuführen.

(7)

...

Von dem Auftragnehmer werden Transportumschläge den Abholstellen kostenlos zur Verfügung gestellt.

...

(8) Die Durchführung der Zustellung hat grundsätzlich am nächsten auf den Abholtag folgenden Arbeitstag zu erfolgen.

...

§ 6 Abrechnung

(1) Pro Abholstelle ist ...eine einheitliche Abrechnung monatlich nachträglich zu erstellen. Als Grundlage für die Abrechnung dienen die bei Abholung in einer Liste zu vermerkenden und durch den Abholer und einen Justizmitarbeiter quittierte Stückzahlen.“

Nach Ablauf der Angebotsfrist hat die Beigeladene zwei Beschlüsse der Bundesnetzagentur vorgelegt. Gem. Beschluss vom 05.08.2008 betrifft das genehmigte Entgelt alle vom Lizenznehmer zu erbringenden Leistungen einschl. der hoheitlichen Beurkundung und Rücksendung der Beurkundungsunterlagen.

Gem. Beschluss v. 04.08.2008 ist im Hinblick auf die Staffelpreise die Bestimmung des anzuwendenden Entgelts bei öffentlichen Ausschreibungen aufgrund der prognostizierten

Jahresmenge zulässig und führen Abweichungen von der prognostizierten Menge nicht zu einem Verstoß gegen die Entgeltgenehmigung nach § 23 PostG.

Bei der Wertung der Angebote hat der Antragsgegner bei den Zuschlagskriterien gem. Ziff 3 und 4 (Qualitätssicherung und Mitarbeiterstruktur) des Leistungsverzeichnisses der Antragstellerin jeweils einen höheren Prozentsatz als der Beigeladenen zugewiesen. Beim Zuschlagskriterium Preis und Betriebsstruktur hat er die Beigeladene besser bewertet. Insgesamt haben die Antragstellerin 93,04 % -Punkte und die Beigeladene 95,30 % – Punkte erreicht.

Weiter findet sich in der Wertungsmatrix bei der Beigeladenen zu Pos. 3.2 Kontrollmaßnahmen der Vermerk, die Laufzeit E + 1 werde nur zu 95% gewährleistet.

Unter dem 07.08.2008 hat der Antragsgegner der Antragstellerin gem. § 13 VgV mitgeteilt, er beabsichtige, der Beigeladenen den Zuschlag für Los 2 zu erteilen.

Unter dem 12.08.2008 hat die Antragstellerin Vergabeverstöße gerügt und – nachdem der Antragsgegner den Rügen nicht abgeholfen hat, – unter dem 20.08.2008 das Nachprüfungsverfahren eingeleitet.

Mit Schreiben vom 25.08.2008 hat die Muttergesellschaft der Antragstellerin, die A GmbH, sich auf die Aufforderung des Antraggegners mit einer Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 20.11.2008 einverstanden erklärt (Anl. BF 7). Die Antragstellerin selbst hat die Anfrage nicht beantwortet.

Zur Begründung des Nachprüfungsantrags hat die Antragstellerin vorgetragen, das Angebot der Beigeladenen müsse ausgeschlossen werden, weil ihr Angebot die Verdingungsunterlagen abändere, unvollständige und unklare Preisangaben enthalte und einer vergleichenden Angebotswertung nicht zugänglich sei. Hilfsweise sei das Verfahren in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurück zu versetzen, da der Antragsgegner

unzulässig Eignungs- und Zuschlagskriterien vermengt habe.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

Wegen der Begründung wird auf den angefochtenen Beschluss vom 01.10.2008 Bezug genommen. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, die sie im Wesentlichen wie folgt begründet:

Ihr – der Antragstellerin – Angebot sei nicht wegen Ablaufs der Bindefrist auszuschließen, weil ihr die Erklärung ihrer Muttergesellschaft vom 25.08.2008 zuzurechnen sei. Darüber hinaus stelle der Nachprüfungsantrag eine konkludente Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist dar und genehmige sie vorsorglich die Erklärung des Herrn B vom 22.08.2008.

Das Angebot der Beigeladenen entspreche in verschiedener Hinsicht nicht den Vorgaben der Verdingungsunterlagen und sei auszuschließen.

Zwar dürften gem. § 1 Abs. 3 des Vertragsentwurfes weder Abweichungen im Bereich der Abholstellen noch Abweichungen bei den Sendemengen zu Preisanpassungen führen. Die mit dem Angebot vorgelegte Entgeltgenehmigung sehe jedoch abholstellenbezogene, jahresmengenabhängige Staffelpreise vor, wobei es auf die tatsächlich anfallenden Sendemengen ankomme. Weiche die tatsächliche Jahressendungsmenge der jeweiligen Abholstelle von dem ursprünglich angenommen Volumen ab, so führe dies – bei fallenden Stückzahlen – zu Preisanpassungen nach oben, wenn das tatsächliche Volumen in einen anderen Mengenkorridor falle. Diese Preisanpassung sei zwingend, weil nach § 23 Abs. 2 Satz 1 PostG unabhängig vom vertraglich vereinbarten das genehmigte Entgelt maßgeblich sei. Diese Bestimmung gehe daher § 1 Abs. 3 des Vertragsentwurfs vor und schließe – anders als vom Auftraggeber verlangt – Preisanpassungen bei geringeren oder höheren als den prognostizierten Sendemengen gerade nicht aus.

Im Falle der Annahme des ursprünglichen Angebots der

Beigeladenen wäre – so meint die Antragstellerin –daher ein Vertrag zustande gekommen, bei dem es aufgrund der privatrechtsgestaltenden Wirkung des § 23 PostG entgegen der ausdrücklichen Forderung in § 1 Abs.3 des Vertragsentwurfs zu Preisanpassungen hätte kommen können (ggfs. müssen).

Die von der Beigeladenen – wie die Antragstellerin meint in Reaktion auf den Nachprüfungsantrag – am 29.08.2008 vorgelegte neue Entgeltgenehmigung mache eine Preisanpassung bei Mengenänderungen zwar entbehrlich. Aber selbst wenn dieses Angebot den Verdingungsunterlagen entspräche, sei damit eine nach § 24 Nr. 2 Abs.1 VOL/A unzulässige Abänderung des Angebots verbunden. Denn die Beigeladene habe mit ihrem Angebot Entgeltgenehmigungen vorgelegt, die aufgrund der privatrechtsgestaltenden Wirkung des § 23 PostG den Inhalt des (ursprünglichen) Angebots dergestalt bestimmt hätten, dass Mengen- zu Preisänderungen führen, während sich auf der Grundlage der neuen Entgeltgenehmigung andere Preise ergäben. Der Austausch der Entgeltgenehmigung führe zu einer Änderung des Angebots. Mithin gehe es nicht um die Frage der Zulässigkeit des Nachreichens von Unterlagen, sondern um die Nachbesserung des Angebots. Ein Angebot, das wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen ausgeschlossen werden müsse, könne gem. § 24 Nr.2 Abs.1 VOL/A nachträglich nicht zuschlagsfähig gemacht werden.

Ungeachtet dessen stelle auch die nachgereichte Entgeltgenehmigung keine vollständige Konformität mit den Verdingungsunterlagen her, da sie lediglich Preisanpassungen aufgrund von Änderungen der Sendemengen, nicht aber bei der Zahl der Abholstellen ausschließe.

Das Angebot widerspreche § 3 Abs. 7 des Vertragsentwurfs, wonach der Auftragnehmer etwaige Transportumschläge den Abholstellen kostenlos zur Verfügung stellen müsse. Mit der Einbeziehung der Kosten für die Transportumschläge habe die Beigeladene den Preis nicht “so wie gefordert“ angegeben.

Auch die vorgesehene und eingepreiste Frankierung der Sendungen sei nicht Gegenstand der ausgeschriebenen Leistungen und stelle eine Abänderung der Verdingungsunterlagen dar.

Das Angebot entspreche nicht den Vorgaben unter § 3 Abs.8 des Vertragsentwurfs. Während die Zustellung danach grundsätzlich am nächsten, auf den Abholtag folgenden Arbeitstag zu erfolgen habe, habe die Beigeladene dies von vornherein auf 95% aller zuzustellenden Schriftstücke beschränken wollen. „Grundsätzlich“ sei aber nicht gleichbedeutend mit 95 %. In einem Fall sei der Auftraggeber in 5% aller Fälle von vornherein von der Gewährleistung entbunden, während es bei „grundsätzlich“ stets auf die Einzelfallumstände ankomme.

Das Angebot entspreche nicht § 2 Abs.1 des Vertragsentwurfs, wo das Angebot von Staffeientgelten nur bezogen auf die Gesamtsendemenge und nicht bezogen auf die Sendemenge einzelner Abholstellen vorgesehen sei, wie von der Beigeladenen angeboten. Zwar stehe die Regelung im Widerspruch zum Preisblatt, maßgeblich sei jedoch nur der Vertragsentwurf, der auf das Preisblatt nicht Bezug nehme und nicht Vertragsbestandteil werde.

Das Angebot sei auch wegen fehlender, unklarer und unzutreffender Preisangaben auszuschließen.

Die Beigeladene habe einen Preis gefordert, der wegen der vorgenommenen Aufschläge auf die genehmigten Entgelte nicht genehmigt gewesen sei. Die Zulassung von Aufschlägen auf das genehmigte Entgelt für Zusatzleistungen, die für die Ausführung förmlicher Zustellungen gar nicht nötig seien, eröffne Umgehungen Tür und Tor. Gem. § 34 Satz 2 PostG seien mit dem genehmigten Entgelt alle Leistungen des Lizenznehmers abgegolten.

Die Beigeladene habe in den Preisblättern den Einzelpreis pro Sendung nicht unter Berücksichtigung dieser, von ihr verlangten Aufschläge angegeben.

Auch aufgrund der gegebenen Erläuterungen könne nicht ohne weiteres festgestellt werden, welcher Preis pro Sendung letztlich zu zahlen wäre.

Mangels einer abschließenden Aufzählung bleibe unklar, welche Zusatzleistungen von dem pauschalen Aufschlag im Einzelnen erfasst werden. Ebenso unklar sei, welcher Anteil des Aufschlags auf welche Zusatzleistung entfalle.

Unklar seien die Preisangaben auch im Hinblick auf die Umsatzsteuer, weil die Beigeladene nicht berücksichtigt habe, dass ihre Umsatzsteuerbefreiung voraussichtlich ab 01.10.2010 entfallen werde. Deshalb habe sie zumindest im Sinn einer eindeutigen Preisangabe klarstellen müssen, ob sie im Falle des Wegfalls der Umsatzsteuerbefreiung noch während der Vertragslaufzeit beabsichtige, die Umsatzsteuer zusätzlich zu verlangen, zumal eine mögliche Umsatzsteuer auf die genehmigten Entgelte aufgeschlagen werden könnte.

Eine vergleichende Angebotswertung sei schließlich deshalb nicht möglich, weil sich die Einheitspreise der Beigeladenen abhängig von der Zahl der Sendemenge ändern könne. Das sei insbesondere bei den Abholstellen denkbar, die an der Grenze von 10.000 Sendungen liegen (z.B. 01, 02, 03). Sinke die Sendemenge dort unter 10.000 Stück, so erhöhe sich automatisch der Einheitspreis der Beigeladenen und damit ihr Preis insgesamt, während der Angebotspreis der Antragstellerin unabhängig von der Sendemenge und damit stets gleich bleibe. Beide Angebote seien hinsichtlich des Preises somit von vornherein nicht vergleichbar.

Schließlich sei die ursprünglich mit dem Angebot vorgelegte Genehmigung entfallen, weil sie durch die spätere Genehmigung vom 04.08.2008 aufgehoben worden sei. Damit entspreche das Angebot nicht mehr der vorgelegten Genehmigung.

Ihren Hilfsantrag stützt die Antragstellerin – vorsorglich für den Fall, dass das Angebot der Beigeladenen dennoch für

zuschlagsfähig gehalten würde – auf die nach ihrer Auffassung unzulässige Berücksichtigung von Eignungs- als Zuschlagskriterien.

Zu Unrecht habe die Vergabekammer die Auffassung vertreten, dass sich die Antragstellerin hierauf nicht berufen könne, weil sich ihre Position nicht verbessern würde, wenn diese Kriterien entfielen. Die schlichte Nichtberücksichtigung dieser Kriterien auf der letzten Wertungsstufe könne die Auswirkungen des Vergabefehlers nicht beseitigen. Mit der Rüge sei sie, die Antragstellerin, auch nicht präkludiert, weil sie durch den Inhalt der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen noch keine positive Kenntnis von dem Vergabeverstoß erlangt habe.

Die Antragstellerin beantragt:

Der Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes LI vom 01.10.2008 (Az.: 69 d VK – 45/2008) wird aufgehoben.

Der Antragsgegner wird verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen von der Wertung auszuschließen.

Hilfsweise: Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Der Antragsgegner und die Beigeladene beantragen,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Der Antragsgegner meint, das Angebot der Beigeladenen verstoße nicht gegen § 1 Abs. 3 des Vertragsentwurfes, weil § 1 Abs. 3 Preisanpassungen gerade nicht ausschließe. § 1 Abs. 3 Vertragsentwurf enthalte allein die Aussage, dass es keine Preisanpassungen bei Unter- oder Überschreitungen des Gesamtvolumens von voraussichtlich 560.000 PZA gebe. Weitere Aussagen in Bezug auf einen Ausschluss von Preisanpassungen treffe die Bestimmung nicht. Unabhängig davon hätten die

Bieter die Möglichkeit, Staffellentgelte auf die Gesamtendmenge der einzelnen Abholstellen anzubieten. Zu Unrecht sei die Antragstellerin darüber hinaus der Auffassung, dass es im Fall der Änderung der Abholstellenanzahl zu einer Preisanpassung komme. Aufgrund des Entgeltgenehmigungsbeschlusses der Bundesnetzagentur stehe fest, dass eine Anpassung der Entgelte an die tatsächlich gelieferten Mengen, für die bestimmte Entgelte genehmigt sind, nicht notwendig sei. Durch diesen Beschluss habe die Bundesnetzagentur den Vertragsparteien freigestellt, die prognostizierten Mengen mit den angegebenen Einheitspreisen auch für die Ist-Abrechnung beizubehalten.

Entsprechend den Vergabebedingungen sei die Beigeladene auch berechtigt gewesen, diese Entgeltgenehmigung nachzureichen, worin keine unzulässige Änderung des Angebotsinhaltes zu sehen sei, wogegen schon der Verwaltungsrechtscharakter der Entgeltgenehmigung spreche.

Auch ein Verstoß des Angebots gegen § 3 Abs. 7 des Vertragsentwurfs sei nicht festzustellen. Mit dieser Regelung habe er, der Antragsgegner, nicht zum Ausdruck bringen wollen, dass die Bieter keine Kosten für die Zurverfügungstellung von Transportumschlägen fordern dürften, sondern vermeiden wollen, dass die Bieter zu der Auffassung gelangen könnten, zusätzlich zu dem angebotenen Gesamtpreis würden noch weitere Kosten für die Zurverfügungstellung von Transportumschlägen anfallen. Ebenso wenig sei es der Beigeladenen verwehrt, die Frankierung als Teil ihres Betriebsablaufes und als Teil einer durch sie zu treffenden Entscheidung über die Abwicklung der Zustellaufträge in den durch sie zu erbringenden Leistungsumfang einzubeziehen und zu bepreisen.

Eine Beschränkung dahingehend, dass von vornherein die Pflicht zur Zustellung der Sendungen am nächsten Arbeitstag auf 95 % der übergebenen Sendungen beschränkt werde, enthalte das Angebot der Beigeladenen nicht.

Für die Bieter habe aufgrund der Regelung in § 2, 2. Satz Vertragsentwurf in Verbindung mit Blatt 4 des Leistungsverzeichnisses die Möglichkeit bestanden, Gesamtsendungen der einzelnen Abholstellen anzubieten. Eine andere Regelung hätte an dieser Stelle keinen Sinn ergeben, da im Übrigen in § 1 Abs. 1 Satz 1 bezüglich des Auftragsgegenstandes auf die Abholstellenliste Los 2 Süd verwiesen werde.

Das Angebot der Beigeladenen weise auch keine fehlenden, unzutreffenden oder unklaren Preisangaben auf. Insoweit sei maßgeblich die Mitteilung der Bundesnetzagentur vom 27.11.2007, bei der es sich um eine gesicherte Rechtsauffassung handele.

Die Beigeladene habe auch den auf Seite 4 des Leistungsverzeichnisses geforderten Komplettpreis angegeben, bei dem es sich nur um den Preis für die förmliche Zustellung handele. Weitere Kosten, die insgesamt für eine Sendung anfielen, seien hier nicht einzutragen gewesen. Aus den Erläuterungen zum Angebot der Beigeladenen ergebe sich deutlich, welche zusätzlichen Kosten in die Angebotssumme auf Seite 6 und 7 des Leistungsverzeichnisses eingerechnet worden seien. Die von der Beigeladenen angegebenen Einheitspreise und der Gesamtpreis seien somit in jeder Hinsicht eindeutig.

Das Angebot enthalte auch keine unklaren Angaben zur Umsatzsteuer, weil eine Verpflichtung, auf noch nicht feststehende gesetzliche Änderungen im Umsatzsteuergesetz hinzuweisen, nicht bestehe.

Die Zulassung von Staffelpreisen stehe einer vergleichenden Angebotswertung nicht entgegen, jedenfalls aber sei die Antragstellerin mit dem Einwand präkludiert, weil sie eine fehlende Vergleichbarkeit spätestens mit der Abgabe ihres Angebotes habe rügen müssen.

Auch mit ihrem Vortrag, es habe eine unzulässige Vermischung

von Eignungs- und Zuschlagskriterien vorgelegen, sei die Antragstellerin präkludiert. Insoweit macht sich der Antragsgegner die Auffassung der Vergabekammer zu eigen. Darüber hinaus erleide die Antragstellerin durch die behauptete Vergaberechtswidrigkeit keinen Nachteil, weil ein etwaiger Fehler die Zuschlagschancen der Antragstellerin nicht beeinträchtigt haben würde.

Darüber hinaus sei die Antragstellerin auszuschließen, weil kein wirksames Angebot mehr vorliege, nachdem sie der erbetenen Bindefristverlängerung nicht zugestimmt habe. Im Übrigen verweist der Antragsgegner auf die Ausführungen der Beigeladenen in einem Schriftsatz vom 03.09.2008 unter Punkt 6, wonach nicht auszuschließen sei, dass ein Ausschluss der Antragstellerin wegen fehlender Leistungsfähigkeit und Unzuverlässigkeit in Betracht komme. Er, der Antragsgegner, habe im Zeitpunkt der Wertung der Eignungskriterien keine Kenntnis hinsichtlich der dort vorgetragenen Umstände gehabt. Mit Schriftsatz vom 03.02.2009 hat der Antragsgegner vorgetragen, nach zwischenzeitlich vorliegenden Erkenntnissen stehe fest, dass die Antragstellerin nicht in der Lage sei, den Auftrag durchzuführen, weil es ihr an der erforderlichen Eignung fehle. Während des Nachprüfungsverfahrens hätten sich Beschwerden der Gerichte über die Ausführung von Zustellungen durch die Antragstellerin gehäuft. Während der gesamten Vertragslaufzeit bis heute seien erhebliche Mängel festgestellt worden. Die eingegangenen Stellungnahmen verschiedener Behörden zeigten, dass es der Antragstellerin an der Eignung fehle. Wegen der weitergehenden Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 03.02.2009 (GA 412) Bezug genommen.

Die Beigeladene meint, der Nachprüfungsantrag sei schon deshalb unbegründet, weil das Angebot der Antragstellerin wegen der nicht erfolgten Zustimmung zur Bindefristverlängerung erloschen sei, jedenfalls aber wegen fehlender Eignung der Antragstellerin auszuschließen sei.

Dagegen sei ihr – der Beigeladenen – Angebot nicht

auszuschließen, weil es in jeder Hinsicht den Vorgaben der Verdingungsunterlagen entspreche und keine unvollständigen, unzutreffenden oder unklaren Preisangaben enthalte. Der Vorwurf, ihre Entgeltgenehmigung weiche von den Verdingungsunterlagen ab, weil Schwankungen des jährlichen Sendungsaufkommens der einzelnen Abholstellen zu Preisänderungen führen könnten, fuße auf der unzutreffenden Annahme, § 1 Abs. 3 des Vertragsentwurfs schließe mengenabhängige Stückpreise, die sich nach den tatsächlich anfallenden Sendungsmengen der jeweiligen Abholstelle richten, aus. Weder § 1 Abs. 3 des Vertragsentwurfs noch irgendeine andere Regelung der Verdingungsunterlagen stünden einer Preisgestaltung auf Basis der tatsächlichen Jahresmenge entgegen. Es gebe keinen Grund zur Annahme, dass sich der danach anwendbare Preis nach dem ursprünglich angenommenen Volumen der jeweiligen Abholstelle und nicht nach den nachträglich ermittelten tatsächlichen Sendemengen ergeben müsse. Eine feste Vorab-Zuordnung der einzelnen Abholstellen zu den verschiedenen Mengengruppen sei im Angebot nicht verlangt gewesen. Ein durch tatsächliche Mengensteigerungen oder Rückgänge verursachter Wechsel von einer Mengengruppe in eine andere führe demnach nicht zu einer Preisänderung. Eine Preisänderung läge nur vor, wenn der für die einzelnen Mengengruppen geltende Stückpreis verändert würde. § 1 Abs. 3 beziehe sich ausschließlich auf den Fall, dass sich aufgrund einer Organisationsentscheidung des Landes die Zahl oder die Lage der einzelnen Abholstellen ändere. Die von den Bietern angebotenen Preise für verschiedene Mengengruppen sollten auch in diesem Fall stabil bleiben. § 1 Abs. 3 (Mengenabweichungen führen nicht zu Preisanpassungen) lasse sich nicht entnehmen, dass die Zuordnung der einzelnen Sendungen zu den verschiedenen Mengengruppen auf Basis der ursprünglich angenommenen Volumina erfolgen solle. Die Regelung beziehe sich ausschließlich auf Schwankungen der Gesamtjahresmenge sowie Schwankungen der einzelnen Tagesmengen. Eine Abweichung zwischen dem vereinbarten und dem genehmigten Preis liege demnach nicht vor.

Ungeachtet dessen umfasse die Entgeltgenehmigung vom 04.08.2008 die Vereinbarung eines festen, auf der Basis von Prognosemengen festgelegten Stückpreises. Eine derartige Preisfestsetzung sei schon vor Erteilung der Entgeltgenehmigung vom 04.08.2008 zulässig gewesen, so dass der Genehmigung nur deklaratorischer Charakter zukomme. Dementsprechend führe die neue Entgeltgenehmigung zu keiner Änderung des Angebots der Beigeladenen.

§ 3 Abs. 7 des Vertragsentwurfs sei nicht so zu verstehen, dass eine Einberechnung der diesbezüglichen Kosten in den Angebotspreis unzulässig sein solle. Aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters könne die Bestimmung nur dahingehend verstanden werden, dass dem Antragsgegner für diese Leistungen keine zusätzlichen, gesondert abzurechnenden Kosten entstehen dürfen. Dessen ungeachtet müssten die Bieter sämtliche erforderlichen Teilleistungen in ihre Kalkulation einbeziehen.

Ebenso wenig stelle der Umstand, dass sie, die Beigeladene, die übergebenen Sendungen vor der Beförderung frankiere, eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen dar. Nach Maßgabe der Ausschreibungsunterlagen sei es dem Auftragnehmer überlassen, wie er die Zustellaufträge abwickle. Es handele sich dementsprechend nicht um eine Abweichung vom ausgeschriebenen Leistungssoll, sondern um eine durch den internen Betriebsablauf der Beigeladenen veranlasste Maßnahme zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung.

Schließlich seien die Preisangaben vollständig, zutreffend und klar. Der Vorwurf, ihr Angebot sei unvollständig, weil sie über den gemäß den Entgeltgenehmigungen genehmigten Preis hinaus die Kosten für die Abholung, Frankierung und Kuvertierung gesondert kalkuliert und auf das Entgelt aufgeschlagen habe, sei unbegründet.

Angesichts der klaren Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur könne von einer Unzulässigkeit der von ihr kalkulierten

Aufschläge auf die Zustellentgelte oder von einer Umgehung der nach § 34 PostG genehmigten Entgelte keine Rede sein. Die vorgenommene Gesamtpreisbildung stelle die allein mögliche Vorgehensweise zur Bildung eines mit den genehmigungsrechtlichen Vorgaben übereinstimmenden Preises für konkret ausgeschriebene Leistungen dar.

Anders als in dem von dem OLG Karlsruhe entschiedenen Sachverhalt sei vorliegend in den Verdingungsunterlagen nicht nach dem tatsächlich geforderten (Gesamt-) Preis, sondern nach der Entgeltgenehmigung für förmliche Zustellungen gefragt worden. Damit sei gerade keine einheitliche Entgeltgenehmigung verlangt worden, die sich auf den Gesamtpreis beziehe.

Schließlich meint die Beigeladene, die Antragstellerin sei aufgrund ihrer mangelhaften Kapitalausstattung nicht in der Lage, einen hochvolumigen Auftrag über die bundesweite Zustellung von 560.000 PZA jährlich zu bewältigen. Die fehlende Leistungsfähigkeit werde durch die in L2 aufgetretenen Schwierigkeiten der Muttergesellschaft bestätigt, die schließlich zur fristlosen Kündigung des Auftrags geführt hätten. Der Umstand, dass es sich bei der Antragstellerin um eine reine Briefkastenfirma ohne eigenes operatives Geschäft handele, unterstreiche die mangelnde Eignung. Der Nachprüfungsantrag sei auch aus diesem Grund zurückzuweisen.

Ergänzend wird zur Darstellung des Sach- und Streitstands auf die in der Beschwerdeinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig (§ 116, 117 GWB) und hat auch in der Sache Erfolg. Das Angebot der Beigeladenen ist von der Wertung auszuschließen.

A.)

Der Nachprüfungsantrag ist – hinsichtlich der mit dem

Hauptantrag gerügten Vergabeverstöße – zulässig. Insoweit kann auf die Ausführungen der Vergabekammer verwiesen werden, gegen die Bedenken weder ersichtlich sind, noch geltend gemacht werden. Da der Nachprüfungsantrag mit dem Hauptantrag auch in der Sache Erfolg hat, kommt es auf die Zulässigkeit der zum Hilfsantrag erhobenen Rüge nicht mehr an.

1.) Im Ergebnis zu Recht hat die Vergabekammer angenommen, dass die Antragsbefugnis nicht deshalb fehlt, weil die Antragstellerin einer Bindefristverlängerung nicht zugestimmt hat. Ob der Begründung der Vergabekammer gefolgt werden könnte, kann dahinstehen. Die Antragstellerin hat – sofern man nicht schon den Nachprüfungsantrag als konkludente Zustimmung ansehen wollte (vgl. OLG München, VergabeR 07, 536). – jedenfalls durch die nachträgliche Genehmigung der Erklärung ihrer Muttergesellschaft vom 25.08.2009 rückwirkend die Verlängerung der Angebotsfrist bewirkt.

Ebenso wie die Bestimmung der Annahmefrist ist auch die Verlängerung der Bindefrist ein einseitiges Rechtsgeschäft, so dass § 177 BGB über § 180 BGB entsprechende Anwendung findet (Palandt/Ellenberger, BGB, 68. Aufl. 2009, 148 Rn. 2). § 177 BGB setzt voraus, dass der Vertreter als solcher gehandelt, d.h. dem Offenkundigkeitsprinzip genügt hat (Palandt/Heinrichs a.a.O. § 177 Rn. 1). Die Erklärung muss dabei nicht ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgen. Es genügt, wenn sich die Vertretung aus den Umständen ergibt. Ob der Erklärende im eigenen oder fremden Namen gehandelt hat, ist im Zweifel durch Auslegung vom Empfängerhorizont zu ermitteln (PWW/Frensch, BGB, 3. Aufl. § 164 Rn. 31). Danach stellt sich die Erklärung der Muttergesellschaft der Antragstellerin vom 25.08.2008 als solche im fremden Namen dar. Da nur die Antragstellerin, aber nicht die A GmbH ein Angebot abgegeben hatte, konnte sich deren Zustimmung aus Sicht der Vergabestelle als Erklärungsempfängerin nur auf das Angebot der Antragstellerin beziehen. Sollte die A GmbH zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung nicht bevollmächtigt gewesen

sein, so wäre ihre Erklärung schwebend unwirksam gewesen und konnte von der Antragstellerin mit Wirkung ex nunc genehmigt werden (§ 184 BGB), so dass das ursprüngliche Angebot nahtlos mit verlängerter Bindefrist fortbestand.

2. Das Angebot der Antragstellerin ist auch nicht wegen fehlender Eignung auszuschließen.

Bei der Wertung der Angebote hat der Antragsgegner die Eignung der Antragstellerin uneingeschränkt bejaht. Auch noch während des Nachprüfungsverfahrens hat er die Eignung der Antragstellerin zunächst nicht dezidiert in Zweifel gezogen, sondern unter Bezugnahme auf den Vortrag der Beigeladenen gemeint, es „sei nicht auszuschließen, dass ein Ausschluss des Angebots wegen fehlender Eignung in Betracht komme“. Erst auf den Hinweis des Senats im Beschluss vom 14.01.2009 (11 Verg 18/08) hat der Antragsgegner bei einzelnen Gerichten Auskünfte über die Arbeitsqualität der Antragstellerin eingeholt.

Auf der Grundlage dieser Auskünfte kann die Eignung der Antragstellerin nicht – abweichend von der ursprünglichen Wertung – verneint werden.

In der Bekanntmachung hatte der Antragsgegner unter III.2 „Teilnahmebedingungen“ als Eignungsnachweise u.a. gefordert :

„ III.2.2 Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

...

III.2.3. Technische Leistungsfähigkeit

...

- eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen mit folgenden Angaben: Art der Leistung ... öffentlicher und/oder privater Auftraggeber mit Benennung von Ansprechpartner und Telefonnummer
- Bericht über Betriebsablauf
- Darstellung der Organisationsstruktur

- Benennung der vorhandenen Qualitätssicherungsmaßnahmen
- ...
- Darstellung und Qualifikation der Mitarbeiter...
- Darstellung von Zahl und Struktur Zustellkräfte
- ...“

In einer Bewertungsmatrix hat der Antragsgegner der Antragstellerin bei den Kriterien Betriebs- und Organisationsstruktur, Qualitätssicherung und Mitarbeiterstruktur 58,2% -Punkte von 60 möglichen Punkten zuerkannt (Beigeladene: 55,3 %).

Auch wenn in dem Vergabevermerk die sachliche Eignungsprüfung im Sinn von § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A nicht gesondert erwähnt und in der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen Eignungs- und Zuschlagskriterien teilweise identisch genannt werden, kann danach kein Zweifel bestehen, dass der Antragsgegner die Antragstellerin für geeignet im Sinne der mit der Bekanntmachung veröffentlichten Eignungskriterien gehalten hat.

Bei der Beurteilung der unbestimmten Rechtsbegriffe Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, ob vom künftigen Auftragnehmer die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erwartet werden kann. Dem öffentlichen Auftraggeber steht dabei ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur darauf hin überprüft werden kann, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrunde gelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (Kulartz/Marx/Portz/Prieß/Dittmann, Kommentar zur VOL/A, § 25 Rn. 124 m.w.N; Müller-Wrede/Noch, VOL/A, 2. Aufl. § 25 Rn. 184 ff.).

Über die vom Bieter vorzulegenden Eignungsnachweise hinaus ist der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich frei, wie er sich die für die Eignungsbeurteilung erforderlichen Kenntnisse verschafft, z. B. durch die Einholung von Auskünften bei Dritten (Dittmann a.a.O. Rn. 126). Da die Antragstellerin ohnedies schon im Rahmen eines früheren Dienstleistungsauftrags für den Antragsgegner tätig war, hätte der Antragsgegner ohne weiteres auf die in den einzelnen Gerichtsbezirken gemachten Erfahrungen mit der Antragstellerin zurückgreifen und diese bei der Eignungswertung entsprechend berücksichtigen können, zumal bereits in der Bekanntmachung auf die Möglichkeit der Einholung von Auskünften früherer Auftraggeber hingewiesen worden war.

Das Verhalten eines Bieters bei der Erfüllung bereits abgeschlossener, insbesondere auch vorangegangener „schlechte Erfahrungen“ mit dem Bieter in der Vergangenheit können wichtige Aufschlüsse für die Beurteilung der Zuverlässigkeit bieten (Dittmann a.a.O. Rn. 121; Noch a.a.O. Rn. 210). Die Bedeutung der vorangegangenen schlechten Erfahrungen und die Schwere etwaiger Vertragsverletzungen spielen bei der Eignungsprüfung eine herausragende Rolle (Noch a.a.O.).

Warum der Antragsgegner von dieser Möglichkeit bei der Wertung der Angebote offenbar keinen Gebrauch gemacht hat, erschließt sich nicht. Beanstandungen, wie sie der Antragsgegner erstmals im Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 03.02.2009 vorgebracht hat, waren dem Justizministerium – wie gerichtsbekannt ist – schon vor der Ausschreibung hinlänglich bekannt. Das ergibt sich nicht nur aus den Daten der einzelnen konkret angeführten Beanstandungen (die Fälle stammen aus dem Jahr 2008 und früher), sondern auch aus den Hinweisen auf Gespräche, die wegen aufgetretener Probleme mit Vertretern der Antragstellerin und des Llen Ministeriums der Justiz geführt wurden (vgl. Stellungnahme des Präsidenten des AG 04 unter Hinweis auf ein Gespräch im November 2007). Im Übrigen ist aktenkundig, dass über einzelne Problemfälle wiederholt

von Gerichten an das Ministerium berichtet worden ist.

Die Erklärung des Vertreters des Justizministeriums im Verhandlungstermin vor dem Senat, man habe im Hinblick auf den eindeutigen Preisvorsprung des Angebots der Beigeladenen der Frage der Eignung keine große Bedeutung beigemessen, lässt möglicherweise auf einen Verfahrensfehler schließen. Nach § 25 VOL/A hat der Auftraggeber die Wertung der Angebote grundsätzlich in mehreren aufeinanderfolgenden Stufen vorzunehmen. Die Abfolge der Prüfungsschritte ist in § 25 VOL/A folgerichtig festgelegt und deshalb nach allgemeiner Ansicht zwingend einzuhalten. Die Angebote ungeeigneter Bieter oder solche mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis gelangen gar nicht erst in die engere Wahl. Deshalb hat die Wertung grundsätzlich die einzelnen Prüfungsebenen zu durchlaufen (vgl. zu § 25 VOB/A BGH Urteil vom 15.04.2008, X ZR 129/06 zit. nach juris).

Vor diesem Hintergrund kann der Antragsgegner im jetzigen Stadium des Verfahrens nicht mehr geltend machen, die Antragstellerin wegen in der Vergangenheit gemachter schlechter Erfahrungen und aufgetretener Beanstandungen zur Durchführung des zu vergebenden Auftrags ungeeignet.

Zwar hat ein Auftraggeber auch nach bereits positiv abgeschlossener Wertung der Eignung und Leistungsfähigkeit eines Bieters in jeder Phase des Vergabeverfahrens neu auftretende oder bekannt werdende Umstände zu berücksichtigen, die seine Entscheidung in Frage stellen könnten und muss diese deshalb ggfs. korrigieren (Müller-Wrede/Noch, a.a.O.Rn. 197 m.w.N.). Hier geht es jedoch nicht um das nachträgliche Bekanntwerden solcher Umstände oder um neue Tatsachen, sondern darum, dass bereits bei Wertung der Angebote bekannte Tatsachen nicht berücksichtigt worden sind, entweder weil sie für unerheblich gehalten wurden oder die Vergabestelle gemeint hat, es werde wegen des Preisvorsprungs der Beigeladenen nicht mehr darauf ankommen.

Sollte der Antragsgegner die ihm bekannten Beanstandungen im Rahmen seines Beurteilungsspielraums für unerheblich gehalten haben, so wäre er an diese abschließende positive Eignungsbeurteilung mangels neuer zu berücksichtigender Gesichtspunkte ohnehin gebunden.

Nichts anderes gilt auch für den Fall, dass der Antragsgegner sich über die vorgegebene Wertungsreihenfolge des § 25 VOL/A hinweggesetzt haben und im Rahmen der Eignungsprüfung verfahrensfehlerhaft nicht alle zu berücksichtigenden Umstände gewürdigt haben sollte. Steht der Vergabestelle bei der Entscheidung über den Ausschluss eines Angebots ein Beurteilungsspielraum zu und hat sie in Ausübung dieses Spielraums die Zuverlässigkeit, fachliche Eignung und Leistungsfähigkeit des Bieters bejaht, so ist sie daran grundsätzlich gebunden. Sie ist nach Treu und Glauben im allgemeinen gehindert, im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens von ihrer ursprünglichen Beurteilung abzurücken und bei unveränderter Sachlage die Eignung des Bieters nunmehr zu verneinen (Senat VergabeR 01, 243; 04, 642; OLG Düsseldorf VergR 03, 586; Weyand, Praxiskommentar Vergaberecht, 2. Aufl. § 97 GWB Rn. 809).

Etwas anderes gilt nur, wenn die Eignung zwingend zu verneinen und das Angebot zwingend auszuschließen ist, weil der Vergabestelle auf der Rechtsfolgeseite kein Ermessen zusteht (Noch a.a.O. Rn. 187).

So liegt der Fall hier indessen nicht. Vorangegangene schlechte Erfahrungen mit einem sich erneut beteiligenden Bieter berechtigen keinesfalls zu einer stereotypen, nicht substantiell begründeten Ablehnung. Vielmehr ist immer eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, weil der Unternehmer Anspruch auf eine ordnungsgemäße Prüfung seiner Eignung hat (Noch a.a.O. Rn. 210 ff.).

Der Antragsgegner hat vereinzelte Stellungnahmen von Gerichtspräsidenten und eine mehr oder weniger beispielhafte

Aufzählung von in der Vergangenheit aufgetretenen Beanstandungen vorgelegt, deren Berechtigung im Einzelnen bestritten ist. So hat der Präsident des Amtsgerichts 04 eine Liste von ca. 120 Beanstandungsfällen eingereicht, der Präsident des Amtsgerichts 05 hat von etwa 25 Beanstandungen berichtet, während von den Arbeitsgerichten nur in allgemeiner Form über Beschwerden berichtet wurde. Aus diesem Bild ergibt sich für den Senat kein zwingender Ausschlussgrund. Bezogen auf die Zahl der tatsächlichen Zustellungen – im Rahmen der Ausschreibung geht es um ein Zustellungsvolumen von 560.000 Stück jährlich – erscheint die mitgeteilte Zahl von Beschwerden keineswegs geeignet, einen zwingenden Ausschlussgrund darzustellen.

Eine gewisse Fehlerquote ist bei keinem Auftragnehmer zu vermeiden. Ob die Zahl von Beanstandungen ausgereicht hätte, um im Rahmen einer vollständigen Eignungsprüfung unter Ausübung des der Vergabestelle zustehenden Ermessens die Eignung der Antragstellerin zu verneinen, bedarf keiner Beurteilung mehr. Denn insoweit steht dem Antragsgegner, nachdem die Wertung bereits in die 4. Stufe gelangt ist, ein Ermessen nicht mehr zu. Ein zwingender Ausschlussgrund, der jede andere Entscheidung als einen Ausschluss des Angebots der Antragstellerin verbieten würde, liegt – zumal der Antragsgegner für eine solche Wertung keine nachvollziehbaren Gesichtspunkte vorgetragen hat -, nicht vor.

Gleiches gilt im Hinblick auf den nur sehr oberflächlichen Hinweis auf mögliche wirtschaftliche Schwierigkeiten der Muttergesellschaft der Antragstellerin, worauf der Antragsgegner im Verlauf des Beschwerdeverfahrens auch nicht mehr eingegangen ist.

B.)

Das Angebot der Beigeladenen ist gem. § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A von der Wertung auszuschließen, weil die Beigeladene mit ihrem Angebot nicht

die Entgeltgenehmigung vorgelegt hat, die von dem Antragsgegner in den Verdingungsunterlagen gefordert worden ist.

1.) Ob die Antragstellerin zu Recht rügt, dass der Antragsgegner „Preisanpassungen“ in seinem Vertragsentwurf ausschließen will, während nach der ursprünglich von der Beigeladenen vorgelegten Entgeltgenehmigung Preisanpassungen bei abweichenden Mengen in den einzelnen Preisstaffeln wegen § 23 Abs. 2 PostG zwingend eingetreten wären, kann dabei offen bleiben.

Ob der Auffassung der Vergabekammer gefolgt werden könnte, erscheint zwar zweifelhaft. Zumindest spricht nach Auffassung des Senats – wegen deren Begründung auf den Senatsbeschluss vom 14.01.2009 (11 Verg 17/08) verwiesen werden kann – viel dafür, dass § 1 Abs. 3 Vertragsentwurf einer Abrechnung nach der tatsächlichen Sendungsmenge nicht entgegen steht, so dass keine Änderung der Verdingungsunterlagen wegen der privatrechtsgestaltenden Wirkung des § 23 PostG vorliegt.

Bedenken bestehen aber gleichwohl im Hinblick auf § 8 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOL/A, weil ein Vertragsentwurf, der nicht eindeutig erkennen lässt, welche Leistung der Auftraggeber zu welcher Vergütung beschaffen will, gegen den Grundsatz der Transparenz und Gleichbehandlung verstößt, der einen höchstmöglichen Bestimmtheitsgrad der Verdingungsunterlagen erfordert (jurisPK-VergR / Summa, 2. Aufl. § 97 GWB, Rn. 35 ff). Wie schon die von der Senatsauffassung abweichende Auslegung der Vergabekammer zeigt, sind unterschiedliche Interpretationen des Vertragsentwurfs bezüglich der Preisbemessung zumindest nicht auszuschließen. Vor allem ist die Einlassung des Antraggegners selbst insoweit nicht eindeutig, weil er einerseits vortragen lässt, der Vertragsentwurf schließe eine mengenbezogene Abrechnung nicht aus, andererseits aber auf die Genehmigung der Bundesnetzagentur vom 04.08.2008 abstellt und daraus herleitet, eine Anpassung der Entgelte an die gelieferten

Mengen, für die Entgelte genehmigt sind, sei nicht notwendig, so dass die prognostizierten Mengen mit den angegebenen Einheitspreisen auch für die Ist – Abrechnung beizubehalten seien. Hält aber schon die Vergabestelle selbst unterschiedliche Interpretationen eines Vertragsentwurfs über die ausgeschriebene Leistung für möglich, die für die Höhe der Gegenleistung von unmittelbarer Relevanz sind, so dürfte dieser mit dem Gebot der Klarheit und Eindeutigkeit der Verdingungsunterlagen kaum zu vereinbaren sein.

Der Senat braucht dem aber mangels einer konkret hierauf bezogenen Rüge nicht weiter nachzugehen.

2.) Das Angebot der Beigeladenen ist jedenfalls deshalb auszuschließen, weil sich die von ihr vorgelegte Entgeltgenehmigung nicht auf den tatsächlich geforderten Gesamtpreis bezieht.

Die vorgelegten Genehmigungen bezogen sich nicht auf den tatsächlich angebotenen Preis, weil die Beigeladene weitere Preisbestandteile für die Abholung, Rechnungslegung, Transportumschläge auf den ihr genehmigten Preis aufgeschlagen hat.

Damit liegt der tatsächlich geforderte Preis pro Zustellung über den genehmigten Entgelten. Die Beigeladene hatte mit dem Angebot mengengruppenabhängige Entgeltgenehmigungen von 2,19 EUR, 2,32 EUR und 3,45 EUR vorgelegt. Daraus errechnete sie bei geschätzten 560.000 Zustellungen jährlich einen Gesamtnettopreis von 1.357,088,00 EUR. Der von ihr tatsächlich angebotene Gesamtnettopreis lag bei 1.425.086,90EUR und war daher von der Entgeltgenehmigung nicht gedeckt.

Dass – anders als in dem von OLG Celle (OLGR 2008, 253, zit. nach juris) entschiedenen Fall – in den Verdingungsunterlagen nicht die Entgeltgenehmigung für den angebotenen Preis, sondern die vollständige Entgeltgenehmigung für förmliche Zustellungen gefordert war, rechtfertigt keine abweichende

Entscheidung. Die Abweichung in der Formulierung ändert nichts daran, dass von den Bietern eine Entgeltgenehmigung für den (Gesamt -) Preis vorzulegen war, den sie in ihrem Angebot tatsächlich angegeben haben. Ein sachkundiger Bieter konnte die Forderung nach der Entgeltgenehmigung nur so verstehen, dass diese den tatsächlich angegebenen Preis genehmigen musste (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.12.2008 15 Verg 10/08 unter Bezugnahme auf OLG Celle a.a.O.). Der Antragsgegner wollte aufgrund der vorgelegten Genehmigung sicher gehen, dass der Auftrag über die Zustellungen auch zu dem angebotenen Festpreis zustande kommen kann. Dafür ist aber die Genehmigung des vereinbarten Entgeltes nach §§ 34, 23 Abs. 1 PostG Voraussetzung. Denn nach diesen Bestimmungen darf der Lizenznehmer keinen anderen Preis als den genehmigten fordern (VK Arnsberg, Beschl.v. 15.01.2008 VK 30/08).

Für ein abweichendes Verständnis wäre nur dann Raum, wenn und soweit nach den Vorschriften des Postgesetzes ausgeschlossen wäre, dass die Beigeladene ein Entgelt für Zustellungen einschließlich zusätzlicher Leistungen wie Abholung und Frankierung genehmigt bekommt und diese Einschätzung allgemeiner Praxis entspricht (OLG Celle a.a.O.). Nur dann käme es in Betracht, den Ausschreibungstext so zu verstehen, dass eine den tatsächlichen Endpreis unterschreitende Entgeltgenehmigung für Zustellungen ohne Zusatzleistungen ausreichen sollte. Die insoweit in der Entscheidung des OLG Celle geforderte gesicherte Rechtsauffassung und -praxis existiert nach wie vor nicht. Die -außerhalb rechtsförmlicher Verfahren geäußerte - Auffassung der Bundesnetzagentur in Schreiben vom 27.11.2007 und 19.09.2008 reicht zum Nachweis einer gefestigten Rechtspraxis nicht aus.

Ob - im Hinblick auf die Auffassung der Bundesnetzagentur - mit der Forderung, eine Genehmigung der Bundesnetzagentur für das angebotene Entgelt vorzulegen, vergaberechtswidrig eine unmögliche oder unzumutbare Voraussetzung geschaffen wurde, - die Beigeladene bezieht sich insoweit auf Schreiben der

Bundesnetzagentur vom 27.11.2007 und vom 19.09.2008 – kann offen bleiben. Die Beigeladene könnte sich gem. § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nicht mehr darauf berufen, dass die Ausschreibung insofern vergaberechtswidrig ist. Denn sie hat sich auf die Forderung des Antraggegners nach einer einheitlichen Genehmigung eingelassen, ohne eine Vergaberechtswidrigkeit der Verdingungsunterlagen vor Abgabe ihres Angebotes zu rügen und ihr Angebot mit den vorhandenen, den tatsächlichen Preis nicht bestätigenden Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur vorgelegt. Die eventuelle Vergaberechtswidrigkeit der Ausschreibung hatte sie bereits im Vergabeverfahren gekannt. Die Ausschreibung forderte eindeutig eine Entgeltgenehmigung des tatsächlich angebotenen Preises. Dass die Bundesnetzagentur dafür eventuell keine Genehmigung erteilen würde, war der Beigeladenen aufgrund früherer Vergabeverfahren und dem Schreiben der Bundesnetzagentur vom 27.11.2007 bekannt (ebenso OLG Karlsruhe a.a.O.).

Damit ist das Angebot gem. § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A wegen Fehlens geforderter Angaben und Erklärungen auszuschließen. Zwar enthält § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A nur eine Kann – Vorschrift, nach welcher der Ausschluss eines unvollständigen Angebots im pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers liegt. Hier ist das Ermessen der Vergabestelle jedoch auf Null reduziert, weil sie sich bereits gebunden hat. Insoweit heißt es auf S. 1, 2. Abs. des Leistungsverzeichnisses: „Das Angebot kann nur gewertet werden, wenn die Preisblätter, sowie die sonstigen geforderten Unterlagen gemäß Leistungsanforderung §§ 1 und 2 beigelegt werden. Eine nicht vollständige Abgabe dieser Unterlagen führt zum Ausschluss!“.

3.) Auszuschließen ist das Angebot der Beigeladenen auch deshalb, weil sie die geforderten Preise nicht wie verlangt angeben, sondern in den Preisblättern nur die genehmigten Entgelte – unvollständig – ausgewiesen hat, während der Preis pro PZA höher lag, weil sie zusätzliche Aufschläge, ohne diese im Einzelnen zu kennzeichnen, nur pauschal bei der Bezifferung

der (Gesamt-)Angebotssumme auf S. 6 und 7 des Leistungsverzeichnisses berücksichtigt.

Verlangt war auf Seite 4 des Leistungsverzeichnisses die Angabe des Einheitspreises pro „förmlicher Zustellung“. Ausweislich des Vertragsentwurfes ist Gegenstand des Auftrags die Ausführung der förmlichen Zustellung (§ 1 Abs.1), zu der die Abholung bei den einzelnen Abholstellen, die Beförderung, Zustellung und Rückführung an die jeweilige Abholstelle zählen (§ 3 Abs. 6). Vor diesem Hintergrund kann nicht ernstlich zweifelhaft erscheinen, dass sich die auf S. 4 des Leistungsverzeichnisses geforderte Angabe des Einheitspreises bzw. der Preiseinheit auf den Gesamtpreis pro PZA und nicht nur auf den von der Genehmigung erfassten Teil bezieht. Zwar hat die Beigeladene in ihren „Erklärungen zum Angebot“ darauf hingewiesen, dass sie in den Preisblättern S. 2 und 4 den „regulären PZA –Preis“ berechnet habe und die Kosten für Abholung, Rechnungslegung, Transportumschläge etc. in die Angebotssummen S. 6 und 7 des Leistungsverzeichnisses eingearbeitet worden seien. Dem lässt sich nicht – wie die Vergabekammer gemeint hat –entgegenhalten, dass die Preisblätter eine Verpflichtung zur Aufschlüsselung der Preise nicht vorsahen. Vorgesehen war jedenfalls die Angabe von Staffeleinheitspreisen. An dieser Angabe fehlt es aber, weil die Beigeladene in der entsprechenden Rubrik nur den von der Genehmigung erfassten Teil des insgesamt pro PZA geforderten Entgelts angeführt hat. Der Auffassung der Beigeladenen, in den Preisblättern sei an dieser Stelle nur der für „die förmliche Zustellung“ geforderte Teil des Entgelts einzutragen gewesen, kann nicht gefolgt werden. Denn auf S. 4 des Leistungsverzeichnisses heißt es insofern, maßgeblich für die Ermittlung des Preises sei der Gesamtbetrag für die Gesamtmenge von 560.000 Stück. Ferner wird der Eintrag der Gesamtsumme für jede Mengengruppe unter Einbeziehung eines eventuellen Rabatts und der gesetzlichen Mehrwertsteuer pro PZA, also der „Endpreis“ verlangt. Vor diesem Hintergrund spricht nichts dafür, dass auf S. 4 nur ein (genehmigter)

Teilbetrag eingetragen werden sollte. Nach allem bleibt festzuhalten, dass die Beigeladene an keiner Stelle ihres Angebots den geforderten Einheitspreis pro PZA bzw. Preiseinheit angegeben hat.

Das gilt insbesondere im Hinblick auf den für die Abholung angesetzten Teilbetrag. Insoweit verfügt die Beigeladene über eine Genehmigung für eine Methode der Entgeltermittlung für die Dienstleistung HIN & WEG, die sie zwar mit dem Angebot vorgelegt hat. Nicht angegeben hat sie aber in den Preisblättern, welcher Teilbetrag des insgesamt genehmigten Entgelts auf die Teilleistung „Abholung“ entfällt. Schon nach ihrer eigenen Auffassung, wonach auf S. 4 des Leistungsverzeichnisses (nur) der genehmigte Teil des Entgelts anzugeben war, hätte der auf die Abholung entfallende Preisbestandteil angegeben werden müssen. Denn jedenfalls insoweit handelt es sich um lizenzpflichtige Postdienstleistungen und damit der Genehmigungspflicht unterliegende Entgelte.

Stattdessen hat sich die Beigeladene damit begnügt, die Kosten für die Abholung nicht bei dem Einzelpreis auszuweisen, sondern in den Gesamtbruttopreis einzuarbeiten (vgl. Ziff. 10 der Erläuterungen zum Angebot). Das Fehlen der anzugebenden Preise ist auch wesentlich, weil der Antragsgegner so überhaupt nicht erkennen kann, ob und wie die Beigeladene mit dem von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelt für die Abholung kalkuliert hat und ihr dementsprechend nicht nachprüfbar ist, ob der Vertrag mit dem angebotenen Preis auch abgeschlossen werden kann.

4.) Schließlich weicht die angebotene Leistung von der nachgefragten Leistung ab, soweit die Beigeladene Kosten für Transportumschläge gesondert in Rechnung gestellt – wenngleich nicht individuell ausgewiesen – hat.

In den Verdingungsunterlagen heißt es hierzu (§ 3 Abs. 7 des Vertragsentwurfes):

„Von dem Auftragnehmer werden Transportumschläge den Abholstellen kostenlos zur Verfügung gestellt“.

Abweichend hiervon hat die Beigeladene ausweislich ihrer „Erläuterungen zum Angebot“ Kosten für die Transportumschläge in die „Angebotssumme“ „eingearbeitet“, indem sie die Kosten auf den genehmigten Preis aufgeschlagen hat.

Damit weicht ihr Angebot eindeutig von der geforderten Leistung ab. Die gegenteilige Auffassung der Vergabekammer, es sei dem Auftraggeber lediglich darauf angekommen, nicht mit zusätzlichen Kosten belastet zu werden, ist nicht nachvollziehbar.

Wie der Antragsgegner den Wunsch, die Transportumschläge kostenlos zur Verfügung gestellt zu bekommen, deutlicher hätte zum Ausdruck bringen können als mit der gewählten Formulierung, ist nicht ersichtlich. Die Formulierung in den Verdingungsunterlagen ist an Eindeutigkeit nicht zu übertreffen. Gerade wenn derartige individuelle Kosten nicht genehmigungspflichtig /-fähig wären, besteht ein Interesse des Auftraggebers daran, den Aufschlag solcher Kosten auf den genehmigten Preis zu unterbinden.

Ob gegen eine solche Forderung vergaberechtliche Bedenken bestehen, bedarf keiner Entscheidung, weil die Beigeladene die Anforderung nicht gerügt hat. Dann aber musste sie die Leistung so anbieten wie gefordert.

5.) Da das Angebot aus den dargelegten Gründen auszuschließen ist. Kommt es auf die weiteren von der Antragstellerin erhobenen Rügen nicht mehr an.

C.)

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 91 Abs. 1 ZPO.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren war gem. § 50 Abs.

2 GKG in Höhe von 5% des Bruttoauftragswertes festzusetzen. Unter Berücksichtigung der Verlängerungsoption war eine Vertragslaufzeit von 4 Jahren zugrunde zu legen (vgl. OLG München, Beschl. v. 29.11.2007 -Verg 13/07 zit. nach juris).