

**Titel:**

**Angebotsausschluss wegen spekulativ erhöhter Restwertangabe**

**Normenkette:**

VgV § 15 Abs. 5, § 53 Abs. 7 S. 2, § 57 Abs. 1 Nr. 5

**Leitsätze:**

1. Macht ein Bieter die geforderten Preisangaben und bestehen auch keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Mischkalkulation, kommt ein Ausschluss eines Angebots nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 19.06.2018 - X ZR 100/16) nur dann in Betracht, wenn eine spekulative Preisangabe bei Eintritt bestimmter, zumindest nicht gänzlich fernliegender Umstände dazu führen kann, dass das Ziel verfehlt wird, im Wettbewerb das günstigste Angebot hervorzubringen, und dem zu einem verantwortungsvollen Einsatz der Haushaltsmittel verpflichteten Auftraggeber nicht mehr zugemutet werden kann, sich auf ein derartiges Angebot einzulassen. (Rn. 40 – 47)
2. Entsteht durch die spekulative Angabe eines Preisbestandteils kein Automatismus, der bei bestimmten nicht gänzlich fernliegenden Umständen dazu führt, dass der Auftraggeber übervorteilt werden kann, z.B. weil – wie im vorliegenden Fall – die Preisanpassungen für erhebliche Leistungsmehrungen frei verhandelt werden, kann das Angebot trotz der spekulativen Preisangabe nicht nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV ausgeschlossen werden. (Rn. 48 – 50)

**Schlagworte:**

Preisangabe, Restwert, Angebotsaufklärung, Angebotsausschluss, spekulative Preisangabe

**Tenor**

1. Der Antragsgegner wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht angewiesen, das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotswertung zurückzusetzen und die Wertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Für das Verfahren wird eine Gebühr in Höhe von...,00 EUR festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen. Der Antragsgegner ist von der Zahlung der Gebühr befreit.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

**Gründe**

I.

1

Der Antragsgegner beabsichtigt die Vergabe des Linienverkehrs auf der ...-Regionalbuslinie ... als Gesamtleistung (Linie) im Wege eines Offenen Verfahrens. Eine entsprechende Bekanntmachung erfolgte im Supplement des Amtsblattes der EU. In der Bekanntmachung wurde darauf hingewiesen, dass der Antragsgegner durch die ... GmbH (...) vertreten werde.

2

Als Zuschlagskriterien wurden in II.2.5) der Bekanntmachung folgende Kriterien genannt:

- die Betriebskosten mit einer Gewichtung von 75,
- die garantierte Zeit für die Bereitstellung von Ersatzfahrzeugen mit einer Gewichtung von 5,
- zusätzliche angebotene Fahrzeugqualität mit einer Gewichtung von 10 und
- die Lieferung der Neufahrzeuge/Übergangsbedienung mit einer Gewichtung von 10.

3

Mehrere Bieter reichten bis zum Schlusstermin für den Eingang der Angebote am 04.02.2021, 12:00 Uhr, Angebote ein, darunter die Antragstellerin und die Beigeladene.

#### 4

Mit Schreiben vom 12.02.2021 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass sich bei der Prüfung ihres Angebots Rückfragen ergeben hätten und ihr Gelegenheit gegeben werde dazu ergänzende Erläuterungen unter Fristsetzung vorzulegen. Unter anderem wurde in Bezug auf Anlage B 12 - Kalkulationsblatt ein Nachweis gefordert, der die Angabe des Restwertes in dieser Höhe bestätige. Dazu wurde ausgeführt:

„Ihre Angaben bezüglich des Restwerts (Position A8 und A9) wirken, im Vergleich zu den Angaben anderer Bieter, überproportional hoch. [...] Wir bitten um einen Nachweis, der die Angabe des Restwerts in dieser Höhe bestätigt.“

#### 5

Daraufhin teilte die Antragstellerin mit Schreiben vom 18.02.2021 hinsichtlich Anlage B12 mit: „Bzgl. des Restwerts haben wir unter Berücksichtigung eines weiteren Einsatzes nach der Vertragslaufzeit einen Betrag ermittelt. Wir gehen davon aus, dass die Fahrzeuge in der Bietergemeinschaft eine weitere Verwendung (z.B. Schülerverkehr) finden.“

#### 6

Mit Informationsschreiben vom 12.04.2021 nach § 134 GWB wurde die Antragstellerin darüber unterrichtet, dass beabsichtigt sei den Zuschlag frühestens am 23.04.2021 an die Beigeladene zu vergeben, da diese das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe.

#### 7

Zudem wurde die Antragstellerin informiert, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da es nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV ausgeschlossen werden müsse, da es nicht die geforderten Preisangaben enthalte. Weiter hieß es:

„Nicht enthalten sind die geforderten Preisangaben auch dann, wenn sie unvollständig sind. Unvollständig sind Preisangaben insbesondere, wenn sie die vom öffentlichen Auftraggeber aufgestellten preisbezogenen Anforderungen nicht erfüllen. Bezüglich der preisbezogenen Anforderungen des Restwertes wurden die geforderten Nachweise nicht zur Verfügung gestellt. Der in Position A9 in Anlage B12 des Angebotes angegebene Restwert der Fahrzeuge nach Vertragsende wurde durch ihre Antwort auf die Rückfrage auch nicht nachvollziehbar und vollständig aufgeklärt.“

#### 8

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 20.04.2021 den Ausschluss ihres Angebots als vergaberechtswidrig, da es keine unvollständigen Preisangaben enthalte. Der Restwert, der den Angebotspreis verringere, sei vollständig und korrekt angegeben worden. Er sei von der Antragstellerin kalkulatorisch durch betriebsinterne Weiternutzung der Fahrzeuge festgelegt worden. Die Fahrzeuge müssten nicht zum Auftragsende auf dem freien Markt veräußert werden. Da es sich um einen kalkulatorisch bestimmten internen Restwert handle, sei die Beibringung des geforderten Nachweises nicht möglich gewesen.

#### 9

Nachdem den Rügen der Antragstellerin nicht abgeholfen wurde, stellte die Antragstellerin mit Schreiben vom 22.04.2021 einen Nachprüfungsantrag gem. § 160 Abs. 1 GWB.

#### 10

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet. Entgegen der Rechtsauffassung des Antragsgegners enthalte das Angebot der Antragstellerin alle erforderlichen Preisangaben im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV. Die Antragstellerin habe die Position A9 im Kalkulationsblatt B12 ordnungsgemäß und vollständig ausgefüllt. Dass der angegebene Restwert, der den Angebotspreis verringere, dem Antragsgegner als ungewöhnlich hoch erscheine, führe nicht dazu, dass die Preisangabe fehle. Die Antragstellerin habe dem Antragsgegner auf dessen Nachfrage hin mitgeteilt, dass sie einen kalkulatorisch höheren Restwert der Fahrzeuge habe annehmen können, da sie die Fahrzeuge nach Ablauf des Auftrags in weiteren Verkehren einsetzen können werde. Die Mitglieder der Bietergemeinschaft würden zu dem angegebenen Restwert nach Vertragsablauf die Fahrzeuge intern abkaufen. Es erfolge keine Veräußerung am freien Markt mit den dann dort unter Umständen vorherrschenden Gegebenheiten und Risiken. Daher habe der Restwert von

der Antragstellerin höher kalkuliert werden können, als bei einem Verkauf auf dem freien Markt. Entgegen der Auslegung des Antragsgegners in seinem Schreiben vom 21.04.2021, handle es sich nicht um eine reine Spekulation, die Fahrzeuge nach Abschluss des Auftrags in der Bietergemeinschaft weiter einzusetzen, sondern sei unter den Mitgliedern der Bietergemeinschaft eine abgesprochene Vorgehensweise gewesen. Die betriebsinterne Kalkulation des Restwerts sei eine Annahme, die in der Risikosphäre und Entscheidungskompetenz sowie Kalkulationshoheit der Antragstellerin liege und keinem Nachweis zugänglich sei. Mehr als die von allen Geschäftsführern der Mitgliedsunternehmen unterzeichnete Erklärung im Antwortschreiben der Antragstellerin vom 18.02.2021 könne die Antragstellerin nicht beibringen. Der vom Antragsgegner im Schreiben vom 12.02.2021 geforderte Nachweis habe erkennbar nur auf den Fall abgezielt, dass die Fahrzeuge nach Auslauf des Auftrags auf dem freien Markt veräußert würden. Dies sei aber vorliegend gerade nicht der Fall. Daher habe die Antragstellerin dem Antragsgegner mitgeteilt, dass sie den höheren Restwert damit begründen könne, dass Sie die Fahrzeuge in anderen Aufträgen einsetzen können werde und daher der Restwert in der Kalkulation höher ausfalle, als wenn sie die Fahrzeuge veräußern oder an den Hersteller zurückgeben müsste.

## 11

Die Antragstellerin beantragt

1. den Antragsgegner gemäß § 163 Abs. 2 S. 3 GWB unverzüglich in Textform über den Nachprüfungsantrag zu informieren, um zum Schutze der Rechte der Antragstellerin das Zuschlagsverbot gemäß § 169 GWB auszulösen.
2. Der Antragsgegner wird vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe des Beschaffungswillens angewiesen, das im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2020/S. 247-612430 am 18.12.2021 bekannt gemachte Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im ÖPNV für die Regionalbuslinie ... 707 in rechtsfehlerfreien Stand zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
3. Es wird festgestellt, dass der Antragsgegner die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt hat.
4. Die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.
5. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung durch die Antragstellerin.

## 12

Der Antragsgegner beantragt dem Antrag nicht stattzugeben und ihn kostenpflichtig abzuweisen.

## 13

Zur Begründung trägt der Antragsgegner vor, dass der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin rechtmäßig gewesen sei. Er erläuterte, dass der in Anlage B 12 in den Positionen A8 und A9 von der Antragstellerin abgegebene Restwert im Vergleich zu den anderen Bietern, aber auch aufgrund ihrer Marktkenntnis, nicht marktüblich gewesen sei. Der Restwert spiele eine entscheidende Rolle bei Leistungsänderungen während der Vertragslaufzeit, die wahrscheinlich seien. Zudem würden durch deutlich höhere Restwertangaben niedrigere Abschreibungswerte erzielt, wodurch der Fixkostenanteil und darauffolgend auch die Gesamtkosten des Angebots sinken. Um eine Vergleichbarkeit der Angebote zu wahren, sei eine Aufklärung notwendig geworden. Weiter erklärte der Antragsgegner, dass die fristgerechte Antwort vom 18.02.2021 nicht geeignet gewesen sei, die Unklarheiten zu den Angaben zum Restwert zu beseitigen. Die Antragstellerin habe in ihrer Rüge und im Nachprüfungsantrag die Antwort nicht nur anders dargestellt, sondern auch viel ausführlicher. Auch sei der entscheidende Satz im Antwortschreiben („Wir gehen davon aus, dass die Fahrzeuge in der Bietergemeinschaft eine weitere Verwendung (z.B. Schülerverkehr) finden.“) keine verbindliche Aussage. Der Antragsgegner habe deshalb auch keinen Grund zur Nachfrage gesehen, für ihn sei eindeutig gewesen, dass sich die Antragstellerin nicht festlegen wollte.

## 14

Der Antragsgegner vertritt die Auffassung, dass der angegebene Restwert ein unzulässiger Spekulationspreis sei. Ein Angebot, das spekulativ so ausgestaltet sei, dass dem Auftraggeber bei Eintritt bestimmter, zumindest nicht gänzlich fernliegender Umstände erhebliche Übervorteilungen drohen, sei nicht zuschlagsfähig. Da der Eintritt einer Nachverhandlungssituation bei ...-Regionalbusverkehren

erfahrungsgemäß sehr wahrscheinlich sei, weil Leistungsänderungen bei vergleichbaren Leistungen üblich seien, drohten dem Antragsgegner erhebliche Übervorteilungen aufgrund des nicht nachvollziehbaren Restwerts. Bei Verkehrsverträgen mit langer Laufzeit sei es üblich und unvermeidlich, dass es zu Leistungsanpassungen während der Laufzeit komme. Die Angabe des Restwertes biete aber ein Einfallstor um bei Preisadjustierungen im Rahmen von Leistungsänderungen überhöhte Preise für den (Mehr)-Einsatz von Fahrzeugen durchzusetzen.

#### **15**

Mit Beschluss vom 03.05.2021 wurde die Bieterin, die den Zuschlag erhalten soll, beigelesen. Die Beigeladene stellt keine Anträge.

#### **16**

Am 23.08.2021 erteilte die Vergabekammer einen rechtlichen Hinweis, dass der Antragsgegner die Feststellungslast dafür trage, dass unzutreffende Preise angegeben worden seien. Der Antragsgegner habe bisher nicht nachweisen können, dass es sich beim Restwert um eine unzutreffende Preisangabe handle. Da die VgV anders als § 15 EU Abs. 2 VOB/A keine Regelung zu den Folgen einer Verweigerung der geforderten Angaben enthalte, sei der Antragsgegner gerade nicht auf einen Aufklärungsversuch ohne Rückfragemöglichkeit beschränkt. In die Prüfung, ob es sich bei der Angabe des marktunüblich hohen Restwerts der Antragstellerin, um ein Spekulationsangebot handelt, sei vom Antragsgegner zudem die Tatsache einzubeziehen, dass er in Ziffer 2.4.5. seiner Vergabeunterlagen einen vertraglichen Schutz vor Übervorteilung hinsichtlich der Restwerte implementiert habe. Der Antragsgegner müsse daher zwingend prüfen, ob sich vor diesem Hintergrund die für ein Spekulationsangebot notwendige Gefahr der Übervorteilung der Antragsgegnerin überhaupt manifestieren könne.

#### **17**

Die ehrenamtliche Beisitzerin hat die Entscheidung über die Beiladung, den Umfang der Akteneinsicht sowie im Falle einer Verfahrenseinstellung auf den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin übertragen.

#### **18**

Am 19.10.2021 fand die mündliche Verhandlung in den Räumen der Regierung von Oberbayern, in der Lazarettstraße 67, 80636 München, statt. Die Sach- und Rechtslage wurde erörtert und die Verfahrensbeteiligten hatten Gelegenheit zum Vortrag. Die Parteien waren sich einig, dass es sich bei den streitgegenständlichen Angaben zum Restwert um Preisangaben i.S.d. § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV handelt. Nach Angaben des Antragsgegners bestehe durch die Angabe eines überhöhten Restwerts das Risiko einer Übervorteilung bei einer Auftragsänderung. Dabei seien geringfügige Änderungen zwar vertraglich geregelt, man orientiere sich hier an der Restwertgarantie, die der Hersteller beim Rückkauf gewährt. Solche Restwertgarantien der Hersteller würden aber nur bis zu einer Abweichung von etwa 50.000 Kilometern zum vereinbarten Kilometerstand greifen. Auftragsänderungen, welche über diesen Wert hinausgehen, seien frei zu verhandeln. Der Antragsgegner gab an, dass es nur schwer möglich sei zu berechnen, ab welcher Abweichung das Angebot der Antragstellerin mit dem höheren Restwert nicht mehr das wirtschaftlichste wäre, da es keinen Automatismus bei der Berechnung der zusätzlichen Kilometer gäbe, sondern alles individuell verhandelt werden müsse.

#### **19**

Auf Nachfrage der Vergabekammer gab der Antragsteller an, dass er nach der Antwort der Antragstellerin auf sein Aufklärungsersuchen keine Anhaltspunkte für weitere Fragen gesehen hätte, da er das Vorliegen eines Spekulationsangebots als gegeben ansah.

#### **20**

Die Beteiligten wurden durch den Austausch der jeweiligen Schriftsätze informiert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

#### **21**

Die Vergabekammer Südbayern ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig.

**22**

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern ergibt sich aus §§ 155, 156 Abs. 1, 158 Abs. 2 GWB i. V. m. §§ 1 und 2 BayNpV.

**23**

Gegenstand der Vergabe ist ein Dienstleistungsauftrag i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB. Der Antragsgegner ist Auftraggeber gemäß §§ 98, 99 Nr. 1 GWB. Der geschätzte Gesamtauftragswert überschreitet den gemäß § 106 GWB maßgeblichen Schwellenwert in Höhe von 214.000 Euro erheblich.

**24**

Eine Ausnahmebestimmung der §§ 107 - 109 GWB liegt nicht vor.

**25**

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

**26**

Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, wenn es sein Interesse am Auftrag, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB und zumindest einen drohenden Schaden darlegt.

**27**

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Angebots nachgewiesen. Es ist nicht erkennbar, dass sie mit diesem Nachprüfungsantrag einen anderen Zweck verfolgt, als den, den strittigen Auftrag zu erhalten. Die Antragstellerin hat eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB insbesondere auf Grund des Ausschlusses ihres Angebots wegen fehlender Preisangaben geltend gemacht.

**28**

Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht auch keine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB entgegen, da die Rüge innerhalb von zehn Tagen nach Mitteilung des Ausschlusses im Informationsschreiben nach § 134 GWB erfolgte und der Nachprüfungsantrag direkt am Tag nach der Mitteilung des Auftraggebers, der rüge nicht abhelfen zu wollen, gestellt wurde.

**29**

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

**30**

Das Angebot der Antragstellerin durfte vom Antragsgegner weder wegen fehlender Mitwirkung an der Angebotsaufklärung noch wegen fehlender Preisangaben ausgeschlossen werden.

**31**

1. Das Angebot der Antragstellerin war nicht wegen fehlender Mitwirkung an der Aufklärung auszuschließen, da die Aufklärung hinsichtlich der Höhe des Restwerts aus Sicht des Antragsgegners ausreichend beantwortet wurde.

**32**

Die Angebotsaufklärung dient der Klärung des Angebotsinhalts, wenn nach rechnerischer, technischer und wirtschaftlicher Prüfung noch Zweifelsfragen bzgl. des Angebotsinhalts bestehen. Der Antragsgegner hatte im vorliegenden Fall unter anderem hinsichtlich des angegebenen Restwerts der Fahrzeuge am Ende der Vertragslaufzeit Aufklärungsbedarf, da er den angegebenen Restwert als überdurchschnittlich hoch einstufte. Sein berechtigtes Aufklärungsinteresse lag darin, dass der prüfen musste, ob er die ihm überhöht erscheinende Restwertangabe akzeptieren musste, weil sie belegbar war und er diesbezüglich keine Vorgaben gemacht hatte, oder ob er in die Prüfung des Ausschlusses des Angebots als Spekulationsangebot einzutreten hatte.

**33**

Mit der Antwort der Antragstellerin, dass der Restwert von ihr selbst ermittelt worden sei und diese davon ausgehen würde, dass die Fahrzeuge in der Bietergemeinschaft eine weitere Verwendung fänden, war der Aufklärungsbedarf des Antragsgegners jedoch erfüllt. Der Antragsgegner trug sowohl in seinem Schriftsatz vom 04.05.2021 als auch in der mündlichen Verhandlung vor, dass er nach dieser Antwort keine weiteren Rückfragen hinsichtlich des Restwerts hatte und diesen als Spekulationspreis einstufen konnte.

### 34

Dass die von der Antragstellerin gegebene Antwort nicht zu dem vom Antragsgegner erwarteten Ergebnis geführt hat, dass der von der Antragstellerin angegebene Restwert durch eine Rückkaufgarantie des Fahrzeugherstellers nachgewiesen wurde, ist für die Frage, ob die Antragstellerin an der Angebotsaufklärung in ausreichendem Maße mitgewirkt hat, nicht von Bedeutung.

### 35

Die Antragstellerin hat mit ihrer Antwort vom 18.02.2021 den beim Antragsgegner vorhandenen Aufklärungsbedarf erfüllt und der Antragsgegner sah sich mit der gegebenen Antwort in der Lage, zu beurteilen, dass eine spekulative Preisangabe hinsichtlich des angegebenen Restwerts vorlag und er in die Prüfung des Ausschlusses des Angebots als Spekulationsangebot eintreten konnte.

### 36

Inwieweit eine unzureichende Antwort auf ein Aufklärungsverlangen einer fehlenden Mitwirkung an der Aufklärung gleichsteht und ob auch unter Geltung der VgV ein Angebot wegen fehlender Mitwirkung an der Aufklärung in analoger Anwendung von § 15 EU Abs. 2 VOB/A zwingend auszuschließen ist, muss daher im vorliegenden Nachprüfungsverfahren nicht entschieden werden.

### 37

2. Das Angebot der Antragstellerin ist allerdings auch nicht als Spekulationsangebot nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV wegen fehlender Preisangaben auszuschließen, da zwar eine spekulative Preisangabe vorliegt, aber kein ausreichend konkretes Risiko für einen erheblichen wirtschaftlichen Nachteil für den Auftraggeber bei der Abrechnung des Auftrags dargelegt werden konnte.

### 38

2.1. § 53 Abs. 7 S. 2 VgV verlangt, dass die Angebote die geforderten Preise enthalten müssen. Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn die Vergleichbarkeit der Angebote gegeben ist. Damit ein Angebot gewertet werden kann, ist deshalb grundsätzlich jeder einzelne in der Leistungsbeschreibung oder in den übrigen Vergabeunterlagen vorgesehener Preis, so wie gefordert vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Lieferung oder Leistung beansprucht wird. (BGH, Urteil vom 24.05.2005 - X ZR 243/02).

### 39

Die Antragstellerin hat an der geforderten Stelle eine Angabe über den Restwert der Fahrzeuge gemacht, so dass die Preisangabe vorhanden ist. Wird allerdings ein Preis zwar angegeben, dieser ist jedoch unvollständig oder sonst unzutreffend, insbesondere nicht mit dem Betrag, der dem Auftraggeber für die Lieferung oder Leistung wahrheitsgemäß in Rechnung gestellt werden soll, ist die Preisangabe ebenfalls als „fehlend“ anzusehen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.03.2016 - Verg 48/15).

### 40

2.2. Öffentliche Auftraggeber haben ein geschütztes Interesse daran, dass die Preise durchwegs korrekt angegeben werden. Diese Regelung trägt auch dem Umstand Rechnung, dass die Zahlungspflichten der Auftraggeber durch Verlagerung einzelner Preisbestandteile manipuliert werden können. Verlagert der Bieter die für einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses eigentlich vorgesehenen Preise ganz oder teilweise in andere Positionen, greift § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV deshalb grundsätzlich ein (vgl. BGH, Urteil vom 19.06.2018 - X ZR 100/16).

### 41

Dies beschränkt sich jedoch nicht auf Mischkalkulationen, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegende Positionen des Leistungsverzeichnisses bestimmte andere Positionen mit auffällig hohen Ansätzen entsprechen. Ein Angebot kann auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Bieter den Preis für einzelne Positionen, etwa in der Erwartung, bei der Auftragsausführung werde es zu Änderungen am Leistungsumfang kommen, derart erhöht, dass er bei dem nicht unwahrscheinlichen Eintritt der Änderung einen deutlich höheren Erlös erzielen kann (vgl. Dittmann/Dicks in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 56 Rn. 84).

### 42

Es ist zwar nicht von vornherein in jedem Fall vergaberechtswidrig, wenn ein Bieter Unschärfen des Leistungsverzeichnisses bei den Mengenansätzen erkennt und durch entsprechende Kalkulation Vorteile zu erringen sucht, sondern Sache und Risiko des Auftraggebers, solche Spielräume zum Nachteil der

öffentlichen Hand im Leistungsverzeichnis auszuschließen. Dies findet im Vergabewettbewerb aber mit Blick auf dessen Zweck, das günstigste Angebot hervorzubringen, und die Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB (BGH, Urteil vom 09.06.2011 - X ZR 143/10) nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) seine Grenzen dort, wo ein Bieter die Ausgestaltung des Leistungsverzeichnisses zu unredlicher Spekulation ausnutzt.

#### **43**

Ein Angebot, das spekulativ so ausgestaltet ist, dass dem Auftraggeber bei Eintritt bestimmter, zumindest nicht gänzlich fernliegender Umstände erhebliche Übervorteilungen drohen, ist nicht zuschlagsfähig. Vielmehr verletzt der betreffende Bieter seine Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB, wenn er für eine Position, bei der in der Ausführung nicht unerhebliche Mehrmengen anfallen können, einen Preis ansetzt, der so überhöhte Nachforderungen nach sich ziehen kann, dass aus Sicht eines verständigen Teilnehmers am Vergabeverfahren das Ziel verfehlt wird, im Wettbewerb das günstigste Angebot hervorzubringen, und dem zu einem verantwortungsvollen Einsatz der Haushaltsmittel verpflichteten Auftraggeber nicht mehr zugemutet werden kann, sich auf ein derartiges Angebot einzulassen. Der Bieter kann sich nämlich auf diese Weise bei der Wertung nach dem Preis einen geringfügigen, aber gegebenenfalls für die Rangfolge der Angebote ausschlaggebenden Vorteil verschaffen, der mit der Chance eines deutlich erheblicheren wirtschaftlichen Nachteils für den Auftraggeber bei der Abrechnung des Auftrags verbunden ist. In einem solchen Fall ist der Auftraggeber nicht zur Zuschlagserteilung verpflichtet, auch wenn das fragliche Angebot formal-rechnerisch als das preiswerteste erscheint. (BGH, Urteil vom 19.06.2018 - X ZR 100/16).

#### **44**

2.3. Die vom BGH für den Baubereich aufgestellten obigen Grundsätze sind nicht ohne Weiteres auf die vorliegende Situation übertragbar.

#### **45**

Der anzugebende Restwert ist allerdings eine Preisangabe nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV, da er über die Abschreibungen sowie über das erforderliche Anlagevermögen und damit über die Kapitalverzinsung in die festen Kosten/Jahr eingeht, welche über die Gesamtkosten/Jahr Bestandteil des bewerteten Preises „Kosten/Nutzwagenkilometer“ sind. Dies ist zwischen den Beteiligten unstrittig.

#### **46**

Im vorliegenden Fall fehlt allerdings keine Preisangabe, vielmehr hat die Antragstellerin die entsprechenden Preisangaben zum Restwert gemacht. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte, dass die Antragstellerin eine Mischkalkulation erstellt hat, bei der sie Preisbestandteile in andere, hierfür nicht vorgesehene Positionen des Leistungsverzeichnisses verschoben hat und sie deshalb nicht den wahren geforderten Preis angibt, was nach der Rechtsprechung dem Fehlen von Preisen gleichstehen soll.

#### **47**

Ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV kommt daher nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 19.06.2018 - X ZR 100/16) nur dann in Betracht, wenn die spekulative Preisangabe bei Eintritt bestimmter, zumindest nicht gänzlich fernliegender Umstände dazu führen kann, dass das Ziel verfehlt wird, im Wettbewerb das günstigste Angebot hervorzubringen, und dem zu einem verantwortungsvollen Einsatz der Haushaltsmittel verpflichteten Auftraggeber nicht mehr zugemutet werden kann, sich auf ein derartiges Angebot einzulassen.

#### **48**

2.4 Nach Ziffer 2.4.5. der Ausschreibungsunterlagen bilden die in der Kalkulation (Anlage B 12) angegebenen Einzelwerte, damit auch der angegebene Restwert, die Grundlage für Änderungen und Anpassungen der Kostensätze bei Leistungsänderungen. In den Regionalbusverkehren ist bei einer Laufzeit über 6 Jahre die Notwendigkeit von Nachverhandlungen wegen Leistungsänderungen auch durchaus wahrscheinlich.

#### **49**

Der Antragsgegner konnte jedoch nicht darlegen, dass ihm durch den nicht marktüblichen Restwert eine Übervorteilung bei Verhandlungen über die Leistungsanpassungen droht, die solche erheblichen Nachteile mit sich bringen, dass das Angebot der Antragstellerin damit nicht mehr das wirtschaftlichste wäre. Zwar bietet die Angabe eines nicht marktüblichen höheren Restwerts eine Argumentationsgrundlage für die Antragstellerin, bei Preis Anpassungen im Rahmen von Leistungsänderungen überhöhte Preise für den

Mehreinsatz von Fahrzeugen zu fordern, jedoch werden die Preise bei erheblichen Leistungsmehrungen (Leistungsminderungen hält der Auftraggeber für unwahrscheinlich) frei verhandelt. Es ist durchaus möglich, dass sich durch die nicht marktübliche Angabe des Restwerts durch die Antragstellerin die Verhandlungen im Falle einer nachträglichen erheblichen Auftragsmehrung schwieriger gestalten könnten, weil die Antragstellerin dann einen überproportionalen Wertverlust durch die nachträglich erhöhte Laufleistung der Fahrzeuge geltend machen könnte. Dies führt jedoch nicht zu der Gefahr, dass das Angebot der Antragstellerin durch den höheren Restwert automatisch bei einer Leistungsmehrung durch einen überhöhten Ausgleich für den behaupteten Wertverlust unwirtschaftlich werden könnte. Es werden im vorliegenden Fall gerade keine Preise für Leistungsmehrungen abgefragt, welche dann vom Antragsgegner so übernommen werden müssen. Vielmehr ist der Restwert nach dem geplanten Vertragsumfang lediglich eine Ausgangsbasis für freie Verhandlungen über erhebliche Leistungsmehrungen. Der Antragsteller kann hier in späteren Verhandlungen seine Position und Rechtsauffassung zu dem nicht marktüblichen Restwert durchaus einbringen und entsprechend verhandeln. Die reine Unannehmlichkeit, dass der Antragsgegner dann gegebenenfalls größere Mühe und mehr Diskussionen bei künftigen Verhandlungen über Leistungsmehrungen zu erwarten hat, begründet jedenfalls nicht die Gefahr eines deutlich erheblicheren wirtschaftlichen Nachteils für den Auftraggeber bei der Abrechnung des Auftrags, was Voraussetzung für den Ausschluss eines Angebots mit einem spekulativen Preisbestandteil wäre.

#### **50**

Die vorliegende Situation ist nicht mit den vom BGH entschiedenen Fällen zur Spekulation auf Mengenerhöhungen oder -reduzierungen unter dem Regelungsregime der VOB/B zu vergleichen. Der von der Antragstellerin spekulativ hoch angesetzte Restwert führt im vorliegenden Fall gerade nicht dazu, dass ein Automatismus entsteht, durch den dem Antragsgegner bei erheblichen Leistungsänderungen eine Übervorteilung bei Verhandlungen über die Leistungsanpassungen droht, die solche erheblichen Nachteile mit sich bringen, dass das Angebot der Antragstellerin damit nicht mehr das wirtschaftlichste wäre.

#### **51**

3. Kosten des Verfahrens

#### **52**

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren vor der Vergabekammer unterlegen ist. Dies ist vorliegend der Antragsgegner.

#### **53**

Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 182 Abs. 2 GWB. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500 Euro und 50.000 Euro, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt und, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag vom 100.000 Euro erhöht werden kann.

#### **54**

Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Der Antragsgegner ist als Landkreis von der Zahlung der Gebühr nach § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG (Bund) vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung befreit. Die Gebühr wird vorliegend auf...,00 EUR festgesetzt.

#### **55**

Von der Antragstellerin wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 2.500 Euro erhoben. Dieser Kostenvorschuss wird nach Bestandskräften stattet.

#### **56**

Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin beruht auf § 182 Abs. 4 S. 1 GWB. Die Zuziehung eines anwaltlichen Vertreters wird als notwendig i. S. v. § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. Art. 80 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2 BayVwVfG angesehen. Die anwaltliche Vertretung war erforderlich, da eine umfassende Rechtskenntnis und damit eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nach dem GWB nicht von einem durchschnittlichen Bieter erwartet werden kann. Zur Durchsetzung ihrer Rechte ist die Antragstellerin hier aufgrund der komplexen Rechtsmaterie im

Rahmen der Frage, wann ein Spekulationsangebot vorliegt und ein Ausschluss dieses Angebots zulässig ist, auf anwaltliche Vertretung angewiesen.

## 57

Auch wenn die Beigeladene keine Anträge gestellt hat, muss die Vergabekammer von Amts wegen über die Aufwendungen der Beigeladenen entscheiden. Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen beruht auf § 182 Abs. 4 S. 3, S. 2 GWB. Danach sind Aufwendungen der Beigeladenen nur erstattungsfähig, wenn die Vergabekammer sie als billig erachtet. Dabei setzt die Erstattungsfähigkeit jedenfalls voraus, dass die Beigeladene sich mit demselben Rechtsschutzziel wie der obsiegende Verfahrensbeteiligte aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat (OLG Brandenburg, Beschluss vom 09.02.2010, Az.: Verg W 10/09). Die Beigeladene hat sich weder auf Seiten der obsiegenden Verfahrensbeteiligten noch aktiv durch schriftlichen oder mündlichen Vortrag am Verfahren beteiligt. Sie trägt daher aus Gründen der Billigkeit etwaige Kosten zur notwendigen Rechtsverfolgung selbst.