

Titel:

Bayerisches Oberstes Landesgericht, Nachprüfungsverfahren, Öffentlicher Dienstleistungsauftrag, Entscheidungen der Vergabekammer, Dienstleistungskonzession, Verhandlungsverfahren, Rechtsmittelbelehrung, Ungewöhnlich niedriges Angebot, Gebührenfestsetzung, Vergabeverfahren, Sofortige Beschwerde, Kostenvorschuss, Bietergemeinschaft, Vergabevermerk, Zweckentsprechende Rechtsverfolgung, Öffentlicher Auftraggeber, Verfahren vor der Vergabekammer, Vergabeunterlagen, Dienstleistungen, Vergaberecht

Normenketten:

VgV § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3

GWB § 105 Abs. 2

VgV § 60

KonzVgV § 12 Abs. 1

Leitsätze:

1. Eine Rügepräklusion hinsichtlich der Wahl der falschen Verfahrensart kommt nicht in Betracht, wenn in den Vergabeunterlagen zwar Informationen zur Verfahrenswahl enthalten sind, diese jedoch nicht geeignet sind, der Antragstellerin eine in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ausreichende Grundlage zu vermitteln, einen Vergaberechtsverstoß betreffend die Wahl der Verfahrensart zu rügen. Um einschätzen zu können, ob der öffentliche Auftraggeber die richtige Verfahrensart gewählt hat, ob insbesondere eine Dienstleistungskonzession in Abgrenzung zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages vorliegt, bedarf es weitergehender Informationen, als dass gegebenenfalls Zuschusszahlungen notwendig werden, sowie der Kenntnis der tatsächlichen Grundlagen, die den Auftraggeber zu seiner Entscheidung für einen Dienstleistungsauftrag bewogen haben. Fehlen diese, kommt eine Rügepräklusion nicht in Betracht.
2. Es bedarf vor Ausschreibung eines Vergabeverfahrens einer klaren Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers und entsprechender Ausgestaltung der Vergabeunterlagen auf der Grundlage eines Dienstleistungsauftrages oder einer Dienstleistungskonzession.
3. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit kann eine Überprüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes auch im Rahmen einer Vergabe einer Dienstleistungskonzession gebieten, da auch hier die Gefahr einer letztlich unwirtschaftlichen Beschaffung für den öffentlichen Auftraggeber besteht. Auch bei einer Dienstleistungskonzession kann bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten die Gefahr bestehen, dass der Konzessionsnehmer zu den von ihm angebotenen Konditionen die Leistung nur unzureichend erbringt oder zusätzliche Leistungen des Konzessionsgebers fordert.
4. Der in § 12 Abs. 1 KonzVgV enthaltene Grundsatz der freien Verfahrensgestaltung räumt dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit ein, sich ein Recht zur Prüfung der Auskömmlichkeit in entsprechender Anwendung der Regelungen des § 60 VgV in den Vergabeunterlagen vorzubehalten, von dem er dann nach pflichtgemäßem Ermessen Gebrauch machen kann.

Schlagwort:

Konzessionen

Fundstellen:

BeckRS 2023, 36209

NZBau 2024, 435

LSK 2023, 36209

Tenor

1. Die Antragsgegnerin wird bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen. Es wird festgestellt, dass der Ausschluss

des Angebots der Antragstellerin vom Vergabeverfahren rechtmäßig war und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt hat.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

3. Für das Verfahren wird eine Gebühr in Höhe von ...,00 EUR festgesetzt. Die Antragsgegnerin ist von der Zahlung der Gebühr befreit. Auslagen sind nicht angefallen.

4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe

I.

1

Mit Auftragsbekanntmachung vom 03.06.2020, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter 2020/S ..., schrieb die Antragsgegnerin einen Dienstleistungsauftrag über die Errichtung und den Betrieb von Ladeeinrichtungen im öffentlichen Raum (AC- und DCLadeeinrichtungen) im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb aus.

2

In Abschnitt II.2.4) der Bekanntmachung teilte die Antragsgegnerin folgendes mit:

...

„Maßstab für die Ausschreibung sind dabei die Vorgaben zur Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Vergabeverordnung (VgV). Dies liegt daran, dass nach Abschluss der Markterkundungsgespräche nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine Zahlung der ... M... erforderlich wird. Dann kann die zu vergebende Leistung als ein öffentlicher Auftrag (und nicht als Konzession) zu bewerten sein, weil die ... M... der obsiegenden Bieterin bzw. dem obsiegenden Bieter einen (ggf. überwiegenden Teil) des wirtschaftlichen Risikos abnimmt. Das Verhandlungsverfahren unterliegt bei der Annahme eines öffentlichen Auftrags höheren Anforderungen als bei einer Konzessionsvergabe.“ [... Bestandteil der Vergabeunterlagen war unter anderem die Aufforderung zum finalen Angebot vom 20.07.2022. Dies enthielt folgende Formulierungen: [...] „Ein Zuschuss für die Errichtung und den Betrieb der Ladeinfrastruktur durch die ... bleibt optional weiter möglich. (...) Bei der Auftragsbekanntmachung strebte die ... M... an, dass für den Auftrag keine Vergütung der Auftraggeberin an die künftige Betreiberin bzw. den künftigen Betreiber gezahlt wird, sondern dass durch die exklusive Zurverfügungstellung des öffentlichen Raumes für den Betrieb der Ladeeinrichtungen ein tragfähiges Geschäftsmodell entsteht. Gleichwohl besteht die Möglichkeit der Zahlung einer Vergütung, soweit diese aus Sicht der künftigen Betreiberin bzw. des künftigen Betreibers notwendig sein sollte. Zur Deckung der Zuschüsse sollten die Fördermittel genutzt werden, die nun nicht mehr zur Verfügung stehen; daneben sicherte die Auftraggeberin sich für diesen Fall weitere Mittel. Soweit die Vergütung durch die Auftraggeberin weniger als 1 Mio. Euro beträgt, bedarf es zum Zuschlag nur einer förmlichen Entscheidung des Stadtrats der ... M... Der hierfür notwendige Prozess wird voraussichtlich innerhalb von drei Monaten abgeschlossen werden können. Soweit der Zuschussbedarf mehr als 1 Mio. Euro beträgt, müssen zusätzliche Mittel bereitgestellt werden. Wie bereits in den Bietergesprächen erläutert, muss der Stadtrat der ... M... dann sowohl mit der Höhe des Zuschussbedarfs als auch mit der Entscheidung über den Zuschlag befasst werden. In diesem Fall wird der Zuschlag voraussichtlich erst im 4. Quartal 2022 erteilt werden können.“

[...]

3

Die Antragstellerin reichte innerhalb der auf den 21.09.2022 festgesetzten Angebotsfrist ein Angebot ein.

4

Am 05.10.2022 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sich bei dem Angebot der Antragstellerin ein Aufklärungsbedarf ergeben habe. Sie fragte an, ob das Angebot der Antragstellerin so verstanden werden könne, dass jegliche Zahlungen der Antragsgegnerin in Form eines Betreiberentgeltes an die Antragstellerin ausgeschlossen seien und es zutreffend sei, dass das Betreiberentgelt höchstens null Euro betrage bzw. unter den von der Antragstellerin geschilderten Voraussetzungen ab dem 3. Vertragsjahr

an ACLadeeinrichtungen auch negativ sein könne. Die Antragstellerin bejahte beide Fragestellungen noch am selben Tag.

5

Am 23.11.2022 bat die Antragsgegnerin die Antragstellerin um weitere Aufklärung ihres Angebotes. Sie teilte mit, dass sich bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise das Angebot der Antragstellerin als ungewöhnlich niedrig i.S.d. § 60 VgV darstelle und sie daher verpflichtet sei, den Angebotspreis aufzuklären. Hierzu lud die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu einem Aufklärungsgespräch ein und teilte ihr im Vorfeld den Gegenstand der Aufklärung mit. Die Antragsgegnerin bat um Erläuterung der aufgeworfenen Aspekte im Rahmen des Aufklärungsgesprächs sowie um Zusendung einer schriftlichen Stellungnahme im Anschluss an das Gespräch. Das Aufklärungsgespräch fand am 29.11.2022 statt. Mit Schreiben vom 01.12.2022 reichte die Antragstellerin zwei Stellungnahmen der Mitglieder der Bietergemeinschaft ein. Mit Schreiben vom 05.12.2022 teilte die Antragsgegnerin mit, dass die Stellungnahmen der Antragstellerin nur zum Teil die geforderten Informationen enthielten. Sie wies darauf hin, dass Ausführungen zur DC-Ladeinfrastruktur vollständig fehlten. Zudem wies sie auf weitere aufklärungsbedürftige Punkte hin. Mit Schreiben vom 07.12.2022 reichte die Antragstellerin eine Stellungnahme zum Aufklärungsersuchen ein. Am 14.12.2022 erfolgte dann ein weiteres Aufklärungsersuchen von Seiten der Antragsgegnerin, in dem die Antragsgegnerin die ihrer Auffassung nach weiter aufklärungsbedürftigen Punkte darlegte und um weitere Aufklärung bat. Am 16. und 17.12.2022 gingen die Stellungnahmen der Antragstellerin auf das Aufklärungsersuchen bei der Antragsgegnerin ein.

6

Nach einer wirtschaftlichen und rechtlichen Prüfung durch die von der Antragsgegnerin beauftragten Wirtschaftsprüfer am 26.01.2023 und 02.02.2023 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Schreiben vom 09.03.2023 mit, dass ihr Angebot nach § 60 Abs. 3 S. 1 VgV von der Wertung ausgeschlossen werden müsse, da der ungewöhnlich niedrige Preis nicht aufgeklärt werden konnte. Zudem begründete sie ihre Entscheidung.

7

Mit Schreiben vom 18.03.2023 beanstandete die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebotes durch die Antragsgegnerin als vergaberechtswidrig und begründete ihre Rüge.

8

Mit Schreiben vom 27.03.2023 antwortete die Antragsgegnerin der Antragstellerin, dass ihren Rügen nicht abgeholfen werde.

9

Nachdem den Rügen der Antragstellerin nicht abgeholfen wurde, stellte die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.04.2023 einen Nachprüfungsantrag gem. § 160 Abs. 1 GWB.

10

Die Antragstellerin trägt vor, dass der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei. Die Antragstellerin wendet sich gegen den Ausschluss ihres Angebots aus dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren. Sie führt aus, dass der Ausschluss vergaberechtswidrig sei, weil die Voraussetzungen, unter denen § 60 Abs. 3 S. 1 VgV einen solchen Ausschluss zulasse, nicht vorlägen bzw. jedenfalls aufgrund der zweigliedrigen Bietergemeinschaft eine Sonderkonstellation gegeben sei, in der das gebundene Ermessen der Antragsgegnerin gegen den Ausschluss spreche. Es sei bereits fraglich, ob die Voraussetzungen einer Aufklärung nach § 60 Abs. 1 VgV gegeben seien. Die Antragsgegnerin stütze sich auf einen ungenügenden Vergleichsmaßstab, indem sie lediglich darauf abstelle, dass die Antragstellerin kein Errichtungs- und/oder Betreiberentgelt von der Antragsgegnerin verlange, ohne den Gesamtrahmen des Auftrages in den Vergleich mit einzubeziehen. Selbst wenn man das Erreichen der Aufgreifschwelle unterstelle, habe die Antragstellerin die Kalkulation ihrer Angebote genügend erläutert und belegt, um der Antragsgegnerin eine Prüfung hinsichtlich der in § 60 Abs. 2 Satz 2 VgV genannten Punkte ebenso zu ermöglichen, wie die Prüfung der Auskömmlichkeit des Angebotes als solchem. Auch, soweit die Antragsgegnerin meine, dass Zweifel an der Auskömmlichkeit bestünden, lege sie solche nicht auf der Basis der von der Antragstellerin (bzw. ihrer beiden Mitglieder) vorgelegten Kalkulationen dar, sondern ziehe lediglich deren Verlässlichkeit bzw. die den Kalkulationen zugrundeliegenden Ansätze und Prognosen in Zweifel. In sich seien die Kalkulationen jedoch schlüssig bzw. brächte die Antragsgegnerin keine Schlüssigkeitsbedenken vor. Die Antragsgegnerin werfe der Antragstellerin gleichwohl vor, unzureichend an der Aufklärung mitgewirkt zu

haben. Die Antragsgegnerin moniere dabei insbesondere Unterschiede zwischen den Darlegungen und vermeintliche Inkonsistenzen, die für sie Zweifel an der Verlässlichkeit der Darlegungen und Kalkulation begründen. Sie habe im Laufe der Bemühungen der Parteien um eine Klärung jedoch immer wieder nur neue vermeintliche Inkonsistenzen aufgeworfen, ohne jemals konkret festzustellen, dass sich die Angebotshöhe nicht erklären lasse. Die Antragsgegnerin vermeide eine inhaltliche Entscheidung mit formalistischen Argumenten. Auch könnten der Antragstellerin nicht Abweichungen zwischen den Kalkulationen ihrer Mitglieder vorgehalten werden, so lange die Antragsgegnerin keine allgemeinen Kalkulationsvorgaben mache und eine mehrjährige Prognose mit einer Vielzahl variabler Faktoren gefordert sei. Die Antragsgegnerin lege einen unzutreffenden Maßstab an ihre eigene Überzeugungsbildung und in der Folge an die vermeintlichen Mitwirkungs- und Aufklärungspflichten der Antragstellerin und der Mitglieder der Antragstellerin an. Sie müsse eine objektiv nachvollziehbare Erklärung und Darlegung ausreichen lassen, auch wenn sie sich ggf. selbst nicht überzeugt sehe. Die Antragsgegnerin scheine die Vorgabe in § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV, dass sie das Angebot ablehnen darf, wenn sich die Höhe „nicht zufriedenstellend aufklären“ lässt, jedoch als subjektiven Freibrief für jegliche Art von Zweifel misszuverstehen. Die Antragsgegnerin berücksichtige in ihrer Bewertung der Angaben der Antragstellerin nicht die Ungewissheiten der den Kalkulationen zugrundeliegenden tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen, die Prognoseentscheidungen erforderten, die nicht abschließend richtig oder falsch seien. Außerdem müssten sie dem Umstand Rechnung tragen, dass das wirtschaftliche Umfeld für die ausgeschriebenen Leistungen in einem dynamischen Wandel begriffen sei, der sich auf die Grundlagen der Prognoseentscheidungen auswirke und im Laufe des Verhandlungsverfahrens zu Anpassungen der Kalkulationen und der zugrundeliegenden Parameter führe. Die Antragsgegnerin müsse auch die Tatsache berücksichtigen, dass die Antragstellerin eine Bietergemeinschaft aus zwei erfahrenen Marktteilnehmern mit vielfältigen Referenzen sei, die jeweils beide in der Lage seien, die angebotenen Leistungen zu erbringen und hierfür jeweils einzustehen, sodass an der Nachhaltigkeit des Angebots objektiv keine Zweifel bestehen könnten. Zudem hätte sie den Umstand beachten müssen, dass das Vergabeverfahren sich seit nunmehr mehr als 2 ½ Jahren ziehe, was gerade in dem dynamischen Umfeld zu erheblichen Änderungen führe.

11

Die Antragstellerin beantragt

1. Es wird festgestellt, dass der Ausschluss der Antragstellerin vom Vergabeverfahren rechtswidrig ist.
2. Das Vergabeverfahren wird in den Zustand unmittelbar vor der Ausschlussentscheidung am 09.03.2023 zurückversetzt.
3. Die Antragstellerin wird wieder am weiteren Vergabeverfahren beteiligt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
5. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für das Verfahren vor der Vergabekammer durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

12

Die Antragsgegnerin beantragt

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin.

13

Zur Begründung trägt die Antragsgegnerin vor, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unbegründet sei. Der Ausschluss der Antragstellerin vom Vergabeverfahren der Antragsgegnerin gemäß § 60 Abs. 3 S. 1 VgV sei rechtmäßig. Der Angebotspreis stelle sich als ungewöhnlich niedrig im Sinne von § 60 Abs. 1 VgV dar. Eine Überprüfung der Auskömmlichkeit des Angebots der Antragstellerin sei vorzunehmen gewesen, da die Bietergemeinschaft ein Angebot zum Preis von null Euro abgegeben habe, während das Konkurrenzangebot einen hohen Zuschussbedarf vorgesehen habe. Dadurch lägen die Gesamtpreise der konkurrierenden Angebote so erheblich auseinander, sodass Zweifel an der

Auskömmlichkeit des Angebots der Antragstellerin entstanden seien. Die Antragsgegnerin kam ihrer Aufklärungspflicht nach, indem sie die Antragstellerin aufgefordert habe, ihre Angaben zu plausibilisieren und die Preise zu erläutern. Die Antragstellerin sei jedoch nicht in der Lage, den Angebotspreis hinreichend zu erläutern, so dass die von der Bietergemeinschaft behauptete Auskömmlichkeit des Angebots wirtschaftlich und rechtlich nicht nachvollziehbar belegt worden sei. Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin insgesamt drei Mal die Gelegenheit gegeben, ihre Angaben plausibel zu erklären und darzulegen und habe damit ihre vergaberechtlich vorgesehene Aufklärungspflicht übererfüllt. Insbesondere habe die Antragsgegnerin in ihrem zweiten Schreiben die konkreten Punkte deutlich gemacht, zu denen eine Stellungnahme der Antragstellerin erforderlich gewesen sei. Jedoch seien die Angaben zum Angebotspreis auch nach der dritten Stellungnahme widersprüchlich geblieben und seien während des Aufklärungsverfahrens mehrfach geändert und revidiert worden, ohne dass dafür die Gründe dargelegt wurden. Vor diesem Hintergrund sei die Preisaufklärung erfolglos geblieben, sodass die Bietergemeinschaft vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei.

14

Mit Schriftsatz vom 17.08.2023 trug die Antragstellerin nach erfolgter Akteneinsicht vor, dass das Vorliegen einer signifikanten Preisdifferenz von der Antragsgegnerin nicht dargelegt worden sei. Auf die Frage, ob ein Zuschuss gefordert wird oder nicht, könne sich die Antragsgegnerin nicht stützen, weil es sich hier nur um einen verhältnismäßig geringen Teil der Gesamtkosten handeln könne, die im Übrigen über die Ladeentgelte finanziert würden. Feststellungen hierzu würden jedoch fehlen. Hinzu käme, dass der Verzicht auf einen Zuschuss ein erklärtes Ziel der Antragsgegnerin gewesen und sie die Möglichkeit, dass ein Zuschuss notwendig werden könnte, nur optional mit in der Ausschreibung berücksichtigt habe, weil nicht sicher gewesen sei, ob ein zwingender Zuschussbedarf bestehen könne. Die Antragsgegnerin habe auch sonst keine Umstände festgestellt, die die Bewertung des Angebots als ungewöhnlich niedrig rechtfertigen. Marktpreise seien nach Ansicht der Antragsgegnerin nicht feststellbar bzw. nicht relevant. Es bestünde sodann nur noch ein wertungsfähiges anderes Angebot. Abweichungen zwischen den Angeboten eigneten sich nicht als Grundlage für eine Aufgreifentscheidung. In jedem Fall hätte eine Ermessensentscheidung getroffen werden müssen. Das sei nicht erfolgt, vielmehr sei die Antragsgegnerin von einem gebundenen Ermessen zum Nachteil der Antragstellerin ausgegangen. Selbst, wenn die Antragsgegnerin zur Preisprüfung berechtigt gewesen wäre, hätte das Ergebnis nicht zum Ausschluss der Antragstellerin führen können. Die Mitarbeiter der beauftragten Rechtsanwaltskanzlei kämen in ihrer initialen Bewertung zur Feststellung, dass die Angebote rechnerisch auskömmlich seien. Sie hätten sodann festgestellt, dass noch Fragen – insbesondere aus den Unterschieden zwischen den Kalkulationen der Mitglieder der Antragstellerin und aus dem Verlauf der Aufklärungsgespräche geblieben seien. Dass diese Fragen geeignet seien, die Feststellung der positiven Rendite als solche in Zweifel zu ziehen, würden sie aber nicht darlegen. Eine Gefährdung der Ziele des § 60 VgV sei nicht erkennbar und hätte in der auch hier notwendigen Ermessensentscheidung zur Ablehnung (und nicht zur Bejahung) des Ausschlusses führen müssen. Vor dem Hintergrund der der Entscheidung zugrundeliegenden Empfehlung der verfahrensbegleitenden Rechtsanwälte sei unklar, ob sich die Antragsgegnerin ihres Ermessens(spielraums) überhaupt bewusst gewesen sei. In der vorliegenden 1:1 Situation hätte ein Ausschluss nicht ohne eine Prüfung auch der Kalkulation der einzigen noch verbliebenen Mitbewerberin erfolgen dürfen. Hierauf stütze sich die Antragstellerin jedoch lediglich hilfsweise. Die Antragstellerin sei wieder zum Verfahren zuzulassen.

15

Mit Schriftsatz vom 29.08.2023 erwiderte die Antragsgegnerin auf den Schriftsatz der Antragstellerin und vertiefte ihre bisherigen Ausführungen.

16

Mit rechtlichen Hinweis vom 31.08.2023 teilte die Vergabekammer Südbayern mit, dass sie es nach eingehender Prüfung des Nachprüfungsantrags und der beigefügten Unterlagen für wahrscheinlich halte, dass das Vergabeverfahren keinen Dienstleistungsauftrag, sondern eine Dienstleistungskonzession darstelle. Nach der vorläufigen Rechtsauffassung der Vergabekammer trage die von der Antragsgegnerin im Vergabevermerk und in den Vergabeunterlagen angegebene Begründung für einen Dienstleistungsauftrag, nämlich, dass möglicherweise in den Verhandlungsrunden hohe Entgelte an die Betreiber zu zahlen seien, so dass kein wirtschaftliches Risiko beim Betreiber verbleibt, nicht. Die Vergabekammer sei der vorläufigen Rechtsauffassung, dass für den Betreiber der Ladeinfrastruktur auch

bei einer Zuzahlung ein ausreichendes wirtschaftliches Risiko verbleibe, nämlich zumindest wie häufig und von welchen Nutzern seine Infrastruktur genutzt werde, mit welchen Mobilitätsanbietern er Verträge schließen könne und zu welchen Konditionen sowie der Preisentwicklung auf dem Strommarkt. Soweit die Antragsgegnerin ausführe, dass bei der Einleitung des Vergabeverfahrens nach der Markterkundung noch nicht klar gewesen sei, ob sich für eine Konzession genügend Marktteilnehmer finden würden oder ob in den Verhandlungsrunden sich herausstellen würde, dass so hohe Zuschüsse gezahlt werden müssten, dass es sich um einen Dienstleistungsauftrag handele, hätte die Antragsgegnerin diese Frage vorab klären müssen und Vergabereife herstellen müssen.

17

In der mündlichen Verhandlung vom 05.09.2023 wurde die Sach- und Rechtslage erörtert. Die Verfahrensbeteiligten hatten Gelegenheit zum Vortrag und zur Stellungnahme. Die Beteiligten erhielten Schriftsatzfrist zu allen Punkten des Nachprüfungsverfahrens.

18

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 25.09.2023 trug die Antragsgegnerin vor, dass sie zurecht ein Verfahren nach der VgV für die hiesige Ausschreibung gewählt habe. Zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Verfahrenswahl, der Bekanntmachung, habe die Antragsgegnerin davon ausgehen müssen, dass sich das Verfahren nach der VgV richten müsse, da es sich bei dem Auftrag um einen öffentlichen Auftrag nach § 103 GWB handele. Die Gesamtbewertung der Umstände des Einzelfalls habe ergeben, dass zum Zeitpunkt der Bekanntmachung ein Zuschuss in erheblichem Umfang realistisch gewesen sei. Die Antragsgegnerin führte als Begründung die im Jahr 2019 erfolgten Markterkundungsgespräche und deren Ergebnisse sowie die Erfahrungen aus dem Betrieb der Bestandsladeinfrastruktur an. Die Antragsgegnerin habe sich aufgrund der Ungewissheit, ob dem künftigen Betreiber das Betriebsrisiko abgenommen werde, für das strengere Vergaberechtsregime entschieden. Dabei handele es sich um die VgV. Die Antragsgegnerin verwies in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des OLG München, Beschluss vom 21.05.2008, Verg 5/08. Zudem könne die Wahl der Verfahrensart nicht mehr gerügt werden, da sie präkludiert sei. Sie vertiefte zudem ihren Vortrag im Hinblick auf den ihrer Ansicht nach rechtmäßig erfolgten Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nach erfolgter Preisprüfung.

19

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 28.09.2023 rügte die Antragstellerin die fehlerhaft gewählte Verfahrensart der Auftragsstatt der Konzessionsvergabe. Zudem rügte die Antragstellerin die Durchführung der Preisprüfung, da eine Konzessionsvergabe vorliege und die Antragsgegnerin nicht berechtigt gewesen sei, „im Zweifel“ eine Auftragsvergabe nach der VgV durchzuführen. Der von der Antragsgegnerin ausgeschriebene Gegenstand stelle sich eindeutig als Konzession dar. Wie jetzt deutlich sei, hätte die Antragsgegnerin aber auch nicht „im Zweifel“ eine Auftragsausschreibung vornehmen dürfen, weil sie solche „Zweifel“ berechtigterweise gar nicht hätte haben können. Dieser Umstand schlage auf die von der Antragsgegnerin zu Lasten der Antragstellerin eingeleitete Preisprüfung gem. § 60 VgV durch.

20

Die Antragstellerin vertiefte zudem ihre bisherigen Ausführungen.

21

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

II.

22

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

23

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

24

1.1. Die Vergabekammer Südbayern ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig. 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. Es kann an dieser Stelle offenbleiben, ob es sich

bei dem Streitgegenständlichen Auftrag um einen Dienstleistungsauftrag nach § 103 Abs. 1, 4 GWB oder eine Dienstleistungskonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB handelt, da jedenfalls eine der beiden Verfahrensarten gegeben ist und jedenfalls der höhere der beiden EU-Schwellenwerte, der der Konzession, nach überschlägiger Berechnung durch die Vergabekammer überschritten ist. Eine Ausnahmebestimmung der §§ 107 – 109 GWB liegt nicht vor.

25

1.2. 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. 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 durch den ihrer Ansicht nach vergaberechtswidrigen Ausschluss ihres Angebots geltend gemacht.

26

1.3. Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht auch keine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB entgegen. Nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Auftragsbekanntmachung (Nr. 2) bzw. aufgrund der Vergabeunterlagen (Nr. 3) erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Für die Erkennbarkeit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB gilt ein objektiver Maßstab. Erkennbar sind Verstöße, die vom durchschnittlichen Unternehmen des angesprochenen Bieterkreises bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen bereits in tatsächlicher und in laienhaft rechtlicher Hinsicht erkannt werden können (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.10.2020 – Verg 33/20). Dabei ist es erforderlich, dass der geltend gemachte Fehler nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in einer rechtlichen Hinsicht erkennbar ist für den durchschnittlichen Bieter; der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem durchschnittlich erfahrenen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebotes auffallen muss (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.02.2023 – Verg 6/22.). Nach diesen Grundsätzen liegt eine Erkennbarkeit der Wahl der falschen Verfahrensart nicht vor. Der Antragsgegner hatte ausweislich der Auftragsbekanntmachung vom 03.06.2020 einen Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben und begründete dies zwar ausweislich Ziffer II.2.4) der Bekanntmachung wie folgt: [...] „Maßstab für die Ausschreibung sind dabei die Vorgaben zur Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Vergabeverordnung (VgV). Dies liegt daran, dass nach Abschluss der Markterkundungsgespräche nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine Zahlung der ... M... erforderlich wird. Dann kann die zu vergebende Leistung als ein öffentlicher Auftrag (und nicht als Konzession) zu bewerten sein, weil die ... M... der obsiegenden Bieterin bzw. dem obsiegenden Bieter einen (ggf. überwiegenden Teil) des wirtschaftlichen Risikos abnimmt. Das Verhandlungsverfahren unterliegt bei der Annahme eines öffentlichen Auftrags höheren Anforderungen als bei einer Konzessionsvergabe.“ [...] Den weiteren Vergabeunterlagen war zudem in der Allgemeinen Bieterinformation vom 29.05.2020 und 19.08.2020 unter Teil 2 Auftragsgegenstand, B. Angebotsgrundlagen und -bedingungen im Einzelnen, Ziffer IV. Vergütung folgendes zu entnehmen: [...] „Die ... M... strebt an, dass sie keine Vergütung an die Bieterin bzw. den Bieter zahlt. Sollte sich im Verlauf der Vertragsverhandlungen zeigen, dass eine Vergütungsvereinbarung dennoch erforderlich sein sollte, wird der Vertrag zwischen einem Errichtungs- und einem Betreiberentgelt unterscheiden. Hinzu kämen Sondervergütungen für Leistungen, die zu Vertragsbeginn nicht abschließend absehbar sind.“

...

27

Auf Seite 6 der Allgemeinen Bieterinformation vom 29.05.2020 und 19.08.2020 wurde der Hinweis aus Ziffer II.2.4) der Bekanntmachung wiederholt. Auf Seite 3 und 4 der Aufforderung zum finalen Angebot vom 20.07.2022 war darüber hinaus folgender Hinweis enthalten: [...] „Bei der Auftragsbekanntmachung strebte die ... M... an, dass für den Auftrag keine Vergütung der Auftraggeberin an die künftige Betreiberin bzw. den künftigen Betreiber gezahlt wird, sondern dass durch die exklusive Zurverfügungstellung des öffentlichen Raumes für den Betrieb der Ladeeinrichtungen ein tragfähiges Geschäftsmodell entsteht. Gleichwohl besteht die Möglichkeit der Zahlung einer Vergütung, soweit diese aus Sicht der künftigen Betreiberin bzw. des künftigen Betreibers notwendig sein sollte.“ [...] Diese in den Vergabeunterlagen enthaltenen Informationen waren jedoch nicht geeignet, der Antragstellerin eine in tatsächlicher oder

rechtlicher Hinsicht ausreichende Grundlage zu vermitteln, die es ihr ermöglicht hätte, einen Vergabeverstoß betreffend die Wahl der Verfahrensart zu rügen. Um einschätzen zu können, ob der öffentliche Auftraggeber die richtige Verfahrensart gewählt hat, ob insbesondere eine Dienstleistungskonzession in Abgrenzung zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages vorliegt, bedarf es weitergehender Informationen, als dass gegebenenfalls Zuschusszahlungen notwendig werden, sowie der Kenntnis der tatsächlichen Grundlagen, die den Auftraggeber zu seiner Entscheidung für einen Dienstleistungsauftrag bewogen haben. Diese Umstände sind der Antragstellerin jedoch nur teilweise und auch erst im Rahmen der mündlichen Verhandlung sowie durch Gewährung der erweiterten Akteneinsicht in die Markterkundungsgespräche offengelegt worden. Eine Rügepräklusion kommt auf dieser Grundlage nicht in Betracht.

28

Zudem hat die Antragstellerin fristgerecht nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB am 11.04.2023 einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer gestellt, nachdem die Antragsgegnerin ihr am 27.03.2023 mitgeteilt hat, der Rüge der Antragstellerin nicht abhelfen zu wollen.

29

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

30

Die Erwägungen der Antragsgegnerin, mit denen sie sich gegenwärtig für eine Ausschreibung als Dienstleistungsauftrag und die Anwendung der Vorgaben zur Vergabe öffentlicher Aufträge nach der VgV entschieden hat, tragen die von der Antragsgegnerin gefundene Entscheidung hinsichtlich der Wahl der Verfahrensart nicht (dazu 2.1.). Sofern die falsche Verfahrensart gewählt wurde, geht dies nicht zwangsläufig mit einer Verletzung der Rechte des Antragstellers aus § 97 Abs. 6 GWB einher. Das Ziel des Vergabeverfahrens besteht nicht in einer Beseitigung von Vergaberechtsverstößen von Amts wegen (Antweiler, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 168 Rn. 24). Der Vergaberechtsverstoß muss daher zu einer Rechtsverletzung geführt haben, sich demzufolge ausgewirkt haben auf die Rechte des Antragstellers. Vorliegend hat sich die Wahl der Verfahrensart auf die Rechte der Antragstellerin ausgewirkt, da die vorgenommene Preisprüfung zwar grundsätzlich auch bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession für zulässig erachtet wird (dazu 2.2.), die konkret durchgeführte Preisprüfung aber vergaberechtlichen Bedenken begegnet (dazu 2.3.).

31

2.1. Die Entscheidung der Antragsgegnerin für die Ausschreibung als Dienstleistungsauftrag wird von den zugrundeliegenden Erwägungen nicht getragen. Die Abgrenzung einer Dienstleistungskonzession von einem Dienstleistungsauftrag ist anhand der Vorgaben in § 105 Abs. 2 GWB vorzunehmen. Eine Dienstleistungskonzession unterscheidet sich von einem Dienstleistungsauftrag dadurch, dass die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung entweder ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Ob und inwieweit der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung tatsächlich den Risiken des Marktes ausgesetzt ist und er das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt, hängt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs von den Umständen des Einzelfalls ab (EuGH, Urteile vom 10.03.2011, C-274/09 –, und vom 10.11.2011, C-348/10 –; BGH, Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 –). Maßgeblich ist, ob der Auftragnehmer das Betriebsrisiko vollständig oder zumindest zu einem wesentlichen Teil trägt. Unter dem Betriebsrisiko ist das Risiko zu verstehen, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein, das sich im Risiko der Konkurrenz durch andere Wirtschaftsteilnehmer, dem Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage, dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit derjenigen, die die Bezahlung der erbrachten Dienstleistungen schulden, dem Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen oder dem Risiko der Haftung für einen Schaden im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung äußern kann. Hingegen sind Risiken, die sich aus einer mangelhaften Betriebsführung oder aus Beurteilungsfehlern des Wirtschaftsteilnehmers ergeben, für die Einordnung eines Vertrags als öffentlicher Dienstleistungsauftrag oder als Dienstleistungskonzession nicht entscheidend, da diese Risiken jedem Vertrag immanent sind, gleichgültig ob es sich dabei um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder um eine Dienstleistungskonzession handelt. Die Zahlung eines Zuschusses hindert grundsätzlich nicht die Annahme einer Dienstleistungskonzession. Soll neben dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung zusätzlich ein Preis gezahlt werden, kann der Vertrag jedoch dann nicht als

Dienstleistungskonzession angesehen werden, wenn die zusätzliche Vergütung oder (Aufwands-)Entschädigung ein solches Gewicht hat, dass ihr bei wertender Betrachtung kein bloßer Zuschusscharakter mehr beigemessen werden kann, sondern sich darin zeigt, dass die aus der Erbringung der Dienstleistung möglichen Einkünfte allein ein Entgelt darstellen würden, das weitab von einer äquivalenten Gegenleistung läge (EuGH, Urteile vom 10. März 2011, C-274/09 –, und vom 10. November 2011, C-348/10 –; BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 –; Senatsbeschluss vom 21. Juli 2010 – Verg 19/10).

32

Diese Maßstäbe zugrunde gelegt, kann die Vergabekammer die von der Antragsgegnerin getroffene Entscheidung, dass vorliegend ein Dienstleistungsauftrag auszuschreiben sei, anhand der vorgelegten Dokumentation der Antragsgegnerin nicht nachvollziehen.

33

Ausweislich der Auftragsbekanntmachung soll eine Dienstleistung ausgeschrieben werden (Ziff. II.1.3 der Bekanntmachung) und Maßstab für die Ausschreibung sollen gemäß Ziffer II.2.4 der Bekanntmachung die Vorgaben zur Vergabe öffentlicher Aufträge nach der VgV sein. Diese Ausführungen finden sich ebenfalls im Vergabevermerk auf Seite 4. Dass die Antragsgegnerin im hiesigen Nachprüfungsverfahren vom Vorliegen eines Dienstleistungsauftrages ausgeht, bestätigte sie auch noch einmal im Nachprüfungsverfahren. Aus dem Vertragsentwurf des Vertrages über die Errichtung und Betrieb von Ladeeinrichtungen für Elektrofahrzeuge, der als Anlage den Vergabeunterlagen beigefügt ist, sowie den weiteren Vergabeunterlagen, dem vorgelegten Vergabevermerk sowie den Ausführungen der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren ergibt sich indes nicht zweifelsfrei, dass die Antragsgegnerin dem zukünftigen Auftragnehmer zu einem wesentlichen Teil das Betriebsrisiko abnehmen würde, was aber zwingende Voraussetzung für die Annahme eines Dienstleistungsauftrages ist.

34

2.1.1. Die Antragsgegnerin hat keine Aussagen, respektive Vertragsklauseln zu einer etwaigen Defizitfinanzierung gegenüber dem zukünftigen Auftragnehmer getroffen. Solche hätten Aufschluss darüber geben können, ob und inwiefern die Antragsgegnerin dem zukünftigen Auftragnehmer das Betriebsrisiko zu einem wesentlichen Teil abnehmen würde, weil dieser dadurch gerade nicht mehr den Risiken des Marktes ausgesetzt wäre.

35

2.1.2. Ein Anhaltspunkt für die Übernahme eines wesentlichen Teils des Betriebsrisikos durch den Auftraggeber ließe sich auch der eigenen Auftragswertschätzung in Kombination mit der Aussage, in welcher Höhe die Bereitschaft zur Zahlung von Zuschüssen besteht, ableiten. Wenn nämlich die Zuschüsse für sich genommen oder zumindest in der Gesamtschau geeignet wären, das Betriebsrisiko des Bieters zu neutralisieren, würde dies für die Übernahme eines wesentlichen Teils des Betriebsrisikos durch den Auftraggeber sprechen und das gefundene Ergebnis, die Ausschreibung als Dienstleistungsauftrag, stützen. Informationen darüber kann die Vergabekammer der vorgelegten Dokumentation jedoch ebenfalls nicht entnehmen. Aus der Dokumentation geht nicht hervor, von welchem Gesamtauftragswert die Antragsgegnerin ausgeht. Eine eigene Auftragswertschätzung der Antragsgegnerin, die Aufschluss darüber geben könnte, fehlt gänzlich.

36

Zudem finden sich keine Aussagen darüber, in welcher konkreten Höhe die Antragsgegnerin bereit wäre, Zuschüsse zu zahlen. Zwar hat die Antragsgegnerin vorgetragen, dass sie aufgrund der durch sie im Jahr 2019 durchgeführten Markterkundungsgespräche davon ausgegangen ist, dass Zuschüsse notwendig werden würden. Zusätzlich hat sie mit Schriftsatz vom 25.09.2023 mitgeteilt, dass auch die Erfahrungen aus dem Betrieb der Bestandladeinfrastruktur für die Annahme eines Zuschusses sprachen. Die im Schriftsatz vom 25.09.2023 getroffene Aussage der Antragsgegnerin, dass [...] „ein Zuschuss in einem Umfang, der zu einer Abnahme des Betriebsrisikos führt, realistisch war“ [...], reicht für sich genommen jedoch nicht aus, da auf der Grundlage dessen keine Entscheidung für oder gegen die Übernahme eines Betriebsrisikos getroffen werden kann. Es handelt sich hierbei schlicht um eine unsubstantiierte Schätzung der Antragsgegnerin, die gerade nicht durch betriebswirtschaftliche Erwägungen unterfüttert wurde. Die Antragsgegnerin hat vielmehr ausdrücklich offengelassen, in welcher Höhe sie bereit wäre, Zuschüsse zu zahlen. Der Vertragsentwurf geht in §§ 28 ff. im Rahmen der Vorschriften zur Vergütung, bestehend aus

Errichtungs- und Betreiberentgelt sowie einer Sondervergütung, davon aus, dass diese optional von Seiten des Antragsgegners gewährt werden sollen. Außerdem ist die Passage mit dem Hinweis versehen, dass [...] „Ziel der Ausschreibung ist, dass die Errichtung und der Betrieb der Ladeeinrichtungen ohne die Zahlung eines Zuschusses durch die ... erfolgt.“ [...]. Das Offenlassen der genauen Zuschusshöhe eröffnet Vertragsgestaltungen in einem breiten Spektrum von Angeboten ohne Zuschuss und mit vollständigem Betriebsrisiko auf Seiten des zukünftigen Auftragnehmers bis hin zu Angeboten mit derart hohen Zuschüssen, die ein Betriebsrisiko auf Seiten des zukünftigen Auftragnehmers komplett entfallen lassen. Das wirft für die Vergabekammer zum einen die Fragestellung auf, ob überhaupt eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung gegeben ist und die eingegangenen Angebote miteinander verglichen werden können, vgl. § 121 Abs. 1 GWB. Die Kalkulationsgrundlagen der eingegangenen Angebote dürften vollkommen verschieden sein. Während der eine Bieter mit hohen Zuschüssen und damit ohne eigenes Betriebsrisiko sein Angebot kalkuliert haben dürfte, rechnet ein anderer Bieter mit weniger oder gar keinem Zuschuss und dürfte dabei das bei ihm bestehende überwiegende Betriebsrisiko entsprechend mit einkalkuliert haben. Zum anderen zweifelt die Vergabekammer die notwendige Vergabereife des vorliegenden Verfahrens an. Eine der Voraussetzungen für die Erfüllung der Vergabereife besteht, jedenfalls bei der Ausschreibung eines Dienstleistungsauftrages darin, dass die Finanzierung gesichert ist. Die Ausführungen in der Aufforderung zum finalen Angebot vom 20.07.2022 auf Seite 4, dass [...] „soweit die Vergütung durch die Auftraggeberin weniger als 1 Mio. Euro beträgt, (...) es zum Zuschlag nur einer förmlichen Entscheidung des Stadtrats der ... M... [bedürfe] und [...] „soweit der Zuschussbedarf mehr als 1 Mio. Euro beträgt, müssen zusätzliche Mittel bereitgestellt werden. Wie bereits in den Bietergesprächen erläutert, muss der Stadtrat der ... M... dann sowohl mit der Höhe des Zuschussbedarfs als auch mit der Entscheidung über den Zuschlag befasst werden.“ [...] lassen zum einen bezweifeln, dass die Finanzierung eines Dienstleistungsauftrages gesichert ist, da die notwendigen Finanzierungsentscheidungen offen sind. Zum anderen zweifelt die Vergabekammer auf der Grundlage dieser Äußerungen auch die Übernahme des Betriebsrisikos durch die Antragsgegnerin an, da bei einer Zuschusshöhe von 1 Mio. Euro keinesfalls das überwiegende Betriebsrisiko auf Seiten des Auftragnehmers entfallen dürfte und für darüberhinausgehende Zuschussbeträge zunächst zusätzliche Mittel bereitgestellt werden müssten, wobei dies einer Befassung durch den Stadtrat der ... M... bedürfte, dessen Ergebnis offen ist.

37

2.1.3. Auch die weiteren Anmerkungen in den Vergabeunterlagen und Aussagen der Antragsgegnerin geben keinen Aufschluss darüber, ob die Antragsgegnerin das Betriebsrisiko zu einem wesentlichen Anteil übernehmen wird. In der Aufforderung zum finalen Angebot vom 20.07.2022 wird auf Seite 3/4 angemerkt, dass [...] „Bei der Auftragsbekanntmachung (...) die ... M... [anstrebte], dass für den Auftrag keine Vergütung der Auftraggeberin an die künftige Betreiberin bzw. den künftigen Betreiber gezahlt wird, sondern dass durch die exklusive Zurverfügungstellung des öffentlichen Raumes für den Betrieb der Ladeeinrichtungen ein tragfähiges Geschäftsmodell entsteht.“ [...] Diese Aussage bestätigte die Antragsgegnerin auch noch einmal in der mündlichen Verhandlung, indem sie vortrug, dass sie von dem gegenwärtigen Modell, bei dem das Betriebsrisiko vollständig bei ihr liege, weg wolle hin zu einem Modell, bei dem sie das Betriebsrisiko nicht mehr übernehme wolle. Beides spricht nach Auffassung der Vergabekammer eher gegen die Annahme, dass die Antragsgegnerin einen wesentlichen Anteil des Betriebsrisikos übernimmt und es sich somit um einen Dienstleistungsauftrag handelt.

38

2.1.4. Damit ist unklar, durch welchen Vertragspartner das Betriebsrisiko übernommen werden soll. Die Antragsgegnerin durfte sich auf dieser Grundlage nicht im Zweifel für die Verfahrensart des Dienstleistungsauftrages und die Anwendbarkeit der Regelungen der VgV entscheiden.

39

Die von der Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung des OLG München, Beschluss vom 21.05.2008, Verg 5/08, in der dieses entschied, dass im Zweifel von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen sei, da sonst die Möglichkeit bestünde, dass ein Auftrag, der sich nach Angebotsabgabe als Dienstleistungsauftrag herausstellt, nicht ausgeschrieben und zu Unrecht dem Vergaberecht entzogen worden sei, kann nach Auffassung der Vergabekammer nicht für den hiesigen Fall herangezogen werden. Sie datiert auf einen Zeitraum, in dem öffentliche Dienstleistungskonzessionen vom Anwendungsbereich der RL 92/50 und damit vom Nachprüfungsverfahren ausgeschlossen waren. Die tragende Erwägung der Entscheidung greift auf der Grundlage der gegenwärtigen Rechtsprechung nicht

mehr durch. Dienstleistungskonzessionen unterliegen heute der Nachprüfung durch die Vergabekammern, sodass eine rechtswirksame Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen sichergestellt ist und sich die drohende Möglichkeit, dass ein Auftrag zu Unrecht dem Vergaberecht entzogen werden kann, gegenwärtig nicht mehr stellt.

40

Es hätte nach Ansicht der Vergabekammer einer klaren Entscheidung der Antragsgegnerin und entsprechenden Ausgestaltung der Vergabeunterlagen entweder auf der Grundlage eines Dienstleistungsauftrages und der Anwendbarkeit der Regelungen der VgV oder einer Dienstleistungskonzession und der Anwendbarkeit der Regelungen der KonzVgV bedurft. Beide Verfahrensarten sind unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen unterworfen. Während sich die Ausschreibung eines Dienstleistungsauftrages an den Vorgaben der VgV zu orientieren hat, trifft die KonzVgV Regelungen für die Vergabe von Konzessionen in einem eigens dafür vorgesehenen rechtlichen Rahmen. Eine klare Entscheidung wäre der Antragsgegnerin auch möglich gewesen, denn sie hätte sich beispielsweise entscheiden können, entweder keine oder nur geringe Entgelte an die Betreiber zu zahlen oder einen echten Dienstleistungsauftrag ohne Betriebsrisiko für die Bieter auszuschreiben, indem sie beispielsweise die Investitionen erstattet, entstehende Defizite übernimmt oder Umsatzgarantien verspricht. Die Antragsgegnerin hätte es jedoch nicht den Verhandlungsrunden überlassen dürfen, die Marktlage und damit das einschlägige Vergaberegime herauszufinden.

41

Die Antragstellerin wurde dadurch in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt, denn die Wahl der Verfahrensart hat vorliegend einen entscheidenden Einfluss darauf, ob die durchgeführte Preisprüfung und der darauf erfolgte Ausschluss des Angebots der Antragstellerin rechtmäßig erfolgt ist.

42

2.2. Die Vergabekammer erachtet die Durchführung einer Auskömmlichkeitsprüfung auch im Rahmen einer Dienstleistungskonzession grundsätzlich für zulässig.

43

Die Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote ist in der KonzVgV, anders als bei Verfahren der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, wo in § 60 VgV explizit die Prüfung ungewöhnlich niedriger Preise sowie ein darauf begründeter Angebotsausschluss geregelt sind, nicht vorgesehen. Allerdings gilt nach § 12 Abs. 1 KonzVgV der Grundsatz der freien Verfahrensgestaltung, der es dem Konzessionsgeber erlaubt, die Bedingungen des Verfahrens frei zu gestalten. Dem Konzessionsgeber steht es nach Ansicht der Vergabekammer frei, sich in den Vergabeunterlagen ein Recht zur Prüfung der Auskömmlichkeit in entsprechender Anwendung der Regelungen des § 60 VgV vorzubehalten, von dem er dann nach pflichtgemäßem Ermessen Gebrauch machen kann. Die Regelungen in § 60 VgV über den möglichen Ausschluss von ungewöhnlich niedrigen Angeboten und die damit korrespondierende Prüfungspflicht basieren auf dem Erfahrungswissen, dass niedrige Preise für die öffentlichen Belange von einem bestimmten Niveau an nicht mehr von Nutzen sein, sondern diese umgekehrt sogar gefährden können, weil sie das gesteigerte Risiko einer nicht einwandfreien Ausführung von Bauleistungen einschließlich eines Ausfalls bei der Gewährleistung oder der nicht einwandfreien Lieferung bzw. Erbringung der nachgefragten Dienstleistung und damit einer im Ergebnis unwirtschaftlichen Beschaffung bergen. Geschützt wird dementsprechend in erster Linie das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung. Die Berechtigung des Auftraggebers, den Zuschlag auf Angebote, deren geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten mit der Prüfung nicht zufriedenstellend aufgeklärt werden können, abzulehnen, trägt dem Anliegen des Vergabewettbewerbs Rechnung, die wirtschaftlichste Beschaffung zu realisieren. Unangemessen niedrige Angebotspreise bergen insoweit gesteigerte Risiken, die sich in vielfältiger Weise verwirklichen können. Dies gilt etwa für die in der Rechtsprechung der Vergabesenate angeführte Möglichkeit, dass der Auftragnehmer infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen kann. Der Schutz der öffentlichen Interessen setzt aber nicht erst bei derart gravierenden Gefährdungen ein. Öffentliche Interessen sind in schützenswerter Weise auch dadurch gefährdet, dass der betreffende Anbieter in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen könnte, sich des Auftrags so unaufwändig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet (BGH, Beschluss vom 31.01.2017, X

ZB 10/16). Bei Dienstleistungskonzessionen, bei denen die Entgelte üblicherweise durch Dritte, nämlich die Nutzer, und nicht durch den Konzessionsgeber, gezahlt werden, besteht zwar für den Konzessionsgeber nicht dieselbe Gefahr durch unauskömmliche Preise wie bei einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag.

44

Jedenfalls kann aber eine vergleichbare Gefahrensituation gegeben sein. Auch bei Dienstleistungskonzessionen kann es bei einem unauskömmlichen Angebot durch den Konzessionsnehmer dazu kommen, dass die nachgefragte Dienstleistung nicht einwandfrei erbracht wird, was sich dann zwar nicht vorrangig in einer Diskrepanz von Leistung des Konzessionsnehmers und Gegenleistung durch den Konzessionsgeber zeigt, aber dennoch im Ergebnis die Gefahr einer unwirtschaftlichen Beschaffung für den öffentlichen Auftraggeber birgt. Der wirtschaftliche Gesamtvorteil ist für den Konzessionsgeber bei Angeboten, die nicht auskömmlich sind, dann nicht mehr gegeben, was gegebenenfalls darin münden kann, dass der Konzessionsgeber den Bürgern nur eine unzureichende Leistungserbringung zur Verfügung stellen kann oder die Leistung im Rahmen eines weiteren Vergabeverfahrens neu ausschreiben müsste und Zeit sowie zusätzliche finanzielle Mittel aufwenden müsste. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, der als allgemeiner vergaberechtlicher Grundsatz auch bei der Vergabe von Konzessionen gilt, gebietet daher die Überprüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes auch bei Dienstleistungskonzessionen.

45

Da die Antragsgegnerin vorliegend davon ausgegangen ist, einen Dienstleistungsauftrag auszuschreiben, lassen sich den Vergabeunterlagen unweigerlich keine Ausführungen dazu entnehmen, dass sich die Antragsgegnerin ein Recht zur Prüfung der Auskömmlichkeit der Angebote ausbedungen hat.

46

2.3. Die konkret durchgeführte Preisprüfung begegnet jedoch vergaberechtlichen Bedenken (dazu 2.3.1.), sodass der darauf gegründete Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nicht rechtmäßig war (dazu 2.3.2.) und die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

47

2.3.1. Für die Vergabekammer ist bereits der von der Antragsgegnerin gewählte Bezugspunkt für die Angemessenheitsprüfung nicht nachvollziehbar. Soweit sie das Angebot eines weiteren Bieters im Verfahren herangezogen hat und im Vergabevermerk angegeben hat, zur Überprüfung der Angemessenheit des Angebots der Antragstellerin verpflichtet gewesen zu sein, da das Angebot der Antragstellerin keinen Zuschuss vorsieht, wohingegen das Angebot eines weiteren Bieters im Verfahren einen immensen Zuschussbedarf vorsieht, handelt es sich hierbei nach Ansicht der Vergabekammer bereits um einen ungeeigneten Bezugspunkt. Wie bereits unter Gliederungspunkt II.2.1.2. dieses Beschlusses ausgeführt, geht die Vergabekammer davon aus, dass es sich bereits um nicht vergleichbare Angebote handelt, da diesen vollkommen unterschiedliche Kalkulationsgrundlagen zugrunde liegen dürften. Während das eine Angebot wohl darauf basiert, das Betriebsrisiko zum überwiegenden Teil zu übernehmen, dürfte das andere Angebot ohne bzw. mit geringem eigenen Betriebsrisiko kalkuliert worden sein. Diese Annahme bestätigt auch die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 25.09.2023. Derart auf unterschiedlichen Grundlagen kalkulierte Angebote und deren Abweichung zueinander sind nach Ansicht der Vergabekammer bereits nicht geeignet, einen brauchbaren Bezugspunkt bei der Frage des Vorliegens eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises zu bilden. Zumal sich hier für die Vergabekammer bereits die Frage aufdrängt, wie der Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin unauskömmlich erscheinen konnte, während dieses doch ihrer eigenen Zielvorgabe in der Ausschreibung entsprach, dass die Errichtung und der Betrieb der Ladeeinrichtungen ohne die Zahlung eines Zuschusses durch sie erfolgt, vgl. Anmerkung auf Seite 36 des Vertragsentwurfes. Weitere Bezugspunkte für die Durchführung der Preisprüfung hat die Antragsgegnerin nicht aufgeführt. Eine eigene Auftragswertschätzung, die herangezogen werden könnte, existiert nicht. Die Antragsgegnerin könnte auch nicht auf die ihr vorliegenden historischen Zahlen für die Bestandsladeinfrastruktur als Bezugspunkt abstellen, da gegenwärtig ein gänzlich anderes Vertragskonstrukt vorliegt, das mit dem ausgeschriebenen Vertrag nicht vergleichbar sein dürfte.

48

2.3.2. Die Vergabekammer weist der Vollständigkeit halber ergänzend auf nachfolgende Aspekte hin: Selbst wenn man der Antragsgegnerin die Durchführung einer Preisprüfung hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin zugestehen wollte und die Preisprüfung nach Ansicht der Vergabekammer auch inhaltlich ordnungsgemäß erfolgt ist, erachtet die Vergabekammer den vorliegend erfolgten Ausschluss des Angebots

auf der Grundlage eines ungeschriebenen Ausschlussgrundes für nicht mit den Vorgaben des Vergaberechts vereinbar.

49

Die Antragsgegnerin dürfte die Preisauflklärung ordnungsgemäß durchgeführt haben. Insbesondere hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin in insgesamt drei Aufklärungsrunden vollumfänglich die Möglichkeit gegeben, den Eindruck eines ungewöhnlich niedrigen Angebots zu entkräften bzw. beachtliche Gründe dafür aufzuzeigen, dass ihr Angebot dennoch annahmefähig ist. Für die Vergabekammer nachvollziehbar ist die Antragsgegnerin jedoch zu dem Ergebnis gekommen, dass die Aufklärung bei dem Mitglied der Bietergemeinschaft, ..., in sich widersprüchlich war und der Angebotspreis nicht aufgeklärt werden konnte. So stellt die Antragsgegnerin zutreffend fest, dass die Kosten für den Betrieb, wie sie ... in ihren Stellungnahmen darlegt, nicht nachvollziehbar sind. Auch die Feststellungen der Antragsgegnerin in Bezug auf die Nichtnachvollziehbarkeit der Angaben von ... zu internen Zinsaufwänden, dem Anteil von Eigenmitteln und Höhe des unterstellten Zinssatzes begegnen keinen vergaberechtlichen Bedenken. Ebenfalls nachvollziehbar für die Vergabekammer ist die Feststellung der Antragsgegnerin, dass die Aufklärungsversuche der Antragstellerin zu ihrem Angebot auch insgesamt widersprüchlich und daher nicht nachvollziehbar waren, so dass der Angebotspreis auch unter diesem Blickwinkel als nicht aufgeklärt durch die Antragsgegnerin eingeschätzt wurde. Bietergemeinschaften geben ein einheitliches Angebot ab. Daraus folgt, wie die Antragsgegnerin zutreffend festgestellt hat, dass im Fall einer Preisauflklärung das einheitliche Angebot auch in sich schlüssig zu erläutern ist. Die Antragsgegnerin hat, für die Vergabekammer nachvollziehbar, festgestellt, dass Abweichungen in den Stellungnahmen der Mitglieder der Bietergemeinschaft vorlagen, die bis zuletzt nicht nachvollziehbar erklärt werden konnten. So hat die Antragsgegnerin berechtigt festgestellt, dass die Antragstellerin Gründe für die erhebliche Abweichung der Kosten für den Betrieb nicht aufklären konnte. Auch hinsichtlich der unterschiedlichen Einnahmen im ersten Jahr hat die Antragsgegnerin zutreffend festgestellt, dass die Unterschiede nicht nachvollziehbar sind und durch die Antragstellerin nicht aufgeklärt werden konnte. Die Vergabekammer kann schlussendlich auch in der durch die Antragsgegnerin getroffenen Feststellung, dass hinsichtlich der Angabe unterschiedlicher Erlöse aus THG-Zertifikaten eine abschließende Aufklärung nicht möglich war, keine vergaberechtlichen Verstöße erkennen.

50

Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Ermessensentscheidung in Bezug auf den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin dürfte jedoch fehlerhaft sein. § 60 Abs. 3 S. 1 VgV sieht zwar einen Ausschlussgrund für Dienstleistungsaufträge nach der VgV vor. Wie bereits festgestellt, liegen jedoch die Voraussetzungen für die Annahme einer Ausschreibung als Dienstleistungsauftrag nicht vor. Im Konzessionsvergaberecht gibt es keinen geschriebenen Ausschlussgrund für ein ungewöhnlich niedriges Angebot. Die KonzVgV eröffnet dem Konzessionsgeber aber, das Verfahren frei auszugestalten, sodass dem Konzessionsgeber grundsätzlich das Recht aber auch die Pflicht obliegt, einen Ausschlussgrund entsprechend dem in § 60 Abs. 3 S. 1 VgV normierten selber zu regeln, um ein Angebot auf dieser Grundlage vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen. Die Verschriftlichung eines Ausschlussgrundes ist vor dem Hintergrund der Durchbrechung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit in Gestalt der Bezuschlagung des Angebots mit dem wirtschaftlichsten Gesamtvorteil auch zwingend notwendig. Ein Ausschlussgrund, der die Antragsgegnerin zum Ausschluss des Angebots der Antragstellerin aufgrund dessen, dass der ungewöhnlich niedrige Angebotspreis nicht aufgeklärt werden konnte, berechtigte, ist den Vergabeunterlagen nicht zu entnehmen, sodass der Ausschluss nicht rechtmäßig erfolgt ist.

51

Das Vergabeverfahren ist aufgrund der festgestellten Mängel in den Stand vor Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen, da nur hierdurch der Mangel der falschen Verfahrensart behoben werden kann. Die Entscheidung der Vergabekammer konnte dabei auch über das Begehren der Antragstellerin hinausgehen. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 28.09.2023 unter anderem beantragt, dass das Vergabeverfahren in den Zustand unmittelbar vor der Ausschlussentscheidung am 09.03.2023 zurückzusetzen sei.

52

Ihrem Sachvortrag ist jedoch zu entnehmen, dass nach ihrer Ansicht der festgestellte Mangel dazu führen müsse, dass das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, in dem das Verfahren fehlerbehaftet ist, in diesem Umfang zu wiederholen ist bzw. sofern eine Wiederholung des Verfahrens ab dem Zeitpunkt der

Mangelhaftigkeit nicht möglich sei, eine Aufhebung des gesamten Verfahrens und eine neue Ausschreibung zu erfolgen habe. Damit gibt sie bereits zu verstehen, dass ihr Begehren über den tatsächlich gestellten Antrag hinausgeht. Zudem ist die Vergabekammer hinsichtlich ihrer Entscheidungsmöglichkeiten zwar an die Rechtsverletzung des Antragstellers gebunden. Bereits bei der Auswahl der geeigneten Maßnahmen ist die Vergabekammer zudem an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Die Vergabekammer darf aber dem Antragsgegner ein anderes als das im Nachprüfungsantrag des Antragstellers begehrte Verhalten aufgeben, mit ihrer Entscheidung auch hinter den gestellten Anträgen zurückbleiben oder über das Begehren des Antragstellers hinausgehen (Fett, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, § 168 GWB Rn. 34). Eine Zurückversetzung, wie tenoriert, war geboten.

3. Kosten des Verfahrens

53

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 die Antragsgegnerin.

54

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.

55

Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Eine Ermäßigung der Gebühr aus Gründen der Billigkeit kommt nicht in Betracht.

56

Die Antragsgegnerin ist als Gemeinde von der Zahlung der Gebühr nach § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG (Bund) vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung befreit.

57

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

58

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 es sich beim Vergaberecht und dem Nachprüfungsverfahren um einen komplexen Problembereich handelt und die Antragstellerin nicht über die für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendigen personellen Kapazitäten verfügt und daher auf eine vertiefte rechtliche Begleitung im Nachprüfungsverfahren durch einen Anwalt angewiesen war. Die im Nachprüfungsverfahren aufgeworfenen Rechtsfragen waren jedenfalls hinsichtlich der Wahl der korrekten Verfahrensart, der Durchführung der Preisprüfung im Spannungsfeld Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession sowie des Ausschlusses des Angebots der Antragstellerin, da der ungewöhnlich niedrige Angebotspreis nicht aufgeklärt werden können, durchaus komplex und von der Antragstellerin ohne anwaltliche Beratung nicht zu bewältigen.