



- 51 -

Soweit tilgungsgewichtete Einstandssätze auf Basis von Referenzzinskurven ermittelt werden, hat der Bieter die Ermittlung des jeweiligen Einstandssatzes im Arbeitsblatt „Tilgungsgew. Ref. zinssatz“ der Anlage D 2: Preistabelle und finanzielle Eckdaten zu dieser Allgemeinen Verdingungsunterlage, zugleich Anlage 51.1 zum Projektvertrag, in Form einer bearbeitbaren Excel-Tabelle nachvollziehbar abzubilden und zu erläutern.

hat der Bieter die Ermittlung tilgungsgewichteter Einstandszinssätze, die auf Basis von Referenzzinskurven ermittelt werden, in Form einer bearbeitbaren Excel-Tabelle nachvollziehbar abzubilden und zu erläutern. Bei dem Financial Close, der endgültigen Festlegung der Finanzierungsbedingungen, sollte dann die Höhe des Referenzzinssatzes auf der Grundlage der vom Bieter benannten Referenz und der von ihm eingereichten *Berechnungsmethodik* ermittelt werden.

Aus Sicht der Antragstellerin war die Abbildung der Berechnungsmethodik aufgrund der Bearbeitungszeit vom Erhalt der Verdingungsunterlagen bis zum Ablauf der Frist zur Abgabe eines verbindlichen Angebots nicht ausreichend.

Konkret heißt es in der Verdingungsunterlage hierzu unter anderem:

„Der Bieter hat für die Bauzwischenfinanzierung und die langfristige Finanzierung jeweils eine Referenz (z.B. Euribor, ISDAFIX2 oder vergleichbar) für die entsprechenden Laufzeiten als Basis für die Herleitung der Referenzzinssätze als Einstandszins zu benennen und seiner Kalkulation zu Grunde zu legen. Sowohl in der Bauzwischenfinanzierung, als auch in der Langfristfinanzierung ist keine Zinsanpassung vorzusehen.

Stichtag für die Referenzzinssätze ist der 11.04.2011. Als Nachweis der gewählten Referenz hat der Bieter seinem Angebot einen Bildschirm Ausdruck des Handelssystems beizulegen, aus dem die Referenz (Zinssatz bzw. Zinskurve) eindeutig hervorgeht. Der Bieter ist im Vergabeverfahren an die einmal gewählte Referenz gebunden.“

2.3.2.6.2 Relevanz und Ermittlung des tilgungsgewichteten Referenzzinssatzes

Die Vorgabe in der Allgemeinen Verdingungsunterlage ist von der Vergabestelle durchaus mit Bedacht gewählt. Wegen der Komplexität der Zusammenhänge, sollen der Darstellung des konkreten Verstoßes einige grundsätzliche Erläuterungen vorangestellt werden:

Tilgungsgewichtete Einstandszinssätze (Referenzzinssätze) werden i.d.R. bei langfristigen Finanzierungen verwendet. Im Allgemeinen basieren sie auf der Pfandbriefkurve oder der ISDAFIX2 Kurve.

Der Referenzzinssatz ist eine Komponente des Stundungzinssatzes. Der Stundungzinssatz, auf dessen Basis die langfristige Finanzierung der Brutto-Gesamtinvestitionskosten im Sinne des § 56 Absatz 2 i. V. m. Pos. VIII, C. 12 der Anlage 51.1 erfolgt, besteht gem. § 63.2 Projektvertrag aus der für ein (Teil-)Objekt benannten Referenzzinskurve (tilgungsgewichteter Referenzzinssatz) zuzüglich eines (teil-)objektbezogenen Zinszuschlags.

Der tilgungsgewichtete Referenzzinssatz ist eine wesentliche Komponente des Stundungzinssatzes und bestimmt diesen auf Basis der aktuellen Kapitalmarktkonditionen zu circa 80%.

Im Ergebnis bestimmt der Referenzzinssatz maßgeblich die Höhe der von der Stadt Braunschweig zu zahlenden Finanzierungsraten während der Dauer der langfristigen



- 53 -

Finanzierung von durchschnittlich 23 Jahren. Er ist für die Kalkulation und für die Ermittlung des relevanten Angebotspreises von maßgeblicher Bedeutung.

Zur Ermittlung eines tilgungsgewichteten Referenzzinssatzes ist eine Rechenmethodik erforderlich. Um die Finanzierungsangebote der Bieter miteinander vergleichen zu können, gibt die Vergabestelle in der Regel eine Rechenmethodik vor. In dem vorliegenden Verfahren hat es die Vergabestelle den Bietern freigestellt, die Berechnungsmethodik selbst zu definieren.

Die Berechnungsmethodik wird zur Ermittlung der Referenzzinssätze zum Zeitpunkt des Financial Close herangezogen und mittels eines Excel Tool abgebildet. Das Excel Tool besteht aus einem Eingabe-, einem Rechen- und einem Ausgabeteil.

Im Eingabeteil werden

- die zum jeweiligen seitens der Vergabestelle festgelegten Termin (Stichtag Referenzzinssatzermittlung) veröffentlichten Zinssätze der Referenzkurve und
- ihre jeweilige Laufzeit

eingetragen. Der Berechnungsteil besteht i.d.R. aus Formeln, die aus einem Zinssatz der Referenzzinskurve in Verbindung mit seiner Laufzeit einen gewichteten Zinssatz ermitteln. Auf Basis der Summe der laufzeitabhängig gewichteten Zinssätze wird im Ausgabeteil der tilgungsgewichtete Referenzzinssatz, im Allgemeinen als Summe der gewichteten Zinssätze, wiedergegeben.

Je nach dem Aufbau des Berechnungstools, können unterschiedlich angewendete Formeln das Ergebnis der Tilgungsgewichtung verändern, beispielsweise im Rahmen der Interpolation der nicht veröffentlichten Zinssätzen für die Laufzeiten 11, 13, 14, 16 bis 19, 21 bis 24 Jahre.

In der nachstehend aufgeführten Tabelle sind die ISDAFIX Sätze für das Jahr 1 bis 23 aufgeführt. Die Zinssätze in blauer Schrift sind in den Informationssystemen verfügbar. Die in schwarzer Schrift aufgeführten Zinssätze sind in diesem Beispiel linear interpoliert.

Jahr	ISDAFIX 2 11.04.2011
1	1,853%
2	2,488%
3	2,782%
4	3,031%
5	3,223%
6	3,375%
7	3,500%
8	3,604%
9	3,694%
10	3,775%
11	3,847%
12	3,918%
13	3,970%
14	4,021%
15	4,072%
16	4,088%
17	4,104%
18	4,120%
19	4,138%
20	4,153%
21	4,144%
22	4,135%
23	4,128%

Je nach Berechnungsmethodik kann ein tilgungsgewichteter Referenzzinssatz auf Basis dieser Zinsstruktur durchaus zwischen 3,8% p. a. und 4,2% p. a. liegen. Auf der Basis eines Bruttogesamtinvestitionsvolumens i.H.v. 80 Millionen Euro würde somit die jährliche Rate bei einer Finanzierungslaufzeit von durchschnittlich 23 Jahren zwischen 5,28 und 5,49 Millionen Euro p. a. liegen. Verglichen mit der zinsgünstigeren Variante ergäbe sich für die teurere Finanzierungsvariante bei einer Finanzierungslaufzeit von 23 Jahren ein Nachteil für die Auftraggeberin i.H.v. circa 5 Millionen Euro. Die Angaben sind folglich wertungsrelevant und für die Beurteilung des Angebotes von maßgeblicher Bedeutung.



- 55 -

2.3.2.6.3 Vergabeverstoß

Zur Herstellung einer Vergleichbarkeit zwischen den Angeboten hätte die Vergabestelle die Berechnungsmethodik zur Referenzzinsermittlung prüfen müssen.

Des Weiteren hätte die Berechnungsmethodik mit Zinssätzen unterschiedlicher Zinsstrukturkurven auf ihre Ergebnisse und damit auf ihre Plausibilität hin geprüft werden müssen, um zu vermeiden, dass die Berechnungsmethodik ggf. bei einer bieterseitig antizipierten Kapitalmarktentwicklung zu einer Verzerrung des Referenzzinssatzes führt und somit die bereits benannten Mehrkosten für die Stadt hervorruft.

Die Antragstellerin hat der Vergabedokumentation nicht entnehmen können, dass eine solche Prüfung, verbunden mit einer Herstellung der Vergleichbarkeit der von den Bietern jeweils gewählten Berechnungsmethodik, überhaupt stattgefunden hat.

Entweder hat die Vergabestelle versäumt, die vorgelegten Berechnungsmethodiken abzugleichen und mit Blick auf die Barwertermittlung zu einer Vergleichsrechnung zu kommen. Oder die Vergabestelle konnte diese Vergleichsrechnung nicht vornehmen, weil HTS die hierfür notwendige bearbeitbare Excel-Tabelle nicht vorgelegt hat.

Im ersten Fall läge der Vergaberechtsverstoß darin, dass die Vergabestelle die (grundsätzlich) zulässige Verschiedenheit der Berechnungsmethodiken nicht vergleichbar gemacht hat und die Barwertberechnung dann unter einem gravierenden systematischen Fehler leidet.

Im zweiten Fall hätte HTS eine zwingend mit dem Angebot vorzulegende Unterlage nicht vorgelegt, was zu ihrem Ausschluss führen müsste.



- 56 -

2.3.2.7 Verbindlichkeit der Finanzierungsangebote

Nach Ziffer IV Punkt 5 der Allgemeinen Verdingungsunterlage war das Angebot verbindlich abzugeben und durfte unter keinem Vorbehalt stehen. Ob es der HTS gelungen ist, in der extrem kurzen Bearbeitungszeit zwischen dem 31.03.2011 und dem 14.04.2011 einen solchen vorbehaltlosen Nachweis insbesondere der Finanzierungszusagen zu erhalten und mit dem Angebot vorzulegen, ist nach den Erfahrungen der Antragstellerin, die selber über viele Wochen mit den in Betracht kommenden Finanzierern über diese Fragen verhandelt hat, kaum darstellbar. Hiergegen sprechen sowohl die Komplexität der Anforderungen als auch die Tatsache, dass sich der HOCHTIEF-Konzern – wie öffentlich bekannt - vor grundlegenden Umstrukturierungen infolge der Übernahme durch einen spanischen Baukonzern befindet. Wesentliche Teile des Konzerns sollen veräußert werden, und das Unternehmen hat im 1. Quartal 2011 erhebliche Verluste verzeichnet; Veröffentlichungen sprechen von mehr als 400 Mio. € allein im ersten Quartal 2011 gegenüber einem Gewinn im gesamten Vorjahr von rund 150 Mio. €.

Wir bitten die Vergabekammer, diesen Punkt in den Vergabeunterlagen, auf die die Antragstellerin keinen Zugriff hat, mit besonderer Sorgfalt zu betrachten und dabei besonderes Augenmerk auf folgende Punkte zu legen.

- Sind in dem Finanzierungskonzept von HTS Vorbehalte formuliert?
- Waren dem Angebot die gemäß Ziffer 3.1.3 der allgemeinen Verdingungsunterlage geforderten Support Letter für die Zwischen- und Endfinanzierung beigelegt?
- Wurden von den Banken in den Term Sheets für die Zwischenfinanzierung und für die Endfinanzierung Vorbehalte formuliert oder wurde die Finanzierung an Bedingungen geknüpft?



- 57 -

- Wurden die Liquiditätsaufschläge für die Zwischenfinanzierung und die Endfinanzierung nach den Vorgaben der allgemeinen Verdingungsunterlage verbindlich angeboten?
- Hat sich die langfristig finanzierende Bank bereit erklärt, sich nach einer erneuten Abfrage der Liquiditätskosten für mindestens 5 Wochen an die abgefragten Liquiditätskosten zu binden?

Hierzu im Einzelnen:

2.3.2.7.1 Finanzierungskonzept

Da es für die Verbindlichkeit des Angebots auch auf die Aussagen von HTS als Bieter ankommt, ist deren Finanzierungskonzept auf Vorschalt zu prüfen.

2.3.2.7.2 Support Letter

Die Vorlage eines Support Letter, in dem die finanzierenden Banken ihre Bereitschaft zur Finanzierung und die generelle Finanzierbarkeit des Projekts bestätigen, war ausdrücklich gefordert.

Sollte diese Unterlage fehlen oder nicht den verlangten Inhalt aufweisen, wäre das Angebot von HTS wegen Unvollständigkeit auszuschließen. Dies würde auch dann gelten, wenn der Support Letter eine Gesellschaft unterstützt, die letztlich gar nicht der Auftragnehmer werden soll (insbesondere HTS an Stelle einer Projektgesellschaft oder umgekehrt).



- 58 -

2.3.2.7.3 Bonitätsvorbehalt

Gerade im Hinblick auf die anstehende Übernahme von HOCHTIEF durch ACS ist nicht zu erwarten, dass HTS in der Kürze der Zeit in der Lage war, eine zwischenfinanzierende Bank zu finden, die ohne Bonitätsvorbehalt eine Finanzierung angeboten hat. Für einen solchen Vorbehalt spricht auch, dass die Antragstellerin bei ihren Recherchen auf eine von der Stadt Braunschweig im Internet veröffentlichte Drucksache mit der Nr. 11698/11 vom 18.05.2011 gestoßen sind, in der u.a. folgendes mitgeteilt wird:

„Mit Schreiben vom 13.Mai 2011 hat der Vorstand der HOCHTIEF AG mitgeteilt, dass sich HOCHTIEF entschieden habe, nunmehr keine Anteile der HOCHTIEF Concessions AG zu veräußern. Die HOCHTIEF Concessions AG mit den Segmenten Straße, Soziale Infrastruktur und Infrastructura Ventures, die in der HOCHTIEF PPP Solutions GmbH gebündelt sind, verbleiben somit vollständig im HOCHTIEF-Konzern.“

Auch wenn für die Antragstellerin die genauen Hintergründe dieser Information an den Rat der Stadt Braunschweig nicht erkennbar sind, so legt der Umstand doch nahe, dass auch die ausschreibende Stelle offensichtlich Aufklärungsbedarf hinsichtlich der Solvenz der HTS gesehen hat. Welche Rolle dabei die HOCHTIEF AG spielt, ist unklar, denn diese Gesellschaft ist nicht Bieterin in dem vorliegenden Verfahren.

Dokumentiert ist hierzu in den Vergabeakten nichts.

Schließlich erlauben wir uns in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass sich der Vorstand der HOCHTIEF AG zwar möglicher Weise dazu entschieden hat, keine Anteile an der HOCHTIEF Concessions AG zu veräußern. Der Anlage zur oben zitierten Drucksache war jedoch zu entnehmen, dass ungeachtet dessen der Verkauf der Flughafensparte betrieben wird. Diese Sparte erwirtschaftet aber nach Presseveröffentlichungen rund 80% des Umsatzes der HOCHTIEF Concessions AG. Die



- 59 -

dem Rat vorgelegte Auskunft ist daher offenbar unrichtig, zumindest aber unvollständig, wenn sie Bedenken gegen die Eignung der HTS, die Leistungen für die nächsten 25 Jahre zu erfüllen, zerstreuen sollte.

2.3.2.7.4 Fehlender Nachweis zur Referenzzinssatzermittlung

In Ziffer IV.3.1.3 der Allgemeinen Verdingungsunterlage hat die Vergabestelle vorgegeben, zum Nachweis der Referenzzinssatzermittlung einen Bildschirmausdruck des Handelssystems beizufügen. Konkret heißt es dort:

„Stichtag für die Referenzzinssätze ist der 11.04.2011. Als Nachweis der gewählten Referenz hat der Bieter seinem Angebot einen Bildschirmausdruck des Handelssystems beizulegen, aus dem die Referenz (Zinssatz bzw. Zinskurve) eindeutig hervorgeht. Der Bieter ist im Vergabeverfahren an die einmal gewählte Referenz gebunden.“

Wir gehen davon aus, dass es HTS in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht gelungen ist, Finanzierungsangebote beizubringen, denen Bildschirmausdrucke beigelegt waren, aus denen erkennbar ist, wann der Referenzzinssatz ermittelt wurde.

2.3.2.7.5 Falscher Stichtag Referenzzinssätze

Nach der vorstehend bereits zitierten Ziffer IV Punkt 3.1.3 der Allgemeinen Verdingungsunterlage war darüber hinaus vorgegeben, den Referenzzins für die Angebot am 11.04.2011 zu ermitteln

Dieser Hinweis ist extrem fehleranfällig: Jede Abweichung von diesem Stichtag führt zur Unvollständigkeit des Angebotes und mithin zum Ausschluss des Angebotes der HTS.



- 60 -

2.3.2.7.6 Verbindlicher Liquiditätsaufschlag

Schließlich hatte die Antragstellerin selbst erhebliche Schwierigkeiten, eine langfristig finanzierende Bank zu finden, deren Gremien der Finanzierung des Projektes zugestimmt haben, ohne einen Vorbehalt hinsichtlich der Entwicklung der Liquiditätskosten zu formulieren. Es ist deshalb nicht vorstellbar, dass es HTS in der Kürze der Zeit ebenfalls gelungen ist, ein solches Angebot (ohne Vorbehalt) zu erhalten und mit dem Angebot vorzulegen.

2.3.2.7.6.1 Vorgaben der Verdingungsunterlage

Die diesbezügliche Forderung der Allgemeinen Verdingungsunterlage lautet in Ziffer IV.3.1.3, Unterpunkt 5, wie folgt:

„Die Liquiditätsaufschläge für das verbindliche Angebot werden insoweit verbindlich, als sie bis zum Financial Close nur noch der allgemeinen Entwicklung am Kapitalmarkt folgen dürfen.“

Konkret bedeutet dies, dass die Bieter die Liquiditätskosten so verbindlich anzubieten haben, dass sie nur noch entsprechend der allgemeinen Entwicklung am Kapitalmarkt angepasst werden und nicht auch dann, wenn sich die Liquiditätskosten der individuellen Bank abweichend vom allgemeinen Kapitalmarkt verändert haben. Dementsprechend mussten auch die Liquiditätskosten verbindlich angeboten werden. Erlaubt war nur eine eingeschränkte Anpassung bei Marktveränderungen.

2.3.2.7.6.2 Angebot der HTS

Ob hier eine Abweichung vorliegt, vermag die Antragstellerin mangels entsprechender Akteneinsicht nicht zu beurteilen. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass Banken, die sich noch nicht hinreichend vertieft mit einem Projekt beschäftigt haben, auch dann eine Anpassung der Liquiditätsaufschläge erwarten, wenn sich zwar nicht der gesamte Finanzierungsmarkt,



wohl aber ihre individuellen Liquiditätskosten zwischen Angebotslegung und Financial Close verändern.

Bei einem derartigen Vorbehalt trägt jedoch der öffentliche Auftraggeber in der Zeit zwischen Angebotslegung und Financial Close das Risiko, dass sich die Bonität der vom Bieter vorgeschlagenen Bank verschlechtert. Dies sollte vorliegend ausgeschlossen werden.

2.3.2.7.7 Fünfwöchige Bindung an Liquiditätsaufschlag

2.3.2.7.7.1 Vorgabe der Vergabestelle

Gemäß Ziffer IV.3.1.3 der Allgemeinen Verdingungsunterlage, wiederum Unterpunkt 5 „Liquiditätsaufschlag“, sollte der Liquiditätsaufschlag für die langfristige Finanzierung mit einer fünfwöchigen Bindefrist angeboten werden. Wörtlich heißt es:

„Nach Abgabe des verbindlichen Angebotes, jedoch frühestens 5 Wochen vor Financial Close, wird der Auftraggeber den Bieter, an den der Zuschlag erteilt werden soll, auffordern, die im Angebot genannten Liquiditätskosten nach Maßgabe des vorstehenden Absatzes entsprechend der allgemeinen Entwicklung am Kapitalmarkt zu aktualisieren. Das Ergebnis dieser Aktualisierung ist im Hinblick auf die Liquiditätskosten der Langfristfinanzierung bis Financial Close verbindlich. [...]“

Ergänzend zu der zitierten Regelung hat die Vergabestelle im Preisblatt (Anlage D 2 zum Projektvertrag) unter VIII Pos. 22 von den Bietern abgefragt, wie lange sich die dem Bieter zur Verfügung stehende Bank an einen abgefragten Liquiditätsaufschlag binden kann.



2.3.2.7.2 Angebot HTS

Namentlich in dem Preisblatt D 2 hätte HTS mindestens eine Dauer von 5 Wochen angeben müssen. Die Antragstellerin geht nicht davon aus, dass HTS dies beachtet hat, da hier eine aus Sicht der Antragstellerin fehleranfällige Abfrage gestaltet war. Auch geht die Antragstellerin davon aus, dass die HTS für die langfristige Finanzierung zur Verfügung stehende Bank in ihrem Term Sheet keine fünfwöchige Bindung an einen abgefragten Referenzzins angeboten hat.

Sollten die Angaben in dem Preisblatt nicht den Vorgaben entsprechen, wäre das Angebot nicht vollständig und ohne Abweichung von den Mindestbedingungen ausgefüllt und daher auszuschließen.

Der Ausschluss müsste aber auch wegen fehlender Vergleichbarkeit der Angebote erfolgen, da die Banken die Dauer der Bindung an einen Liquiditätsaufschlag bei ihrer Margenbildung berücksichtigen. Je länger die Bindung, umso höher fällt der Risikoaufschlag aus. Angebote mit unterschiedlich langen Bindungen an Liquiditätsaufschläge haben deshalb eine unterschiedliche Qualität.

2.3.2.8 Fehlerhaft ausgefüllte Preisblätter

Nach Ziffer IV.3.3.2, war die bei Angebotsabgabe gültige Fassung der Anlage D 2, insbesondere die Preistabelle nebst finanziellen Eckdaten, ohne Änderung abzugeben. Die Preistabelle D 2 gibt selbst vor:

„Alle nachfolgend geforderten Angaben beziehen sich auf die in den Vergabeunterlagen einschließlich aller Anlagen als Hauptangebot dargestellten Leistungen und sind vom Bieter in dieser Anlage einzutragen und rechtsverbindlich zu unterschreiben. Im Fall von



- 63 -

Differenzen bei weiteren Eintragungen an anderen Stellen im Angebot ist die Eintragung in dieser Anlage die allein maßgebliche Angabe. (...)

- 1. Alle notwendigen Daten und Preisangaben sind ausschließlich in den gelb markierten Feldern einzutragen. Vom Bieter sind die markierten Felder vollständig auszufüllen. Veränderungen/Eintragungen in allen sonstigen Feldern sind nicht zulässig. Angaben außerhalb der dafür vorgesehenen Felder werden nicht berücksichtigt. (...)*

- 4. Die zu kalkulierenden Entgelte sind zum Stichtag 15.07.2011 zu berechnen."*

Formal sind die Preistabellen möglicherweise vom Bieter HTS vollständig ausgefüllt worden. Inhaltlich entsprechen die Angaben aber nicht den tatsächlich für diese Leistung geforderten Entgelten. Überdies hat die HTS offenbar Fantasiepreise eingetragen. Schließlich ist davon auszugehen, dass die Angaben in den Preisblättern nicht mit den übrigen dem Angebot beigelegten Dokumenten und Konzepten übereinstimmen.

Zunächst ist zu bemerken, dass eine vollständige, richtige und wahrheitsgemäße Bearbeitung dieser Preistabellen mehrere Wochen in Anspruch nimmt. Es ist daher wiederum zweifelhaft, dass es der HTS gelungen ist, diese Preisblätter in zwei Wochen bis zur Abgabe des verbindlichen Angebotes entsprechend den Vorgaben der Allgemeinen Verdingungsordnung auszufüllen.

Hat HTS keine kalkulierten, sondern spekulierte Preise eingetragen, hat sie in diesem Fall die Vergabeunterlagen in nicht mehr zulässiger Form verändert.



- 64 -

2.3.2.8.1 Preisblatt D 2 - Allgemein

Bei den Preisangaben im Blatt D 2 handelt es sich um äußerst komplexe Angaben, die große Mühe, vertiefte Sachkenntnis, erheblichen Aufwand und mithin viel Zeit in Anspruch nehmen.

Für das verbindliche Angebot waren die Preisblätter durch die Bieter

- sowohl für die einzelnen Objekte
- als auch für die gem. § 30.7 des Projektvertrags (zusätzlich) definierten teilabnahmefähigen (Teil-)Abschnitte

vollständig und richtig auszufüllen.

Innerhalb der kurzen für die Angebotsbearbeitung verbleibenden Zeit konnte HTS die Preisblätter nicht entsprechend der im Projektvertrag vorgegebenen Objekte und (Teil-)Abschnitte vollständig und richtig ausfüllen.

HTS hat im Übrigen vermutlich eine eigene, ihrem Bauablaufplan bzw. Terminplan entsprechende Abschnittsbildung vorgenommen. Die Preisblätter sind im Ergebnis weder hinsichtlich der Objektbezogenheit noch für die zusätzlich definierten (Teil-)Abschnitte mit den von der Antragstellerin eingereichten vergleichbar.

Die nicht vollständig und richtig ausgefüllten Preisblätter führen zum Ausschluss des Angebotes von HTS.

2.3.2.8.2 Preisblatt D 2 und Preisblatt D 5 - Energiemengen

Sowohl im Formblatt D 2 als auch im Formblatt D 5 waren Energiemengen anzugeben. Da HTS ihren Preis gegenüber dem zweiten unverbindlichen Angebot offensichtlich um einen

Ergebnis

M

Wasser

energie

namhaften Betrag reduziert hat, ist davon auszugehen, dass sie auch die im Formblatt D 2 anzugebenden Energiemengen reduziert hat. Sollte sie dies nicht zugleich im Formblatt D 5 vorgenommen haben, hat sie hier – bewusst oder unbewusst – einen Widerspruch angelegt. Widersprüchlich ausgefüllte Formblätter sind jedoch formal unvollständig, und das Angebot wäre mithin auch unter diesem Aspekt aus der Wertung zu nehmen.

Außerdem sind die angebotenen Energieverbrauchsmengen offensichtlich nicht plausibel. Dies jedenfalls legen die gestellten Aufklärungsfragen nahe. Damit sind die Angaben, die auch als Grundlage für Preisanpassungen im Falle von Veränderungen der zu bewirtschaftenden Flächen oder der Nutzungszeiten sein sollen, für den Vertragszweck nicht verwertbar.

2.3.2.8.3 Preisblatt D2 – Reinigung

Der Bieter HTS hat in das Preisblatt D2 unter der Rubrik III „Reinigungskosten“ reine Fantasiepreise, zudem Fantasiemengen und schließlich Fantasieflächen eingetragen. Die dortigen Preise haben mit tatsächlich erforderlichen Entgelten für die dort angegebenen Leistungen nichts zu tun.

Hat der Bieter keine Fantasiepreise eingetragen, ergibt eine Prüfung gleichwohl, dass die ausgeschriebenen Leistungen zu den Preisen, die dort angegeben sind, nicht ausgeführt werden können. Der Bieter HTS hat in diesem Fall von den vertraglichen Vorgaben abweichende Mengen angeboten. Auch damit ist sein Angebot auszuschließen.

Im Einzelnen:

Wir kommen bei dieser Argumentation zurück auf die Aufklärungsfrage Nr. 2 zum Angebot der HTS, die wir bereits an anderer Stelle erwähnt haben. In der Aufklärungsfrage heißt es:



2.	Reinigung	
	<p>Es werden hinsichtlich der Reinigung entsprechend der Leistungsbeschreibung Bau und Betrieb und ihrer Anlagen (siehe: B-VII Anlagen Betrieb\B-VII-Anlagen Allgemein\0_4 Reinigung) vom Auslober Reinigungsintervalle vorgegeben. Im Vergleich zu den von Ihnen angegebenen Angaben im Preisblatt (siehe: Anlage D2, Nr. III Reinigungskosten) sind jedoch gravierende Abweichungen in den „Reinigungsflächen pro Monat“ erkennbar. Es wird um Erläuterung und Darlegung der Abweichungen zu den augenscheinlich nicht eingehaltenen Reinigungsintervallen bzw. den monatlichen Reinigungsflächen gebeten.</p> <p>Darüber hinaus wird in den Preisblättern (siehe: Anlage D2, Nr. III Reinigungskosten) ein Stundenverrechnungssatz in Höhe von r. 15,07 Euro angegeben. In diesem Zusammenhang wird darum gebeten, diese Angabe im Kontext zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) zu prüfen und zu plausibilisieren, dabei sollte der ab dem 01.01.2011 geltende</p>	

	Mindestlohn in der Gebäudereinigung berücksichtigt werden.	
--	--	--

Mit dieser Aufklärungsfrage 2 hat die Vergabestelle folgende Fragen aufgeworfen:

- Warum weichen die von HTS in das Formblatt eingetragenen Reinigungsintervalle von den in der Verdingungsunterlage vorgegebenen Reinigungsintervallen ab?
- Warum weichen die von HTS in das Formblatt eingetragenen Reinigungsflächen von den in der Verdingungsunterlage vorgegebenen Reinigungsflächen ab?
- Wie sollen bei einem Stundensatz von 15,07 Euro die Vorgaben des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) und des geltenden Mindestlohns für Gebäudereiniger eingehalten werden?


HTS hat diese Fragen nicht – jedenfalls nicht plausibel - beantwortet und die Stadt Braunschweig hat die Fragen nicht weiter aufgeklärt.



2.3.2.8.3.1 Abweichungen der Reinigungsintervalle und Flächen

Dies von den Bietern auszufüllende Preistabelle für die Reinigungsleistungen war wie folgt aufgebaut:

„PPP-Projekt Schulen und Kitas der Stadt Braunschweig“
 Anlage B.2: Preistabelle und Einzelteile-Beschriftung
 Stand: 30. April 2011



III. Leistungsgegenstand I. Grundschule Immerstraße	A. Umkehrschleifengang	Bundesausschreibungs-Nr. (falls)	Raumgruppe	Grundfläche	Reinigungsintervall pro Woche	Reinigungsintervall pro Monat	Fläche pro Monat	Leistung in m ² /h	Stunden pro Monat	Kosten pro Monat
			01 Flur und Hallen							
			02 Treppen							
1 Summe Kosten Umkehrschleifengang										6,00

Beide Faktoren: „Grundfläche“ und „Reinigungsintervall“ waren durch die Verdingungsunterlagen vorgegeben und hätten auch als feste Größe bereits von der Vergabestelle in die Preistabellen eingetragen werden können. So ergäben sich die zu reinigenden Flächen aus der Anlage B.VII.0.4 und die Reinigungsintervalle aus der Anlage B.VII.0.4. „Reinigung“. Die dritte Spalte „Fläche pro Monat“ errechnet sich aus den beiden voranstehenden Faktoren „Grundfläche“ x „Reinigungsintervall pro Monat“. Sie wird benötigt, um die nachfolgenden Angaben in den Rubriken „Leistung in m²/h“ und „Stunden pro Monat“ zu plausibilisieren.

Nach der Logik der Verdingungsunterlage und der Preistabelle dürfte es weder bei den – „Grundflächen“ für die entsprechenden Raumgruppen eines Objekts noch bei den „Flächen pro Monat“ Abweichungen gegenüber den Vorgaben der Anlage B. VIII.0.4 der Verdingungsunterlage geben. Der Bieter hatte hier keine Wahl hinsichtlich der Angaben, die er einzutragen hatte.

Wie der obenstehenden Aufklärungsfrage zu entnehmen ist, war dies jedoch offensichtlich in erheblichem Umfang der Fall. Im Internet und in der Lokalpresse finden sich Berichte, wonach dem Rat der Stadt Braunschweig zunächst mitgeteilt wurde, dass Unterrichtsräume zukünftig lediglich 6 mal pro Monat und Pausenräume lediglich 16 mal pro Monat gereinigt werden sollten. Ergäbe sich dies tatsächlich aus den Angebotsunterlagen der HTS, läge darin ein eindeutiger Verstoß gegen die Mindestbedingungen der Verdingungsunterlagen. Ein entsprechendes indikatives Angebot hätte ohne weitere Aufklärung schon nicht zur zweiten verbindlichen Angebotsstufe zugelassen werden dürfen. Erst recht hätte ein entsprechendes verbindliches Angebot von der Wertung ausgeschlossen werden müssen.

Mit einer falsch ausgefüllten Preistabelle entfällt jede tragfähige Grundlage für die Berechnung späterer Vergütungsanpassungen während der 25 jährigen Vertragslaufzeit.

Auf den Angaben in der Preistabelle bauen unter anderem auf:

- die Vergütung zusätzlicher Reinigungsleistungen bei Sonderveranstaltungen,
- die Vergütungsanpassung bei Flächenmehrungen und Minderungen (vgl. § 45.2 des Projektvertrages),
- die Vergütungsanpassungen bei Änderungen der Reinigungsintervalle (vgl. § 45.2 des Projektvertrages),
- die Vergütungsanpassung nach Qualitätsbewertung der Leistung,
- die Inflationsanpassung gemäß § 58.1.3 des Projektvertrages.

Fehlerhafte Angaben müssen deshalb zum Ausschluss des Angebots führen. Dies umso mehr, als das Thema vermutlich auch schon in dem mit HTS im Anschluss an das erste unverbindliche Angebot durchgeführten Workshop thematisiert wurde. Die Antragstellerin geht deshalb davon aus, dass durch einen Vergleich der drei Angebote der HTS unter Hinzuziehung der Akten zu dem mit HTS geführten Workshop erkennbar wird, dass hier bewusst und vorsätzlich von den Verdingungsunterlagen abgewichen wurde.

Diese unrichtigen Angaben führen zur Unvollständigkeit des Angebotes und können nicht durch eine Aufklärung „geheilt“ werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Aufklärung tatsächlich keine plausible Darstellung der Abweichungen erbracht, sondern nur den Hinweis enthalten hat, dass man die Flächen ordnungsgemäß reinigen werde. Wenn der Bieter dies aber gerade in den Angebotsunterlagen anders darstellt, kann eine Aufklärung diese Unvollständigkeit nicht beseitigen.

Erst recht darf einem Bieter nach Einreichung seines verbindlichen Angebotes nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, dieses Angebot nachzubessern.

Selbst wenn die Vergabekammer hierin keinen Ausschlussgrund sehen sollte, müsste die geltend gemachte Vergütung doch zumindest neu kalkuliert werden. In der Folge müssten

- entweder die Angaben zur Leistungsfähigkeit des Reinigungspersonals pro Stunde
- oder die für die Reinigungsleistung geltend gemachte Vergütung erhöht
- oder die Angaben zum gezahlten Stundenlohn

reduziert werden. Da eine Neukalkulation der geltend gemachten Vergütung nicht zulässig wäre, käme im Ergebnis unter Zugrundelegung der vorgegebenen Reinigungsflächen und -

intervalle voraussichtlich entweder eine absurd hohe Leistung pro m²/h oder ein nicht mehr hinnehmbar niedriger Stundensatz heraus.

Der gewährten Einsicht in die Vergabeakte konnte eine entsprechende Aufklärung des HTS-Angebotes jedoch nicht entnommen werden. Vielmehr wird lediglich deutlich, dass HTS einer Beantwortung der Aufklärungsfrage mit der bereits zitierten Aussage ausgewichen ist und allgemeine Hinweise auf die Auskömmlichkeit des Angebotes erteilt hat. Angesichts einer Vertragslaufzeit von 25 Jahren hat die Vergabestelle auf die strikte Einhaltung der Mindestbedingungen zu achten. Dazu gehört die Einreichung vollständig ausgefüllter Preisblätter.

2.3.2.8.3.2 Unrealistische Angaben zur „Leistung pro m²/h“

Die Vergabestelle hatte die Angaben von HTS zu dem Thema „Reinigungsleistung pro m²/h“ bereits mit E-Mail vom 26.10.2010 zum Workshop der Angebotsaufklärung auf die Agenda gesetzt. Anlage hierzu war u.a. ein Dokument „Vergleich Reinigungsleistung Hochtief“ (Seiten 30 – 44 der Vergabeakte HT). Verglichen wurde die „Vorkalkulation“ der Stadt Braunschweig bzgl. der in den einzelnen Raumgruppen zu erwartenden Leistungen in m²/h mit den von HTS angebotenen Leistungen in m²/h.

Offensichtlich bestanden schon damals erhebliche Zweifel seitens der Vergabestelle an den Angaben von HTS im ersten indikativen Angebot. Während die Antragstellerin in den folgenden Angeboten auf die Hinweise im Workshop reagiert, ihre Preisangaben auf eine plausible Preisgestaltung hin überprüft und - wo notwendig - angepasst hat, ist davon auszugehen, dass HTS diese Angaben zur Erzielung des angebotenen Betriebspreises weiter ins Absurde gesteigert hat.

Sollte dies zutreffen, hätte HTS nach Auffassung der Antragstellerin von dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Dies gilt erst recht, wenn man berücksichtigt, dass HTS bereits im Zuge der Workshops auf die Unzulässigkeit einer entsprechenden



- 71 -

Vorgehensweise hingewiesen wurde. Denn mit einer solchen Vorgehensweise ändert ein Bieter entweder die Reinigungsvorgaben der Leistungsbeschreibung, die jedoch als zwingende Mindestanforderung eingehalten werden müssen, ab, oder er bietet einen Stundensatz an, der nicht dem entspricht, den er tatsächlich in das Preisblatt eingetragen hat. Im Übrigen greifen auch hier die obenstehenden Ausführungen zur Bedeutung der Preistabellen während der 25 jährigen Betriebszeit.

Schon weil der Bieter HTS im Zuge der workshops von der Vergabestelle auf überhöhte Ansätze hingewiesen wurde, überrascht es, dass die Vergabestelle diese Falscheintragungen weiterhin ohne Bedenken hinnimmt und sich mit unplausiblen Aufklärungsantworten begnügt, statt die (richtige) Konsequenz zu ziehen und das Angebot auszuschließen.

2.3.2.8.3.3 Keine Sicherstellung der Zahlung von Mindestlöhnen

Die Vergabestelle hat als öffentlicher Auftraggeber in besonderem Maße die Verpflichtung sicher zu stellen, dass von ihr beauftragte Unternehmen den von ihnen beschäftigten Mitarbeitern den Mindestlohn zahlen. Dass dies nicht immer der Fall ist, hat die Stadt Braunschweig in den vergangenen Jahren auf der der Großbaustelle „Schlossneubau“, auf der u.a. Hochtief tätig war, erfahren müssen. Deshalb hat sie in § 7 des Projektvertrages auch besonders strenge Anforderungen an die Einhaltung der Tariftreue gestellt und Verstöße mit empfindlichen Vertragsstrafen belegt.

Umso erstaunlicher ist es, dass sie die von ihr selbst geäußerten Zweifel an der Auskömmlichkeit der Reinigungsvergütung bei Einhaltung der Vorgaben des AEntG nicht weiter verfolgt hat. Dies, obwohl schon der nominell angebotene Stundensatz von 15,07 € offensichtlich nicht ausreicht, um die nach AEntG vorgeschriebenen Löhne zu zahlen. Dies wird jedes Reinigungsunternehmen bestätigen.



- 72 -

Hinzu kommt aber, dass dieser nominelle Stundenlohn aufgrund der von HTS mutmaßlich vorgenommenen Manipulationen der Preistabelle erkennbar gar nicht erzielt wird. Wenn nämlich die tatsächlich zu reinigenden Flächen wesentlich größer sind, als die in der Preistabelle eingetragenen Flächen oder die in der Spalte „Leistung in m²/h“ anzugebenden Werte unrealistisch hoch sind, verschleiert dies, dass die tatsächlich zur Entlohnung der Mitarbeiter zur Verfügung stehende Vergütung weit unter Euro 15,07 liegt. Darin läge jedoch eine offensichtlichen Abweichung von der Verdingungsunterlage.

Die Erläuterungen von HTS zu diesem Thema sind nicht plausibel. Es ist weder plausibel, dass die in der Preistabelle angegebenen Leistungswerte in m²/h auf einer Optimierung beruhen, noch, dass diese durch die Erfahrung in anderen Projekten belegbar sein sollen oder dass die 15,07 € ausreichend sein sollen, um Mitarbeitern die gesetzliche Vergütung zu zahlen.

Wenn die Vergabestelle zu diesem Punkt Aufklärung fordert, muss sie eine unzureichende Beantwortung ihrer Fragen zum Anlass für einen Ausschluss nehmen. Sie darf sich dem gegenüber nicht mit pauschalen und nicht nachvollziehbaren Auskünften zufrieden geben.

2.3.2.8.3.4 Unzulässigkeit der nachträglichen Veränderung von Reinigungsintervallen

Nach der Ratssitzung, in der über die Vergabe des Projektes an HTS entschieden wurde, ist im Internet folgender Beitrag eingestellt worden, den wir bereits im Sachverhalt zitiert haben:

„Noch schnell vor Abstimmung eines BIBS-Antrages auf Verdoppelung der Reinigungsintervalle in den Klassenräumen ließ er [der oberste Saubermann des Rathauses = der Bürgermeister?] eine Mitteilung im Ratssitzungssaal verteilen, wonach die Stadt zusammen mit Hochtief die Reinigungsintervalle deutlich heraufgesetzt hatte; der BIBS-Antrag hatte



- 73 -

sich erübrigt."

Der Antragsstellerin liegt weder der genannte BIBS-Antrag noch die zitierte Mitteilung vor. Daher kann sie auch nicht überprüfen, ob die nun vorgeschenen Reinigungsintervalle und Reinigungsflächen den Vorgaben der Verdingungsunterlagen entsprechen.

Es liegt jedoch auf der Hand, dass hier der vergaberechtlich unzulässige Versuch unternommen wurde, ein nicht ausschreibungskonformes Angebot, in dem bewusst von den Verdingungsunterlagen abgewichen wurde, auf öffentlichen Druck hin nachträglich „zu heilen“.

2.3.2.8.4 Mittelherkunfts- und verwendungsplan

Nach Ziffer IV.3.1.3 hatten die Bieter Mittelherkunfts- und -verwendungspläne vorzulegen.

Die von HTS vorgelegten Mittelherkunfts- und -verwendungspläne passen vermutlich nicht zu der vorgelegten Bauablaufplanung. Darüber hinaus werden die in den Preistabellen ausgewiesenen Finanzierungskosten nicht plausibel den abnahmefähigen Teilabschnitten gemäß § 30.8 des Projektvertrages zugewiesen.

Das den Vorgaben der Verdingungsunterlage genügende Erstellen dieser komplexen Pläne konnte HTS in Anbetracht der Kürze der dort zur Verfügung stehenden Zeit nicht erbringen. Die Antragstellerin geht daher von einer fehlerhaften Angabe aus.

Da die Mittelherkunfts- und -verwendungspläne bestimmen, welche Kosten wann einredefrei gestellt werden, droht der Stadt Braunschweig bei fehlerhaften Angaben die Gefahr, aus dem Vertrag zur Vergütung verpflichtet zu sein, bevor sie von HTS die korrespondierenden Leistungen für diese Vergütung bekommen hat.



- 74 -

Eine Vergleichbarkeit der Angebote ist so nicht mehr möglich. Das Angebot von HTS ist wegen der fehlerhaften wertungsrelevanten Angaben auszuschließen.

2.3.2.8.5 Zins- und Tilgungsplan

Gemäß Ziffer IV.3.1.3 war von den Bietern ein Zins- und Tilgungsplan vorzulegen.

Zu diesem Zins- und Tilgungsplan gilt das von der Antragstellerin zu den Mittelherkunfts- und -verwendungsplänen Ausgeführte entsprechend.

2.3.2.9 Fehlerhaft ausgefüllte Formblätter

Neben den Preisblättern hat die Vergabestelle den Bietern diverse sonstige Formblätter vorgelegt, die ebenfalls hätten ausgefüllt werden müssen.

Auch die Durchsicht dieser Unterlagen legt nahe, dass hier von der Allgemeinen Verdingungsunterlage abweichende Angaben vorgelegt worden sind.

2.3.2.9.1.1 Formblatt D 2 – Versicherungen

Unter „Ziffer V. sonstige Projektkosten“ hatten die Bieter Selbstbehalte zu den angebotenen Versicherungen einzutragen.

Die Antragstellerin geht davon aus, dass HTS Selbstbehalte eingetragen hat, die nicht mit dem Versicherungskonzept übereinstimmen. Auch diesen Teil des Angebotes mag die Vergabekammer besonders kritisch durchsehen.



- 75 -

2.3.2.9.1.2 Formblatt D 8 - Instandhaltungsplanung

2.3.2.9.1.2.1 Forderung der Verdingungsunterlage

Nach Ziffer IV.3.1.6 der Allgemeinen Verdingungsunterlage war die Darstellung des Instandhaltungskonzepts wie folgt gefordert:

„Entwicklung, Erläuterung und Darstellung des projektbezogenen Instandhaltungs- und Mangelbeseitigungskonzeptes. Der Ablauf der Instandhaltung und Mangelbeseitigung ist als Teilaspekt, getrennt für Hochbauleistungen und TGA-Leistungen darzustellen.

Instandhaltungsplanung mit gesondertem Nachweis der Schönheitsreparaturen entsprechend dem Formblatt D 8 Instandhaltungsplanung. Eine objektspezifische und aussagekräftige tabellarische Maßnahmenerläuterung mit qualitativen Angaben zum Umfang (z. B. 50%, Gliederungsaufbau entsprechend dem Formblatt D 8 Instandhaltungsplanung und DIN 18960, mind. 3. Ebene, über die gesamte Vertragslaufzeit.“

Von Bedeutung ist auch die Fußzeile des Formblatts D 8:

„Alle Angaben in Euro, netto, real, Basis DIN 18960“

Gerade diese Wortwahl macht für jeden Bieter deutlich, dass hier eine aussagekräftige und plausible – reale - Instandhaltungsplanung gefordert wurde.



- 76 -

2.3.2.9.1.2.2 Angebot HTS

Diese Anforderungen hat das Angebot von HTS nicht erfüllt. In der Auswertung des verbindlichen Angebotes heißt es unter Ziffer 6.1.3.3:

„Die geforderte Instandhaltungstabelle wird erstellt. Allerdings sind die angegebenen Instandhaltungskosten kaum nachvollziehbar, da nur ein sehr allgemein gehaltener Instandhaltungsplan vorgelegt wird. Des weiteren sind die angegebenen Instandhaltungskosten pro Jahr über 25 Jahre Laufzeit geglättet, was unter Einbeziehung des Instandhaltungsplans keine plausible Bewertung zulässt. Die Leistungen der Wartung und Instandsetzung werden zu Arbeitspaketen außerhalb der Schulzeiten zusammengefasst.“

(Hervorhebung durch den Unterzeichner)

In der Anlage zur Auswertungsunterlage sind die jeweiligen Felder bei HTS mit der Bemerkung „fehlt“ besetzt. Auch die Vergabestelle ist offenbar davon ausgegangen, dass diese Unterlage nicht den Forderungen der Verdingungsunterlage entsprechend vorgelegt wurde.

Angesichts des Umstands, dass die Instandhaltungsplanung für die Stadt als Basis für das Vertragscontrolling gemäß § 10.3 des Projektvertrages und im Übrigen wichtig im Hinblick auf das Instandhaltungskonto nach § 61 des Projektvertrages ist, überrascht der Umstand, dass diese Unterlage akzeptiert wurde.

2.3.2.9.1.2.3 Bewertung

Tatsächlich sind die Angebote nach einer Glättung der Instandhaltungszahlungen nicht mehr vergleichbar. Technisch ist die Planung jährlich gleichbleibender Instandhaltungsleistungen unschlüssig, weil sich zunächst nach Abschluss der



- 77 -

Sanierungsphase alle Gebäude im Soll-Zustand befinden müssen, so dass anfänglich kaum Instandsetzungsleistungen anfallen werden. Außerdem waren für Schönheitsreparaturen u.a. folgende Zyklen vorgegeben, die einer Glättung entgegen stehen und insoweit eine Abweichung von den Verdingungsunterlagen darstellen:

Anstrich (einschließlich Heizkörper)

Küchen alle 4 Jahre

- *Flure, Treppenhäuser, Pausenhallen, Eingangsbereiche im EG alle 4 Jahre*
- *Anstrich Flure, Treppenhäuser in den übrigen Geschossen alle 7 Jahre*

Sanitärräume alle 7 Jahre

- *Klassenräume, Kitagruppenräume und Funktionsräume alle 10 Jahre*
- *Lackierung Türen inkl. Zargen alle 10 Jahre*
- *Lackierung Metallbauteile außer Zargen alle 15 Jahre"*

Wenn über tatsächlich ein schwankendes Instandsetzungsprofil der real zu erbringenden Leistung entspricht, haben die Annahmen bezüglich von Soll- und Haben-Zinsen sowie im Hinblick auf die zu erwartende Inflation entscheidenden Einfluss darauf, welche Summen planmäßig tatsächlich für Instandsetzungsleistungen zur Verfügung stehen. Dieser Betrag kann deutlich von den Einzahlungen abweichen. Deshalb benötigt die Vergabestelle für eine Auswertung des Instandhaltungskonzepts und zum Vergleich der Angebote zwingend Angaben zur zeitlichen Verteilung der geplanten Maßnahmen.

Vor dem Hintergrund der fehlenden Angaben hätte jedenfalls dieser Teil des Angebotes schon zur zweiten Angebotsstufe nicht zugelassen werden dürfen. Die Vergabestelle selbst führt aus, dass die Glättung



- 78 -

„[...] unter Einbeziehung des Instandhaltungsplans keine plausible Bewertung zulässt.“

Die an dieser Stelle für das Angebot vergebenen 11,5 Punkte hätten nicht vergeben werden dürfen, weil die entsprechende Unterlage nicht in der vorgeschriebenen Form vorgelegen hat.

Sollte schon das zweite unverbindliche Angebot der HTS diesen Mangel aufgewiesen haben, hätte HTS nicht zum weiteren Verfahren zugelassen und erst recht nicht zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes aufgefordert werden dürfen.

Das gilt unabhängig davon, ob die Unterlage überhaupt für eine weitere Wertung in Betracht gezogen werden konnte. Aus Sicht der Antragstellerin wäre das Angebot spätestens nach der „Glättung“ der Zahlen auszuschließen gewesen, weil durch diese Glättung die Mindestbedingungen der Verdingungsordnung unterschritten wurden.

Die Vergabestelle war sich der Bedeutung der Angaben zur Instandhaltungsplanung sehr wohl bewusst. Dies zeigt die Fortschreibung der Formblätter während des Verfahrens. Mit dem ersten unverbindlichen Angebot war lediglich das Formblatt D 2 einzureichen. Darin waren die Instandhaltungsleistungen in fünfjährigen Zeiträumen anzugeben. Im Rahmen des mit der Antragstellerin durchgeführten Workshops hat der seinerzeitige Berater der Vergabestelle dann geäußert, dass auf dieser Basis eine Plausibilitätsprüfung der Instandhaltungsplanung kaum möglich ist. Für das nächste Angebot wurde den Bietern dann das Formblatt D 8 zugesandt, in dem die Instandhaltungsleistungen auf Jahresbasis auszuweisen waren. Ausdrücklich wird in der Fußzeile die „reale“ Angabe der Kosten verlangt.

Hier zeigt sich, dass die Vergabestelle selbst detaillierte Angaben für zwingend erforderlich hielt. Eine Missachtung dieser Vorgabe musste deshalb zwingend zum Ausschluss des HTS Angebotes führen.



- 79 -

Dass auch HTS um die Bedeutung der tatsächlichen Zahlungsströme und Instandsetzungszyklen weiß, zeigt die Tatsache, dass HTS – kaum soll der Zuschlag an sie erteilt werden – der Vergabestelle mit Schreiben vom 29.04.2011 anbietet, das Cash-Management des Instandhaltungskontos zu übernehmen. Dieses Angebot ergibt nur dann Sinn, wenn HTS selbst die angebotene Glättung des Instandhaltungskontos nicht für realistisch hält und ihr wirkliches Instandhaltungskonzept ein unregelmäßiges Profil enthält. Wäre das Instandhaltungskonzept dagegen über die Gesamtlaufzeit konstant, hätten Inflations- und Zinseffekte keine Auswirkungen. Ein Cash-Management würde dann nicht benötigt.

Weitere Aspekte sind zu beachten:

Ein geglättetes Instandhaltungskonto weist schon im ersten Vertragsjahr Auszahlungen aus. Dies stünde aber im Widerspruch zu der Verdingungsunterlage, die zunächst eine Sanierung der Gebäude in den Soll-Zustand vorsieht. Die Zahlung von Instandhaltungsvergütungen in dieser Zeit hätte eine doppelte Vergütung der zu erbringenden Sanierungsleistungen zur Folge.

Die Vergabestelle hätte das auch insoweit unschlüssige Angebot ausschließen müssen.

Außerdem sind Schönheitsreparaturen sind im Preisblatt D 8 mit anzugeben. Die Intervalle der Schönheitsreparaturen sind in der Anlage "Intervalle Schönheitsreparaturen" vorgegeben. Danach waren in den ersten drei Jahren keine Schönheitsreparaturen zu erbringen. Entsprechend musste die Eintragung in das Preisblatt D 8 in diesen Jahren „Null“ sein. Steht dort ein anderer Wert entspricht das Angebote nicht den Verdingungsunterlagen und wäre auszuschließen.

Schließlich:

Die Bieter waren verpflichtet, ein Instandhaltungskonzept vorzulegen, das konkrete Aussagen zu den geplanten und angebotenen Instandsetzungsleistungen enthalten sollte. Hier musste objektweise beschrieben werden, welche Leistungen in welchem Jahr vorgesehen waren. Dieses Dokument musste mit dem im Instandhaltungskonto ausgewiesenen Guthaben korrespondieren. Wenn das Instandhaltungskonto – wie vorliegend bei HTS der Fall – jedoch „geglättet“ ist, muss ein Instandhaltungskonzept so allgemein gehalten sein, dass es die Anforderungen der Verdingungsunterlagen nicht mehr erfüllt.

Das Angebot war auch aus diesem Grund nicht wertbar.

2.3.2.9.13 Raumgrößen Ergänzungsneubau

Der Aufklärungsfrage der Vergabestelle an HTS ist zu entnehmen, dass HTS offenbar in ihrem Angebot abweichende Flächenangaben vorgelegt hat. Die Frage lautet:

3.	Ergänzungsneubau	
	Mit Ihrem Angebot benennen Sie an verschiedenen Stellen die vorgesehenen Raumflächen des Ergänzungsneubaus. Die im Angebot vom 14.04.2011 in Bezug genommenen Planung für den Ergänzungsneubau und das Formblatt „D 4_Formblätter Flächen Kubaturen“ weichen jedoch von den Flächenangaben im Formblatt „D3_Formblätter Ausführungsarten, Qualitäten/Ergänzung 2 RHS“ ab. Es wird um Erläuterung und Darlegung der vorhandenen Differenzen gebeten.	

Erneut antwortet HTS auf diese Frage ausweichend und vermag die dort festgestellte Abweichung nicht zu erklären. Der bloße Hinweis, die „richtigen“ Vorgaben würden eingehalten, kann nicht ausreichen, um falsche Angaben zu heilen oder unvollständige Angaben nachträglich zu vervollständigen. Der Bieter kann mit nachträglichen Angaben ein einmal auszuschließendes Angebot nicht wieder zur Wertbarkeit verhelfen.



2.3.2.9.1.4 Energieverbrauch

Der Aufklärungsfrage zu 3 ist zu entnehmen, dass HTS auch hier nicht plausible Ansätze vorgestellt hat. Die Frage lautet:

5.	Energieverbrauch	
	Bei einer Plausibilisierung Ihrer garantierten Energieverbräuche (z. B. Heizenergiebedarf gesamt nach Abnahme) ist aufgefallen, dass Ihre Ansätze gegenüber eigenen Einschätzungen deutlich reduziert ausfallen. Wir bitten um Erläuterung, ob und wenn ja wie dieser Ansatz durch bauliche Maßnahmen in der Sanierungsphase begründet ist.	

HTS verweist in der Antwort auf Anlagen, die der Antragstellerin nicht vorliegen und von ihr nicht bewertet werden können. Es steht aber wohl fest, dass die Vorgaben aus der Leistungsbeschreibung offenbar mit den von HTS vorgelegten Angaben nicht erreicht werden können. Auch diesen Mangel kann die Vergabestelle nicht aufklären. Vielmehr muss sie den Bieter wegen Veränderung der Vergabungsunterlagen ausschließen.

Außerdem waren die Medienverbrauchskosten zu Aufwertungszwecken (Barwertermittlung) mit einer Inflationsrate von 2,5 % p.a. belegt. Alle anderen Betriebsleistungen waren mit Inflationsraten zwischen 1,80 und 2,2 % p.a. in die Barwertberechnung eingeflossen und die Baukosten mit 0 % p.a.

Eine unrichtige Preisangabe zu Lasten der Medienverbrauchskosten und zu Gunsten einer mit einer geringeren Inflationsrate in die Bewertung einfließenden Position verschafft dem Bieter, hier HTS, ungerechtfertigte Vorteile für die Barwertberechnung.

Soweit HTS Entgelte aus diesem Bereich in einen anderen verschoben haben sollte, werden wir dieses Vorgehen später unter dem Stichwort „Mischkalkulation“ aufgreifen.



2.3.2.9.1.5 Aufsteckware und Schädlingsbekämpfung

Eine weitere Abweichung von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung betrifft das Angebot zu den Themen „Schädlingsbekämpfung“ und „Aufsteckware“.

Hierzu fragt die Vergabestelle:

6.	Aufsteckware und Schädlingsbekämpfung.	
	Frage aus dem Aufklärungsgespräch: Bitte erläutern Sie die Kalkulationsansätze der Positionen Aufsteckware und Schädlingsbekämpfung.	

Die Frage wird von HTS nicht beantwortet. Vielmehr verweist HTS allein auf kalkulatorische Abschläge, auf die Auskömmlichkeit der Gesamtkalkulation und auf eine langjährige Markterfahrung.

Wie HTS die vereinbarten Leistungen zu diesen Preisen erbringen will, ist nicht dargelegt. Ohne plausible Darlegung ist aber davon auszugehen, dass die Leistungen in der beschriebenen Qualität und Quantität eben nicht erbracht werden und die Angaben nur als Abweichung von den Mindestbedingungen der Ausschreibung verstanden werden können.

2.3.2.9.2 Versicherungskonzept

2.3.2.9.2.1 Vorgabe aus der Verdingungsunterlage

Gemäß Ziffer IV.3.1.3 der Allgemeinen Verdingungsunterlage hat der Bieter das geplante Versicherungskonzept unter Nennung des Versicherungsgegenstandes, des Deckungsumfanges und der Selbstbehalte zu erläutern.



- 83 -

In der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit dürfte es HTS kaum gelungen sein, ein verbindliches Versicherungskonzept anzubieten, das alle Vorgaben der Verdingungsunterlagen berücksichtigt. So waren etwa die gemäß § 14 des Projektvertrages geforderten Versicherungen und Deckungssummen zu berücksichtigen. Ein Versicherungskonzept unter Vorbehalt weiterer Abstimmungen mit verschiedenen Versicherern würde aber nicht den Anforderungen an ein verbindliches Angebot genügen.

Zweifel an der Ausschreibungskonformität des Versicherungskonzepts bestehen umso mehr, als offensichtlich bereits im November 2010 Aufklärungsbedarf bezüglich des Versicherungskonzepts bestand. Im Rahmen der Akteneinsicht wurde eine E-Mail vom 18.11.2010 zugänglich gemacht, in der HTS auf eine Aufklärungsbitte zu diesem Thema wie folgt reagiert:

„Im Rahmen des Aufklärungsgesprächs batn Sie uns um weitergehende Erläuterung unseres Versicherungskonzepts.“

Im nächsten Satz ihrer „Antwort“ verweist HTS dann lediglich auf das Konzept aus dem Angebot vom 02.06.2011.

In dieser Angabe liegt keine zureichende Aufklärung. Der Sachverhalt zeigt, dass schon früher Aufklärungsbedarf gesehen wurde, der nicht befriedigt worden ist.

2.3.2.9.3 Abweichung von der vorgegebenen Anzahl der Hausmeister

In den Verdingungsunterlagen sind in der Summe 14 Hausmeister gefordert. Das ergibt sich aus der Leistungsbeschreibung Bau und Betrieb, Kapitel 19 bis 33. HTS hat mit ihrem verbindlichen Angebot in dem geforderten Konzept zur Gebäudebewirtschaftung offensichtlich eine deutlich niedrigere Anzahl von Hausmeistern angeboten. Dies ist der Aufklärungsfrage Nr. 1 zum verbindlichen Angebot von HTS zu entnehmen.



- 84 -

Sollte HTS in früheren Angeboten die geforderte Anzahl von 14 Hausmeistern angeboten haben, wäre daraus zu schlussfolgern, dass HTS bewusst von den Verdingungsunterlagen abgewichen ist.

Im Zuge der Aufklärung konnte HTS diese Abweichung von den Verdingungsunterlagen nicht erklären. Die dortigen Angaben führen nicht zur Plausibilität der Abweichungen und bedingen den Ausschluss des Angebotes HTS.

Die Vergabestelle hat das Angebot von HTS genau durchgesehen und festgestellt, dass dort keine 14 Hausmeister angeboten sind. Daran anknüpfend hat sie HTS die Frage gestellt:

1.	Hausmeister	
	Es sind in den Anlagen zur Leistungsbeschreibung Bau und Betrieb (siehe: B-VII Anlagen Betrieb/B-VII-X Anlagen XX XXX_4 Nutzungsprofil) die geforderten Leistungsetunden der Hausmeister objektspezifisch angegeben. Aus diesen Angaben ergibt sich der Umfang der Leistungsetunden und unter Berücksichtigung des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) demgemäß die Anzahl der Hausmeister. Es wird um Erläuterung und Darlegung der mit Ihrem Angebot vorgesehenen Anzahl an Hausmeistern und der vorgesehenen Hausmeisterpräsenz an den einzelnen Objekten gebeten.	

HTS bestätigt in der Antwort die Einhaltung aller Vorgaben.

Hat HTS in ihrem verbindlichen Angebot aber – was die Frage suggeriert – keinen Nachweis erbracht, diese Vorgabe einzuhalten oder hat sie Angaben vorgelegt, die von einer geringeren Hausmeisteranzahl ausgehen, dann wäre auch dies eine klare Abweichung von den Vorgaben der Verdingungsunterlage.

Das Angebot wäre auszuschließen und auch über eine nachträgliche Zusicherung, alle Vorgaben einzuhalten, nicht mehr zu retten.



- 85 -

2.3.2.9.4 Formblatt D 3 - Qualitäten

Nach der Allgemeinen Verdingungsunterlage sollten die Bieter das Formblatt D 3, in dem die angebotenen Qualitäten beschrieben werden sollten, ausfüllen und einreichen. Dabei durften die Qualitäten nicht hinter den Vorgaben der Leistungsbeschreibung zurückbleiben. Dies hatte sich aber aufgrund der mit dem Preferred Bidder geführten Gespräche verändert. Entsprechend mussten die Sanierungs- und TGA-Konzepte für das verbindliche Angebot ebenso fortgeschrieben werden, wie die Angaben im Formblatt D 3.

In der Kürze der Zeit dürfte dies HTS nicht möglich gewesen sein. Wir gehen deshalb davon aus, dass entweder

- die Sanierungs- und TGA-Konzepte und die Angaben im Formblatt D 3 nicht zu den fortgeschriebenen Anforderungen der Verdingungsunterlagen passen oder
- die fortgeschriebenen Sanierungs- und TGA-Konzepte nicht zu den fortgeschriebenen Angaben im Formblatt D 3 passen.

In beiden Fällen wäre das Angebot unvollständig und widersprüchlich und deshalb auszuschließen.

Eine den eigenen Vorgaben der Vergabestelle genügende Wertung des Angebotes hätte zum Ausschluss des Angebotes führen müssen.

2.3.3 Mischkalkulation

Das Angebot der HTS beruht auf einer Mischkalkulation und ist daher auszuschließen.



- 86 -

2.3.3.1 Vorgaben aus der Allgemeinen Verdingungsunterlage

Nach Ziffer IV.3.1.4 der Allgemeinen Verdingungsunterlage war durch den Bieter mit dem Angebot die vollständig ausgefüllte und unterschriebene Anlage D 2 (Preistabelle und finanzielle Eckdaten zur Allgemeinen Verdingungsunterlage), zugleich Anlage 51.1 des Projektvertrages, einzureichen. Die Anlage war für jedes (Teil-)Objekt separat ausgefüllt und dem Angebot beigelegt werden. Alle notwendigen Daten waren einzutragen. Die markierten Felder waren vollständig auszufüllen. Korrespondierend war in den Tabellen vorgegeben, diese vollständig auszufüllen und zum Stichtag 15.07.2011 zu berechnen.

2.3.3.2 Angebot HTS

HTS kann zu ihren Angaben im Preisblatt die geforderte Leistung des regelmäßigen Betriebs nicht erfüllen und hat daher eine Mischkalkulation zwischen Preisen für die Betriebsleistungen und den Preisen für die Erstinvestition (Bezahlung innerhalb der ersten drei Jahre) vorgenommen. Dies widerspricht vergaberechtlichen Vorgaben und führt zu einem Ausschluss des Angebots von HTS.

Im Einzelnen:

In ihrem verbindlichen Angebot hat HTS so geringe Preise für Hausmeisterleistungen, Reinigung, Energieverbräuche, Aufsteckware und Schädlingsbekämpfung angeboten, dass die Vergabestelle diese Preise nachfragte und aufzuklären beabsichtigte. Wir verweisen insoweit auf die Fragen 1, 2, 5 und 6 des „Fragen-/ Antwortenkatalog zum Angebot vom 14. April 2011 der HOCHTIEF PPP Solutions GmbH“ vom 30.04.2011. Diese ist als Anlage zum Aufklärungsschreiben der HTS vom 29.4.2011 zu finden. Wir haben auf diese Fragen schon oben Bezug genommen und die relevanten Passagen zitiert.

In ihrer Antwort auf diese Fragen verweist HTS zunächst auf einen „kalkulatorischen Abschlag zur Erlangung des Auftrags“.



Zur Abwendung von Qualitätsunterschreitungen während der Leistungserbringung, Unterschreitung der Mindestlöhne oder einer Mischkalkulation sollten diese Positionen einer strengen Prüfung unterzogen werden, die augenscheinlich nicht stattgefunden hat.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die hier aufgeführten Positionen nicht etwa „peanuts“ darstellen, sondern rund ¼ der regelmäßigen Betriebsleistungen ausmachen und sich daher der Verdacht einer Umschichtung von Preisbestandteilen aufdrängt.

Den Nachweis der Mischkalkulation führt HTS indessen selbst, wenn sie auf die Frage 6 wie folgt antwortet:

6.	Aufsteckware und Schädlingsbekämpfung.	
	Frage aus dem Aufklärungsgespräch: Bitte erläutern Sie die Kalkulationsansätze der Positionen Aufsteckware und Schädlingsbekämpfung.	
	Antwort: Die Kalkulation dieser Positionen wie in den Preisblättern angegeben erfolgte zur Erlangung des Auftrags mit einem kalkulatorischen Abschlag. Denn das Angebot von HOCHTIEF basiert auf einer Gesamtkalkulation. Die hier ausgewiesenen Preise der Einzelleistungen sind nicht separat beauftragbar oder mit Marktpreisen für Einzelleistungen direkt vergleichbar. Eine Auskömmlichkeit der Gesamtkalkulation des Angebotes über die Vertragslaufzeit steht für den Gesamtkonzern HOCHTIEF im Vordergrund. Dabei nutzen wir unsere langjährigen Markterfahrungen bei PPP-Schutzprojekten und den Wettbewerbsvorteil, Ihnen alle Leistungen für Planung, Finanzierung, Strukturierung, Sanierung, Neubau und Betrieb aus einer Hand anbieten zu können. Unser Angebot ist keine Addition von kalkulierten Teilleistungen durch unterschiedlich spezialisierte Anbieter. Wir haben Ihnen aus einer Hand ein wirtschaftlich optimiertes Gesamtangebot durch einen HOCHTIEF-Konzern unterbreitet, das langfristig auf einen Projektlebenszyklus ausgerichtet ist. Unbeschadet unserer Preispolitik und den gewährten Abschlägen bestätigen wir, dass wir den in der Ausschreibung geforderten Leistungsumfang erfüllen werden.	planung

KAPPELLMANN
UND PARTNER
RECHTSANWÄLTE

- 58 -

Mit dieser Einlassung räumt HTS ein, Teile der Leistung unterkalkuliert zu haben. Die ausgewiesenen Preise seien nicht separat beauftragbar und nicht mit Marktpreisen vergleichbar.

Wenn HTS nun darstellt, dass das Angebot insgesamt auskömmlich ist, müssen andere Leistungsbereiche für diese Auskömmlichkeit sorgen, mithin aufpreist worden sein. Im vorliegenden Fall wären dies die Erstinvestitionskosten für den Bau und die Sanierung der beschriebenen Liegenschaften.

Ein Vergleich mit dem Angebot der Antragstellerin zeigt, dass die Erstinvestkosten von HTS deutlich über den Erstinvestkosten der Antragstellerin liegen.

Die Antragstellerin hatte bereits im Zuge der Rüge vom 13.05.2011 eine Vergleichsberechnung angestellt, die wir nachfolgend noch einmal darstellen.



- 89 -

Betrachtung Barwert Braunschweig

	HTS in Mio. Euro	SKE in Mio. Euro	Abweichung HT von SKE
Gesamtbarwert (inkl. Kosten AG)	211,00	225,00	-6,22%
Kosten AG	5,00	5,00	0,00%
Gesamtbarwert Angebote	206,00	220,00	-6,36%
Anfängliche Investition (brutto)	82,82	76,30	8,55%
Barwert Angebote ohne Investition	123,18	143,70	-14,28%
Finanzierungskosten barwertig keine Auswirkung			
Gesamtbarwert Angebote Betrieb	123,18	143,70	-14,28%
Instandhaltungskonto barwertig (geschätzt ähnlich Werte)	24,00	24,00	0,00%
Gesamtbarwert Angebote Betrieb ohne Inst.	99,18	119,70	-17,15%

Diesem Vergleich kann entnommen werden, dass HTS wohl eine um 6 Mio. € höhere Vergütung für die Erstinvestition angeboten hat als die Antragstellerin.

Dieser Vergütungsbestandteil wird einredfrei gestellt und würde damit eine Vorauszahlung auf noch nicht erbrachte Betriebsleistungen darstellen. Diese Verschiebung wird den Vorgaben der Verdingungsunterlage aber nicht gerecht, die insbesondere bei der Barwertberechnung, die sich aus diversen Elementen zusammensetzt, die exakte Angabe jedes einzelnen Preises fordert.

Parallel zu diesem Vergleich der Kosten kann auf die technische Auswertung der Angebote verwiesen werden. Danach hat HTS deutlich weniger Qualitätspunkte erreicht. In der Kombination stützt dies die Annahme einer Verschiebung.

KAPPELLMANN
UND PARTNER
RECHTSANWÄLTE

- 90 -

Eine Verschiebung könnte aber auch auf andere Weise vorgenommen worden sein: In der zur Einsicht vorgelegten Vorlage zur Ratsentscheidung über die Zuschlagserteilung werden den Ratsmitgliedern Gesamtbaukosten in Höhe von 73.812.480 € brutto genannt. Den Veröffentlichungen war demgegenüber eine Gesamtinvestitionssumme von rund 81.000.000 € zu entnehmen. Der Differenzbetrag lässt sich schlüssig nicht erklären.

Auch hier lenken wir die Aufmerksamkeit der Vergabekammer auf die entsprechenden Teile der Vergabeakte, in die die Antragstellerin noch keine Einsicht erhalten hat, die aber eine Mischkalkulation erweisen können.

Insgesamt ergibt sich eine Verschiebung der Vergütungsströme von den wirtschaftlich weniger interessanten Betriebsentgelten hin zu den Entgelten für die Erstinvestitionskosten. Diese sind nach der jeweiligen Abnahme fällig und werden einredefrei gestellt, sie werden also auch bei Schlechtleistungen im Rahmen des Betriebs nicht berührt, sind nicht Grundlage einer Servicebewertung und können im Falle einer Leistungskürzung nicht angepasst werden.

Insofern ergibt eine Mischkalkulation aus wirtschaftlichen Gründen auch Sinn. Allerdings war sie nach der Gestaltung der Allgemeinen Verdingungsunterlage und nach dem bereits angedeuteten Sinn und Zweck der unterschiedlichen Entgeltangaben für die verschiedenen Leistungen gerade ausgeschlossen.

2.3.3.3 Rechtsfolge

Aus rechtlicher Sicht verweisen wir auf den hinlänglich bekannten Beschluss des BGH vom 18.05.2004 – X ZB 7/04 – NZBau 2004, 457, in dem dargestellt ist, dass der Bieter, der seine tatsächlich geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen umlegt, von der Wertung ausgeschlossen werden muss.



- 91 -

Den Vorwurf der Mischkalkulation kann HTS auch nicht durch den Verweis auf eine angebliche Gesamtauskömmlichkeit des Angebotes entkräften. Mit gutem Grund hat die Vergabestelle den Bietern aufgegeben, sämtliche Preisblätter vollständig, also formal fehlerlos und inhaltlich zutreffend auszufüllen. Der Projektvertrag knüpft an die unterschiedlichen Preise differenzierte Rechtsfolgen. So wird die Anlage D 2 ausdrücklich Bestandteil des Projektvertrages, nämlich als Anlage 51.1. Die dortigen Angaben beziehen sich differenziert auf einzelne Objekte und Teilobjekte und bilden die Basis etwa für Preisänderungsvereinbarungen oder Sanktionsmechanismen bei Schlechtleistung. Diese Mechanismen sieht der Vertrag etwa bei den Erstinvestkosten nicht vor. Daher verstößt der Bieter, der die Kosten verschiebt, nicht nur gegen grundlegende formal-vergaberechtliche Pflichten, sondern er verschafft sich zudem einen erheblichen Liquiditätsvorteil für die Laufzeit des Vertrages (25 Jahre).

Nach allem ist das Angebote HTS auch aus diesem Grund auszuschließen.

2.3.4 Unangemessen niedriger Preis

Ist eine Mischkalkulation nicht nachweisbar, läge - jedenfalls in Teilbereichen des Angebotes - eine Unterkalkulation vor, die ebenfalls zum Ausschluss des Angebotes HTS führen müsste. Zu diesem Punkt haben wir bereits in der Rüge 1 vom 13.05.2011 Stellung genommen. Der Vollständigkeit halber soll diese Argumentation hier noch einmal zusammengefasst werden.

**KAPPELLMANN
 UND PARTNER
 RECHTSANWÄLTE**

- 92 -

Zunächst wiederholen wir an dieser Stelle den Barwertvergleich, der die Barwerte für die Investition und die Instandhaltung vergleicht:

Betrachtung Barwert Braunschweig

	HTS In Mio. Euro	SKE In Mio. Euro	Abweichung HT von SKE
Gesamtbarwert (inkl. Kosten AG)	211,00	225,00	-6,22%
Kosten AG	5,00	5,00	0,00%
Gesamtbarwert Angebote	206,00	220,00	-8,36%
Anfängliche Investition (brutto)	82,82	76,30	8,55%
Barwert Angebote ohne Investition	123,18	143,70	-14,28%
Finanzierungskosten barwertig keine Auswirkung			
Gesamtbarwert Angebote Betrieb	123,18	143,70	-14,28%
Instandhaltungskonto barwertig (geschätzt ähnlich Werte)	24,00	24,00	0,00%
Gesamtbarwert Angebote Betrieb ohne Inst.	99,18	119,70	-17,15%

Der Vergleich zeigt, dass die Antragstellerin bereits ein wirtschaftlich günstiges Sanierungs- und Neubaukonzept angeboten hat, dessen Barwert rund 6 Mio. Euro unter dem Konkurrenzangebot liegt. Der gezogene Vergleich verdeutlicht aber auch, dass der Barwertvorteil des Angebotes der HTS ausschließlich im Bereich der Betriebsleistungen generiert sein muss. Nach dem vorstehenden Vergleich würde das Angebot der Antragstellerin in diesem Bereich um rund 17% unterschritten. Dies ist nach der umfassenden Erfahrung, die die Antragstellerin im Bereich der Instandhaltung und des Betriebs von Schulimmobilien gesammelt hat, kostendeckend nicht möglich.



- 93 -

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Bieter verpflichtet sind, über 25 Jahre Betriebsleistungen, insbesondere Reinigungs- und Hausmeisterleistungen, zu bezahlen, für die tarifliche Mindestlöhne festgelegt sind, insoweit preislich also kein Kalkulationsspielraum für einen Bieter besteht.

2.3.4.1 Gesonderte Betrachtung der Leistungsbestandteile

Angesichts der komplexen Leistungs-, Finanzierungs- und Vergütungssysteme dieses Vertrages kommt eine Betrachtung des Gesamtpreises für die Beurteilung eines Unterkostenangebotes nicht in Betracht. Vielmehr sind die Bereiche

- Bau und Sanierung
- Instandhaltung
- Betrieb

gesondert zu betrachten und zu prüfen.

Der Grundsatz, dass stets der Gesamtpreis zu betrachten ist,

OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.03.2007 – Verg W 12/06,

ist dann zu durchbrechen, wenn gewichtige Einzelpositionen ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aufweisen, sofern kein Ausgleich an anderer Stelle geschaffen ist,

*weitere Nachweise bei Weyand, Kommentar zum Vergaberecht,
2. Auflage 2011, Rdn. 8222,*

oder – das wäre zu ergänzen – ein solcher Ausgleich aus den eben geschilderten im Vertrag angelegten Gründen nicht möglich ist.



- 94 -

Betrachten wir allein die von HTS für die Betriebsleistungen kalkulierten Vergütungsbeträge, liegt das Missverhältnis auf der Hand. Das weiß auch die Vergabestelle, die die einschlägigen Positionen

- Reinigung
- Hausmeister
- Aufsteckware
- etc.

aufklären wollte.

2.3.4.2 Pflicht zur Aufklärung

Die Aufklärung hat das Missverhältnis von Preis und Gegenleistung allerdings nicht ausräumen können. Im Gegenteil: HTS hat in der Aufklärung sogar eingeräumt, unangemessen niedrige Preise angeboten zu haben. Sie hat dann freilich erfolglos versucht, die nicht auskömmlichen Preise mit Abschlägen, Optimierungspotenzialen, Markterfahrung und dergleichen unzureichenden Hinweisen zu rechtfertigen.

Wenn über die Vergabestelle ein unangemessen niedriger Preis festgestellt und die Aufklärung keinerlei Klärung bringt, ist das Angebot auszuschließen.

Zwar besitzt die Vergabestelle sodann einen Beurteilungsspielraum, dessen muss sie sich aber bewusst sein, sie muss diesen Spielraum ausüben und sie muss die Erwägungen dokumentieren. Nichts von allem findet sich in der Vergabeakte.

Hätte die Vergabestelle die Preise und die Erklärungen sachgerecht beurteilt, wäre sie zu dem Ergebnis gekommen, dass die vereinbarten Leistungsentgelte gerade im Bereich der Bewirtschaftung nicht ausgereicht hätten, um die dafür notwendigen Leistungen zu



- 95 -

finanzieren. Wohlgermerkt: Hier geht es nicht um einen Kleinauftrag, der – zur Auslastung von Kapazitäten – auch einmal unter Preis angeboten werden kann. Hier geht es um eine über 25 Jahre angelegte Vertragsbeziehung mit klar definierten und hochwertigen Leistungen.

2.3.4.3 Ausschluss des Angebots

Wenn die Vergabestelle nun feststellt oder wenn objektiv feststeht, dass der Bieter die Leistungen zu den angegebenen Preisen nicht zuverlässig und fachgerecht wird erbringen können, hat die Vergabestelle das Angebot auszuschließen,

BSG, Beschluss vom 22.04.2009, B 3 KR 2/2009; KG Berlin, Beschluss vom 26.02.2004, 2 Verg 16/03; weitergehend für einen Ausschluß VK Sachsen, Beschluss vom 08.07.2004 – 1/SVK/044/04.

Für einen vergleichbaren Fall bei dem Angebot zu gering kalkulierter Reinigungsleistungen zitieren wir *Weyand, a.a.O., Rdn. 8275* wie folgt:

- *Legt ein Bieter bei Gebäudereinigungsleistungen dem Angebot im Vergleich zu den anderen noch im Wettbewerb befindlichen Bietern in der ganz überwiegenden Zahl der Raumgruppen ungewöhnlich hohe Leistungsmaße zugrunde und übersteigen die Leistungsmaße selbst den vom Auftraggeber festgelegten Grenzwert für eine Nachfrage nochmals erheblich, drängen sich erhebliche Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebots auf; beschränken sich die Erklärungen des Bieters überwiegend auf generalisierende Aussagen (Organisation der Arbeitsabläufe sowie auf die Motivation und Leistungsbereitschaft der Mitarbeiter), kann das Angebot ausgeschlossen werden (1. VK Bund, B. v. 20.04.2005 - Az.: VK I - 23/05).*

Die Vergabestelle hat den Bieter nach § 16 Abs. 6 Nr. 2 VOB/A auch dann auszuschließen, wenn sie eine Aufklärung verlangt und der Bieter keine Aufklärung erteilt. Dabei ist das Übersenden von belanglosen unschlüssigen Äußerungen genau so zu behandeln wie eine gänzliche Verweigerung der Aufklärung.

Auf diesen Ausschlussgrund kann sich auch die Antragstellerin berufen, denn sie hat einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen bekämpft (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A).

2.4 Verletzung der Antragstellerin in eigenen Rechten auch bei Ausschlussgründen im eigenen Angebot

Selbst wenn auch das Angebot der Antragstellerin mit Fehlern behaftet wäre, die einen Ausschluß des Angebotes der Antragstellerin gebieten würden, spricht dies nicht gegen eine Verletzung der Antragstellerin in eigenen Rechten im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB. Ihr ist das Recht eingeräumt, insoweit gleichwertige Mängel des Konkurrenzangebotes mit Erfolg vorzutragen und den Ausschluss des Konkurrenzangebotes geltend zu machen,

*vgl. Weyand, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Auflage 2011,
§ 107 GWB, Rdn. 3215 ff.*

3 Akteneinsicht

Zwar hat die Antragstellerin die vorhandenen Vergabeakten teilweise bereits bei den rechtlichen Beratern der Antragsgegnerin eingesehen. Die Antragstellerin möchte aber sicherstellen, dass die Akten, die der Vergabekammer zur Verfügung gestellt werden, mit den ihr zur Einsicht überlassenen übereinstimmen. Zu dieser Prüfung und zum Zweck der Einsicht in mögliche der Antragstellerin noch nicht zur Verfügung gestellte Unterlagen



- 97 -

begehrt die Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten, sobald diese der Vergabekammer vorliegen.

4 Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig. Zwar verfügt die Antragstellerin über eine rechtliche Beratung über eine Konzernrechtsabteilung der Vinci Facilities GmbH & Co. Von dort ist die Antragstellerin bislang aber nur bei der Angebotsabgabe und bei der Verhandlung von Angeboten unterstützt worden. Weder die Antragstellerin noch die Mitarbeiter der Konzernrechtsabteilung haben sich bislang an einem Vergabensachprüfungsverfahren beteiligt, so dass von dort keine Erfahrung mit diesem Verfahren besteht. Die Antragstellerin hat es daher für erforderlich gehalten, sich auch zu diesem Verfahren rechtlich beraten zu lassen und eine externe Beratung durch eine Rechtsanwaltskanzlei, die über Erfahrung bei der Durchführung von Vergabensachprüfungsverfahren verfügt, zu beauftragen.

5 Übermittlung des Antrags auch bei vorliegender Schutzschrift

Auch eine von der Antragsgegnerin in Erwartung des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer hinterlegte Schutzschrift steht einer Übermittlung des Nachprüfungsantrages an die Antragsgegnerin nicht entgegen.

Zwar hat die Vergabekammer eine Schutzschrift nach § 110 Abs. 2 GWB zu beachten. Die Antragstellerin geht aber davon aus, dass dort allein die Sach- und Rechtsauffassung der Antragsgegnerin wieder gegeben ist, die der in diesem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Sach- und Rechtsauffassung der Antragstellerin entgegensteht. Wäre es anders, hätte die Antragsgegnerin den vorgetragenen Rügen abgeholfen. Allein auf der Grundlage der von



- 98 -

der Antragsgegnerin vorgebrachten Argumente, ohne eine in diesem komplexen Verfahren mit seinen formalen und inhaltlichen Implikationen erforderliche gründliche Prüfung der Vergabeakten, wird die Vergabekammer in der Kürze der Zeit eine abschließende rechtliche Bewertung, die eine offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit rechtfertigen könnte, nicht möglich sein.

Zudem gebietet die Pflicht zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes die Übermittlung des Antrags. Andernfalls wäre der Primärrechtsschutz, den das GWB dem betroffenen Bieter gewährt, verloren,

hierzu: Diemon-Wies, in: Hattig/Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, 1. Auflage 2010, § 110 GWB, Rdn. 42; Schneevogl, in: Müller-Wrede, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 1. Auflage 2009, § 110 Rdn. 10; Maier, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2009, § 110 Rdn. 33.

Sollten der Übermittlung des Antrages an die Antragsgegnerin gleichwohl Gründe entgegenstehen, bitten wir um unmittelbare Kontaktaufnahme mit dem Unterzeichner.

Dabei bitten wir zu beachten, dass der frühestmögliche Zeitpunkt des Zuschlages auf den

19.06.2011

datiert ist.

6 Vorschuss

Nach Gepflogenheiten der angerufenen Vergabekammer ist ein Vorschuss nicht zu entrichten.

**KAPPELLMANN
UND PARTNER**
RECHTSANWÄLTE

- 99 -

Sollte diese Information nicht den Tatsachen entsprechen, zahlt die Antragstellerin den Vorschuss in Höhe von 2.500,00 € unverzüglich nach entsprechender Anforderung und Mitteilung einer Kontonummer ein. Sollte die Zustellung von der vorherigen Einzahlung des Vorschusses abhängig sein, erbitten wir eine kurze telefonische Mitteilung.

7 Zustellung

Bislang ist für die Vergabestelle ausschließlich die Kanzlei Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH aufgetreten. Von dort wurde etwa auch im Namen und im Auftrag der Stadt Braunschweig das Absageschreiben nach § 101a GWB unterzeichnet. Gleichwohl kommt der Übermittlung des Nachprüfungsantrages, namentlich für die Rechtswirkung des Zuschlagsverbotes, erhebliche Bedeutung zu. Um diese Rechtswirkung sicherzustellen, bitten wir die Vergabekammer, den Antrag sowohl der Stadt Braunschweig als auch den im Rubrum genannten Rechtsanwälten zu übermitteln.

8 Anlagen

Die Antragstellerin fügt folgende Anlagen, auf die sie sich bezieht, bei.

- | | | |
|--------------------------|---|---------------------|
| <input type="checkbox"/> | Vollmacht | Anlage ASt 1 |
| <input type="checkbox"/> | Bekanntmachung | Anlage ASt 2 |
| <input type="checkbox"/> | Allgemeine Verdingungsunterlage
(Stand 26.11.2010) | Anlage ASt 3 |

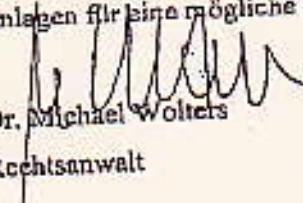


- 100 -

- o Allgemeine Verdingungsunterlage
(Stand 30.03.2011) Anlage ASt 4
- o Angebot der Antragstellerin Anlage ASt 5
- o Rüge 1 Anlage ASt 6
- o Rüge 2 (Anschreiben mit Entwurf) Anlage ASt 7
- o Absageschreiben Anlage ASt 8

Alle weiteren relevanten Unterlagen ergeben sich aus der beizuziehenden Vergabeakte.

Zwei Abschriften dieses Schriftsatzes mit Anlagen für die Antragsgegnerin und ohne Anlagen für eine mögliche Beigeladene fügen wir bei.


Dr. Michael Wolters
Rechtsanwalt