



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 24/20

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „[...] – Neubau [...], Bauhauptarbeiten“ [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Reinders nach Lage der Akten am 25. Mai 2020 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein offenes Verfahren zur Vergabe des Bauvorhabens „[...] – Neubau [...], Bauhauptarbeiten“, [...], durch.

Der Angebotsaufforderung der Ag lag u.a. die Leistungsbeschreibung und das Formblatt 223 VHB bei. Letztes war gemäß Punkt D) und Ziffer 3.2 des Aufforderungsschreibens „ausgefüllt auf gesondertes Verlangen“ der Ag einzureichen. Einziges Zuschlagskriterium war gemäß Ziffer 6 der Angebotsaufforderung der Preis.

Die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) sowie sechs weitere Bieter gaben fristgerecht ein Angebot ab. Ausweislich der Submission am 21. Januar 2020 hatte die ASt den niedrigsten Preis angeboten, das Angebot der Bg lag auf dem zweiten Rang.

Am 24. Januar 2020 forderte die Ag die ASt auf, bis zum 30. Januar 2020 das Formblatt 223 „Aufgliederung der Einheitspreise“ VHB vorzulegen. Da sich das Angebot der ASt in der engeren Wahl befindet, bat die Ag die ASt außerdem:

„im Rahmen der Preisprüfung, nachvollziehbar darzulegen und zu begründen, aus welchen betrieblichen oder objektspezifischen Gründen der Preis für die Positionen:

3.2.5 Beton-Brunnenringe setzen (...)

5.3.13 (...)

9.4.18 Futterrohr Faserzement (...)

10.1.1 Betonstahl (...)

10.3.1 Betonstahl (...)

10.4.1. Betonstahl (...)

12.2.2 Ausgleichs Kimmschicht Wandfuß Mauersteine (...)

12.2.5 Ausgleichs Kimmschicht Wandfuß Mauersteine (...)

12.2.6 Ausgleichs Kimmschicht Wandfuß Mauersteine (...)

auskömmlich kalkuliert ist.

Desweiteren bitten wir Sie um eine Bestätigung, dass Ihr Angebot im gesamten auskömmlich kalkuliert ist.

(...).“

Am 27. Januar 2020 antwortete die Ag hierauf, sie habe:

„ihr außerordentliches Interesse an der Baumaßnahme zu unterstreichen und vor allem vor dem Hintergrund der Auslastung unserer Kapazitäten (eigene Tiefbauabteilung, eigenes Fertigteilwerk) noch positionsbezogene Nachlässe unter Berücksichtigung/Verwendung von Lagerbeständen, eigener Geräte und Bauhilfsmittel (...) eingerechnet. Die Preise sind auskömmlich.

- Pos. 3.2.5 Beton-Brunnenringe
Restbestände eigene Tiefbauabteilung
- (...)
- Pos. 10.1.1., 10.3.1, 10.4.1 Betonstahl (...)
Bei der Preisermittlung vorgenannter Positionen haben wir einen positionsbezogenen Nachlass eingerechnet.
- Pos. 12.2.2, 12.2.5, 12.2.6 Kimmschicht
Neben Restbeständen haben wir bei vorgenannten Positionen einen positionsbezogenen Nachlass eingerechnet.

[Wir haben] die Positionen unseres Angebots im Einzelnen, als auch das Angebot im Ganzen nochmals überprüft und halten fest, dass sämtliche Einheitspreise auskömmlich kalkuliert wurden.

Wir versichern Ihnen, dass wir sämtliche im LV erforderlichen Leistungen zu den von uns angebotenen Preisen vertragsgerecht ausführen werden.

(...).“

Die ASt legte außerdem ein ausgefülltes Formblatt vor, das mit „223 Aufgliederung der Einheitspreise“ überschrieben war, das aber von dem von der Ag verwendeten Formblatt 223 VHB insofern abwich, als dass die Spalte „Stoffe“ i.S.d. Formblatts der Ag bei der ASt mit „Material“ überschrieben war, anstelle der Spalte „Sonstiges“ i.S.d. Formblatts der Ag enthält das Formblatt der ASt die Spalte „Fremd“. Außerdem fehlt im Formblatt der ASt der Hinweis in Fußnote 2 des Formblatts der Ag, der sich auf die Spalten „Zeitansatz“, „Löhne“, „Stoffe“, „Geräte“ und „Sonstiges“ bezieht, wonach die betreffenden Teilkosten „bei allen Teilleistungen anzugeben“ seien, „unabhängig davon, ob sie der Auftragnehmer oder ein Nachunternehmer erbringen wird“.

In sämtlichen der o.g. Positionen sowie in vielen weiteren Ordnungsziffern des Leistungsverzeichnisses (im Folgenden: LV) hatte die ASt in ihrem Formblatt lediglich die Spalte „Material“ ausgefüllt, alle weiteren Spalten, insbesondere „Lohn“ blieben in diesen sowie in vielen anderen Ordnungsziffern leer. In der Pos. 3.3.2 hatte die ASt Materialkosten i.H.v. 2.255.715,00 € angeboten und in den Pos. 10.1.1., 10.3.1., 10.4.1 Materialkosten i.H.v. 1,16 €.

Am 29. Januar 2020 bat die Ag die ASt, bis zum 4. Februar 2020 bestimmte Erklärungen über ihre Eignung sowie ihre Nachunternehmer abzugeben und führte weiter aus:

„Bei den Positionen 10.1, 10.3.1, 10.4.1 Betonstahl (...) besteht weiterhin der Verdacht auf Mischkalkulation bzw. auf einen Kalkulationsirrtum.
Sie sind verpflichtet, die Einheitspreise der genannten Positionen nachprüfbar aufzuklären. Die pauschale Begründung durch einen positionsbezogenen Nachlass ist dazu nicht ausreichend.
Die Einheitspreise sind nach den Teilkosten einschl. Lohnanteil aufzugliedern.
(...)“

Die ASt legte hieraufhin am 4. Februar 2020 die geforderten Eignungs- und Nachunternehmererklärungen (u.a. Verpflichtungserklärungen) vor und antwortete:

„Ergänzend zu unserem Schreiben vom 27.01.2020 bestätigen/bekräftigen wir nochmals, dass die Einheitspreisermittlung der Positionen 10.1.1, 10.3.1 und 10.4.1 Betonstahl (...) auf einem positionsbezogenen Nachlass beruht.
Ein weitergehende Begründung/Aufgliederung ist demzufolge nicht möglich.
Ein Kalkulationsirrtum liegt nicht vor.
Die Aussage eines bestehenden Verdachts auf Mischkalkulation können wir nicht nachvollziehen und halten hierzu fest, dass bei der Preisermittlung nur diejenigen Leistungen kalkuliert wurden, die nach Leistungsbeschreibung gefordert sind.
(...)“

Mit Schreiben vom 28. Februar 2020 teilte die Ag der ASt mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil es aufgrund einer Mischkalkulation Preise nicht enthalte und sie die geforderten Aufklärungen und Angaben verweigert habe; der Zuschlag solle auf das Angebot der Bg erteilt werden.

Am 2. März 2020 rügte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten, dass ihr Angebot nicht auszuschließen sei, weil es alle Preise und keine Mischkalkulation enthalte und die ASt keine Aufklärungen und Angaben verweigert habe; eine weitergehende Aufklärung als bereits geschehen sei ihr nicht möglich. Die Ag teilte der ASt am 5. März 2020 mit, dass sie ihrer Rüge abhelfe und das Vergabeverfahren daher in den Stand der Prüfung und Wertung zurückversetze.

Mit einem weiteren Schreiben vom 5. März 2020 bat die Ag die ASt, bis zum 12. März 2020 die Urkalkulation und ein „vervollständigtes Formblatt 223 – Aufgliederung der Einheitspreise unter Verwendung des Formulars, das den Ausschreibungsunterlagen beiliegt“ vorzulegen. Außerdem forderte die Ag die ASt unter Ziffer 3 dieses Schreibens „zur Aufklärung des Angebotsinhalts“ auf zur

„Stellungnahme zur Preisbildung folgender auffälliger Einheitspreise:
Positionen 3.2.5, 3.3.2 [„Baustelleneinrichtung AN vorhalten und unterhalten“], (...), 9.4.18,
10.1.1, 10.3.1, 10.4.1., 12.2.2, 12.2.5, 12.2.6.“

Des Weiteren enthält Ziffer 3 dieses Schreibens der Ag den Hinweis:

„Werden diese genannten Angaben nicht innerhalb der genannten Frist vorgelegt, wird Ihr Angebot gemäß § 15 EU Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen.“

Die ASt antwortete der Ag am 12. März 2020 wie folgt:

„(...). Wir versichern (...) nochmals, dass alle angegebenen Preise auf der Grundlage der Leistungsbeschreibung und des LV von uns auskömmlich kalkuliert wurden und wir die ausgeschriebenen Leistungen zu den angebotenen Preisen ausführen und keine anderen Preise berechnen werden. Mehrfach hatten wir bereits darauf hingewiesen, dass wir ein besonderes Interesse an dem Auftrag haben, nicht zuletzt um unsere Kapazitäten mit diesem Auftrag auszulasten. Insbesondere verfügen wir über ein eigenes leistungsfähiges Fertigteilerwerk an unserem Standort und über Materiallagerbestände. Dies ermöglicht und erlaubt es uns, entsprechend dem Interesse an dem Auftrag bei entsprechenden Positionen spezifische positionsbezogene Nachlässe zu gewähren.“

Darüber hinaus wies die ASt in diesem Schreiben darauf hin, dass die Preiskalkulation „eigentlich unsere Sache ist“ und bekräftigte, dass ihr „bei der Kalkulation weder Irrtümer unterlaufen noch (...) eine unzulässige Mischkalkulation vorgenommen“ wurde. Da ihr Angebot nur 5,57% unter dem Angebot des Zweitbieters, der Bg, liege, sei die maßgebliche Aufgreifschwelle zur Preisprüfung vorliegend „bei weitem unterschritten“.

Zum von ihr am 27. Januar 2020 vorgelegten Formblatt 223 trug die ASt in ihrem Schreiben vom 12. März 2020 weiter vor, dass das von ihr verwendete Formblatt mit dem der Ag „mit Ausnahme der Bezeichnung Fremd/Sonstiges absolut identisch“ sei und bat die Ag „um Verständnis dafür, dass es uns nicht uneingeschränkt möglich ist, jeden einzelnen angebotenen Einheitspreis nach den im Formblatt 223 vorgesehenen Teilkosten (Lohn, Material, Geräte, Fremd) aufzugliedern. Zunächst gilt dies für die Positionen, auf die wir einen positionsbezogenen Nachlass gewährt haben.“ Hinsichtlich ihrer von den benannten Nachunternehmern auszuführenden Leistungen führte die ASt aus, dass ihr insoweit teilweise nur Preisangaben vorlägen, die nicht nach Teilkosten aufgegliedert seien. Einzelne Nachunternehmer hätten auf ihre Bitte nach Aufgliederung der Preise nach den Vorgaben des Formblattes 223 „zum Teil mit Unverständnis reagiert“. Die ASt meint: „Auch aus unserer Sicht ist eine Aufgliederung jedes einzelnen Einheitspreises insbesondere für an Nachunternehmer zu vergebende Leistungen weder üblich noch vor Zuschlagserteilung möglich, wenn die

Nachunternehmer von uns noch nicht beauftragt wurden und keine weiteren Angaben zu ihren Preisen liefern können oder wollen.“

Zu den von der Ag in ihrem Schreiben vom 5. März 2020 genannten Einzelpositionen führte die ASt am 12. März 2020 wie folgt aus:

„Position 3.2.5 – Beton-Brunnenringe setzen

Da aus der nachfolgenden Position 3.2.6 zu entnehmen ist, dass die Brunnenringe abzufahren sind, haben wir berücksichtigt, dass diese danach einer weiteren Verwendung zugeführt werden können“.

Position 3.3.2 – Baustelleneinrichtung vorhalten und unterhalten

Die Kalkulation der Position Baustelleneinrichtung basiert auf einer gesonderten Ermittlung (eigenes Formblatt) gemäß folgender Auflistung:

B1 (...)

B2 (...)

B3 Transportkosten und Ladelöhne

B4 Auf-/Abbau der BE

B5 Betrieb der BE

B6 (...)

B7 Unproduktive Löhne

B8 Gehaltskosten I

B9 Gehaltskosten II

Aus Gründen der Übersichtlichkeit bzw. der Vereinfachung erfolgt der Übertrag bei der EDV-Kalkulation unter den Stoffkosten.

(...)

Positionen 10.1.1, 10.3.1 und 10.4.1 – Betonstahl (...)

Wie bereits mit unseren Schreiben vom 27.01.2020, 04.02.2020 mitgeteilt, haben wir bei der Kalkulation der Einheitspreise bei diesen Positionen aufgrund unseres besonderen Interesses an dem Auftrag jeweils einen positionsbezogenen Nachlass gewährt. (...)

Positionen 12.2.2. – 12.2.5 – 12.2.6 – Ausgleichs-/Kimmschicht

Ergänzend zu unserem Schreiben vom 27.01.2020 machen wir darauf aufmerksam, dass es sich bei diesen Positionen um Zulagen zu den jeweils vorgenannten Außenwänden handelt. Für das Herstellen einer Ausgleichs-/Kimmschicht entstehen uns keine Mehrkosten. Daher ist der Preis für die Leistung/Zulage mit netto € (...) auch auskömmlich.“

Dem Schreiben der ASt vom 12. März 2020 lag noch einmal das von ihr gefertigte und ausgefüllte Formblatt 223 bei (so wie der Ag bereits am 27. Januar 2020 vorgelegt) sowie das ausgefüllte Formblatt 223 VHB. Kosten, die im Formblatt der ASt in der Spalte „Material“ stehen, sind im Formblatt 223 VHB der Ag (mit demselben Betrag) in der Spalte „Stoffe“ genannt. In den zahlreichen Spalten, die im Formblatt der ASt keine Eintragungen enthielten, hat die ASt jetzt „0,00“ eingetragen.

Außerdem hat die ASt ihrem Schreiben vom 12. März 2020 ihre Urkalkulation beigefügt, sowie eigene Kalkulationsblätter zur Baustelleneinrichtung (Pos. 3.3.1, 3.3.2 und 3.3.3 des LV). In diesen letztgenannten Kalkulationsblättern hat die ASt auf Seite 2 in den Spalten „h“ und „ML + Soz“ bestimmte Werte eingetragen und das betreffende Produkt in der Zeile „Zwischensumme (...) mit Lohn“ rechnerisch berücksichtigt, ebenfalls sind unter Punkt „B3 Transportkosten und Ladelöhne“ so wie unter Punkt „B4 Auf-/Abbau der BE“ in den Zeilen „Geräte Auf- und Abbau“, „Wassereinrichtung“ und „Elektroeinrichtung“ bestimmte Löhne angeführt, außerdem enthält dieses Kalkulationsblatt Eintragungen unter „B7 Unproduktive Löhne“, „B8 Gehaltskosten I“ und „B9 Gehaltskosten II“ (Seite 4 ff. der Kalkulationsblätter der ASt zur Baustelleneinrichtung).

Mit Schreiben vom 19. März 2020 teilte die Ag der ASt mit, dass ihr Angebot nicht in die engere Wahl komme, weil begründete und nicht ausgeräumte Zweifel bezüglich eines unangemessene hohen und eines unangemessen niedrigen Preises bestünden; der Zuschlag solle der Bg erteilt werden.

Die ASt rügte am 20. März 2020, dass ihr Angebot nicht ausgeschlossen werden dürfe, weil der Preisabstand zwischen ihrem Angebot und dem der Bg so gering sei, dass keine Zweifel an der Angemessenheit des Preises der ASt bestehen könnten, zudem seien ihre Preise vollständig, die Begründung der Ag in ihrem Schreiben vom 19. März 2020 sei widersprüchlich und unklar, außerdem enthalte dieses Vorabinformationsschreiben nicht das Datum der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die Bg. Die Ag half dieser Rüge nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 26. März 2020 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 27. März 2020 an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet. Die Argumente, mit denen die Ag ihr Angebot ausgeschlossen habe, träfen tatsächlich und rechtlich nicht zu. Darüber hinaus seien die Ausführungen der Ag, mit denen sie den Ausschluss des Angebots der ASt begründe, unzureichend und intransparent, weil nicht klar sei, was für Anforderungen die Ag an eine „nachvollziehbare Kalkulation“ stelle.

Die ASt meint, ihre Bieterrechte seien verletzt, weil die Preisprüfung der Ag auf willkürlichen oder sachfremden Erwägungen beruhe. Die Ag habe ihr Recht zur Angebotsprüfung dazu

missbraucht, das Angebot der ASt um jeden Preis aus der Wertung auszuschließen und das preislich höhere Angebot der konkurrierenden Bg zu bevorzugen. Es sei davon auszugehen, dass auch die Bg die Kalkulationsanforderungen der Ag nicht einhalten könne, wenn die Ag vergleichbar strenge Maßstäbe an jeden Einzelpreis der Bg angelegt hätte wie bei der ASt. Obwohl zunächst nur der Gesamtpreis der Angebote Prüfungsgegenstand sei und die beiden erstplatzierten Angebote nur 5,57% voneinander abwichen, sei die Ag im Fall der ASt in eine ungewöhnlich vertiefte Prüfung von Einzelpreisen eingestiegen, ohne hierzu verpflichtet zu sein – die Vergaberechtsprechung betone, dass eine solche Prüfungspflicht erst bei einem Erreichen einer Aufgreifschwelle von mindestens 20% bestehe. Zwar sei eine Vergabestelle grundsätzlich berechtigt, den Angebotsinhalt auch überobligatorisch weit aufzuklären. Ein Angebotsausschluss sei aber erst gerechtfertigt, wenn eine vertragsgemäße Erfüllung des Auftrags zu dem angebotenen Preis in Frage gestellt sei. Anhaltspunkte hierfür gab und gebe es jedoch bei der ASt nicht; jeglicher Zweifel an der Vertragstreue und Leistungsfähigkeit der ASt sei unberechtigt. Die Ag lege auch nicht dar, dass das Angebot der ASt spekulativ so ausgestaltet sei, dass ihr bei Eintritt bestimmter, nicht gänzlich fernliegender Umstände erhebliche Übervorteilungen drohen würden. Die Ag verkenne schon, dass jeder Bieter mangels verbindlicher Kalkulationsregeln frei sei, wie er seine Preise kalkuliere. Die ASt sei deshalb auch nicht gezwungen, markt- oder ortsübliche Preise anzubieten, ebensowenig müsse sie bei jeder Position mindestens die ihr entstehenden Kosten einrechnen. Allein der Umstand, dass der Preis eines Angebots niedriger ist als der des Angebots eines anderen Bieters, belege ebenfalls nicht, dass das Angebot des erfolgreichen Bieters ungewöhnlich niedrig sei. Vielmehr sei zu prüfen, ob weitere Umstände die Verlässlichkeit des Angebots des erfolgreichen Bieters in Frage stellten.

Zu den einzelnen von der Ag vorgetragenen Ausschlussgründen trägt die ASt wie folgt vor:

Das Angebot der ASt enthalte zu jeder im Leistungsverzeichnis beschriebenen Position einen Preis. Außerdem habe die ASt mehrfach versichert, dass sie die ausgeschriebenen Leistungen vertragsgemäß ausführen und dafür nur die angebotenen Einheitspreise berechnen werde; ihr Preis sei also richtig. Die im ersten Informationsschreiben der Ag vom 28. Februar 2020 angegebene Begründung, dass das Angebot der ASt Preise nicht enthalte, treffe daher offenkundig nicht zu.

Die ASt dürfe auch nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil sie die Einheitspreise nicht weiter aufgliedert habe, insbesondere soweit Fremdleistungen (von Nachunternehmern) betroffen seien. Da jeder Bieter grundsätzlich frei sei, wie er seine Preise kalkuliere, könne er durch die Vorgabe des Formblattes 223 nicht dazu gezwungen werden, jeden Einzelpreis in die Bestandteile Lohn, Material, Geräte und Fremdleistungen aufzugliedern, unabhängig davon, ob dies sinnvoll und widerspruchsfrei möglich sei. Insbesondere gebe es keine gesetzliche Grundlage, die Angebote der Nachunternehmer, die die ASt in dieser Angebotsphase noch nicht vertraglich gebunden habe, aufzugliedern. In der kurzen Frist von wenigen Tagen, in der ein Bieter dieses Formblatt ausfüllen müsse, sei es regelmäßig nicht möglich, von jedem Nachunternehmer, den man zu Kalkulationszwecken um ein Angebot angefragt habe, eine hinreichende Aufgliederung seiner Preise zu erhalten. Zudem sei es nicht sinnvoll und möglich, die Kosten für die Positionen, für die die ASt positionsbezogene Nachlässe gewährt habe, nach den Vorgaben des Formblattes 223 aufzugliedern. Denn der Sinn eines solchen Nachlasses bestehe gerade darin, dass der Bieter dem künftigen Auftraggeber u.a. die Lohnkosten in Form eines Nachlasses „schenkt“; dies habe die ASt hier durch den Eintrag der „0“ hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht. Wenn ein Auftraggeber auf eine solche Erklärung nicht vertraue – wozu die Ag hier keinen Anlass habe – obliege es ihm, die Motivation des Bieters zu widerlegen.

Des Weiteren beruhe das Angebot der ASt nicht auf einer Mischkalkulation; bei ordnungsgemäßer Prüfung könnten ihr keine Preisverlagerungen vorgeworfen werden. Wie die ASt näher ausführt, müsse demgegenüber das Angebot der Bg wegen Mischkalkulation ausgeschlossen werden.

Anders als die Ag meine, habe die ASt außerdem keine geforderten Aufklärungen und Angaben verweigert. Die ASt habe soweit geschuldet, möglich und zumutbar den Nachweis einer ordnungsgemäßen Kalkulation ihres Gesamtpreises erbracht: Sie habe für jede Position einen Preis angeboten, sämtliche Formblätter ausgefüllt, die Urkalkulation vollständig vorgelegt und die Baustelleneinrichtungspositionen des Titels 3.3 umfassend und nachvollziehbar in ihrem Schlussblatt aufgliedert. Dass die ASt in den Pos. 10.1.1, 10.3.1 und 10.4.1 keine Teilkosten wie Lohn-, Geräte- und Fremdleistungskosten angegeben habe, habe die Ag objektiv nur so verstehen können, dass diese Teilkosten bei der Kalkulation des Einheitspreises von 1,16 € hier bewusst gerade nicht in Ansatz gebracht wurden. Die ASt habe dies am 27. Januar 2020 gegenüber der Ag damit begründet, dass es sich hierbei um einen positionsbezogenen Nachlass handele, um ihre Kapazitäten mit

eigener Tiefbauabteilung und eigenem Fertigteilerwerk auszulasten, außerdem habe die ASt bei der Kalkulation zugunsten der Ag die Verwendung von Lagerbeständen, eigenen Geräten und eigenen Bauhilfsmitteln berücksichtigt. Dies habe die Ag hinzunehmen und entsprechend zu berücksichtigen. Hinsichtlich ihrer Preise und Kosten für die Baustelleneinrichtung führt die ASt unter Bezugnahme auf ihr besonderes Kalkulationsschlussblatt für diese Positionen näher aus, warum sie die einzelnen Teilleistungen und Teilkosten (u.a. 4.153 Lohnstunden) kalkulatorisch jeweils der zutreffenden Leistungsposition zugeordnet habe.

Die ASt meint ferner, die Begründung, mit der die Ag das Angebot der ASt in ihrem zweiten Informationsschreiben vom 19. März 2020 ausgeschlossen habe, es lägen Zweifel wegen eines unangemessen hohen und zugleich wegen eines unangemessen niedrigen Preises vor, sei widersprüchlich – der Endpreis eines Angebots könne nur unangemessen hoch oder unangemessen niedrig sein. Da der Preis der ASt nur 5,57% unter dem Preis der Bg liege, könne von einem unangemessen niedrigen Preis nicht die Rede sein.

Schließlich beanstandet die ASt, dass die Ag im Informationsschreiben vom 19. März 2020 nicht mitgeteilt habe, wann der Zuschlag auf das Angebot der Bg erteilt werden solle.

Die ASt beantragt über ihren Verfahrensbevollmächtigten:

1. Ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten,
2. die Ag anzuweisen, das Vergabeverfahren in den Stand vor Beginn der Angebotsauswertung zurückzusetzen und die Zuschlagsentscheidung unter ermessensfehlerfreier Verwendung des zuvor bekannt gemachten Zuschlagskriteriums „Preis“ und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu treffen,
3. hilfsweise die Ag anzuweisen, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Zurverfügungstellung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen,
4. hilfsweise, die Ag anzuweisen, die Ausschreibung aufzuheben,
5. hilfsweise, einen ggf. bereits erteilten Zuschlag für unwirksam zu erklären, und wiederum hilfsweise, festzustellen, dass eine Rechtsverletzung der ASt stattgefunden hat,
6. der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten der Ag zu gewähren,

7. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt notwendigen Auslagen aufzuerlegen,
8. festzustellen, dass die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der ASt notwendig war,
9. auszusprechen, dass die Aufwendungen der Bg zur Rechtsverfolgung von der Bg selbst zu tragen sind,
hilfsweise: die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der Bg für nicht notwendig zu erklären,
10. äußerst hilfsweise, das Nachprüfungsverfahren im Falle des Unterliegens als für die Ag kostenpflichtig weil mangels ausreichender Bieterinformation seitens der Ag veranlasst, zurückzuweisen.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen;
2. die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag.

Die Ag trägt vor, auf Angebote mit einem unangemessen niedrigen Preis dürfe kein Zuschlag erteilt werden. Zweifel an der Angemessenheit der Preise eines Bieters seien zwar erst bei einer Abweichung von den Angebotssummen der anderen Bieter von 10 bis 20% anzunehmen. Jedoch habe ein Auftraggeber auch unterhalb dieser Schwelle ein Recht zur Aufklärung. Die Aufklärungen der Ag seien nicht rechtsmissbräuchlich erfolgt, sondern um ihren Pflichten der Wahrung des haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots nachzukommen. Die Regelungen über einen Angebotsausschluss basierten auf der Erfahrung, dass niedrige Preise für die öffentlichen Belange ab einem bestimmten Niveau nicht mehr von Nutzen seien, sondern diese umgekehrt sogar gefährden können, weil sie das Risiko einer nicht einwandfreien Ausführung von Bauleistungen bergen. Das Angebot der ASt sei deshalb ausgeschlossen worden, weil erhebliche Zweifel daran bestünden, dass die ASt den Auftrag vertragsgemäß erfüllen könne. Zwar sei es richtig, dass die Kalkulation der Preise Sache des jeweiligen Unternehmens sei. Dies entbinde jedoch nicht davon, die Einheitspreise jedenfalls bei einer Nachforderung durch die Vergabestelle aufzugliedern und dem Verlangen einer Aufklärung so nachzukommen, dass zumindest eine Beurteilung der Auskömmlichkeit der Preise möglich sei. Dabei müsse nicht der Auftraggeber dem Bieter nachweisen, dass dessen Angebot unauskömmlich sei, sondern der Bieter trage die Beweislast dafür, den Anschein der Unauskömmlichkeit seines

Angebots zu widerlegen. Dies sei der ASt hier nicht gelungen, die immensen Zweifel der Ag an der Angemessenheit der Preise der ASt hätten die von der ASt eingereichten Unterlagen trotz dreimaliger Nachforderungen nicht ausräumen können. Zweifel an der Angemessenheit der Preisgestaltung der ASt bestünden vorliegend insbesondere bei den Einheitspreisen der Pos. 10.1.1, 10.3.1 und 10.4.1, bei denen der Betonstahl mit einem Einheitspreis von 1,16 € aufgeführt worden sei. Der Einheitspreis der übrigen Bieter habe im Gegensatz dazu bei diesen Positionen zwischen ca. 900 bis 1.330 € gelegen.

Es treffe nicht zu, dass die ASt die von der Ag für auffällig gehaltenen Einheitspreise im Formblatt 223 nachvollziehbar erläutert und aufgegliedert habe. Die ASt habe in den betroffenen Positionen zu Lohn, Geräte und Sonstiges „0,00“ € eingetragen und mithin lediglich den Materialpreis, jedoch nicht die übrigen Kosten berücksichtigt. Die Preise der Nachunternehmerleistungen seien ebenfalls nicht wie gefordert aufgegliedert worden. Die ASt sei somit zu Recht wegen verweigerter Aufklärung gemäß § 15 EU Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen worden.

Zudem habe die ASt den „positionsbezogenen Nachlass“ nicht aufgeklärt. Die ASt habe bis heute nicht nachvollziehbar dargelegt, inwiefern und in welcher Höhe der von ihr behauptete positionsbezogene Nachlass in den Pos. 10.1.1, 10.3.1 und 10.4.1 zu einem Einheitspreis von lediglich 1,16 € führe. Zudem bestünden Zweifel an der Verlässlichkeit der ASt, weil nicht geklärt wurde, wie sie mit einem Lohnanteil von 0,00 € z.B. die Sozialabgaben der Mitarbeiter decken könne. Zudem habe die ASt nicht schlüssig dargelegt, an welcher Stelle der Lohnanteil für die sehr arbeitsaufwändige Verlegung des Betonstahls kalkuliert wurde.

Das Angebot der ASt sei zudem auch wegen auffällig hoher Einheitspreise gemäß § 16 EU Nr. 4 VOB/A sowie wegen des Verdachts der unzulässigen Verlagerung von Preisangaben gemäß § 16 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen. Den auffällig niedrigen Einheitspreisen insbesondere in den Pos. 10.1.1, 10.3.1 und 10.4.1 stehe vor allem der überdurchschnittlich hohe Einheitspreis in der Pos. 3.3.2 für das Vorhalten und Unterhalten der Baustelleneinrichtung gegenüber. Die ASt habe die Zweifel der Ag nicht ausräumen können, auch hier seien ihre Erläuterungen trotz des separaten Kalkulationsblatts rechnerisch nicht nachvollziehbar. Die ASt habe alle Teilkosten bis auf die Stoffkosten mit 0,00 € angegeben und bei den Stoffkosten dann 2.255.715,00 €. Diese Kosten seien im

Vergleich zu anderen Bietern deutlich höher. Die niedrigen und hohen Einzelpreise der ASt indizierten eine unzulässige Preisverlagerung.

Zum angeblich fehlerhaften Informationsschreiben vom 19. März 2020 trägt die Ag vor, dass der ASt aus bislang bisher nicht geklärten technischen Gründen das Datum der Zuschlagserteilung an die Bg nicht angezeigt worden sei, obwohl die Ag eine Eintragung vorgenommen habe. Dem Verfahrensvertreter der ASt sei mit Schreiben vom 25. März 2020 das Zuschlagsdatum erneut mitgeteilt worden.

- c) Durch Beschluss vom 31. März 2020 hat die Vergabekammer die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Die Bg beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,
1. den Vergabenachprüfungsantrag zurückzuweisen,
 2. die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der Bg für notwendig zu erklären,
 3. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Aufwendungen der Bg zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen,
 4. Akteneinsicht gemäß § 165 GWB.

Die Bg meint, das Angebot der ASt wurde zu Recht nicht in die engere Wahl einbezogen, weil die auffälligen Preise nicht ordnungsgemäß aufgeklärt wurden und eingereichten Unterlagen nicht den Anforderungen einer nachvollziehbaren Kalkulation genügten.

Zu den Pos. 10.1.1, 10.3.1 und 10.4.1, in denen die ASt wegen eines positionsbezogenen Nachlasses jeweils einen Einheitspreis von 1,16 € angegeben habe, trägt die Bg vor, dass hier der Betonstahl und die Bewehrungselemente geliefert, abgeladen, zwischengelagert und dann zum Einbauort transportiert und dort sach- und fachgerecht verlegt werden sollten. Indem die ASt ausführe, dass sie ihren Einheitspreis gar nicht weiter aufklären könne, weil nur ein besonders günstiger Materialpreis angeboten und weitere Teilkosten mit dem Ziel eines positionsbezogenen Nachlasses nicht berücksichtigt worden seien, bestätige sie, dass sie weder die Anlieferung, noch das Abladen, Zwischenlagern und den Transport innerhalb der Baustelle noch das sach- und fachgerechte Verlegen kalkuliert habe, sondern einen reinen Materialpreis angeboten habe. Diese Leistungen müsse sie jedoch bezahlen, jedenfalls die Verbrauchskosten und die Löhne für die Verlegearbeiten. Folglich habe die ASt nicht alle erforderlichen Leistungen kalkuliert und ihr Angebot sei wegen Änderung der Vergabeunterlagen auszuschließen.

Wenn die ASt sage, dass sie bestimmte Kosten bewusst nicht in Ansatz gebracht habe, bestätige sie zudem, dass sie keinen positionsbezogenen Nachlass vorgenommen, sondern eine falsche Preisangabe getätigt habe, die nicht alle Teilleistungen abbildet. Ihr Angebot sei daher ebenfalls unvollständig und auszuschließen.

Dadurch dass die ASt nicht das Formblatt 223 der Ag, sondern ein eigenes Formblatt ohne die Spalte „Sonstiges“ verwendet habe, fehlten zudem im Rahmen der Preisauflärung geforderte Erklärungen.

Die Argumente der ASt, sie habe ein außerordentliches Interesse an der Baumaßnahme, sie wolle ihre Kapazitäten auslasten und gewähre deshalb einen positionsbezogenen Nachlass unter Berücksichtigung und Verwendung von Lagerbeständen, eigenen Geräten und Bauhilfsmitteln, seien reine Allgemeinplätze, die nicht zur Begründung der angebotenen Preise genügen. Zudem seien die Ausführungen der ASt insoweit widersprüchlich und nicht glaubwürdig, weil es sich bei Bewehrungsstahl um ein Handelsgut mit einem nicht unerheblichen Warenwert handele, der üblicherweise nicht verschenkt werde. Zudem sei nicht anzunehmen, dass die ASt die geforderte Tonnage in der richtigen Qualität bei sich auf dem Lager habe.

Des Weiteren sei die ASt wegen unzureichender Aufklärung auszuschließen. Die Ag habe sich richtig, insbesondere fair und nichtdiskriminierend verhalten, indem sie der ASt drei Mal die Möglichkeit eingeräumt habe, ihre Preise zu erläutern. Drei Mal habe es die ASt jedoch bei nichtssagenden Allgemeinplätzen belassen und im Übrigen geantwortet, dass eine weitergehende Aufgliederung des Preises nicht möglich sei. Des Weiteren habe die ASt entgegen der Vorgaben des Formblattes 223 die Nachunternehmerpreise nicht aufgegliedert. Die ASt verkenne, dass dies eine übliche und nicht nur im Formblatt 223 vermerkte Forderung öffentlicher Auftraggeber sei, die die ASt zu erfüllen habe.

Schließlich führt die Bg näher aus, warum das Angebot der ASt wegen Mischkalkulation auszuschließen sei.

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg nach vorheriger Zustimmung der Ag bzw. im Falle der Bg der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

Nachdem alle Verfahrensbeteiligten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet haben, ergeht die Entscheidung gemäß § 166 Abs. 1 S. 3, 1. Alt. GWB nach Lage der Akten.

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 30. April 2020 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 25. Mai 2020 einschließlich verlängert.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zum Teil bereits unzulässig (dazu unter 1.), im Übrigen unbegründet, weil die Ag das Angebot der ASt zur Recht ausgeschlossen hat (dazu unter 2.).

1. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, soweit sich die ASt auf eine Verletzung des § 134 GWB beruft. Im Übrigen bestehen gegen die Zulässigkeit jedoch keine Bedenken.

Durch einen etwaigen Verstoß der Ag gegen § 134 GWB droht der ASt nämlich kein Schaden zu entstehen; ihr fehlt daher insoweit die Antragsbefugnis i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. Denn auch ohne – unterstellt – hinreichende Vorabinformation einschließlich des Tags der Zuschlagserteilung an die Bg hat die ASt rechtzeitig vor der Zuschlagserteilung an die Bg einen Nachprüfungsantrag eingereicht und so ihre Rechtsschutzmöglichkeiten gegen eine ihrer Meinung nach fehlerhafte Wertungsentscheidung der Ag rechtzeitig wahrgenommen. Ihr droht mithin durch die angeblich unzureichende Vorabinformation keinerlei Schaden, weil alle von ihr geltend gemachten Rechtsverstöße – trotz vermeintlich fehlerhaften Informationsschreibens – im Nachprüfungsverfahren überprüft werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017, VII-Verg 9/17, und vom 27. Oktober 2010, VII-Verg 47/10).

Abgesehen davon ist die ASt antragsbefugt. Durch die Abgabe eines Angebots hat sie ihr Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert. Des Weiteren macht sie, indem sie sich gegen den Ausschluss ihres Angebots durch die Ag wendet, geltend, in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein. Außerdem droht der ASt ein Schaden, denn ohne den Ausschluss ihres Angebots läge dieses aufgrund seines niedrigen Preises auf dem ersten Platz und würde den Zuschlag erhalten.

Die Rüge der ASt vom 20. März 2020 erfolgte rechtzeitig. Vom endgültigen Ausschluss ihres Angebots hat sie erst durch die Vorabinformation der Ag gemäß § 134 GWB vom 19. März 2020 erfahren. Ihre Rüge erfolgte bereits einen Tag später und damit innerhalb von zehn Kalendertagen i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB.

Die ASt hat ebenfalls die Frist nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gewahrt. Denn zwischen der Mitteilung der Ag vom 25. März 2020, der Rüge der ASt nicht abzuwehren, und der Einreichung des Nachprüfungsantrags am 26. März 2020 liegen nicht mehr als 15 Kalendertage.

2. Soweit er nicht bereits unzulässig ist, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet. Denn die Ag hat das Angebot der ASt aus mehreren Gründen zu Recht von der Wertung ausgeschlossen (dazu unter a) bis c)). Ob die weiteren von den Verfahrensbeteiligten angeführten Ausschlussgründe ebenfalls vorliegen, kann ebenso offenbleiben wie die Frage, ob das Angebot der Bg ebenfalls ausgeschlossen werden müsste (dazu unter d)).

a) Das Angebot der ASt ist gemäß § 16 EU Nr. 4 VOB/A auszuschließen, weil die ASt das Formblatt 223 VHB, dessen Vorlage sich die Ag vorbehalten hat, innerhalb der gesetzten Frist nicht vollständig ausgefüllt vorgelegt hat; alle Tatbestandsvoraussetzungen sind hier erfüllt (dazu unter aa) bis ee)).

aa) Beim Formblatt 223 VHB, in dem der Bieter in Tabellenform seine Einheitspreise nach bestimmten Kriterien aufgliedern soll, handelt es sich um eine Erklärung, dessen „Vorlage sich der öffentliche Auftraggeber vorbehalten hat“, weil die Ag in Punkt D) und Ziffer 3.2 der Angebotsaufforderung festgelegt hat, dieses Formblatt gesondert anzufordern, also den Zuschlag nur nach Vorlage und Prüfung dieses Formblattes zu erteilen.

- bb) Die ASt stellt bereits in Abrede, dass die Ag berechtigt war, die Preise der ASt so vertieft wie geschehen anhand des Formblatts 223 VHB zu überprüfen. Dies trifft nicht zu, die Ag hat die Vorlage dieses ausgefüllten Formblatts wirksam gefordert. Anders als die ASt meint, war diese Anforderung nicht intransparent oder willkürlich, sondern die Ag war aus folgenden Gründen berechtigt, von der ASt die Aufgliederung ihrer Einheitspreise anhand dieses Formblatts zu verlangen:

Dass die ASt innerhalb einer bestimmten Frist dieses Formblatt ausgefüllt vorlegen soll, hatte die Ag aus maßgeblicher Sicht eines objektiven, branchenkundigen Bieters eindeutig gefordert. Das bestreitet auch die ASt nicht, sie meint lediglich, es sei unklar, was die Ag unter einer „nachvollziehbaren Kalkulation“ verstehe. Das Formblatt 223 VHB und was für Eintragungen darin vorzunehmen sind, waren jedoch auch für die ASt klar und verständlich formuliert.

Dass die Ag die Preise der ASt eingehend prüft und sich hierzu anhand des Formblatts 223 VHB die Kalkulation der Einzelpreise näher erläutern lässt, ist auch nicht willkürlich oder sonst von der Vorgehensweise her zu beanstanden. Zwar weichen die Gesamtpreise der Angebote der ausweislich der Submission erstplatzierten ASt und der Bg tatsächlich deutlich weniger als 10% voneinander ab, so dass die von der Rechtsprechung entwickelten die Aufgreifschwelle, bei deren Erreichen ein öffentlicher Auftraggeber im Interesse der Mitbewerber zur Preisaufklärung verpflichtet ist, nicht erreicht sind. Das bedeutet jedoch nicht, dass ein öffentlicher Auftraggeber unterhalb dieser Schwelle die Preise eines Bieters nicht weiter hinterfragen darf. Im Gegenteil ist ein Auftraggeber gemäß §§ 16 EU bis 16d EU VOB/A verpflichtet, zumindest dasjenige Angebot, auf das er den Zuschlag erteilen will, in mehreren Schritten zu werten. Einer dieser Schritte ist die Prüfung der Angemessenheit des Angebotspreises, die sich nicht aufgrund des Preisabstands zwischen dem niedrigsten zum nächstteureren Angebot entscheidet, sondern nach dem Preis-Leistungsverhältnis des betreffenden Angebots (vgl. nur § 16d EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A, § 60 Abs. 1 VgV, Art. 69 Abs. 1 RL 2014/24/EU). Da das Angebot der ASt von allen eingereichten den niedrigsten Preis hatte und der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist, kam dieses Angebot in der Angebotswertung der Ag in die engere Wahl, so dass eine Prüfung des Preises (jedenfalls) des Angebots der ASt angezeigt war. Doch nicht nur dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber den Zuschlag auf ein Angebot erteilen will, muss er dieses vertieft prüfen und werten, sondern umgekehrt auch dann, wenn

er ein Angebot aufgrund seines Preises ausschließen will, ist er nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, den Angebotspreis des betreffenden Bieters unter dessen Mitwirkung näher aufzuklären (s. § 16d EU Abs. 1 Nr. 2, § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A), dies folgt nicht zuletzt auch aus dem Grundsatz rechtlichen Gehörs (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16). Berechtigten Anlass für eine engere Prüfung des Angebots der ASt hatte die Ag daher nicht nur, weil dieses ernsthaft für den Zuschlag in Frage kam, sondern auch, weil es auffällig niedrige Einheitspreise aufwies, die möglicherweise zu einem Ausschluss dieses Angebots führen könnten (was hier tatsächlich auch der Fall ist, s. unten unter 2c)).

Wie ein öffentlicher Auftraggeber bei einer solchen Prüfung vorgeht, insbesondere was für Unterlagen er sich von dem betreffenden Bieter hierzu vorlegen lässt, unterliegt im Wesentlichen seinem Ermessen. Dieses Ermessen ist sicherlich nicht grenzenlos; seit Jahren üblich (einschließlich jedenfalls für Vergaben des Bundes einheitlicher und branchenübergreifend anerkannter Formblätter), im Vergaberecht ausdrücklich erwähnt und daher nicht zu beanstanden ist es jedoch, wenn ein öffentlicher Auftraggeber vom Bieter eine nähere Aufschlüsselung der Preisermittlung und nähere Ausführungen zu seinen Kosten verlangt (s. § 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A: „Unterlagen über die Preisermittlung“, § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A: „Einsicht in die (...) Preisermittlungen (Kalkulationen)“, § 60 Abs. 2 VgV, Art. 69 Abs. 2 RL 2014/24/EU (vgl. hierzu auch BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, a.a.O.)). Denn nicht nur der Gesamtpreis eines Angebots ist wertungsrelevant, sondern auch seine Kalkulation, allein schon weil letztere Aufschluss darüber geben kann, ob das Angebot des Bieters kostendeckend ist (s. hierzu unten unter 2c)).

Ob ein Auftraggeber in diesem Zusammenhang von einem Bieter nicht nur verlangen darf, seine eigene Preiskalkulation näher aufzugliedern, sondern auch die Kalkulation der von ihm (hier immerhin schon namentlich benannten) vorgesehenen Nachunternehmer, braucht hier nicht weiter entschieden zu werden; unvollständig sind die von der ASt vorgelegten Kalkulationsunterlagen nämlich jedenfalls auch, soweit es um Leistungen geht, die sie selbst, also ohne Nachunternehmer, erbringen will (s.u. unter 2a)cc)).

- cc) Die ASt hat das von der Ag geforderte Formblatt nicht vorgelegt i.S.d. § 16 EU Nr. 4 VOB/A, weil sie zahlreiche Spalten überhaupt nicht ausgefüllt hat.

Hierbei braucht nicht entschieden zu werden, ob die ASt bereits deshalb auszuschließen ist, weil sie auf die Anforderung der Ag vom 24. Januar 2020, das Formblatt 223 VHB, das die Ag als Blanko-Muster den Vergabeunterlagen beigelegt hatte, vorzulegen, nicht dieses Formblatt, sondern eine von ihr selbst erstellte Aufgliederung der Einheitspreise vorgelegt hatte, die ebenfalls mit „223“ überschrieben war.

Im Wesentlichen stimmt die Tabelle der ASt mit dem Formblatt 223 VHB überein, allerdings sind nach dem Musterblatt der ASt Fremdleistungen nur als Ganzes einzutragen, eine Aufgliederung von Nachunternehmerleistungen in die Teilkosten „Löhne“, „Stoffe“, „Geräte“ und „Sonstiges“ wie laut Fußnote 2 des Formblatts der Ag vorgesehen, ist beim Blatt der ASt nicht möglich. Außerdem fehlt in der Tabelle der ASt die Spalte „Sonstiges“. Möglicherweise könnte das Angebot der ASt bereits deshalb auszuschließen sein, weil sie innerhalb der von der Ag gesetzten Frist (30. Januar 2020) nicht das Formblatt 223 VHB vorgelegt hat (also gemäß § 16 EU Nr. 4 VOB/A) oder weil sie sich nicht an die Formvorgaben aus Ziffer 3.2 der Angebotsaufforderung gehalten hat, die Einheitspreise „entsprechend Formblatt 223“ aufzugliedern (also gemäß § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A).

Dies kann aber dahingestellt bleiben, denn auch wenn man das Formblatt der ASt von der Form her als ausreichend erachtet, ist ihr Angebot wegen nicht vorgelegter Erklärungen gemäß § 16 EU Nr. 4 VOB/A auszuschließen, weil die ASt nicht einmal ihre eigene Aufgliederung vollständig ausgefüllt hat. Allein die körperliche Vorlage des Formblatts beantwortet die eindeutige und berechtigte (s.o. unter 2a)bb)) Aufforderung der Ag, die Kosten nach konkreten Kategorien (Zeitansatz, Löhne, Stoffe, Geräte, Sonstiges) aufzugliedern, nicht; die Vorlage einer unvollständigen Erklärung ist daher rechtlich ebenso zu behandeln, also wenn diese Erklärung schon rein körperlich überhaupt nicht vorgelegt wurde. So verhält es sich auch hier. Denn in zahlreichen Leistungspositionen hat die ASt nicht einmal im von ihr selbst entworfenen Formblatt (u.a.) Lohnkosten eingetragen, obwohl nach der Leistungsbeschreibung unzweifelhaft Arbeitsleistungen anfallen und auch nach eigenen Aussagen der ASt zu erbringen sind. Sie hat stattdessen die betreffende Spalte „Lohn“ in einer Vielzahl von Positionen gar nicht ausgefüllt, was aus maßgeblicher Sicht eines objektiven Empfängers (vgl. §§ 133, 157 BGB) so verstanden werden kann, dass bei diesen Positionen keine Lohnkosten

anfallen. So wollte die ASt ihre Eintragungen auch verstanden wissen, wie sich aus ihrem am 12. März 2020 nachgereichten Formblatt ergibt. Hiernach sollten Lohnkosten i.H.v. „0,00“ €, also keine, anfallen (vgl. zur Frage, ob nachträgliche Erläuterungen eines Bieters zum Inhalt seiner Angaben berücksichtigungsfähig sind, nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. März 2019, VII-Verg 42/18).

Neben zahlreichen weiteren Positionen betrifft dies die Pos. 3.2.5 „Brunnenringe setzen“. Im Rahmen dieser Leistungsposition sind ausweislich des Leistungsverzeichnisses nicht nur Lieferleistungen zu erbringen, so dass im Wesentlichen die von der ASt angegebenen „Material“-kosten anfallen, sondern u.a. die Arbeitsleistungen „Brunnenringe setzen“ sowie „nach dem Setzen mit ausreichend Kiesmaterial auffüllen“, die regelmäßig vom Auftragnehmer mit Lohn zu vergüten sind. Dennoch hat die ASt in dieser Leistungsposition keine Angaben zu den neben den Materialkosten anfallenden Löhnen gemacht; die zu dieser Leistungsposition geforderten Erklärungen sind also nicht (vollständig) erfolgt.

Als weiteres Beispiel für die fehlende Angabe von Lohnkosten, obwohl diese tatsächlich anfallen, ist die Pos. 3.3.2 „Baustelleneinrichtung AN vorhalten und unterhalten“ zu nennen. Hier ergibt sich bereits aus ihrem Kalkulationsschlussblatt, das die ASt selbst für die Leistungen im Rahmen der Baustelleneinrichtung erstellt hat, dass sie selbst u.a. „Ladelöhne“, „Unproduktive Löhne“ und „Gehaltskosten“ kalkuliert hat, insgesamt soll es sich um 4.153 Lohnstunden handeln. Obwohl im Formblatt 223 VHB gefordert (und auch im selbsterstellten Formblatt 223 der ASt so vorgesehen), hat die ASt diese Lohnkosten als solche hier nicht eingetragen, sondern lediglich Kosten für „Material“ bzw. „Stoffe“ (vgl. zum – nicht entscheidungserheblichen Argument der ASt, „aus Gründen der Übersichtlichkeit bzw. der Vereinfachung“ seien ihre Angaben unter den „Stoffkosten“ erfolgt, unten unter 2a)ee)).

Dasselbe gilt für zahlreiche Leistungspositionen, in denen die ASt ebenso verfahren ist: Trotz der Aufforderung der Ag, die Einheitspreise aufzugliedern, hat sie ausweislich ihrer Angaben im Formblatt 223 nur Materialkosten, jedoch keine Kosten für Lohn oder Geräte angegeben (allenfalls „0,00“ €). Jedenfalls in den Pos. 9.4.18, 10.1.1, 10.3.1, 10.4.1, 12.2.2, 12.2.5, 12.2.6, die Eigenleistungen der ASt betreffen (so dass sich die von der ASt aufgeworfene Frage, ob auch Nachunternehmerleistungen kalkulatorisch aufgliedert werden müssen, nicht stellt), fallen laut der Leistungsbeschreibung

jedoch lohnpflichtige Tätigkeiten an (in der Pos. 9.4.18 der Einbau des Futterrohrs, in den Pos. 10.1.1, 10.3.1 und 10.4.1 neben der Anlieferung das Zwischenlagern und vor allem die sach- und fachgerechte Verlegung des Betonstahls, in den Pos. 12.2.2, 12.2.5 und 12.2.6 das Herstellen einer Ausgleichs- und Kimmschicht am Wandfuß aus Mauersteinen bzw. -ziegeln).

- dd) Dass die der ASt gesetzte Vorlagefrist nicht „angemessen“ gewesen sei i.S.d. § 16 EU Nr. 4 VOB/A, trägt die ASt im Nachprüfungsverfahren zwar hinsichtlich der Aufgliederung der Nachunternehmerkosten vor. Gerügt hat die ASt die Dauer der Frist indes nicht. Tatsächlich war diese Frist für die ASt auch nicht zu kurz, ihre Antwort erfolgte nämlich bereits am 27. Januar 2020 und damit sogar drei Tage vor Ablauf der von der Ag (bis zum 30. Januar) gesetzten Frist. Abgesehen davon betrug diese Frist sechs Kalendertage (vom 24. bis zum 30. Januar 2020) und entspricht damit der Höchstfrist, die jedenfalls für die Vorlage fehlender Unterlagen ausdrücklich vorgesehen ist (s. § 16a EU Abs. 4 S. 2 VOB/A). Auch sonst spricht nichts dafür, dass diese Frist unangemessen kurz war. Vor allem war allen Bietern bereits aus der Angebotsaufforderung bekannt, dass sie ihre Einheitspreise ggf. nach dem Formblatt 223 VHB aufschlüsseln müssen und insbesondere die ASt musste als Bestbieterin seit der Submission am 21. Januar 2020 ernsthaft davon ausgehen, von der Ag zur Vorlage dieses Formblatts aufgefordert zu werden. Dasselbe gilt auch für die zweite Frist, die die Ag der ASt für die Vorlage des Formblatts 223 VHB gesetzt hat. Diese Frist lief vom 5. bis 12. März 2020, also sogar sieben Kalendertage.
- ee) Zwar darf ein öffentlicher Auftraggeber fehlende Erklärungen, die nicht bereits mit dem Angebot vorzulegen waren, sondern deren spätere Vorlage er sich wie hier im Falle des Formblattes 223 VHB vorbehalten hat, gemäß § 16a EU Abs. 1 S. 2 VOB/A nicht noch einmal nachfordern. Erlaubt, wenn nicht sogar geboten, ist es jedoch, ein Angebot vor seinem Ausschluss weiter aufzuklären. D.h. die Ag hat die ASt zu Recht gebeten, ihre Preiskalkulation und damit gleichzeitig ihre bisherigen Angaben im Formblatt 223 noch einmal zu erläutern. Doch auch das Ergebnis dieser Aufklärungen führt hier nicht dazu, dass das Angebot der ASt wegen des unvollständigen Formblatts 223 nicht auszuschließen ist.

Die ASt hat zwar auf die weiteren Aufforderungen der Ag vom 29. Januar und 5. März 2020, ihre Preise aufzugliedern bzw. zur Preisbildung näher Stellung zu nehmen,

weitere Erklärungen abgegeben. Ihren weiteren Ausführungen ist jedoch nicht zu entnehmen, warum sie bei zahlreichen Leistungspositionen in ihrem eigenen Formblatt 223 die Spalte „Lohn“ nicht ausgefüllt, also hier keine Lohnkosten kalkuliert hat. Denn im Falle der Pos. 3.2.5 „Brunnenringe setzen“ rechtfertigen ihre Erläuterungen, es handele sich um „Restbestände“ oder um Material, das „weiter verwendbar“ sei, allenfalls die geringen Stoffkosten der ASt, sagen jedoch nichts darüber aus, warum bei den hiermit zusammenhängenden Arbeitsleistungen keine Lohnkosten anfallen. Im Falle der Pos. 3.3.2 führen die Erläuterungen der ASt sogar zu einem Widerspruch: Laut der Aufgliederung der Einheitspreise im Formblatt 223 der ASt fallen in dieser Leistungsposition keine Lohnkosten an, laut dem später von der ASt vorgelegten Kalkulationsschlussblatt hat die ASt ihren Preis für diese Positionen sehr wohl u.a. einschließlich bestimmter Lohnkosten („Ladelöhne“, „Unproduktive Löhne“ und „Gehaltskosten“, insgesamt angeblich 4.153 Lohnstunden) kalkuliert. Auch die umfangreichen Darlegungen der ASt dazu, dass sie die einzelnen Teilkosten und -leistungen kalkulatorisch jeweils der „richtigen“ Leistungsposition zugeordnet habe, erklären nur, dass sie (möglicherweise) keine Preise verlagert, also keine Mischkalkulation vorgenommen hat, jedoch nicht, warum sie im Formblatt 223 keine Lohnkosten eingetragen hat. In ihrem Antwortschreiben vom 12. März 2020 hat die ASt gegenüber der Ag zusätzlich erklärt, dass „der Übertrag bei der EDV-Kalkulation“ „aus Gründen der Übersichtlichkeit bzw. der Vereinfachung“ „unter den Stoffkosten“ erfolgt sei. Selbst wenn dies zutrifft und die ASt die tatsächlich kalkulierten Lohnkosten anderweitig eingetragen hat, gab die ASt damit jedoch gerade nicht die von der Ag im Formblatt 223 VHB ausdrücklich geforderte Erklärung ab, die Teilkosten (u.a. in die Gruppe „Löhne“) aufzugliedern; eine davon abweichende Vorgehensweise, weil der Bieter sie für einfacher und übersichtlicher hält, war damit ausgeschlossen, die Ag hat für alle Bieter einheitliche (und bundesweit im Bieterkreis anerkannte) Formblätter vorgegeben, um das Vergabeverfahren nach für alle Bieter gleichen Regeln und in der für eine Auftragsvergabe gebotenen Schnelligkeit abschließen zu können. Auch unter Berücksichtigung dieser Erklärung der ASt entsprechen ihre Eintragungen also nicht den ausdrücklichen und eindeutigen Vorgaben der Ag und wurden daher „nicht vorgelegt“ i.S.d. § 16 EU Nr. 4 VOB/A. Ein Übertrag der unter mehreren Einzelaspekten und Bezeichnungen im besonderen Kalkulationsschlussblatt aufgeführten Löhne („Ladelöhne“, „Unproduktive Löhne“ und „Gehaltskosten“), ist auch nicht so einfach und eindeutig möglich, dass man im Formblatt 223 die fehlenden Eintragungen in der Spalte „Lohn“ ohne Weiteres selbst ergänzen könnte (unabhängig von der Frage, ob

die Ag zu einem solchen „gedanklichen Übertrag“ anstelle der ASt überhaupt berechtigt wäre).

Dasselbe gilt für die Leistungspositionen, die die ASt selbst, also nicht durch Nachunternehmer, erbringt und in denen sie im Formblatt 223 ebenfalls keine Lohnkosten angegeben hat, obwohl hier lohnpflichtige Tätigkeiten zu erbringen sind. Jedenfalls zu den Pos. 9.4.18, 10.1.1, 10.3.1, 10.4.1, 12.2.2, 12.2.5, 12.2.6 hat die Ag versucht, die Kalkulation der ASt näher aufzuklären. Auch hier ergibt sich aus den Ausführungen der ASt nichts dazu, warum bei ihr so wie im Formblatt 223 angegeben tatsächlich keine Lohnkosten anfallen; sie beruft sich entweder ohne weitere Angaben auf einen „positionsbezogenen Nachlass“ oder erklärt mit dem Argument „Restbestände“ (12.2.2, 12.2.5, 12.2.6) allenfalls ihren niedrigen Materialpreis. Jedenfalls auch in diesen Positionen wurden daher geforderte Erklärungen von der ASt nicht abgegeben, so dass ihr Angebot gemäß § 16 EU Nr. 4 VOB/A auszuschließen ist. Es kommt mithin nicht mehr darauf an, ob die Angaben von angeblich ausschließlich anfallenden Material- oder Stoffkosten bei einzelnen weiteren Positionen zutreffend ist.

- b) Da die Ag im Rahmen der Aufklärung des Angebotspreises der ASt in deren „Preisermittlungen (Kalkulationen)“ Einsicht nehmen durfte (s. dazu oben unter 2a)bb)) und die ASt innerhalb der ihr gesetzten angemessenen Frist (s. dazu oben unter 2a)dd)) die Aufklärungsverlangen nicht vollständig beantwortet hat (s. dazu oben unter 2a)cc)), ist ihr Angebot ebenfalls gemäß § 15 EU Abs. 2 VOB/A auszuschließen. Da die Antworten der ASt im Ergebnis nicht für die Aufklärung verwendbar waren, warum die ASt in den Pos. 3.2.5, 3.3.2, 9.4.18, 10.1.1, 10.3.1, 10.4.1, 12.2.2, 12.2.5 und 12.2.6 kalkulatorisch keine Lohnkosten angesetzt hat, obwohl nicht nur Liefer-, sondern auch lohnpflichtige Arbeitsleistungen zu erbringen sind (s. dazu oben unter 2a)ee)), sind deren Antworten rechtlich so zu behandeln, als wenn die ASt die geforderten Aufklärungen und Angaben insgesamt verweigert oder die ihr zur Aufklärung gesetzte Frist unbeantwortet hätte verstreichen lassen (vgl. dazu, dass das physisch zwar vorliegende, inhaltlich aber unzureichende Formblatt 223 so zu bewerten ist, als ob es überhaupt nicht vorgelegt worden wäre, oben unter 2a)cc)).
- c) Da es sich beim Angebot der ASt um ein Unterkostenangebot handelt (dazu unter aa)) ist es gemäß § 16d Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/A auszuschließen (dazu unter bb)).

- aa) Dass die von ihr kalkulierten Kosten ihre tatsächlichen Kosten nicht decken und es sich mithin um ein Unterkostenangebot handelt, hat die ASt in denjenigen Leistungspositionen selbst eingeräumt, in die sie einen „positionsbezogenen Nachlass“ eingerechnet hat. Mit dieser Formulierung bestätigt sie, dass sie nicht sämtliche Kosten in dem von ihr verlangten Preis berücksichtigt hat, die ihr in der betreffenden Position tatsächlich entstehen (Pos. 10.1.1, 10.3.1, 10.4.1, 12.2.2, 12.2.5 und 12.2.6).

Zwar hat die ASt im Rahmen der Aufklärungsverlangen der Ag weitere Argumente vorgetragen, um ihre Kalkulation zu rechtfertigen (außerordentliches Interesse an der ausgeschriebenen Maßnahme, Auslastung ihrer Kapazitäten, generelle Auskömmlichkeit ihrer Preise, Sicherstellung der vertragsgerechten Auftragsausführung). Diese Argumente widerlegen aber die Tatsache, dass sie die o.g. Positionen nicht kostendeckend kalkuliert hat, nicht (zumindest nicht substantiiert und somit beleg- und nachvollziehbar). Vielmehr bestätigen sie eher, dass sich die ASt der Kostenunterdeckung einzelner Positionen bewusst ist. Dafür spricht auch der Vortrag der ASt im Nachprüfungsverfahren, der Sinn ihres Nachlasses bestehe darin, dass sie der Ag die Lohnkosten „schenke“. Auch sonst spricht nichts dafür, dass die ASt etwaige Kostenunterdeckungen anderweitig ausgleichen könnte. So ergibt sich aus ihrem mit dem Angebot vorgelegten Formblatt 221 VHB z.B. kein so hoher Gewinnzuschlag, dass dieser etwaige Kostenverluste auffangen oder jedenfalls maßgeblich abmildern könnte.

- bb) Der Ausschluss des Angebots der ASt ist von 16d EU Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/A gedeckt.

Zwar trifft es zu, dass ein Bieter grundsätzlich in seiner Kalkulation frei ist. Wie die Vergaberegeln in ihrer Gesamtschau zeigen, gilt diese Freiheit jedoch nicht grenzenlos, vor allem ist ein öffentlicher Auftraggeber nicht verpflichtet, jedes Angebot zu bezuschlagen, selbst wenn es den niedrigsten Preis hat und der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. Ein öffentlicher Auftraggeber muss nämlich u.a. die Angemessenheit der Preise prüfen und ein Angebot wegen seines Preises ggf. aus der Wertung ausschließen. Gemäß § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/A gilt dies nicht nur bei niedrigen Preisen, sondern auch bei niedrigen Kosten (vgl. auch § 60 Abs. 3 VgV, Art. 69 Abs. 3 S. 1 RL 2014/24/EU). Hintergrund ist, dass unangemessen niedrige Angebote ebenso wie Unterkostenangebote das erhebliche Risiko in sich tragen

können, dass der Auftragnehmer infolge der zu geringen Vergütung möglicherweise in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag deshalb nicht vollständig zu Ende führt, oder der Auftragnehmer könnte in Anbetracht seines nicht kostendeckenden Preises versuchen, sich des Auftrags so unaufwändig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, oder er könnte versuchen, die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16; EuG, Urteil vom 26. Januar 2017, Rs. T-700/14). Unterkostenangebote sind daher zwar nicht grundsätzlich vergaberechtswidrig, indizieren jedoch das Vorliegen der o.g. Risiken. Vor diesem Hintergrund ist § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, wonach der Zuschlag nicht auf ein Angebot mit unangemessen niedrigen Kosten erteilt werden darf, in europarechtskonformer Auslegung so zu verstehen, dass dem öffentlichen Auftraggeber ein rechtlich gebundenes Ermessen dergestalt eingeräumt ist, dass der Zuschlag grundsätzlich abzulehnen ist, wenn verbleibende Ungewissheiten an der Angemessenheit der Kosten nicht zufriedenstellend erklärt werden können (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, a.a.O.). Dies zeigt auch § 16d EU Abs. 1 Nr. 4 VOB/A, wonach Angebote, die keine einwandfreie Ausführung (des ausgeschriebenen Auftrags) erwarten lassen, schon gar nicht „in die engere Wahl kommen“ dürfen, also auszuschließen sind. Es verhält sich also nicht so, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei Zweifeln an der Angemessenheit der Kosten auf die ordnungsgemäße Kalkulation eines Bieters und dessen generelle Vertragstreue vertrauen muss, vielmehr soll er ein Angebot, das allein schon wegen der Kostenunterdeckung mehrerer Leitungspositionen gewisse Risiken in sich trägt, ausschließen. Dies liegt nicht zuletzt auch daran, dass zum Zeitpunkt der Angebotswertung grundsätzlich nie sicher beurteilt werden kann, ob und wie wahrscheinlich sich die mit einem Unterkostenangebot verbundenen o.g. Risiken tatsächlich verwirklichen (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, a.a.O.).

Dementsprechend obliegt es – anders als die ASt meint – nicht dem Auftraggeber, sondern umgekehrt dem betreffenden Bieter, die in seinem Unterkostenangebot liegenden Indizien zu widerlegen. Daher musste auch nicht die Ag vor dem Ausschluss des Angebots der ASt konkret darlegen, dass ihr „nicht gänzlich fernliegend“ Übervorteilungen drohen, ebensowenig musste die Ag die Motivation der ASt, positionsbezogene Nachlässe zu gewähren, konkret widerlegen (so aber der Vortrag der ASt). Für diese Obliegenheitsverteilung sprechen ebenfalls die allgemeinen

Grundsätze der sog. sekundären Darlegungslast, weil allein der betreffende Bieter seine Kalkulation und seine innerbetrieblichen und geschäftlichen Verhältnisse zutreffend erklären und begründen kann – dem Auftraggeber hingegen sind die relevanten Details naturgemäß unbekannt (vgl. Dicks in: Kulartz/Kus u.a., zu § 60 VgV, Rdnr. 24, 32). Die ASt ihrerseits hat die ihr hieraus folgenden Obliegenheiten vorliegend nicht hinreichend erfüllt. Ihre Argumente (außerordentliches Interesse an der ausgeschriebenen Maßnahme, Auslastung ihrer Kapazitäten, generelle Auskömmlichkeit ihrer Preise, Sicherstellung der vertragsgerechten Auftragsausführung) sind allein schon aufgrund ihrer Pauschalität nicht geeignet, die o.g. Indizwirkung zu erschüttern (vgl. OLG München, Beschluss vom 17. April 2019, Verg 13/18).

Die Ausschlussentscheidung der Ag ist damit allein deshalb vergaberechtskonform, weil die ASt Zweifel an einem Unterkostenangebot nicht ausräumen konnte. Denn in diesem Fall ist ein Auftraggeber ohne weitere Aufklärungen grundsätzlich immer berechtigt, einen Angebotsausschluss vorzunehmen. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob ein Auftraggeber auch auf ein Unterkostenangebot den Zuschlag erteilen darf, z.B. weil er sich zuvor von der einwandfreien und finanziell gesicherten Auftragsdurchführung überzeugt hat (vgl. hierzu 1. VK Bund, Beschluss vom 22. November 2017, VK 1-129/17). Letzteres bleibt einem Auftraggeber unbenommen, eine vergaberechtliche Verpflichtung, so zu verfahren, gibt es indes nicht.

- d) Das Angebot der ASt ist jedenfalls wegen nicht fristgerecht vorgelegter Erklärungen (§ 16 EU Nr. 4 VOB/A), wegen verweigerter oder unbeantworteter Aufklärungen oder Angaben (§ 15 EU Abs. 2 VOB/A) sowie wegen ihres Unterkostenangebots (16d EU Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/A) auszuschließen.

Ob es darüber hinaus auch wegen einer unzulässigen Mischkalkulation, fehlender oder unangemessen niedriger oder hoher Preise ausgeschlossen werden durfte, braucht mithin nicht entschieden zu werden. Dasselbe gilt für die Frage, ob die ASt ebenfalls wegen verweigerter oder nicht beantworteter Aufklärung (§ 15 EU Abs. 2 VOB/A) auszuschließen ist, weil sie ihre niedrigen Materialkosten in der Pos. 3.2.5 „Brunnenringe setzen“ am 27. Januar und am 12. März 2020 unterschiedlich begründete („Restbestände“ bzw. Zuführung zu „einer weiteren Verwendung“), so dass ihre Kalkulation für die Ag insoweit nicht eindeutig nachvollziehbar ist.

Entscheidungsunerheblich ist es außerdem, ob die von der Ag in ihren beiden Informationsschreiben angegebenen Ausschlussgründe dieselben sind, wie die, auf die die Vergabekammer ihre Entscheidung stützt. Sollten Ausschlussgründe, aufgrund der die Ag das Angebot der ASt ausgeschlossen hat, tatsächlich nicht vorliegen, war das Angebot der ASt zumindest aus den oben unter 2a) bis c) genannten Gründen auszuschließen. Durch die Angabe möglicherweise nicht einschlägiger Ausschlussstatbestände oder -normen ist die ASt daher jedenfalls nicht in ihren Rechten verletzt.

Da keine Vergabefehler der Ag vorliegen, sind die Hilfsanträge der ASt zu 3) bis 5) ebenfalls zurückzuweisen. Insbesondere war die Vorgehensweise der Ag nicht willkürlich oder intransparent, so dass auch keine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Übersendung der Vergabeunterlagen oder eine Aufhebung des Vergabeverfahrens geboten ist. S. zu den ebenfalls erfolglosen Hilfsanträgen der ASt zu 9) und 10), die Kostenentscheidungen betreffen, unten unter III.

Ob das Angebot der Bg ebenfalls auszuschließen ist, braucht nicht entschieden zu werden, da jedenfalls sechs weitere Bieter Angebote abgegeben haben, die ausweislich des Vergabevermerks der Ag – soweit bisher geprüft – vom 19. März 2020 wertungsfähig sind. Dass alle Angebote im Rahmen der ggf. noch durchzuführenden Wertungsschritte auszuschließen sind, und die ASt daher zumindest die Chance hätte, sich an einem anschließenden neuen Vergabeverfahren der Ag zu beteiligen, wird weder durch die ASt behauptet noch bestehen hierfür ersichtliche Anhaltspunkte.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Da der Nachprüfungsantrag wegen des angeblich unvollständigen Informationsschreibens der Ag vom 19. März 2020 bereits unzulässig ist, ist der Hilfsantrag der ASt zu 10), dass die Ag auch im Falle des Unterliegens der ASt die Verfahrenskosten zu tragen habe, zurückzuweisen. Im Übrigen zeigt das umfangreiche Vorbringen der ASt zum Ausschluss ihres Angebots, dass das Nachprüfungsverfahren nicht durch die Ag und deren angeblich fehlerhaftes

Informationsschreiben veranlasst wurde, so dass auch aus diesem Grund keine Kostentragung der Ag angezeigt ist (vgl. § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG)

Die ASt hat sich mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Bg gestellt, da sie ihren Antrag u.a. darauf stützt, dass das Angebot der Bg wegen Mischkalkulation auszuschließen sei und daher nicht den Zuschlag erhalten dürfe. In einem solchen Fall entspricht es der Billigkeit i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen, weil sich diese aktiv durch die Stellung von Anträgen und deren Begründung am Nachprüfungsverfahren beteiligt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen hat (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Bg war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Rechtsfragen zu Zulässigkeit und Umfang der Prüfung der Angebotspreise durch einen öffentlichen Auftraggeber aufgeworfen hat. Die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten erscheint daher sachgerecht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Da auch die ASt anwaltlich vertreten war, war die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter für die von der ASt unmittelbar angegriffenen Bg darüber hinaus zur Herstellung der „Waffengleichheit“ erforderlich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2019, VII-Verg 55/18).

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Dr. Dittmann