



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

Az: 3 VK LSA 94/14

Halle, 28.11.2014

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA
§ 14 Abs. 1 und 2 LVG LSA i. V. m. § 16 Abs. 6 VOB/A sowie die §§ 13 Abs. 1 Nr. 5, 15 Abs. 2 und 16 Abs. 1 Nr. 1b) VOB/A
- Begründetheit des Nachprüfungsantrags
- rechtswidriger Ausschluss des Angebots der Antragstellerin
- unangemessene Fristsetzung und Aufklärung des Angebotsinhalts der Antragstellerin
- Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand der Angebotsprüfung
Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann.
Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin von der weiteren Wertung verstößt gegen die Bestimmungen des § 14 Abs. 1 und 2 LVG LSA i. V. m. § 16 Abs. 6 VOB/A sowie die §§ 13 Abs. 1 Nr. 5, 15 Abs. 2 und 16 Abs. 1 Nr. 1b) VOB/A.
Das Angebot der Antragstellerin wurde rechtswidrig von der Wertung ausgeschlossen, weil die festgesetzte Frist zur Vorlage der Urkalkulation als auch die Aufklärung zu verschiedenen Leistungspositionen nicht angemessen war. Des Weiteren sind die von der Antragstellerin benannten Nachunternehmerleistungen nicht als solche zu qualifizieren.
Zur Beseitigung der Rechtsverletzung ordnet die Vergabekammer gemäß § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA an, dass das Vergabeverfahren in den Stand der Angebotsprüfung und -wertung zurückzusetzen ist.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

Antragstellerin

gegen die

.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Öffentlichen Ausschreibung zur Baumaßnahme Ausbau in, Straßen- und Kanalbau Vergabe-Nr. hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, des hauptamtlichen Beisitzers Regierungsamtmann und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird angewiesen, die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der Veröffentlichung im e-Vergabeportal des Landes Sachsen-Anhalt am schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) das Bauvorhaben Ausbau in, Straßen- und Kanalbau, Vergabenummer:, aus.

Nach Buchstabe A) der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes sind den Bietern die Bewerbungsbedingungen, die im Vergabeverfahren zu beachten sind, übergeben worden. Dort ist unter Ziffer 4 -Unterlagen zum Angebot- vermerkt „Der Bieter hat auf Verlangen der Vergabestelle die Urkalkulation oder die von ihr benannten Formblätter mit Angaben zur Preisermittlung sowie die Aufgliederung wichtiger Einheitspreise ausgefüllt zu dem von der Vergabestelle bestimmten Zeitpunkt vorzulegen.“

Die Formblätter zur Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation bzw. bei Kalkulation über die Endsumme sowie das Formblatt über die Aufgliederung der Einheitspreise sind durch die Antragsgegnerin nicht übergeben worden.

Weiter war unter Buchstabe C) des Aufforderungsformulars das Formblatt Nachunternehmerleistung ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen. Diese Forderung ist ebenfalls unter der Ziffer 3.1 „Vorlage von Nachweisen, Angaben und Unterlagen“ aufgeführt. Danach war ausweislich des Ergänzungsblattes der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots Ziffer 2 das Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen und die Benennung der für die angegebenen Teilleistungen vorgesehenen Nachunternehmer vorzulegen.

Unter Ziffer 7 des Angebotsformulars ist auf das „Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen“ bzw. „Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen“ verwiesen. In dem Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen hatten die Bieter die Leistungen anzugeben, die nicht im eigenen Betrieb ausgeführt werden.

Die Antragstellerin hat mit Datum vom ein Angebot abgegeben. Ausweislich der Niederschrift über die Angebotseröffnung lag das Angebot der Antragstellerin nach rechnerischer Prüfung mit Euro vor dem Angebot des Folgebieters mit Euro.

Im Angebot der Antragstellerin hat diese unter Ziffer 7 erklärt, dass alle Leistungen, die nicht im Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen aufgeführt sind, im eigenen Betrieb ausgeführt werden. In der Nachunternehmerliste der Antragstellerin findet sich kein Eintrag.

Im Vergabevermerk vom 01.10.2014 stellt die Antragsgegnerin fest, dass nach der rechnerischen Prüfung der Angebote zwischen der Antragstellerin und dem Folgebietler eine Preisdifferenz von 13,22 % liege. Damit müsse nach § 14 Abs. 2 LVG LSA die Kalkulation der Preise der Antragstellerin überprüft werden, weil eine Abweichung von mindestens 10 % zum nächsthöheren Angebot vorliege.

Die Antragsgegnerin hat deshalb die Antragstellerin mit Schreiben vom 02.10.2014 zu einem Aufklärungsgespräch nach § 15 VOB/A zum 07.10.2014 um 09:00 Uhr eingeladen. Hierzu sollte sich die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch zu verschiedenen Leistungspositionen, die nicht näher bezeichnet wurden, erklären. Weiterhin werde gebeten, die Urkalkulation zum Gespräch mitzubringen. Der Inhalt dieses Schreibens ist der Antragstellerin am 06.10.2014 um 10:20 Uhr per Fax übersandt worden.

In dem durchgeführten Bietergespräch am 07.10.2014 legt die Antragstellerin keine Urkalkulation vor. Eine Aufklärung der Preise der Antragstellerin sei somit durch die Antragsgegnerin nicht möglich gewesen. Die Antragstellerin erklärt, sie könne die Urkalkulation bis 09.10.2014 vorlegen. Aus dem Protokoll zum Bietergespräch geht hierzu keine weitere Vorgehensweise hervor.

Des Weiteren erklärt die Antragstellerin den Bauauftrag ohne Nachunternehmer ausführen zu wollen. Für die Beweissicherung werde sie das Ingenieurbüro, für die Schadstoffuntersuchung und die Kontrollprüfungen für Verdichtung und Tragfähigkeit das Ingenieurbüro sowie für die Prüfungen der Kanalisation die Firma einsetzen. Hierfür sind im Leistungsverzeichnis die Positionen 1.4.1, 1.4.2, 1.4.4 sowie 2.6.1 bis 2.6.2 und 2.11.1 bis 2.11.6 aufgeführt.

Mit Informationsschreiben nach § 19 Abs. 1 LVG LSA vom 13.10.2014 teilt die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot von der weiteren Wertung ausgeschlossen werden müsse. Das Angebot der Antragstellerin könne nicht berücksichtigt werden, weil eine Aufklärung der in Frage kommenden Einzelpreise zum Bietergespräch nicht erfolgen konnte, da die Urkalkulation nicht vorgelegt habe und eine Nachfrist bis zum 07.10.2014 nicht genutzt worden sei.

Weiter seien widersprüchliche Angaben zum Nachunternehmereinsatz gemacht worden, was damit gegen § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A verstoße.

Es wird weiterhin der Bieter angegeben, der den Zuschlag erhalten soll.

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2014 rügt die Antragstellerin die Nichteinhaltung von Vergabevorschriften. Die Antragstellerin trägt vor, sie habe am 06.10.2014 10:18 Uhr per Fax das Schreiben vom 02.10.2014 mit der Einladung zum Aufklärungsgespräch am 07.10.2014, 09:00 Uhr erhalten. Diese kurzfristige Terminvorgabe entspreche nicht den Fristen gemäß VOB/A. Entsprechende Positionen zur notwendigen Aufklärung seien nicht benannt worden. Die verlangte Einsicht in die Urkalkulation sei zudem unüblich. Weiterhin gehe eine Nachfrist zur Einreichung der Urkalkulation noch am gleichen Tag bis 15:00 Uhr aus dem Protokoll nicht hervor.

Mit Schriftsatz vom 22.10.2014 äußert sich die Antragstellerin erneut gegenüber der Antragsgegnerin. In § 15 VOB/A sei eine angemessene Frist für die Beibringung von Unterlagen angegeben. Nach der VOB/A werden fehlende Unterlagen mit einer Nachfrist von 6 Tagen abverlangt. Damit sei die von der Antragstellerin unterbreitete Frist bis zum 09.10.2014 auf das am 06.10.2014 erhaltenen Fax noch innerhalb der 6 Tage gewesen.

Der Abstand zum Folgebietler weise einen Abstand von 13 % aus. Damit sei dieser Abstand nicht so wesentlich, um die gesamten Preise zu überprüfen.

Von der Antragstellerin sind im Nachunternehmerverzeichnis keine Nachunternehmer benannt worden, da die zu vergebenden Leistungen nur Dienstleistungen seien.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin auszuschließen, aufzuheben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Zur Begründung führt die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 21. Oktober 2014 aus, dass die Einladung zum Bietergespräch sehr kurzfristig war. In der VOB/A seien zur Nachforderung von Unterlagen keine Fristen vorgegeben. Dem Bieter sei hierzu eine angemessene Zeit einzuräumen. Dass diese hier zu kurz bemessen war, wird von der Antragsgegnerin nicht bestritten.

Die zur Aufklärung stehenden Positionen seien nicht benannt worden, da aus dem Submissionsprotokoll bereits eine Preisdifferenz zwischen dem Angebot der Antragstellerin und dem Folgebieter von 17 % hervorgehe. Bereits zu diesem Zeitpunkt muss der Antragstellerin bewusst gewesen sein, dass sie die ordnungsgemäße Kalkulation gemäß § 14 Abs. 2 LVG LSA nachweisen müsse. Sofern ein solcher Nachweis nicht erbracht werde, sei dieses Angebot von dem weiteren Vergabeverfahren auszuschließen. Die Antragstellerin sei aufgefordert worden, die Urkalkulation zum Bietergespräch vorzulegen. Die Antragsgegnerin habe somit ihren Willen zur Aufklärung von Preisen eindeutig angegeben. Infolge der vielen aufzuklärenden Einzelpreise sehe die Antragsgegnerin als einzig geeignetes Mittel die Vorlage der Urkalkulation an. Grundsätzlich stehe es im pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers, ob er von dieser Informationspflicht Gebrauch macht. Infolge der großen Abweichungen zum Mittelwert der Mitbieter habe es die Antragsgegnerin verpflichtend angesehen, hierzu eine Aufklärung durchzuführen, was die Vorlage einer Urkalkulation voraussetzt.

Es sei davon auszugehen, dass ein Bieter auf seine eigene Kalkulationsgrundlage sofort zurückgreifen könne.

Eine am gleichen Tag erwähnte Nachfrist zur Einreichung der Urkalkulation sei im Bieterprotokoll nicht aufgeführt. Die Urkalkulation sei jedoch Grundlage für das vorliegende Angebot.

Die kurze Frist der Einladung zum Bietergespräch könne nicht als Grund für die Nichtvorlage der geforderten Urkalkulation angesehen werden. Die aufklärungsbedürftigen Positionen konnten durch das Fehlen der Urkalkulation im Bietergespräch keiner Klärung zugeführt werden.

Eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand sei während des gesamten Vergabeverfahrens vor Zuschlagserteilung möglich. Im vorliegenden Verfahren könne die Urkalkulation noch nachgefordert werden. Durch den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin sei jedoch eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand unzulässig. Die Urkalkulation könne somit nicht mit einer Nachfrist eingereicht werden.

Die Antragsgegnerin trägt weiter vor, dass die Antragstellerin im Bietergespräch mitgeteilt habe, Nachunternehmer einsetzen zu wollen. Dies stehe im Widerspruch zum vorliegenden Angebot. Die Antragstellerin habe dort erklärt, alle Leistungen, die nicht im Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen aufgeführt sind, im eigenen Betrieb auszuführen. Im Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen seien durch die Antragstellerin keine Nachunternehmer eingetragen. Die Erklärung im Bietergespräch, Nachunternehmer einsetzen zu wollen, stelle eine Änderung des Angebots dar, was nicht zulässig sei. Das Angebot sei deshalb gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1b) i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A von der weiteren Wertung auszuschließen.

Mit Schreiben vom 21.10.2014 übergab die Antragsgegnerin die Vergabeakten der Vergabekammer und verwies darauf, dass der Rüge der Antragstellerin vom 13. Oktober 2014 nicht

abgeholfen wurde. Am 04. November 2014 lagen die Vergabeakten bei der Vergabekammer vollständig vor.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Gemäß § 19 Abs. 3 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVG LSA vom 19. November 2012 veröffentlicht im GVBl. LSA Nr. 23/2012) - ausgegeben am 30.11.2012 - ist die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA. Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro bei Bauleistungen entsprechend § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am betreffenden Auftrag hinreichend bekundet.

Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Verstöße gegen die Vergabevorschriften im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA gerügt.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann.

Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin von der weiteren Wertung verstößt gegen die Bestimmungen des § 14 Abs. 1 und 2 LVG LSA i. V. m. § 16 Abs. 6 VOB/A sowie die §§ 13 Abs. 1 Nr. 5, 15 Abs. 2 und 16 Abs. 1 Nr. 1b) VOB/A.

Das Angebot der Antragstellerin wurde rechtswidrig von der Wertung ausgeschlossen, weil die festgesetzte Frist zur Vorlage der Urkalkulation als auch die Aufklärung zu verschiedenen Leistungspositionen nicht angemessen war. Des Weiteren sind die von der Antragstellerin benannten Nachunternehmerleistungen nicht als solche zu qualifizieren.

Nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A darf der Auftraggeber nach Öffnung der Angebote von einem Bieter Aufklärung verlangen, um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten. Verweigert ein Bieter die geforderten Aufklärungen und Angaben oder lässt er die ihm gesetzte angemessene Frist unbeantwortet verstreichen, so kann sein Angebot unberücksichtigt bleiben (§ 15 Abs. 2 VOB/A).

Die Antragsgegnerin hat entsprechend den geltenden Bewerbungsbedingungen von der Antragstellerin die Vorlage der Urkalkulation verlangt. Zu einer Überprüfung der Kalkulation war die Antragsgegnerin infolge der Abweichung von mehr als 10 % zum Folgebiet nach § 14 Abs. 2 LVG LSA verpflichtet.

Unstreitig hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 02.10.2014 die Antragstellerin am 07.10.2014, 09:00 Uhr zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen. Hier sollte sie zu verschiedenen, nicht näher benannten Leistungspositionen Aufklärung geben. Weiterhin wurde sie gebeten, die Urkalkulation mitzubringen. Dieses Schreiben wurde durch die Antragsgegnerin am Montag, 06.10.2014 um 10:20 Uhr per Fax an die Antragstellerin versandt und eine Vorlage der Unterlagen bis Dienstag, 07.10.2014, 09:00 Uhr zum Bietergespräch bestimmt. Die darin gesetzte Frist von einem Tag auf den anderen ist unangemessen.

Die VOB/A sagt nichts zur Länge der Frist. Für die Abgabe der geforderten Aufklärungen oder Angaben ist dem Bieter stets eine angemessen lange Frist einzuräumen. Es wird dazu auf die 6-Kalenderfrist nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zur Nachforderung von Erklärungen und Nachweisen verwiesen (Ingenstau/Korbion, Handkommentar zur VOB/A 17. Auflage, Rn 19 zu § 15 VOB/A). Selbst bei Absendung des Schreibens am 02.10.2014 würden hier die sechs Kalendertage nicht eingehalten werden.

Außerdem hat die Antragsgegnerin nicht mit der erforderlichen Klarheit darauf hingewiesen, dass es sich bei der von ihr gesetzten Frist um eine Ausschlussfrist handelt.

Lässt der Bieter die ihm gesetzte angemessene Frist unbeantwortet verstreichen, so kann sein Angebot unberücksichtigt bleiben (§ 15 Abs. 2 VOB/A). Dies bedeutet, dass es im Ermessen des Auftraggebers liegt, ob er die Fristverletzung mit einem Ausschluss belegt. Wurde bei der Fristsetzung das Ermessen bereits ausgeübt und bei Nichteinhaltung eine Nichtberücksichtigung als zwingend festgelegt, muss der Auftraggeber die Bieter auf diese Ausschlussfrist unmissverständlich hinweisen oder sonst kenntlich machen, dass es sich um eine letzte und abschließende Möglichkeit zur Beantwortung eines Aufklärungsverlangens handelt. Dies fordert das Transparenzgebot nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

In dem Schreiben vom 02.10.2014 ist die Frist durch die Antragsgegnerin nicht als Ausschlussfrist deutlich gemacht. Demnach konnte die Ausschlussfolge nicht automatisch eintreten. Ausweislich der Vergabeakte ist der Ausschlussentscheidung kein Ermessen der Antragsgegnerin vorangegangen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin, die Vorlage einer Urkalkulation durch die Antragsgegnerin sei vollkommen unüblich, war diese dazu verpflichtet die Kalkulation der Antragstellerin zu überprüfen.

Nach § 14 Abs. 1 und 2 Satz 1 LVG-LSA hat der Auftraggeber ungewöhnlich niedrige Angebote, auf die der Zuschlag erfolgen soll, zu überprüfen. Dies gilt unabhängig von der nach VOB/A vorgegebener Prüfung ungewöhnlich niedrig erscheinender Angebote. Ein Angebot für die Erbringung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, ist gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 LVG-LSA zu überprüfen, wenn es um mindestens 10 v. H. vom nächst höheren Angebot abweicht.

Das Angebot der Antragstellerin liegt nach rechnerischer Prüfung mit Euro 13,2 v.H. unter dem nächsthöheren Angebot in Höhe von Euro.

Die Abweichung des Angebotes der Antragstellerin zum nächsthöheren Angebot liegt damit über 10 %. Damit war das Angebot der Antragstellerin gemäß § 14 LVG LSA überprüfungspflichtig.

Bei dieser Abweichung weist das Angebot der Antragstellerin einen unangemessen niedrigen Preis aus, in deren Folge die Einzelpositionen näher zu überprüfen waren. Dies steht auch im Einklang mit den rechtlichen Vorgaben des Landesvergabegesetzes Sachsen-Anhalt und der VOB/A.

Es ist zunächst einmal vom Ansatz her nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin die Abweichung zum nächsten Angebot festgestellt hat. Die Überprüfung auf Auskömmlichkeit der Kalkulation kann jedoch nicht nur von der Vorlage der Urkalkulation abhängig gemacht werden. Vielmehr ist bei der Wertung zu untersuchen, weshalb die Kostenunterschiede zustande kommen. Eine Prüfung der Kalkulation zum Kostenaufbau und der Bewertung zum Verhältnis der Einzelpreise zueinander ist durch die Antragsgegnerin nicht vorgenommen worden.

So darf gemäß § 16 Abs. 6 VOB/A auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden. Erscheint ein Angebotspreis unangemessen niedrig und ist anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen, ist in Textform vom Bieter Aufklärung über die Ermittlung der

Preise für die Gesamtleistung zu verlangen, gegebenenfalls unter Festlegung einer zumutbaren Antwortfrist.

Die Regelung des § 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A dient vorwiegend dem Schutz des Auftraggebers vor Eingehung eines wirtschaftlichen Risikos. Bei einer Zuschlagerteilung auf ein unangemessen niedriges Angebot läuft dieser Gefahr, dass der Auftragnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag nicht ordnungsgemäß beendet.

Andererseits sind Unterkostenangebote für sich gesehen nicht unzulässig. Ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht verpflichtet, nur auskömmliche Angebote zu berücksichtigen. Sofern keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Bieter aufgrund des niedrigen Angebots den Auftrag nicht ordnungsgemäß und zuverlässig ausführen kann oder in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten wird, ist eine solche Zuschlagerteilung durchaus gerechtfertigt.

Der öffentliche Auftraggeber hat daher nach § 16 Abs. 6 Nr. 2 VOB/A sorgfältig zu prüfen und zu erwägen, ob ein derartiges Unterkostenangebot berücksichtigt und gegebenenfalls bezuschlagt werden kann oder nicht.

Im Gegensatz zu § 15 VOB/A, welcher der Vergabestelle ausnahmsweise die Möglichkeit zur Aufklärung von Angebotsinhalten einräumt, weist § 16 Abs. 6 Nr. 2 VOB/A eine Aufklärungspflicht aus, wenn ein Angebot ungewöhnlich niedrig erscheint. In Anbetracht der Tatsache, dass das Angebot der Antragstellerin um mehr als 10 % gegenüber dem nächsthöheren Angebot abweicht, bestand hinsichtlich der Kalkulation auch unter Berücksichtigung der ohnehin erforderlichen Prüfung nach § 14 Abs. 1 und 2 LVG LSA ein entsprechender Aufklärungsbedarf. Die Antragsgegnerin war somit gegenüber der Antragstellerin gehalten sich über deren Preisangebot Aufklärung zu verschaffen.

Die nicht vorgelegte Urkalkulation der Antragstellerin entbindet die Antragsgegnerin nicht von ihrer Pflicht zur Prüfung der Angemessenheit der Preise. Diese ist anhand feststehender, gesicherter Tatsachengrundlagen durch eine Betrachtung des Preis-Leistungsverhältnisses innerhalb des vom Ausschluss bedrohten Angebots zu ermitteln (vgl. Handkommentar zur VOB/A Kulartz/Marx/Portz/Prieß, § 16 Rn. 242). Die Unangemessenheit ist nicht mittels eines festen Prozentsatzes der Abweichung des Angebots von einem Markt- oder Durchschnittspreis zu bestimmen, sondern aufgrund einer Bewertung aller Umstände des Einzelfalls (BGH, Urteil vom 20.11. 2012 – X ZR 108/10).

Hierzu musste die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin nicht nur hinsichtlich seiner Angemessenheit überprüfen und zu diesem Zweck nicht nur die Einzelpositionen überprüfen, sondern dafür auch von der Antragstellerin die erforderlichen Nachweise verlangen, weshalb sie aus sachlich gerechtfertigten Gründen die Ansätze knapper als die übrigen Bieter kalkulieren konnte. Insofern wäre dafür die Antragstellerin von der Antragsgegnerin zu einer entsprechenden Stellungnahme aufzufordern gewesen.

Bei der vorliegenden Preisabweichung von über 10 % zum nächsthöheren Angebot war die Antragsgegnerin jedoch verpflichtet sich bei der Antragstellerin nach den Gründen für das Abweichen des Preises zu erkundigen.

Nur die Antragstellerin selbst kann angehalten werden, der Antragsgegnerin schlüssig darzulegen, dass es sich bei dem vorliegenden Angebot um die ausgeschriebene Leistung und nicht um ein unangemessen niedriges Angebot handelt. Dementsprechend muss die Antragstellerin die Möglichkeit erhalten, nachzuweisen, dass sie die ihrer Kalkulation zugrunde gelegten Leistungsansätze auch realisiert. Eine solche Nachweisführung wäre auch sachgerecht, weil nur die Antragstellerin in der Lage ist, zur Frage der Auskömmlichkeit ihrer Kalkulation Stellung zu nehmen. Der Sinn der Auskömmlichkeitsprüfung liegt darin, dass der Antragstellerin die Möglichkeit eingeräumt wird, selbst darzulegen, dass sie trotz des niedrigen Angebots in der Lage ist, die Bauleistungen auftragsgerecht zu erbringen.

Die Antragsgegnerin war demnach gehalten das Angebot der Antragstellerin nach § 16 Abs. 6 Nr. 2 VOB/A auf dessen Auskömmlichkeit hin zu überprüfen und dazu ein Bietergespräch zu führen, um somit die im Zusammenhang mit der Kalkulation stehenden Fragen hinreichend aufzuklären. Insbesondere ist hierbei zu ermitteln, ob eine Angemessenheit der Preise vorliegt. Hierbei sind die der Kalkulation der Antragstellerin zugrunde liegenden Leistungsansätze unter Zugrundelegung der betriebswirtschaftlichen und objektbezogenen Auswirkungen zu berücksichtigen.

Die durch die Antragstellerin im Bietergespräch aufgeführten Leistungen für Nachunternehmer stellen Hilfsleistungen dar, die nicht als Nachunternehmerleistungen einzustufen sind. Das Angebot der Antragstellerin ist deswegen nicht wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A auszuschließen.

Das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung enthält Positionen der Beweissicherung (1.4.1, 1.4.2), der Schadstoffuntersuchung (1.4.4), Kontrollprüfungen Erdbau (2.6.1, 2.6.2) und die Kanalinspektion - Kamerabefahrung - (2.11.1-2.11.6).

Insofern ist eine Aufklärung durch die Antragsgegnerin darüber zulässig, wie die Antragstellerin diese Leistungen realisieren möchte. Deshalb hat die Antragsgegnerin ein Recht darauf, die Nachunternehmer zu erfahren, die für die Leistungserbringung von der Antragstellerin eingesetzt werden.

Zwar hatten die Bieter im Angebot anzugeben, welche Leistungen sie an Nachunternehmer übertragen werden. Diese Forderung gilt jedoch nur für eine Weitergabe von Bauleistungen nach der VOB/A. Nach § 1 VOB/A sind Bauleistungen Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird. Andere Leistungen eines Auftragnehmers fallen nicht darunter (Ingenstau, Korbion, Handkommentar zur VOB, 17. Auflage, VOB/B § 4 Rn 26).

Die durch die Antragstellerin benannten Leistungen sind keine Bauleistung und mussten deshalb nicht im Nachunternehmerverzeichnis angegeben werden. Bei den aufgeführten Positionen handelt es sich um Kontrollprüfungen sowie Leistungen zur Feststellung des Zustandes der im Baubereich vorhandenen Grundstücke und baulichen Anlagen sowie der TV- Befahrung des Kanals. Die hier ausführenden Unternehmen üben ihre Tätigkeit gegenüber der Antragstellerin auf der Grundlage eines Auftragsverhältnisses aus. Sie werden damit aber nicht zu Nachunternehmern im Sinne der Vergabevorschriften, zumal sie mit ihrer Tätigkeit nicht Leistungen erbringen, die die Antragsgegnerin selbst als Bauleistung ausgeschrieben hat. Vielmehr dient ihre schließlich im Rahmen einer Zwischen- und Endabnahme ausgeübte Tätigkeit allein der Feststellung der ordnungsgemäß ausgeführten Bauleistung gegenüber der Antragsgegnerin. Durch diese Leistungen wird die zu realisierende Bauleistung nicht hergestellt, sondern die ordentliche Ausführung überprüft bzw. überwacht.

Deshalb stellt die Abfrage der Antragsgegnerin, welche Unternehmen die Antragstellerin für diese Leistungen einsetzt, keine angebotsändernde Verhandlung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A dar.

Die Prüfung und Wertung des Angebotes der Antragstellerin ist als fehlerhaft anzusehen. Durch die aufgezeigte Verletzung des § 14 Abs. 1 und 2 LVG LSA sowie des § 16 Abs. 6 VOB/A sowie der §§ 13 Abs. 1 Nr. 5 und 15 Abs. 2 VOB/A entspricht das Vergabeverfahren nicht den rechtlichen Vorgaben. Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung wird daher die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Vor diesem Hintergrund ist das Vergabeverfahren ab dem Stadium zu wiederholen, in dem es fehlerhaft ist. Dies ist vorliegend die nochmalige Prüfung und Wertung des eingereichten Angebotes der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer.

Hierzu hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin unter Betrachtung der Kalkulationsansätze auf seine Angemessenheit des Preises hin zu überprüfen, wobei hierzu die Antragstellerin unter Festsetzung einer angemessenen Frist zu hören ist.

Schließlich ist unter Berücksichtigung der Stellungnahme und der Erläuterungen der Antragstellerin zu werten, ob trotz des niedrigen Angebotsendpreises ein wirtschaftliches Angebot vorliegt und eine ordnungs- und vertragsgemäße Leistungserbringung zu erwarten bzw. nicht zu erwarten ist.

Zur Beseitigung der Rechtsverletzung ordnet die Vergabekammer gemäß § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA an, dass das Vergabeverfahren in den Stand der Angebotsprüfung und -wertung zurückzusetzen ist.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 1 - 3 LVG LSA. Ergibt die Nachprüfung, dass ein Bieter zu Recht das Vergabeverfahren beanstandet hat, sind keine Kosten zu seinen Lasten zu erheben.

IV.

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr, hat den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

gez.

gez.