ibr-online

IBRRS 2022, 0032

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Wie ist ein unangemessen niedrig erscheinender Preis aufzuklären?

Siehe auch: ***Zugehörige Dokumente***

Melden Sie sich **jetzt** an unter **www.ibr-online.de**, um **sämtliche Entscheidungen im Volltext** lesen zu können.

ibr-online ist **DIE Datenbank** für das gesamte **Bau-, Architekten- und Immobilienrecht** und ein unverzichtbares Arbeitsmittel für alle Baubeteiligten.

Mit ibr-online haben Sie außerdem **jederzeit und überall** Zugriff auf über 37.000 IBR-Beiträge nach dem 1-Seiten-Prinzip, über 120.760 Entscheidungen im Volltext, zahlreiche Kommentare, Musterschreiben und vieles mehr.

Hier 30 Tage kostenfrei testen

VK Bund

Beschluss

vom 15.11.2021

VK 1-112/21

VOB/A 2019 § **16d EU** Abs. 1

1. Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, in die Prüfung der Preisbildung einzutreten, wenn der Abstand zwischen dem Angebot des bestplatzierten und dem Angebot des zweitplatzierten Bieters mehr als 20 % beträgt.

2. Eine Aufklärung ist nicht zufriedenstellend, wenn sie trotz pflichtgemäßer Anstrengung des öffentlichen Auftraggebers keine gesicherte Tatsachengrundlage für die Feststellung bietet, das Angebot sei entweder angemessen oder der Bieter sei im Falle eines Unterkostenangebots wettbewerbskonform in der Lage, den Vertrag ordnungsgemäß durchzuführen. Die Aufklärung betrifft neben rechnerischen Unklarheiten auch alle preisrelevanten inhaltlichen Aspekte des Angebots.

3. Eine ordnungsgemäße Aufklärung nach erfolgter Vorlage der Unterlagen über die Preisermittlung erfordert zudem eine konkrete Auseinandersetzung mit den Angaben des Bieters im Sinne einer Überprüfung.

VK Bund, Beschluss vom 15.11.2021 - VK 1-112/21

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

wegen der Vergabe "Umbau [...]", EU-Bekanntmachung Nr. [...],

hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch die stellvertretende Vorsitzende Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Reinders aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. November 2021 am 15. November 2021

beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. Bei

fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zurückzuversetzen.

2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens als Gesamtschuldner sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin jeweils zur Hälfte.

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin führt derzeit ein europaweites offenes Verfahren zur Vergabe "Umbau [...]", EU-Bekanntmachung Nr. [...], durch. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

In der Baubeschreibung hieß es:

"3.6 Abfälle

3.6.1 Nicht gefährliche Abfälle

Die Entsorgung (Verwertung oder Beseitigung) von nicht gefährlichen Abfällen hat ordnungsgemäß und schadlos/ gemeinwohlverträglich nach Wahl des AN zu erfolgen. Gemäß NachwV besteht Registerpflicht zur Dokumentation der Entsorgung von Abfällen. Die Art und Höhe der Schadstoffbelastung ist dem / den Gutachten zu entnehmen.

Bei nicht gefährlichen Abfällen ist kein bestimmtes Nachweisverfahren vorgeschrieben.

Die Nachweisführung der Entsorgung von nicht gefährlichem Abfall erfolgt anhand des Formblattes "Nachweis der Entsorgung von nicht gefährlichem Abfall".

Die Nachweis- und Registerpflicht liegt beim AN und kann durch Wiege- oder Lieferscheine erfüllt werden.

Alle anfallenden Kosten im Zusammenhang mit der Abfallentsorgung sind in die entsprechende LV-Position einzurechnen. Die ordnungsgemäße und schadlose Entsorgung des Abfalls ist dem AG vom AN gem. §§ 25 und 26 der Nachweisverordnung (NachwV) mit dem Formblatt [...] Entsorgungsnachweis nachzuweisen.

3.6.2 Gefährliche Abfälle

[...]."

Eine von ihrer Gesamtmenge her erhebliche Position im Langtext des Leistungsverzeichnisses lautete für den 2. Bauabschnitt:

"02.01.0002 *18.106/212.02.00.41: 30.000,00 m3*

Boden bzw. Fels lösen und verwerten

Boden bzw. Fels aus Abtragsbereichen lösen, laden und der Verwertung nach Wahl des AN zuführen. Beschreibung der Homogenbereiche nach Unterlagen des AG. Die Herstellung von Mulden und Gräben wird gesondert vergütet.

Abgerechnet wird nach Abtragsprofilen.

Mehraushub unterhalb des Planums bzw. des Dammauflagers bis 0,50 m Tiefe lösen.

Zuordnungswert nach LAGA = Z 2.

Verwertung nach Unterlagen des AG nachweisen."

Im 1. Bauabschnitt findet sich eine vergleichbare Position (01.01.0002). Die zu verwertende Menge Boden / Fels beträgt hier jedoch nur 750 m3. Im Leistungsverzeichnis finden sich weitere Positionen zu "nicht gefährlichen Abfällen" (u.a. Asphalt fräsen, Pos. 01.00.0001, 01.00.0002, 01.00.0003). Hier soll teilweise Material einer niedrigeren Belastungsstufe als LAGA = Z 2 einer Verwertung zugeführt werden.

Die Antragstellerin gab ein Angebot ab. Nach der Submission am 16. September 2021 lag das Angebot der Antragstellerin mit einem Gesamtpreis von [...] Euro an zweiter Stelle hinter der Beigeladenen. Die Preisabweichung ihres Angebots zu dem der Beigeladenen beträgt ca. 35%.

Mit Schreiben vom 16. September 2021 forderte die Antragsgegnerin die Beigeladene auf, eine Erklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung ihres Angebots abzugeben. Aufklärungsbedarf sah sie in mehr als 40 Einzelpositionen. Sie wies darauf hin, dass die Einheitspreise bzw. die Gesamtleistung nachprüfbar aufzuklären seien. Mit Antwort vom selben Tag erläuterte die Beigeladene, wie sie die jeweiligen Positionen kalkuliert hat. Zur Position 02.01.0002 erklärte sie, wie sie den eigenen Leistungsansatz beim Bodenaushub (Personal / Gerät) kalkuliert habe. Unter "U112" sei die Abfuhr mit einer Vergütung in Höhe von x Euro / to kalkuliert. Inklusive der Zuschläge ergebe sich hieraus der Angebotspreis in Höhe von x Euro. Den textlichen Erläuterungen fügte sie einen Auszug der Urkalkulation zu den Positionen bei.

Mit Formschreiben "Vorlage von Nachweisen" vom selben Tag wurden sowohl Antragstellerin als auch Beigeladene aufgefordert, innerhalb von 10 Kalendertagen vorzulegen:

1. [X] Ergänzung des Verzeichnisses der Nachunternehmerleistungen um die Namen der Unternehmen

2. [ ] Eigenerklärung zur Eignung für alle Nachunternehmer (falls keine PQ-Nummer vorhanden bzw. die PQ-Qualifizierung nicht einschlägig ist), alternativ Einheitliche Europäische Eigenerklärung

3. [X] Urkalkulation für Bieter und Kalkulation der Leistung der Nachunternehmer bzw. anderen Unternehmer

4. [ ] Qualifikation des zu benennenden Verantwortlichen für die Sicherungsarbeiten an den Arbeitsstellen gem. dem "Merkblatt über Rahmenbedingungen für erforderliche Fachkenntnisse zur Verkehrssicherung von Arbeitsstellen an Straßen (MVAS)"

5. [X] Nachweis der Montagefachkraft nach ZTV FRS

6. [X] Kalkulationsschlussblatt der Urkalkulation

7. [X] Offenlegung Entsorgungsweg für nichtgefährliche Abfälle

8. [X] Offenlegung Entsorgungsweg für gefährliche Abfälle

9. [ ] Angaben zur Markierung

10. [X] Qualifikation ihres Unternehmens und der geprüften Fachkraft für Fahrbahnmarkierungen gem. den ZTV M nachweisen. Bei ausländischen Bietern wird ein glw. Qualifikationsnachweis verlangt.

Mit Schreiben vom 17. September 2021 legte die Beigeladene u.a. zu Ziffer 1 ein um die Namen der Unternehmen ergänztes Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen vor. Zu Ziffer 3. legte sie ihre eigene Urkalkulation sowie die Kalkulation der zuvor benannten Nachunternehmerleistungen vor. Zu Ziffer 7 teilte sie mit, dass der Transport der nicht gefährlichen Abfälle durch die Firma X erfolge. Die Verwertung / Entsorgung erfolge durch dieselbe Firma an einem näher bezeichneten Ort. Die Beigeladene hat für die Verwertungspositionen, u.a. 02.01.0002, keine Nachunternehmer benannt.

Die Antragstellerin legte mit Schreiben vom 23. September 2021 ebenfalls Unterlagen vor.

Zu Ziffer 3. legte sie "unsere Urkalkulation / Kalkulation der NU-Leistungen" vor. Zu Ziffer 7 listete sie ausführlich

über insgesamt zwei Seiten den Entsorgungsweg für nichtgefährliche Abfälle durch Benennung jeweils des Transporteurs als auch des Entsorgungsorts pro Einzelposition auf. Für die Verwertungspositionen, u.a. 02.01.0002, hat sie keine Nachunternehmer benannt.

Die Antragstellerin hatte die Antragsgegnerin zuvor mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 20. September 2021 aufgefordert, im Hinblick auf die Beigeladene eine Preisprüfung durchzuführen. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2021 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da es nicht das wirtschaftlichste sei. Der Zuschlag solle auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden. Mit weiterem Schreiben vom 4. Oktober 2021 teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie eine Preisprüfung bei der Beigeladenen vorgenommen habe und das Angebot in der Wertung verbleibe.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 7. Oktober 2021 die beabsichtigte Zuschlagserteilung. Sie zeigte anhand einiger Positionen des Leistungsverzeichnisses auf, warum der Preis der Beigeladenen unangemessen niedrig sei und die Antragsgegnerin dies ihrer Auffassung nach nicht ordnungsgemäß geprüft habe. Die Antragsgegnerin half der Rüge mit Schreiben vom 8. Oktober 2021 nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 11. Oktober 2021 beantragte die Antragstellerin bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Antragsgegnerin übermittelt.

a) Nach Auffassung der Antragstellerin ist der Nachprüfungsantrag zulässig. Bei dem an eine Rüge anzulegenden Substantiierungsgrad seien stets die den Bietern zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten zu berücksichtigen. Die Erkenntnismöglichkeiten der Antragstellerin hätten sich vorliegend auf das Submissionsprotokoll sowie die Hintergründe der Kalkulation ihres eigenen Angebots bezogen. Dies gelte auch für den geschätzten Auftragswert. Die Antragstellerin habe allein aufgrund des erheblichen Preisabstands davon ausgehen dürfen, dass die Antworten der Beigeladenen auf die Preisprüfung nicht ausreichend geprüft worden seien.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet. Der Zuschlag dürfe auf das Angebot der Beigeladenen gemäß § **16d EU** Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A nicht erteilt werden, da es einen unangemessen niedrigen Angebotspreis aufweise. Der Preisabstand betrage ca. [...] Euro brutto. Gemessen an Art und Leistungen sowie der Komplexität der ausgeschriebenen Maßnahme sei ein Angebotspreis wie der der Beigeladenen aus betriebswirtschaftlicher Sicht sachlich nicht zu begründen. Die Antragstellerin selbst habe nur aufgrund besonders günstiger Umstände erhebliche Kostenvorteile gegenüber den Marktpreisen realisieren können. Der Auftrag weise die Besonderheit auf, dass die Leistungsposition 02.01.0002 preislich einen erheblichen Anteil der gesamten Angebotssumme einnehme. Der dort angegebene Mengenvordersatz von 30.000 m3 entspreche in Tonnen umgerechnet (multipliziert mit dem Faktor 1,9) einer Menge von 57.000 t. Aufgrund der erheblichen Transportkosten und der Einhaltung des abfallrechtlichen Näheprinzips kämen für die Verwertung des Bodens/Felsens der Abfall-Belastungsstufe LAGA Z2 nur nahegelegene Betriebe in Betracht. Die Antragstellerin habe zur Angebotserstellung mehrere Angebote von in der Umgebung ansässigen Entsorgungsbetrieben eingeholt. Aufgrund der von ihr hierzu eingeholten Angebote errechnet sie einen "Marktpreis", der in dieser Position mindestens angeboten werden müsse. In den Positionen 01.01.0003 und 03.01.0002 habe die Antragstellerin selbst einen gegenüber einem marktüblichen Preis günstigeren Preis anbieten können. Dies gelte auch für die Position 02.00.0005.

Eine ordnungsgemäße Preisaufklärung sei mit dem Aufklärungsverlangen der Antragsgegnerin vom 16. September 2021 nicht durchgeführt worden. Die Prüfung müsse darauf ausgerichtet sein, eine gesicherte Erkenntnisgrundlage für die Entscheidung nach § **16d EU** Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A zu schaffen. Entscheidend sei, ob der betreffende Bieter zum angebotenen Preis voraussichtlich ordnungsgemäß und vertragsgerecht werde leisten können oder ob er infolge einer zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen könne oder versucht sein könne, sich des Auftrags so unaufwändig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensationen zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern. Vorliegend habe die Antragsgegnerin die Beigeladene lediglich pauschal aufgefordert, eine Erklärung über die Ermittlung der Preise abzugeben und für die im Einzelnen benannten Einheitspreise nachprüfbar aufzuklären. Die Beigeladene habe am selben Tag ein Antwortschreiben samt Urkalkulation übersandt. In der Dokumentation der Preisprüfung finde sich aber nur eine kurz zusammengefasste Wiedergabe der Ausführungen der Beigeladenen zu den aufgeklärten Positionen. Eine inhaltliche Auseinandersetzung durch die Antragsgegnerin

sei nicht erkennbar. Dies gelte für sämtliche Umstände hinsichtlich derer sie eine Prüfung durchgeführt hat (auffällige Einheitspreise, Mischkalkulation, Angemessenheit des Gesamtpreises, Spekulation). Dies führe zu einem Verstoß gegen § **16d EU** Abs. 1 VOB/A. Gerade in der Leistungsposition 02.01.0002 sei eine Verwertungsmöglichkeit für einen Boden dieser Belastungsstufe in der ausgeschriebenen Menge äußerst kompliziert. Da die Antragsgegnerin als Entsorgungspflichtige für den Boden verantwortlich bleibe, müsse sie sich kritisch mit dem Entsorgungsweg auseinandersetzen. Diese Position sei in erheblichem Umfang nachtragsgefährdet, wenn der Boden nicht verwertet werden könne. Bereits bei geringfügigen zeitlichen Änderungen im Bauablauf könnten die Kalkulationsgrundlagen der Beigeladenen wegfallen. Die Antragsgegnerin müsste der Beigeladenen anstelle des derzeit angebotenen Einheitspreises eine Vergütung leisten, welche sich mindestens in der Größenordnung bewege, welche die Antragstellerin angeboten habe. Diese Gefahr drohe auch, wenn sich der Zuordnungswert von Z2 auf >Z2 ändern sollte. Auch hinsichtlich der weiteren Positionen sei fraglich, inwieweit die Antragsgegnerin ihrer Prüfungspflicht nachgekommen sei.

Schließlich sei nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin eine qualifizierte Kostenschätzung erstellt habe. Wenn die Kostenschätzung unterhalb des Angebots der Beigeladenen liege, unterschreite sie den Marktpreis für die ausgeschriebenen Leistungen um mindestens [...] Euro brutto.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Prüfung und Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,

2. der Antragstellerin wird Akteneinsicht in die Vergabeakten gemäß § **165** GWB gewährt,

3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

b) Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,

2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig und unbegründet.

Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt. Ihre Rügen seien "ins Blaue hinein" erhoben worden. Sie behaupte eine unterbliebene Aufklärung des Angebotspreises der Beigeladenen, obwohl die Antragsgegnerin eine solche betrieben habe. Für die Antragstellerin hätten keine objektiven Anhaltspunkte für eine unzureichende Aufklärung bestanden. Konkrete Anhaltspunkte, die ihre Behauptung als plausibel erscheinen lassen, habe sie nicht vorgetragen. Auch die Behauptung, dem Vergabeverfahren habe keine ordnungsgemäße und aktuelle sowie wirklichkeitsnahe Kostenschätzung zugrunde gelegen, fehle jegliche Substantiierung. Es sei haltlos, die eigene, offensichtlich unter Fehlannahmen der Marktpreise zustande gekommene Kalkulation als Begründung dafür heranzuführen, dass die Kostenschätzung nicht ordnungsgemäß sei.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet.

Das um 35% niedrigere Angebot der Beigeladenen sei von der Antragsgegnerin ordnungsgemäß aufgeklärt worden. Lege der zur Aufklärung aufgeforderte Bieter in schlüssiger, nachvollziehbarer und plausibler Weise dar, dass er zur ordnungsgemäßen Erbringung des Auftrags in der Lage sei, dürfe und müsse der öffentliche Auftraggeber darauf vertrauen. Es bestehe keine Verpflichtung, sämtliche in Betracht kommenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen, um die gemachten, schlüssigen Angaben zu verifizieren. Entscheidend sei, dass der Auftraggeber eine sachlich fundierte, vertretbare Prognose treffen könne, dass der Bieter die Leistung zuverlässig und vertragsgerecht erbringen werde und konkrete Belege für ein wettbewerbsbeschränkendes oder unlauteres Unterangebot fehlten. Hier habe das Abweichen der Angebotssumme der Beigeladenen um mehr als 10% (die interne Aufgreifschwelle der Antragsgegnerin) vom Angebot des nächsthöheren Bieters zu einer Aufklärung von 42 Positionen geführt, u.a. auch der Position 02.01.0002. Die Beigeladene habe am selben Tag

reagiert und eine textliche Erläuterung zu den einzelnen nachgefragten Positionen vorgenommen. Sie habe dazu einen Auszug aus der Urkalkulation geschickt und sich aus Sicht der Antragsgegnerin nochmals mit dem eigenen Angebot auseinandergesetzt. Damit sei für die Antragsgegnerin auszuschließen gewesen, dass einzelne Positionen Kalkulations- oder Erklärungsirrtümer enthielten. Die Preise seien schlüssig erklärt worden. Es habe für die Antragsgegnerin keine Veranlassung gegeben zu befürchten, die Beigeladene könne den Auftrag nicht zuverlässig und ordnungsgemäß ausführen. Es habe kein Anlass für eine weitere Aufklärung bestanden.

Das Angebot der Beigeladenen sei auch nicht unangemessen niedrig nach § **16d EU** Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A. Stelle sich das Angebot als angemessen heraus, rechtfertige der bloße relative Preisunterschied zu den anderen Angeboten keinen Ausschluss. Dies gelte insbesondere deshalb, weil die Einzelposition 02.01.0002, die im Ergebnis zu der großen Abweichung des Angebotspreises der Beigeladenen gegenüber dem übrigen Bieterfeld geführt habe, von dieser schlüssig erklärt werden konnte. Die Position benenne das Lösen und Verwerten von Boden beziehungsweise Fels. Der Boden sei dabei der Belastungsklasse Z2 nach Länderarbeitsgemeinschaft Abfall - LAGA M 20 (Stand 6.11.2003) eingeordnet. Die Belastungsklasse Z2 bedeute, dass ein eingeschränkter Einbau mit definierten technischen Sicherungsmaßnahmen (nicht oder nur gering wasserdurchlässige Bauweise) des Bodens möglich sei. Erst ab einer höheren Belastungsklasse sei die Ablagerung des Bodens in Deponien nach dem Abfallrecht zwingend geboten. Eine Entsorgung von belastetem Boden der Klasse Z2 sei möglich, aber nicht zwingend. Diesem könne bei entsprechender Nachfrage vielmehr sogar ein Marktwert zukommen. Die Beigeladene habe einen relativ niedrigen Einheitspreis angeboten, der sich technisch erkläre sowie dadurch, dass der Boden durch ein anderes Unternehmen übernommen werde, das den Boden vergüte. Durch die Verwertungsabsicht habe sich die Beigeladene einen Wettbewerbsvorteil verschafft. Sie habe dazu den ihr durch das Leistungsverzeichnis eingeräumten Spielraum genutzt. Aufgrund des hierdurch gewonnen Preisabstands sei die Beigeladene günstiger als die Antragstellerin. Ließe man die Position, die mehr als ein Drittel des Gesamtpreises der Antragstellerin repräsentiere, weg, sei das Angebot der Antragstellerin günstiger. Die Preise aller übrigen Bieter in dieser Position seien deutlich niedriger als das der Antragstellerin. Dies verdeutliche die Fehleinschätzung der Antragstellerin.

Das Angebot der Beigeladenen weiche zudem nur leicht, nämlich um 5%, von dem geschätzten Auftragswert der Antragsgegnerin ab. Die Einheitspreise der Kostenschätzung seien unter Berücksichtigung der hier vorliegenden Baustellen- und Marktsituation ermittelt worden. Diese sei auf Grundlage abgewickelter Baumaßnahmen erstellt worden. Hierbei sei auch auf die Vordersätze der vorliegenden Ausschreibung im Vergleich zu den Kosten-Mengen-Gerüsten aus anderen Maßnahmen geachtet worden. Der Baupreisindex sei beachtet worden.

Selbst wenn der Preis unauskömmlich wäre, würde dies nicht reichen, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen. Es sei nicht zu befürchten, dass die Auftragsdurchführung hierdurch gefährdet sei.

c) Mit Beschluss vom 13. Oktober 2021 wurde die Beigeladene zu dem Verfahren hinzugezogen. Der Nachprüfungsantrag sei mangels Substantiierung unzulässig. Er sei auch unbegründet. Die Antragsgegnerin habe den Angebotspreis der Beigeladenen ordnungsgemäß aufgeklärt. Im Hinblick auf die Frage der Unangemessenheit nach § **16d EU** VOB/A sei die Preisbildung von einzelnen Positionen nicht relevant. Vielmehr sei auf die Angemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung und damit auf die Gesamtsumme abzustellen. Es sei nicht erkennbar, inwieweit eine erhöhte Gefahr bestehen würde, dass die Beigeladene versuchen würde, durch möglichst viele Nachträge Kompensationen zu erhalten. Die Kalkulation betreffe den Kernbereich unternehmerischen Handelns. Mit Schriftsatz vom 2. November 2021 führt die Beigeladene näher dazu aus, wie die Leistungsbestandteile Transport und Entsorgung in der Position 02.01.0002 durch eine "Nachunternehmerin" erbracht würden. Ihr Angebot beinhalte somit nicht die Gefahr, dass nicht ordnungsgemäß oder vertragsgerecht geleistet werde.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin nach vorheriger Zustimmung der Antragsgegnerin Akteneinsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit diese keine Geschäftsgeheimnisse enthielt.

In der mündlichen Verhandlung am 3. November 2021 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Die Beigeladene hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass sie in ihrem Schriftsatz vom 2. November 2021 unzutreffenderweise den Begriff "Nachunternehmer" für die Entsorgungsleistung in Position 02.01.0002 verwendet habe. Das Unternehmen, das den Boden nach LAGA Z2 entsorge, sei vielmehr als Lieferant anzusehen. Die Entsorgung stelle keinen Werkvertrag dar.

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 4. November 2021 hat die Antragsgegnerin ihren Vortrag in der mündlichen Verhandlung wiederholt und darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin den Entsorgungsweg zu Position 02.01.0002 in ihrer Antwort vom 23. September 2021 nicht genannt habe und diese somit unvollständig sei. Am 9. November 2021 führt die Antragstellerin hieraufhin näher aus, dass sie ihre Entsorgungswege hinreichend offengelegt habe. Weiter trägt sie vor, bei dem Unternehmen, das die Beigeladene für den Transport und die Verwertung des Aushubs in Position 02.01.0002 einsetze, handele es sich nicht lediglich um einen mit einem Zulieferer vergleichbaren Transporteur, sondern um einen Nachunternehmer, weil dieser den hoch belasteten Boden eigenständig und aufwändig verwerte. Anders sei es bei der Antragstellerin, deren (Tochter)Unternehmen lediglich den Abtransport zur Entsorgung übernehme.

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 zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Das im Sinne der Antragsbefugnis nach § **160** Abs. 2 GWB erforderliche Interesse am Auftrag hat die Antragstellerin durch die Abgabe eines Angebots hinreichend dokumentiert. Sie macht, indem sie sich gegen eine vergaberechtswidrige Wertung des Angebots der Beigeladenen wendet, eine Verletzung in ihren Rechten nach § **97** Abs. 6 GWB geltend. Ihr droht insoweit ein Schaden i.S.d. § **160** Abs. 2 GWB, weil im Falle eines Ausschlusses des Angebots der Beigeladenen ihr Angebot als zweitplatziertes Angebot für den Zuschlag in Frage kommt.

b) Die Antragstellerin hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße im Hinblick auf eine ordnungsgemäße Aufklärung des Angebotspreises und die sich anschließende Prüfung rechtzeitig im Sinne von § **160** Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt, nämlich innerhalb von zehn Kalendertagen nach der Mitteilung der Antragsgegnerin nach § **134** GWB, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Das Rügeschreiben genügt den an eine ordnungsgemäße Rüge zu stellenden Anforderungen. Da ein Bieter regelmäßig nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, darf er - etwa wenn es um Vergaberechtsverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen - im Rahmen der Rüge vortragen, was er auf Grundlage seines Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf. Insoweit ist aber ein Mindestmaß an Substantiierung einzuhalten. In der Rüge müssen zumindest Anknüpfungstatsachen oder Indizien vorgetragen werden, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Der Antragsteller ist gehalten, Erkenntnisquellen auszuschöpfen, die ihm ohne großen Aufwand zur Verfügung stehen. Zudem muss er, um eine Überprüfung zu ermöglichen, angeben, woher seine Erkenntnisse stammen (vgl. zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2021 - **Verg 9/21** m.w.N.). Die Rüge der Antragstellerin genügte hier diesen Anforderungen. Sie hat hinsichtlich der von ihr als problematisch vermuteten Kalkulation der Position 02.01.0002 sowie weiterer Positionen des Leistungsverzeichnisses aus ihrer Sicht konkret zu beachtende kalkulatorische Rahmenbedingungen vorgetragen. Mehr war im Rahmen der Rüge nicht zu verlangen, da es sich bei dem insoweit geltend gemachten Vergabeverstoß ausschließlich um einen solchen handelt, der interne Prüfungsschritte der Antragsgegnerin (Preisprüfung, Prüfung der Auskömmlichkeit des Angebotspreises in Bezug auf die Beigeladene) sowie die - der Antragstellerin nicht bekannte - Kalkulation der Beigeladenen betrifft.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Antragsgegnerin hat den auffällig niedrigen Angebotspreis der Beigeladenen zu Recht aufgegriffen und überprüft (dazu unter lit. a). Ihre Entscheidung, der Angebotspreis der Beigeladenen sei zufriedenstellend aufgeklärt und das Angebot daher zuschlagsfähig, genügt allerdings nicht den Anforderungen an eine vergaberechtskonforme Ausübung des ihr zustehenden Ermessens (dazu unter lit. b). Weil es (noch) an der Tatsachengrundlage fehlt, die für die Prognoseentscheidung der Antragsgegnerin zwingend erforderlich ist, kann die Antragsgegnerin sich nicht darauf zurückziehen, den Zuschlag auch auf ein Unterkostenangebot der Beigeladenen erteilen zu können (unter lit. c). Die Antragsgegnerin hat im Rahmen der erneuten Prüfung der Angebote aufzuklären, ob die in der Position 02.01.0002 - aber auch in weiteren Positionen der Angebote - angebotene Entsorgungsleistung sowie der damit verbundene Transport des Materials mittels

einer Nachunternehmerleistung erbracht wird (lit. d). Eine Verletzung der Antragstellerin in eigenen Rechten entfällt nicht, weil ihr Angebot im Hinblick auf nachgereichte Unterlagen möglicherweise unvollständig sein könnte (lit. e). Ob die Auftragswertschätzung der Antragsgegnerin fehlerhaft war, ist nicht entscheidungserheblich (lit. f).

a) Die Antragsgegnerin hat hier zu Recht den auffällig niedrigen Angebotspreis der Beigeladenen gemäß § **16d EU** Abs. 1 Nr. 2 VOB/A aufgegriffen und einer Aufklärung unterzogen. Auf ein Angebot mit unangemessen niedrigem Preis darf gemäß § **16d EU** Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A der Zuschlag nicht erteilt werden. Die Norm dient der Umsetzung des Art. 69 der Richtlinie 2014/24/EU. Hierzu hat der öffentliche Auftraggeber eine Aufklärung zu veranlassen und auf der Basis der vom Bieter erteilten Auskünfte zu entscheiden, ob dieser in der Lage ist, seine Leistungen auftragsgerecht zu erbringen (vgl. Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, VOB/A-EU § 16d, Rn. 6). Nach dem Wortlaut des Art. 69 Abs. 3 1. Absatz Satz 2 RL 2014/24/EU kann der Auftraggeber ein Angebot nur dann ablehnen, wenn die beigebrachten Nachweise das niedrige Niveau des vorgeschlagenen Preises beziehungsweise der Kosten unter Berücksichtigung der in Art. 69 Abs. 2 RL 2014/24/EU genannten Faktoren nicht zufriedenstellend erklären. Dem Auftraggeber wird bei dieser Entscheidung ein rechtlich gebundenes Ermessen, auf das sich grundsätzlich auch die anderen Teilnehmer am Vergabeverfahren berufen können, eingeräumt. Die Ablehnung des Zuschlags ist grundsätzlich geboten, wenn der Auftraggeber verbleibende Ungewissheiten an der Auskömmlichkeit des Angebots des betreffenden Bieters nicht zufriedenstellend aufklären kann (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, **X ZB 10/16**).

(1) Der Angebotspreis der Beigeladenen erscheint im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig und gab daher - auch aus Sicht der Antragsgegnerin - Veranlassung zur Aufklärung. Die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, in eine Preisprüfung einzutreten, kann sich aus dem Preis- und Kostenabstand zu den Konkurrenzangeboten aber auch aus Erfahrungswerten, insbesondere aus Erkenntnissen aus vorangegangenen vergleichbaren Ausschreibungen oder aus einem Vergleich mit der eigenen Auftragswertschätzung des Auftraggebers ergeben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2020 **- Verg 26/19**). Der öffentliche Auftraggeber ist jedenfalls dann verpflichtet, in die Prüfung der Preisbildung einzutreten, wenn der Abstand zwischen dem Angebot des bestplatzierten und dem Angebot des zweitplatzierten Bieters mehr als 20 % beträgt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. September 2019 **- Verg 10/19**). Hier betrug der Abstand zwischen dem Angebot der bestplatzierten Beigeladenen und der zweitplatzierten Antragstellerin etwa 35% und lag damit erheblich über dieser Aufgreifschwelle.

(2) Die Antragsgegnerin hat daraufhin formal eine Preisaufklärung bei der Beigeladenen durchgeführt.

Der öffentliche Auftraggeber hat mittels der in § **16d EU** Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 VOB/A vorgeschriebenen Aufklärung dem betreffenden Bieter die Möglichkeit zu geben, den Eindruck eines ungewöhnlich niedrigen Angebots zu entkräften oder hinreichende Gründe aufzuzeigen, dass sein Angebot annahmefähig ist. Dafür hat er an den Bieter eine eindeutig formulierte Anforderung zu richten, mit der er Erläuterungen zu den angebotenen Preisen verlangt und Gelegenheit gibt, die Seriosität des Angebots nachzuweisen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2020 **- Verg 26/19** unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 29. März 2012, Rs. **C-599/10**). Die Prüfung muss einerseits darauf gerichtet sein, eine gesicherte Erkenntnisgrundlage für die zu treffende Entscheidung zu schaffen. Wegen des Interesses nicht nur des öffentlichen Auftraggebers, sondern auch der Allgemeinheit an einer zügigen Umsetzung von Beschaffungsabsichten und einem raschen Abschluss von Vergabeverfahren sowie wegen der begrenzten Ressourcen und Möglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers sind jedoch seiner Überprüfungspflicht durch den Grundsatz der Zumutbarkeit Grenzen gesetzt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. September 2019 **- Verg 10/19**).

Diesen Anforderungen an eine Preisaufklärung ist die Antragsgegnerin zunächst nachgekommen. Sie hat mit Aufklärungsschreiben vom 16. September 2021 eine "nachprüfbare" Erklärung über die Ermittlung der Preise zu mehr als 40 Einzelpositionen eingeholt. Ferner hat sie mit Formschreiben vom selben Tag die (standardisierte) Vorlage von Nachweisen gefordert: u.a. unter Ziffer 7 die Offenlegung des Entsorgungswegs für nicht gefährliche Abfälle.

(3) Die Beigeladene hat am selben Tag das Preisaufklärungsersuchen beantwortet, indem sie für alle aufgelisteten Positionen eine kurze Erläuterung einschließlich der dazugehörigen Urkalkulation mitteilte. Zur Kalkulation einer Menge von 30.000 m3 in der Position 02.01.0002 (nach LV: Boden bzw. Fels aus Abtragsbereichen lösen, laden und der Verwertung nach Wahl des AN zuführen. Zuordnungswert nach LAGA = Z 2) erklärte sie, wie der Bodenaushub kalkuliert sei. Unter "U112" sei die Abfuhr mit einer Vergütung in Höhe von x Euro / to kalkuliert. Inklusive der Zuschläge ergebe sich hieraus der Angebotspreis in Höhe von x Euro. Mit Schreiben vom nächsten

Tag teilte die Beigeladene zu Ziffer 7 (Offenlegung des Entsorgungswegs für nicht gefährliche Abfälle) mit, dass der Transport der nicht gefährlichen Abfälle durch die Firma X erfolge. Die Entsorgung erfolge durch dieselbe Firma an einem näher bezeichneten Ort. Die Unterlagen enthielten keine weiteren Informationen. Dies ist für sich genommen auch korrekt, denn eine weitergehende Vorlage von Nachweisen bezüglich des Entsorgungswegs war zu diesem Zeitpunkt von den Bietern nicht gefordert. Dies ergab sich zum einen daraus, dass die Antragsgegnerin in keiner Position, die die Verwertung von nicht gefährlichen oder gefährlichen Abfällen vorsah, von den Bietern schon in der Angebotsphase einen Nachweis gefordert hatte. Vielmehr war erst in der Ausführungsphase des Auftrags ein Nachweis der Verwertung gegenüber dem Auftraggeber zu führen (Entsorgungsnachweis nach §§ 25 und 25 der Nachweisverordnung i.V.m. Kreislaufwirtschaftsgesetz).

Wie sich die Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung überzeugen konnte, war auch die im Schreiben der Antragsgegnerin an die Bieter vom 16. September 2021 unter Ziffer 3 geforderte Vorlage der "Urkalkulation für Bieter und Kalkulation der Leistung der Nachunternehmer bzw. anderen Unternehmer" in Bezug auf die "anderen Unternehmer" nicht als hinreichend eindeutige und damit vergaberechtlich wirksame Vorlage von Kalkulationsunterlagen zur Verwertung/Entsorgung von Abfällen zu verstehen, sofern es sich hierbei tatsächlich um "andere Unternehmer" handeln sollte. Sowohl Antragstellerin, Beigeladene (also die für das Begriffsverständnis maßgeblichen Empfänger des Schreibens) als auch die Antragsgegnerin gingen in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend davon aus, dass sich die Formulierung ausschließlich auf Nachunternehmer im Sinne des Art. 63 RL 2014/24/EU ("Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen") bezieht. Angesichts dieses Verständnisses war mit der pauschalen Abfrage der Antragsgegnerin in Ziffer 3 lediglich die eigene Urkalkulation sowie die der Nachunternehmer des Bieters einzureichen. So sind beide Bieter in ihren Antwortschreiben zur "Vorlage von Nachweisen" auch verfahren. Ob auch die rechtliche Einschätzung der Verfahrensbeteiligten richtig ist, dass es sich bei den Transport- und /oder Entsorgungs-/Verwertungsleistungen nicht um Nachunternehmerleistungen handelt, ist aufgrund der dazu erforderlichen näheren Kenntnis des ausgeschriebenen Sachverhalts und des Angebotsinhalts der Bieter zunächst von der Antragsgegnerin aufzuklären und zu entscheiden (s. unter d).

b) Die daraufhin getroffene Entscheidung der Antragsgegnerin, der Angebotspreis der Beigeladenen sei zufriedenstellend aufgeklärt und das Angebot daher zuschlagsfähig, genügt allerdings nicht den Anforderungen an eine vergaberechtskonforme Ausübung des ihr zustehenden rechtlich gebundenen Ermessens. Nach Auffassung der Vergabekammer hat die Antragsgegnerin im vorliegenden Fall die Ungewissheiten hinsichtlich der Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen bisher (noch) nicht zufriedenstellend aufgeklärt.

Eine Aufklärung ist nicht zufriedenstellend, wenn sie trotz pflichtgemäßer Anstrengung des öffentlichen Auftraggebers keine gesicherte Tatsachengrundlage für die Feststellung bietet, das Angebot sei entweder angemessen oder der Bieter sei im Falle eines Unterkostenangebots wettbewerbskonform in der Lage, den Vertrag ordnungsgemäß durchzuführen (vgl. grundsätzlich VK Bund, Beschluss vom 12. Juli 2019, **VK 1-35/19**). Die Aufklärung betrifft neben rechnerischen Unklarheiten auch alle preisrelevanten inhaltlichen Aspekte des Angebots (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, **X ZB 10/16**; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18. September 2019 **- Verg 10/19** und 29. Mai 2020 **- Verg 26/19**). Eine ordnungsgemäße Aufklärung nach erfolgter Vorlage der Unterlagen über die Preisermittlung erfordert zudem eine konkrete Auseinandersetzung mit den Angaben des Bieters im Sinne einer Überprüfung. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der zugrunde liegenden Normen (§ **16d EU** Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 VOB/A: "prüft der öffentliche Auftraggeber die betreffende Zusammensetzung und berücksichtigt dabei die gelieferten Nachweise"; Art. 69 Abs. 3, 1. Absatz Satz 1 RL 2014/24/EU: *"Der öffentliche Auftraggeber bewertet die beigebrachten Informationen mittels einer Rücksprache mit dem Bieter"*). Unter Umständen kann in Folge der zunächst gewonnenen Prüfungsergebnisse eine ergänzende Aufklärung in Betracht kommen.

Die Beigeladene begründete ihren niedrigen Preis in der Antwort vom 17. September 2021 zur "schriftlichen Aufklärung des Angebotsinhalts" mit einer Vergütung für das anfallende Material und legte diese ihrer Urkalkulation als Kostenbestandteil z.B. in der Position 02.01.0002 zugrunde. Im Übrigen hat sie in ihrer Antwort "Vorlage von Nachweisen" zu Ziffer 7 "Offenlegung des Entsorgungsweges für nicht gefährliche Abfälle" nur pauschal - für sämtliche nicht gefährlichen Abfällen ohne weitere Differenzierung - mitgeteilt, wer den Transport und die Entsorgung durchführen und wohin das Material gebracht wird. Nach dem Erhalt der Antwort hat die Antragsgegnerin in ihrer "Dokumentation Preisprüfung [...])" vermerkt:

"Das Angebot ist vollständig geprüft worden. Es sind insgesamt 43 Positionen aufgeklärt worden. Einleitend ist hier die Position 02.01.0002 darzustellen, in der uns der Bieter [...] aufzeigt, dass er mit einem Leistungsansatz

von [...] m3/h, [...] gerechnet hat und für den Abfuhrboden eine Vergütung von [...] Euro/t bekommt. Die rechnerische Richtigkeit der Kalkulation wurde überprüft. Im Schreiben "Nachweise und Erklärungen" schreibt der Bieter [...], das der dort abgetragene Boden durch die Firma [...] transportiert wird und zur Entsorgung zur Firma [...] zu [...] kommt. Der Entsorgungsweg ist mit dieser Erklärung dargelegt. Somit sind die preislichen Auffälligkeiten in der o.g. Leistungsposition gemäß den Bestimmungen der einschlägigen Regelungen des [...] in ausreichendem, nachvollziehbarem Maß aufgeklärt."

Danach hat die Antragsgegnerin in der vorliegenden Prüfung allein die rechnerische Richtigkeit geprüft, wobei anscheinend schlicht der Vergütungsbetrag, der von der Beigeladenen genannt wurde, der Rechnung zugrunde gelegt wird. Die Antragsgegnerin unterzieht keiner - jedenfalls nicht dokumentierten oder im laufenden Nachprüfungsverfahren vorgetragenen - Plausibilitätskontrolle, ob der von der Beigeladenen angegebene Leistungsansatz (Personal/Gerät) bei der erheblichen Menge von 30.000 m3 / 57.000 Tonnen Material in der Position 02.01.0002 realistisch ist. Auch die mit Schreiben vom 17. September 2021 eingereichte pauschale Erklärung der Beigeladenen, wer transportiert und entsorgt und wo die Entsorgung erfolgen soll, hat die Antragsgegnerin nicht weiter überprüft, sondern in ihrer "Dokumentation Preisprüfung" lediglich die Äußerungen der Beigeladenen übernommen. Jedenfalls finden sich keine darüber hinausgehenden eigenen Erwägungen der Antragsgegnerin hierzu in der Vergabeakte. Die Beigeladene beruft sich hier allein auf besonders günstige Bedingungen bei der Verwertung des zu lösenden Bodenmaterials in der Position 02.01.0002. Um die Plausibilität dieser Bieterangaben im Sinne der oben genannten "gesicherten Tatsachengrundlage" zu überprüfen, ist daher eine weitere Aufklärung vorzunehmen. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die Antragsgegnerin in der Baubeschreibung explizit fordert, dass die anfallenden Kosten der Abfallentsorgung in der entsprechenden LV-Position einzurechnen sind.

Im vorliegenden Fall kommt ein weiteres hinzu:

Aufgrund der im Preisspiegel (Seite 20, Vergabeakte) in dieser Position erkennbar stark voneinander abweichenden Angebote aller vier Bieter (bis zu einem Drittel des jeweiligen Gesamtpreises) sowie unter Berücksichtigung der eigenen, in der Vergabeakte nicht weiter aufgeschlüsselten oder erläuterten Kostenschätzung der Antragsgegnerin ist es sachgerecht und notwendig, dass sie die Beigeladene über ihre bisherigen Angaben hinaus zu einer weitergehenden Aufklärung auffordert. Die Beigeladene hat insoweit z.B. darzulegen, auf welcher Basis sie mit einem bestimmten Leistungsansatz für Personal und Material/Bagger gerechnet hat und müsste die Umstände für den Erhalt einer Vergütung des Bodens, der als mineralischer Abfall mit einem Zuordnungswert nach LAGA = Z 2 gilt, näher erläutern und gegebenenfalls belegen. Dass eine solche Anforderung nicht außerhalb der wirtschaftlichen Realität liegt, zeigt sich bereits daran, dass es jedenfalls der Antragstellerin möglich war, in der Angebotserstellungsphase von zwei externen Entsorgungsunternehmen Angebote einzuholen (vgl. Anlagen zum Nachprüfungsantrag). Die Aufklärungsbedürftigkeit ergibt sich auch im Vergleich zu der ähnlichen Position 01.01.0002 im 1. Bauabschnitt, in der die Beigeladene für einen anderen Zeitpunkt mit einem anderen, wenn auch nicht erheblich abweichenden, Vergütungssatz für den Boden mit LAGA = Z 2 rechnet. Es ist aus Sicht der Vergabekammer daher erforderlich, den Sachverhalt detaillierter als bisher geschehen aufzuklären. Im Anschluss an die Aufklärung hat sich die Antragsgegnerin mit den von der Beigeladenen vorgetragenen Argumenten etwa unter Hinzuziehung der von ihr selbst im Rahmen der Kostenschätzung angestellten Erwägungen auseinanderzusetzen.

Auch während des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin keine weiteren Aufklärungsversuche unternommen oder ihre Entscheidung einschließlich ihrer Ermessenerwägungen nachvollziehbar für die Vergabekammer erläutert oder (nach)dokumentiert. Die Antragsgegnerin bleibt vielmehr dabei, dass die Mitteilung der Vergütung durch die Beigeladene einschließlich der Vorlage der rein rechnerischen Urkalkulation ausreiche (vgl. Seite 8 der Erwiderung auf den Nachprüfungsantrag vom 18. Oktober 2021). Auch die Beigeladene hat nicht weiter zur Aufklärung beigetragen. Sie hat lediglich erklärt, dass sie der Preisaufklärung nachgekommen sei und "Ungereimtheiten" in Bezug auf die Preisbildung der Beigeladenen bei der Antragsgegnerin nicht verblieben seien (vgl. Seite 3 ihres Schriftsatzes vom 26. Oktober 2021).

c) Weil es (noch) an der Tatsachengrundlage fehlt, die für die Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin zwingend erforderlich ist, kommt es nicht darauf an, ob die Antragsgegnerin den Zuschlag schon deshalb auf das Angebot der Beigeladenen erteilen könnte, weil die Auftragsdurchführung auch bei einem Unterkostenangebot der Beigeladenen als finanzkräftigem Unternehmen hier - so die Antragsgegnerin - nicht gefährdet sei.

Zwar kann der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag erteilen, wenn der Bieter mit einem Unterkostenangebot

wettbewerbskonforme Ziele verfolgt und er nachweisen kann, trotz Unauskömmlichkeit den Auftrag zu erfüllen. Die Entscheidung darüber prognostiziert der öffentliche Auftraggeber aufgrund gesicherter tatsächlicher Erkenntnisse, wie bereits oben dargelegt. Hier fehlt es aber schlicht schon an der Tatsachengrundlage, die für eine solche Prognoseentscheidung der Antragsgegnerin zwingend erforderlich ist. Die Antragsgegnerin kann diesen Schritt im Rahmen der ordnungsgemäßen Ausübung ihres rechtlich gebundenen Ermessens nicht überspringen.

d) Der aus Sicht der Antragstellerin zusätzlich vorliegende Vergaberechtsverstoß einer Nichtvorlage von Nachweisen der Beigeladenen nach Ziffer 3 des Formulars "Vorlage von Nachweisen" im Hinblick auf die Erbringung der Leistungsbestandteile Transport und Entsorgung durch einen Nachunternehmer (so die Beigeladene in ihrem Schriftsatz vom 2. November 2021) ist von der Antragsgegnerin im Rahmen der Zurückversetzung und erneuten Prüfung des Angebots der Beigeladenen zu bewerten. Die Beigeladene hat weder in der Position 02.01.0002 noch in weiteren Positionen ihres Angebots die angebotenen Entsorgungsleistungen für nicht gefährliche Abfälle sowie den damit verbundenen Transport des Materials als Nachunternehmerleistung benannt. Sie hat auf Nachforderung vom 16. September 2021 keine Kalkulationsunterlagen hierzu eingereicht. In der mündlichen Verhandlung hat die Beigeladene hingegen erklärt, die Entsorgung werde nicht durch einen Nachunternehmer erbracht, vielmehr handele es sich bei dem Entsorger, der auch den Transport übernehme, um einen Lieferanten und nicht um einen Werkauftragnehmer. Angesichts der widersprüchlichen Aussagen der Beigeladenen hat die Antragsgegnerin im Rahmen eines möglichen Ausschlussgrunds zu prüfen, ob die o.g. Entsorgungsleistungen einschließlich des Transports Nachunternehmerleistungen darstellen und die Beigeladene im Rahmen der geforderten Vorlage von Nachweisen zum einen nach Ziffer 1 zur Benennung der Nachunternehmer als auch nach Ziffer 3 zur Vorlage der Kalkulation der entsprechenden Nachunternehmerleistung verpflichtet gewesen wäre.

Dasselbe gilt allerdings auch für das Angebot der Antragstellerin. Auch sie hat die Entsorgungsleistungen - soweit die Vergabekammer das der Vergabeakte entnehmen kann - nicht als Nachunternehmerleistung angegeben. In ihrem Nachprüfungsantrag hat sie jedoch diese Leistung als Nachunternehmerleistung ("Nachunternehmerkosten", Seite 10 des Nachprüfungsantrags) bezeichnet. Zuletzt hat sie vorgetragen, dass das von ihr eingesetzte (Tochter)Unternehmen lediglich den Abtransport zur Entsorgung übernehme und aufgrund seiner untergeordneten Funktion nicht als Nachunternehmer zu qualifizieren sei. Dies entspricht nicht den in der vorliegenden Vergabeakte enthaltenen Angaben und Erklärungen der Antragstellerin (Nachunternehmerliste, Angabe der Namen der Nachunternehmer, Darlegung des Entsorgungswegs nach Ziffer 7 des Schreibens vom 23. September 2021). Da es damit nicht vollkommen ausgeschlossen erscheint, dass es sich bei den betreffenden Leistungen um Nachunternehmerleistungen handelt, ist auch das Angebot der Antragstellerin durch die Antragsgegnerin entsprechend aufzuklären und neu zu bewerten.

e) Durch die fehlerhafte Prüfung des Angebotspreises der Beigeladenen ist die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt, denn ihr Angebot ist hinter dem der Beigeladenen zweitplatziert. Eine Rechtsverletzung der Antragstellerin entfällt hier auch nicht, weil ihr Angebot möglicherweise wegen unvollständig eingereichter Unterlagen auszuschließen sein könnte. Die Antragsgegnerin hat mit nicht nachgelassenem Schriftsatz nach der mündlichen Verhandlung "vorsorglich" darauf hingewiesen, dass die Antwort der Antragstellerin vom 23. September 2021 zur Vorlage von Nachweisen in Bezug auf den Entsorgungsweg in Position 02.01.0002 (Angaben zu Ziffer 7) unvollständig sei. Abgesehen davon, dass im Vergleich die Erklärung der Beigeladenen zu Ziffer 7 einen erheblich geringeren Detaillierungsgrad hatte und damit per se weniger "fehleranfällig" ist, ist die äußerst ausführliche und alle Einzelpositionen der Entsorgung nicht gefährlicher Abfälle auf zwei Seiten auflistende Antwort der Antragstellerin hinsichtlich ihrer Vollständigkeit möglicherweise einer Auslegung zugänglich, da die Position 01.01.0002 dort zweimal aufgeführt wird. Hier ist ein Schreibfehler der Antragstellerin im Hinblick auf die "fehlende" Position 02.01.0002 nicht auszuschließen. Dies hat die Antragsgegnerin im Rahmen der Zurückversetzung des Verfahrens und weiteren Aufklärung beziehungsweise Wertung der Angebote gegebenenfalls zu prüfen.

f) Ob - so die Antragstellerin - eine fehlerhafte Auftragswertschätzung der Antragsgegnerin nach § **1 EU** Abs. 2 Satz 2 VOB/A i.V.m. § **3** VgV vorliegt, kann an dieser Stelle offenbleiben. Wie oben aufgezeigt, ist die Preisprüfung der Antragsgegnerin schon aus anderen Gründen zu wiederholen.

III.

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

Die Antragsgegnerin ist aufgrund der grundlegenden Mängel der Preisprüfung und der damit einhergehenden Zurückversetzung des Vergabeverfahrens als Unterlegene anzusehen. Die Beigeladene ist als mit der Antragsgegnerin unterlegene Partei an den Kosten des Verfahrens und der Erstattung der außergerichtlichen Aufwendungen der Antragstellerin zu beteiligen, da der Nachprüfungsantrag - gerichtet auf die Wiederholung der Prüfung und Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer - zwischen der Antragstellerin und ihr einen Interessengegensatz erzeugt hat und die Beigeladene das Verfahren durch schriftsätzlichen und mündlichen Vortrag gefördert hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014 - **Verg 41/13**, und vom 10. Mai 2012 - **Verg 5/12**). Da § **182** Abs. 4 GWB anders als § **182** Abs. 3 S. 1 und 2 GWB keine gesamtschuldnerische Haftung der unterliegenden Beteiligten vorsieht, haften die Antragsgegnerin und die Beigeladene insoweit nach Kopfteilen, also je zur Hälfte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. September 2007 - **Verg 28/07**).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Sach- und Rechtsfragen zur Aufklärung von Angebotspreisen und Wertung von Angeboten mit ungewöhnlich niedrigen Preisen aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, **X ZB 14/06**, Rz. 61).

IV.

(...)