Bundeskartellamt

1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 129/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

[…]

gegen

[…]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

[…]

- Beigeladene -

Bevollmächtigte:

[…]

wegen der Vergabe „[…]“, EU-Bekanntmachung: […], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Schlaghoff aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. November 2017 am 22. November 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit europaweit ein offenes Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen im Rahmen des Umbaus […]“ durch. Die ausgeschriebenen Leistungen umfassen u.a. […] und mehrere Ingenieurbauwerke. Zum Beleg ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit mussten die Bieter ihren jährlichen Gesamtumsatz der letzten drei Jahre angeben und Erklärungen zu den Ausschlussgründen i.S.d. §§ 123 f. GWB abgeben (s. Ziffer III.1.2 der EU-Bekanntmachung). Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis (s. Ziffer II.2.5 der EU-Bekanntmachung).

   Neben weiteren Bietern gaben die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) bis zum 29. August 2017, 10 Uhr, Angebote ab. Ausweislich der Submission hat die Bg mit […] € den niedrigsten Preis angeboten, die ASt liegt mit einem um ca. 40% höheren Preis auf dem zweiten Platz. Laut ihren Angaben im Angebot beträgt der Umsatz der Bg in den letzten drei Jahren ein Vielfaches des von der Ag geschätzten Auftragswerts und des eigenen Angebotspreises der Bg. Am Tag der Angebotsöffnung teilte die Ag allen Bietern den Namen und den Angebotspreis des Bestbieters, also der Bg, mit.

   Bei der Prüfung und Wertung der Angebote stellte die Ag fest, dass das Angebot der Bg formal vollständig und rechnerisch richtig sei. Zudem sei die Bg geeignet, die technische Prüfung des Angebots habe keinen Widerspruch zum geplanten Projektablauf ergeben und geforderte Zwischentermine und betriebliche Maßgaben seien von der Bg beachtet worden (s. Vermerk der Ag „Technische Prüfung und Wertung von Angeboten“, Bieter 2 (Bg)). Im Rahmen der kaufmännischen Prüfung der Angebote stellte die Ag fest, dass u.a. das Angebot der Bg in mehreren Positionen des Leistungsverzeichnisses auffällige Einheitspreise enthalte. In einer

Tabelle verglich die Ag die auffälligen Einheitspreise der Bg mit den betreffenden Einheitspreisen der übrigen Bieter und vermerkte hierin die Leistungspositionen, in denen die Bg ihren Einheitspreis (in ihrer Urkalkulation) jeweils mit dem Zusatz „akquisitorischer Nachlass“ begründet hatte. Die Ag entschied, den Angebotspreis der Bg nach § 54 SektVO zu überprüfen.

Am 20. September 2017 fand ein Aufklärungsgespräch zwischen der Ag und der Bg „insbesondere“ zur Aufklärung „zunächst ungewöhnlich niedrig erscheinender Angebotspreise“ statt. Laut dem Protokoll dieses Gesprächs erklärte die Bg, dass sie ihre Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB „ausnahmslos“ einhalte und verwies auf ihre verbindlichen Angaben zur Zusammensetzung des Kalkulationsmittellohns. Außerdem bestätigte die Bg, alle in den Vergabeunterlagen enthaltenen Bedingungen für die Auftragsausführung verstanden, berücksichtigt und einkalkuliert zu haben und sich im Zuge der Angebotskalkulation mit den örtlichen Verhältnissen vertraut gemacht und keine Widersprüche, Lücken oder Unklarheiten in den Vergabeunterlagen erkannt zu haben. Ihre Preisgestaltung erläuterte die Bg damit, dass viele ihrer mit einem geringen Einheitspreis angebotenen Leistungspositionen einen „akquisitorischen Nachlass“ enthielten. Die Ausführungen der Bg zur entsprechenden Plausibilisierung einzelner Positionen bzw. Leistungsbereiche nahm die Ag laut Besprechungsprotokoll jeweils „zur Kenntnis“. Ohne weitere Einzelheiten zu nennen, soll die Bg in diesem Gespräch zudem „nochmals ausführlich die technische und technologische Umsetzung der ausgeschriebenen Baumaßnahme unter Berücksichtigung der in der Vergabeunterlage enthaltenen Randbedingungen und der [ihr] zur Verfügung stehenden technischen und personellen Kapazitäten“ erläutert und „die gewählten technischen Lösungen und die Wirtschaftlichkeit [ihrer] zur Anwendung vorgesehenen Verfahren“ beschrieben haben. Darüber hinaus habe die Bg die Ag „über die speziell für das Vorhaben günstigen Ausführungsbedingungen“ informiert und hierzu auf für sie „aktuell vorteilhafte Beschaffungsbedingungen von Materialien und Leistungen“ verwiesen. Auch diese Aussagen nahm die Ag laut dem Besprechungsprotokoll „zur Kenntnis“.

Nach dem Aufklärungsgespräch gelangte die Ag zu dem Ergebnis, dass die Bg „die Sachverhalte umfassend dargelegt und dem Aufklärungserfordernis entsprochen“ habe. Alle mit einem sehr niedrigem Einheitspreis verpreisten Positionen habe die Ag nochmals auf ihre inhaltliche Schlüssigkeit geprüft und keine Unplausibilitäten erkannt, ebenso habe die Ag die ausgeschriebenen Mengen überprüft und erwarte für den Bauablauf „keine signifikanten Abweichungen oder Änderungen“; die Bg könne daher bezuschlagt werden (s. Vermerk der

Ag „Ergänzung der Technischen Wertung nach Aufklärungsgespräch“). Die Vergabeakte enthält hierzu eine Tabelle vom 21. September 2017, in der die Ag alle Einzelpreise der Bg mit einem auffällig niedrigen Einheitspreis aufgelistet und in einer Spalte jeweils vermerkt hatte, welche Positionen die Bg mit einem akquisitorischen Nachlass („Aq-NL“) begründet oder diesbezüglich auf die Kalkulation anderer Positionen verwiesen hatte. Laut einer weiteren tabellarischen Übersicht der Ag vom 21. September 2017 weicht der Kalkulationsmittellohn der Bg von den entsprechenden Angaben der übrigen Bieter nicht ab. Außerdem forderte die Ag laut dem Vermerk „Ergebnisprotokoll der kaufmännischen Prüfung und Dokumentation“ vom 21. September 2017 von der Bg eine „Wirtschaftsauskunft“ an, aus der sich „keine Negativhinweise“ hinsichtlich der finanziellen Leistungsfähigkeit und dem Risiko einer etwaigen Insolvenz ergäben. Ferner stellte die Ag in ihrem „Ergebnisprotokoll“ fest, dass die Bg „durch ihre Einbindung in die […] und die Konzernobergesellschaft […] als solvent genug“ einzuschätzen sei, „das ausgeschriebene Vorhaben auch mit einer offensiven Preisgestaltung qualitäts- und fristgerecht auszuführen“.

Am 9. Oktober 2017 informierte die Ag die ASt darüber, dass ihr Angebot nicht bezuschlagt werden solle, da das Angebot der Bg preislich günstiger sei. Der Rüge der ASt vom 17. Oktober 2017, dass die Ag nicht oder jedenfalls nicht ordnungsgemäß geprüft habe, ob das Angebot der Bg i.S.d. § 54 SektVO unangemessen niedrig sei, half die Ag nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 19. Oktober 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

   a) Zur Begründetheit ihres Nachprüfungsantrags führt die ASt aus, dass die Preisprüfung der Ag bereits deshalb den vergaberechtlichen Vorgaben nicht genüge, weil diese fälschlicherweise davon ausgegangen sei, dass es lediglich in ihrem eigenen Interesse stünde, ob sie einen unauskömmlich niedrigen Preis aufkläre. Darüber hinaus vertrete der BGH (am 31. Januar 2017, Az. X B 10/16) die Auffassung, dass ein Auftraggeber beim Ausschluss eines Angebots wegen eines unauskömmlich niedrigen Preises lediglich ein rechtlich gebundenes Ermessen habe. So sei die Ablehnung des Zuschlags grundsätzlich geboten, wenn der Auftraggeber verbleibende Ungewissheiten nicht zufriedenstellend aufklären könne. Dieser Anspruch jedes Bieters liefe nach Einschätzung der ASt leer, wenn ein Unterkostenangebot bezuschlagt werden dürfe. Unterkostenangebote würden auch nicht in der Aufzählung des § 54 Abs. 2 SektVO genannt. Diese Aufzählung sei zwar nicht

abschließend, aber beispielhaft, so dass ein niedriger Preis nur mit solchen Argumenten gerechtfertigt werden könne, die mit den hier genannten Fallgruppen vergleichbar seien. Bei einem rein akquisitorischen Interesse sei dies nicht der Fall, da jeder Bieter ein solches Interesse habe, der ernsthaft an einem Vergabeverfahren teilnehme, ohne dass er deshalb einen ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis abgeben dürfe.

Weiter trägt die ASt vor, dass sich die Ag mit den Gefahren, die laut der Entscheidung des BGH vom 31. Januar 2017 mit der Bezuschlagung von unangemessen niedrigen Angeboten verbunden seien, hätte auseinandersetzen müssen. Zu der Gefahr, dass die Bg infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen könne, habe die Ag jedoch lediglich ausgeführt, dass sie eine Wirtschaftsauskunft angefordert habe und dass die Bg aufgrund ihrer Einbindung in die […] und die Konzernobergesellschaft […] als „solvent genug“ einzuschätzen sei. Richtigerweise führe jedoch eine irgendwie geartete „Einbettung“ der Bg in den […] gerade nicht zu einer Konzernhaftung; mangels Gewinnabführungsvertrags seien die Konzernobergesellschaft in […] oder die Konzernmutter […] in […]auch nicht verpflichtet, eine Insolvenz der Bg abzuwenden. Zum laut Handelsregisterauszug bestehenden Gewinnabführungsvertrag mit der […] (im Folgenden: […]) trägt die ASt in der mündlichen Verhandlung vor, dass die finanzielle Leistungsfähigkeit der […] fraglich sei, nachdem die bereits für den Dezember 2016 geplante Verschmelzung zwischen der […] und der […] nicht stattfinden werde. Die ASt legt diesbezüglich einen Auszug aus dem „Gemeinsamen Verschmelzungsbericht“ der […] und der […] sowie eine Pressemeldung vor. Was die Umsatzangaben der Bg angehe, könnten diese ihre Leistungsfähigkeit nicht belegen, wenn die Bg ihre Umsätze wie hier und in einer vor kurzem aufgehobenen Ausschreibung immer mit zu niedrigen Preisen erwirtschafte. Des Weiteren habe sich die Ag nicht mit der Gefahr befasst, dass die Bg wegen des zu niedrigen Preises versuchen könnte, sich des Auftrags so unaufwendig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen. Die Ag sei sich dieser Gefahr gar nicht bewusst gewesen, da die Bg laut Gesprächsprotokoll lediglich die Ausführung der Leistung gemäß den Ausschreibungsunterlagen „bestätigt“ und die Ag dies „zur Kenntnis genommen“ habe. Ebenso wenig habe die Ag etwas zur Gefahr dokumentiert, dass die Bg versuchen werde, durch möglichst viele Nachträge eine Kompensation ihres unauskömmlichen Preises zu erhalten. Falls die Bg z.B. anderweitig vorhandene Böden einbauen wolle, die sie ansonsten teuer entsorgen müsse, oder wenn sie umgekehrt eine besonders günstige Entsorgung der im streitgegenständlichen Bauvorhaben anfallenden Bodenmassen

angeboten habe, bestehe bei der geringsten Verzögerung im Bauablauf die besondere Gefahr von Nachtragsforderungen der Bg. Schließlich habe die Ag nicht die Gefahr berücksichtigt, dass die Bg ihre Unternehmensressourcen auf besser bezahlte Aufträge verlagern werde, sobald sich die Möglichkeit dazu biete. Dass die letztgenannte Gefahr vorliegend konkret bestehe, belege das Argument der Bg, sie habe ihren niedrigen Preis unter anderem deshalb so kalkuliert, weil ihr ein anderer Auftrag durch Aufhebung des Vergabeverfahrens entgangen sei. Dies zeige, dass die Bg den streitgegenständlichen Auftrag nur „notgedrungen“ und eben zu einem unauskömmlich niedrigen Preis angeboten habe, weil derzeit lukrativere Aufträge nicht in Sicht waren. An der erwähnten vor kurzem aufgehobenen Ausschreibung habe sich auch eines der beiden Bietergemeinschaftsmitglieder der ASt ([…]) beteiligt, ohne dass diese sich nach der Aufhebung veranlasst gesehen habe, in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung unangemessen niedrige Preise anzubieten. Schließlich reiche es für eine „zufriedenstellende“ Preisaufklärung i.S.d. § 54 Abs. 3 SektVO nicht aus, wenn ein Bieter lediglich versichere, den Auftrag vertragsgerecht auszuführen. Da eine solche Zusicherung nicht über die Unterschrift unter seinem Angebot hinausgehe, hätte sich die Ag damit nicht zufriedengeben dürfen, sondern mangels zufriedenstellender Aufklärung das Angebot der Bg zwingend ausschließen müssen. Zum Beleg ihrer Auffassung legt die ASt mehrere EuGH-Entscheidungen vor, aus denen sich ergebe, dass sich ein Auftraggeber nicht auf „luftige“ Erklärungen oder „bloße Versicherungen“ eines Bieters verlassen dürfe, dass dieser ein besonders großes Aufragsinteresse habe oder das anfallende Material anderswo kostengünstig wieder einbauen könne oder anderweitig kostengünstig beschaffen könne. Der EuGH habe vielmehr entschieden, dass der Auftraggeber vom betreffenden Bieter Nachweise verlangen müsse, um das niedrige Preisniveau anhand objektivierbarer Umstände zu rechtfertigen. Wenn die Vergabekammer dies anders sehe, sei eine Vorlage an den EuGH geboten.

Hilfsweise bittet die ASt die Vergabekammer darum, die Fragen „Mischkalkulation“ und „Abänderung der Vergabeunterlagen“ zu prüfen. Da die Bg für zahlreiche Bodenpositionen nur Cent-Beträge angeboten haben könne, könne ihr Angebot nur dann auskömmlich sein, wenn sie andere Positionen künstlich teurer anbiete. Sollte die Bg in einem Nebenangebot andere Fertigungsverfahren oder Ähnliches angeboten haben, um derart kostengünstig und gleichwohl wirtschaftlich anzubieten, könnten die Nebenangebote nicht die geforderten Mindestbedingungen einhalten.

Ihr weiteres Vorbringen, dass das Angebot der Bg wegen unvollständiger bzw. fehlerhafter Angaben auszuschließen sei, weil nach der Angebotsprüfung der Ag das Schlussblatt aus der Kalkulationssoftware gefehlt habe und die Angaben der Bg zu den Kosten ihrer Nachunternehmer widersprüchlich seien, ließ die ASt in der mündlichen Verhandlung fallen.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. die Ag zu verpflichten, das Verfahren in der EU-Ausschreibung vom […] in den Stand vor der Angebotswertung zurückzuversetzen, ihr zu untersagen, auf Basis des Vorabinformationsschreibens vom 9. Oktober 2017 den Zuschlag an die Bg zu erteilen und der Ag aufzugeben, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
2. hilfsweise, das Verfahren aufzuheben;
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt notwendig gewesen ist;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen;
5. die Vergabeakten der Ag beizuziehen und der ASt unverzüglich Einsicht zu gewähren.

Falls die Vergabekammer davon ausgehen sollte, dass die Ag den ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis der Bg zufriedenstellend i.S.d. § 54 SektVO aufgeklärt habe, beantragt die ASt außerdem,

ihr die Unterlagen ungeschwärzt zur Einsichtnahme zu überlassen,

weil sich eine solche zufriedenstellende Aufklärung aus dem der ASt bisher überlassenen, ungeschwärzten Teil der Vergabeakte nicht entnehmen lasse. Die Akteneinsicht müsse auch die von der Bg mit ihrem Angebot eingereichten oder ggf. zur Aufklärung des niedrigen Preises nachgeforderten Unterlagen umfassen, damit die ASt entsprechend der Entscheidung des BGH vom 31. Januar 2017 die Möglichkeit erhalte, durch detailliertes und von der eigenen Sachkunde getragenes Vorbringen zum richtigen Ausgang des Nachprüfungsverfahrens beizutragen.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;

2. der ASt die beantragte Akteneinsicht zu versagen;
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Ag zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war;
4. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil die Rüge der ASt „ins Blaue hinein“ und zu spät erfolgt sei. Denn bereits seit der Angebotsöffnung am 29. August 2017 kannten alle Bieter über das eVergabe-System der Ag den Angebotspreis der Bg als günstigster Bieterin. Obwohl keine vertieften Prüfungen erforderlich waren, habe die ASt jedoch mit ihrer pauschalen und auf reinen Vermutungen basierenden Rüge acht Tage nach Erhalt des Schreibens i.S.d. § 134 GWB vom 9. Oktober 2017 treuwidrig zugewartet, so dass die Ag mangels ausreichender Reaktionszeit ein Nachprüfungsverfahren nicht mehr verhindern konnte.

Außerdem sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil das Angebot der Bg wertungsfähig sei. Die Ag habe die Preise der Bg ordnungsgemäß geprüft und detailliert aufgeklärt, weil sie selbst ein erhebliches Eigeninteresse an leistungsfähigen Unternehmen habe, […]. In dem Aufklärungsgespräch mit der Bg habe sich die Ag auch nicht auf pauschale Nachfragen zur Angemessenheit der angebotenen Preise beschränkt, sondern Fragen zu konkreten Sachverhalten gebildet und der Bg umfassend Gelegenheit zur Stellungnahme und Erläuterung der maßgeblichen Sachverhalte gegeben. Die entsprechenden Erklärungen der Bg habe die Ag zunächst zur Kenntnis genommen, um sie bei der weiteren Prüfung und Wertung vollständig und sachgerecht berücksichtigen zu können. Auf Basis dieser Aufklärung und ihrer detaillierten und umfassenden kaufmännischen und fachtechnischen Prüfung vor und nach diesem Aufklärungsgespräch sei die Ag ohne Zweifel zu dem Ergebnis gelangt, dass das Angebot der Bg zuschlagsfähig sei. In diese Entscheidung habe sie vor allem einbezogen, dass die auffälligen Preise der Bg und der deutliche Preisabstand im Wesentlichen auf positionsbezogenen akquisitorischen Nachlässen beruhten und dass die Bg ihre Verpflichtungen nach § 128 GWB einhalte, so dass kein Ablehnungsgrund nach § 54 Abs. 3 S. 2 SektVO vorliege. Ebenso hätten für die Ag keine Anhaltspunkte für eine Marktverdrängungsabsicht der Bg vorgelegen. Zudem habe die Bg ihr außergewöhnliches Interesse am Auftrag und die damit verbundene Auslastung insbesondere ihrer örtlichen Kapazitäten dargelegt; dieses besondere Auftragsinteresse sei nachvollziehbar und erscheine schlüssig, weil die Bg an

einer anderweitigen Ausschreibung der Ag von gleichem Auftragsumfang und Abwicklungszeitraum teilgenommen habe, die kurz vor Ablauf der Angebotsfrist in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren aufgehoben worden sei. Die Bg habe auch in dieser aufgehobenen Ausschreibung das nach den Zuschlagskriterien wirtschaftlichste Angebot abgegeben; deshalb sei mit ihr bereits ein Aufklärungsgespräch geführt worden. Noch vor Ablauf der Angebotsfrist in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung habe die Ag die Bg über die voraussichtlich unmittelbar bevorstehende Aufhebung des anderen Vergabeverfahrens informiert. Zudem bestünden keine Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Bg in wirtschaftlicher, finanzieller und technischer Hinsicht. In der mündlichen Verhandlung legt die Ag eine Wirtschaftsauskunft der „[…]“ vom 14. November 2017 vor, in der der Bg eine „gute Bonität“ bescheinigt wird. Hiernach gehöre die Bg außerdem zum Konzern der […], der in den letzten drei Geschäftsjahren Umsätze zwischen […] und […] Mrd. € erzielt habe, außerdem besteht laut der Auskunft der „[…]“ mit der […]ein Gewinnabführungsvertrag. Darüber hinaus – so die Ag weiter – habe sich kein konkreter Anhaltspunkt ergeben, dass bei Bezuschlagung der Bg eine der von der ASt erwähnten Gefahren vorliege.

Die Ag meint, dass sie die Gründe und Erläuterungen der Bg habe berücksichtigen dürfen, weil sogar ein unauskömmliches Angebot vergaberechtlich wertungsfähig und annehmbar sei, wenn der betreffende Bieter mit seiner Preis- oder Kostengestaltung wettbewerbskonforme Ziele verfolge (z.B. um auf einem bislang nicht zugänglichen Markt Fuß zu fassen oder in prekärer Unternehmenslage einen Deckungsbeitrag zu den Geschäftskosten zu erwirtschaften). Auch der BGH habe in seiner Entscheidung vom 31. Januar 2017 noch einmal betont, dass Unterkostenangebote zulässig seien; Unternehmen seien in ihrer Kalkulation grundsätzlich frei. Dies heiße jedoch nicht, dass die Ag jedes Angebot mit akquisitorischen Nachlässen bezuschlagen werde. Ihre Entscheidung hier beruhe auf den Besonderheiten des konkreten Einzelfalls.

Im Übrigen widerspricht die Ag jeder weitergehenden Akteneinsicht der ASt, da hieraus kein neuer Erkenntnisgewinn für diese zu erwarten sei. Zudem habe die ASt ihr angebliches Interesse an einer weitergehenden Akteneinsicht nur pauschal, also ohne konkrete und einzelfallbezogene sachliche Begründung, geltend gemacht.

c) Mit Beschluss vom 26. Oktober 2017 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen.

Diese meint, ihr Angebot sei nicht zu beanstanden, insbesondere sei ihr Angebotspreis auskömmlich kalkuliert. Was ein Unterkostenangebot sei, könne ohnehin nicht generell definiert werden. Bei der Kalkulation eines Angebotspreises gehe es eher um die Über- oder Unterdeckung der Kosten im konkreten Einzelfall.

Die Bg führt weiter aus, sie habe sich vor dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren an einer anderen Ausschreibung der Ag beteiligt, die angesichts ihres Angebotspreises i.H.v. ca. […] Mio. € eine ähnliche wirtschaftliche Größe gehabt habe. Ausweislich der von der Bg vorgelegten EU-Bekanntmachung betraf dieser Auftrag den Ersatzneubau mehrerer […]in der Nähe von […] samt […] und einiger Ingenieurbauleistungen und sollte in einem ähnlichen Zeitraum ausgeführt werden wie der verfahrensgegenständliche Bauauftrag. Nach dem Submissionstermin habe die Bg an erster Stelle gelegen, jedoch habe ihr die Ag am 21. August 2017, also vor der Submission der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung am 29. August 2017, mitgeteilt, dass dieses Vergabeverfahren mangels Planfeststellungsbeschlusses voraussichtlich aufgehoben werde. Die Aufhebung sei am 8. September 2017 erfolgt. Zur Beschäftigungssicherung ihres Projektteams und ihrer gewerblichen Kapazitäten habe die Bg daraufhin in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung einige Positionen mit einem kalkulatorischen Nachlass neu bepreist. Bei ihrer Kalkulation habe sich die Bg intensiv mit den Vergabeunterlagen und den Örtlichkeiten auseinandergesetzt und eruiert, welche technischen, personellen oder bauablaufbezogenen Möglichkeiten genutzt werden könnten, und zudem einen Sachverständigen hinzugezogen, der Optimierungspotential identifizieren sollte. Ihr Interesse an dem verfahrensgegenständlichen Bauvorhaben werde zudem dadurch gesteigert, dass ihr keine Alternativaufträge in gleichem Umfang bekannt seien.

Die Bg betont noch einmal, die Verpflichtungen nach § 128 GWB einzuhalten, und verweist insoweit auf ihren Kalkulationsmittellohn. Zudem verspricht die Bg, die Vertragsleistungen zuverlässig und vertragsgerecht zu erbringen. Da die Bg exklusiv für die Ag arbeite, habe sie kein Interesse daran, eine Kündigung zu provozieren – die Ag würde sie sonst beim nächsten Vergabeverfahren gemäß § 124 GWB ausschließen.

Zur von der ASt angesprochenen fehlenden „Einbettung“ der Bg in den […]-Konzern trägt die Bg vor, dass laut Handelsregister ein Gewinnabführungsvertrag zugunsten der […] bestehe; letzteres Unternehmen sei die deutsche Konzernholding der […] und halte alle Unternehmen der […] in […]. Dass die Verschmelzung der […] mit der […] bisher nicht

erfolgt sei, liege nicht an der mangelnden finanziellen Leistungsfähigkeit der […], sondern daran, dass die Abfindung der Minderheitsaktionäre noch nicht endgültig geklärt sei. Der Gewinnabführungsvertrag zugunsten der […] werde von diesen Verschmelzungsplänen nicht berührt.

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

In der mündlichen Verhandlung am 15. November 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

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, aber unbegründet, weil die Ag das Angebot der Bg zu Recht für den Zuschlag vorgesehen hat.

1. Gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bestehen keine Bedenken. Insbesondere ist die ASt antragsbefugt (dazu unter a)) und hat den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß rechtzeitig und ordnungsgemäß gerügt (dazu unter b)).

   a) Die ASt ist antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB). Ihr hierfür erforderliches Interesse am Auftrag hat sie hinreichend durch die Abgabe eines Angebots dokumentiert. Des Weiteren macht sie, indem sie sich gegen die fehlerhafte Prüfung der Angebotspreise wendet, schlüssig und nachvollziehbar geltend, in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein, da die Ag bei Bezuschlagung eines wegen seines zu niedrigen Preises auszuschließenden Angebots gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßen würde (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16). Durch die behauptete fehlerhafte Angebotsprüfung droht der ASt auch ein Schaden zu entstehen, da ihre Zuschlagschancen durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß verschlechtert werden.

Denn nach der jetzigen Wertung der Ag würde das Angebot der ASt vom zweiten auf den ersten Platz vorrücken, wenn die Bg tatsächlich auszuschließen wäre.

b) Die Rüge der ASt ist rechtzeitig (dazu unter aa)) und nicht zu pauschal (dazu unter bb)) erhoben worden.

aa) Die Rüge erfolgte am 17. Oktober 2017 nicht zu spät, auch wenn die ASt bereits seit dem 29. August 2017 den Angebotspreis der Bg kannte. Denn die Rügeobliegenheit eines Antragstellers entsteht erst mit einem etwaigen Vergaberechtsverstoß des betreffenden Auftraggebers. Dieser Vergaberechtsverstoß liegt vorliegend nicht in dem nach Auffassung der ASt unangemessen niedrigen Preis der Bg, sondern darin, dass die Ag diesen Angebotspreis nicht bzw. nicht ordnungsgemäß i.S.d. § 54 SektVO überprüft haben soll und das Angebot der Bg bezuschlagen will. Letzteres weiß die ASt aber erst seit der Mitteilung gemäß § 134 GWB vom 9. Oktober 2017. Ihre anschließende Rüge am 17. Oktober 2017 erfolgte innerhalb von zehn Kalendertagen und damit rechtzeitig i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Eine solche Rüge erst nach knapp zehn Tagen ist auch nicht treuwidrig (so die Ag), sondern entspricht den neuen gesetzlichen Anforderungen, nach denen eine Rüge nicht mehr „unverzüglich“, sondern „innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen“ nach positiver Kenntnis des Antragstellers vom Vergaberechtsverstoß erfolgen muss. Zwar kann ein Auftraggeber in einem solchen Fall nicht mehr ausführlich auf die Rüge reagieren und ggf. ein Nachprüfungsverfahren verhindern, weil das rügende Unternehmen in einem Fall wie hier wegen des Ablaufs der Wartefrist nach § 134 Abs. 2 GWB, die ebenfalls zehn Kalendertage beträgt, gehalten ist, nahezu zeitgleich einen Nachprüfungsantrag zu stellen (um rechtzeitig das Zuschlagsverbot auszulösen). Dieses Problem hat der Gesetzgeber jedoch gesehen und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Rügefrist von zehn Tagen die Wartefrist i.S.d. § 134 Abs. 2 GWB unberührt lässt, so dass diese beiden Fristen deckungsgleich sein können. Damit hat der Gesetzgeber jedoch gleichzeitig zugunsten des Antragstellers entschieden, dass dieser ohne Weiteres den Zeitraum von zehn Kalendertagen vollumfänglich ausschöpfen darf.

bb) Die Rüge ist auch nicht unzulässigerweise „ins Blaue hinein“ oder zu unsubstantiiert formuliert. Denn mehr als die ASt braucht ein Antragsteller, der den Ausschluss eines anderen Bieters wegen dessen unangemessenen Angebotspreises verlangt, allein schon deshalb nicht vorzutragen, weil er regelmäßig nicht über den Einblick in die

Sphäre seines Konkurrenten verfügt, um Konkreteres zu dessen Preisbildung vortragen zu können. Ebensowenig weiß ein Antragsteller vor der Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren, ob und wie der Auftraggeber seinen Prüfpflichten i.S.d. § 54 SektVO nachgekommen ist. Auch in letztgenannter Hinsicht darf daher kein substantiierterer Vortrag verlangt werden, um die Anforderungen an den Zugang zum vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nicht zu überspannen (vgl. auch BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, aaO.).

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, denn die Ag hat den auffällig niedrigen Angebotspreis der Bg überprüft (dazu unter a)) und hieraufhin zu Recht entschieden, dass der Angebotspreis der Bg zufriedenstellend aufgeklärt wurde und das Angebot daher zuschlagsfähig ist (dazu unter b)). Schließlich ist das (für den Zuschlag vorgesehene (Haupt-)Angebot der Bg auch nicht aus anderen Gründen auszuschließen (dazu unter c)).

   a) Der Anspruch der ASt aus § 54 Abs. 1 SektVO, dass die Ag einen Preis, der im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint, prüft, ist vorliegend erfüllt. Die Vorgehensweise der Ag entsprach den Anforderungen der § 54 Abs. 1, 2 SektVO (dazu unter aa)), einer Vorlage an den EuGH bedarf es diesbezüglich nicht (dazu unter bb)).

      aa) Die Ag hat den niedrigen Preis der Bg ordnungsgemäß festgestellt und aufgeklärt.

      Der Ag ist bereits bei der Submission der Angebote der Preis der Bg, der ca. 40% unter dem Angebotspreis des zweitbesten Bieters (der ASt) liegt, aufgefallen und sie hat ausweislich der Vergabeakte eine umfassende technisch-fachliche sowie kaufmännische Prüfung dieses Preises vorgenommen und am 20. September 2017 ein Aufklärungsgespräch mit der Bg durchgeführt. Die Bg hat in diesem Gespräch ihren niedrigen Angebotspreis insbesondere mit „akquisitorischen Nachlässen“ begründet, die sie in mehreren Einzelpositionen des Leistungsverzeichnisses gewährt. Aus objektiver Empfängersicht hat die Bg mit dieser Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass es ihr bei der Preislegung unabhängig von ihren tatsächlichen Kosten darum ging, den streitgegenständlichen Auftrag zu erhalten. Egal wie man den Begriff „Unterkostenangebot“ definiert, ergibt sich außerdem aus der Urkalkulation der Bg jedenfalls bei einigen Leistungspositionen, dass ihre entsprechenden Kosten vor dem Abzug des jeweiligen akquisitorischen Nachlasses tatsächlich höher wären. Die Bg

beruft sich mithin nicht z.B. auf besonders wirtschaftliche Fertigungsverfahren oder andere außergewöhnliche Bedingungen i.S.d. § 54 Abs. 2 SektVO.

Die Vorgehensweise der Ag bei der Aufklärung des Preises der Bg wird den Anforderungen des § 54 Abs. 1, 2 SektVO gerecht:

Zwar ist der ASt zuzugeben, dass reine Behauptungen des „Niedrigpreisbieters“ einer ordnungsgemäßen Aufklärung nicht gerecht werden. Nicht nur der von der ASt zitierte EuGH, sondern auch die vergaberechtlichen Normen selbst verlangen vom betreffenden Bieter die Vorlage von „Unterlagen“ (vgl. § 54 Abs. 2 S. 1 SektVO) bzw. „Informationen“ (Art. 84 Abs. 3 S. 1 RL 2014/25/EU), die der Auftraggeber wiederum prüfen muss. Auch dies ist hier jedoch in hinreichendem Umfang geschehen. Denn angesichts der Argumente, mit denen die Bg ihren niedrigen Preis begründet (positionsbezogene akquisitorische Nachlässe), sind neben ihrer – von der Ag ebenfalls überprüfter – Urkalkulation und ihren gleichlautenden Erläuterungen im Aufklärungsgespräch keine weiteren Belege denkbar. Etwas anderes würde z.B. dann gelten, wenn (Einzel-)Preise der Bg auf besonders günstigen Bedingungen beruhten, die die Bg für den Einbau oder die Entsorgung erforderlichen Bodenmaterials verlangt. Mit solchen Kostenersparnissen hat die Bg ihre niedrigen Preise jedoch gar nicht begründet; auch ihr Nebenangebot (das ohnehin nicht bezuschlagt werden soll) betraf nicht damit zusammenhängende Leistungen. Der Bg ging es schlicht um den Erhalt des streitgegenständlichen Auftrags, weil sie ihre Kapazitäten nicht – wie von ihr geplant – in eine andere (aufgehobene) Ausschreibung der Ag einbringen konnte, an der sich die Bg mit guten Zuschlagsaussichten beteiligt hatte. Damit brauchte die Bg auch keine weiteren Belege, um ihr besonderes Interesse gerade am vorliegenden Auftrag zu begründen. Auch für die Ag ergab sich hinsichtlich des vorgenannten Sachverhalts kein weiterer Aufklärungsbedarf, da die aufgehobene Ausschreibung von ihr selbst durchgeführt worden war.

Dennoch hat es die Ag nicht dabei belassen, die Ausführungen der Bg lediglich zur Kenntnis zu nehmen (so aber die ASt unter Bezugnahme auf die entsprechende Formulierung im Protokoll des Aufklärungsgesprächs mit der Bg). Vielmehr hat sie ausweislich der Vergabeakte nach dem Aufklärungsgespräch ein weiteres Mal geprüft, ob die Auftragsausführung unter Berücksichtigung der Erläuterungen der Bg in fachlich-technischer und in kaufmännischer Hinsicht gewährleistet ist. Darüber hinaus

hat die Ag geprüft, ob die Bg ihre Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB einhält, indem sie insbesondere die Kalkulationsmittellöhne der Bg mit denen der übrigen Bieter verglichen hat.

Unabhängig von der Frage, was für ein Aufwand von einem öffentlichen Auftraggeber in diesem Zusammenhang grundsätzlich erwartet werden kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2016, VII-Verg 28/15 m.w.N.), hat jedenfalls die Ag den Aufklärungserfordernissen des § 54 Abs. 1, 2 SektVO vorliegend genügt.

bb) Eine Vorlage an den EuGH ist diesbezüglich nicht geboten. Die ASt meint, dass ein Auftraggeber sich nicht auf bloße Versicherungen des „Niedrigpreisbieters“ verlassen, sondern objektiv nachprüfbare Belege verlangen müsse, die dessen niedriges Preisniveau rechtfertigten. Wie bereits oben unter 2a)aa) ausgeführt, hat die Ag jedoch alle Nachweise und Belege von der Bg verlangt und gewürdigt, die zum Beleg ihres besonderen Auftragsinteresses, das insbesondere auf der kurzfristigen Aufhebung eines anderen, vergleichbaren Auftrags beruhte, erforderlich waren. Mehr als eine Anhörung des „Niedrigpreisbieters“ und die Würdigung etwaiger Nachweise und Belege verlangen jedoch weder Art. 84 RL 2014/25/EU noch der von der ASt zitierte EuGH (s. nur EuGH, Urteil vom 29. März 2012, Rs. C-599/10, Rz. 29: „effektive kontradiktorische Erörterung“ oder EuGH, Urteil vom 22. Juni 1989, Rz. 21 ff.: „Verfahren der kontradiktorischen Überprüfung“). Abgesehen also davon, dass eine Vergabekammer als nicht letztinstanzliche Nachprüfungsstelle nicht zur Vorlage an den EuGH verpflichtet ist (Art. 267 S. 2 AEUV), besteht auch kein Anlass für eine solche Vorlage, weil die Vergabekammer mit ihrer Entscheidung nicht vom EU-Vergaberecht oder der Rechtsprechung des EuGH abweicht.

b) Aus ihrer Aufklärung und ihrer anschließenden nochmaligen Prüfung des Angebots der Bg hat die Ag zu Recht den Schluss gezogen, dass sie den Zuschlag auf das Angebot der Bg – trotz des ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preises – erteilen darf. Eine Ablehnung des Angebots nach § 54 Abs. 3 Satz SektVO war mithin nicht zwingend geboten.

Zwar unterliegt der Auftraggeber einem rechtlich gebundenem Ermessen dahingehend, dass ein Angebotsausschluss jedenfalls dann geboten sein kann, wenn trotz Aufklärung „Ungereimtheiten“ in Bezug auf die Preisbildung des Bieters nicht ausgeräumt werden können (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, aaO; laut Dicks in: Kulartz u.a.,

Kommentar zur VgV, zum (wortgleichen) § 60 VgV, Rz. 32, hat der Auftraggeber insoweit bereits gar kein Ermessen). Insoweit ist also zu konstatieren, dass ein gebundenes Ermessen des Auftraggebers jedenfalls nur bestehen kann, sofern der Auftraggeber die „geringe Höhe des angebotenen Preises oder angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären“ konnte (so der ausdrückliche Wortlaut des § 54 Abs. 3 Satz 1 SektVO, gleichlautend § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV). Dasselbe gilt nach EU-Vergaberecht. Denn hiernach kann der Auftraggeber ein ungewöhnlich niedriges Angebot „nur dann ablehnen“, wenn die vom betreffenden Bieter beigebrachten Nachweise „das niedrige Niveau des vorgeschlagenen Preises (…) nicht zufriedenstellend begründen“ (s. Art. 84 Abs. 3 RL 2014/25/EU). Diese Tatbestandsvoraussetzung liegt hier jedoch gerade nicht vor. Denn die Bg hat zwar ihren niedrigen Angebotspreis im Wesentlichen damit begründet, es handele sich um „akquisitorische Nachlässe“, und damit im Ergebnis zugegeben, dass sie ihre Kosten voraussichtlich nicht mit diesem Preis decken wird. Auch wenn dies unter keinen der in § 54 Abs. 2 SektVO erwähnten oder damit vergleichbare Sachverhalte fällt, konnte die Bg auf diese Weise jedoch ihren Preis „zufriedenstellend“ erklären. Denn das von der Bg geltend gemachte besondere Interesse am verfahrensgegenständlichen Auftrag rechtfertigt im vorliegenden Fall deren niedrigen Angebotspreis (dazu unter aa)), außerdem hat die Ag bei ihrer Entscheidung alle erheblichen Aspekte berücksichtigt, dass die Bg trotz ihres niedrigen Preises in der Lage ist, den Auftrag ausschreibungskonform auszuführen, insbesondere müssen Unterkostenangebote nicht per se ausgeschlossen werden (dazu unter bb)).

aa) Das von der Bg geltend gemachte besondere Interesse am verfahrensgegenständlichen Auftrag liegt objektiv vor und rechtfertigt deren niedrigen Angebotspreis.

Anders als von der ASt in der mündlichen Verhandlung vertreten, hat die Ag ihr Aufklärungsergebnis nicht allein damit begründet, dass sich die Bg auf ihr besonderes Auftragsinteresse und aus diesem Grund gewährte „akquisitorische Nachlässe“ berufen hat. Der ASt ist zuzugeben, dass man jedem Bieter ein solches positives Auftragsinteresse unterstellen dürfte, was dazu führt, dass er (jedenfalls wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist) zwar einen möglichst niedrigen Angebotspreis, aber – nicht zuletzt im eigenen wirtschaftlichen Interesse – in der Regel keinen Preis anbieten wird, der voraussichtlich seine kalkulatorischen Kosten nicht deckt. Allein das

Auftragsinteresse eines Bieters dürfte daher einen auffällig niedrigen Preis regelmäßig nicht objektiv rechtfertigen können.

Jedenfalls im vorliegenden Fall beschränkt sich die Begründung der Bg jedoch nicht auf die bloße Behauptung eines solchen Interesses. Vielmehr konnte die Bg darüber hinaus unter Vorlage entsprechender Nachweise darlegen, dass sie am Erhalt des verfahrensgegenständlichen Auftrags gerade deshalb ein über den Normalfall hinausgehendes Interesse hat, weil sie sich kurz vorher auf eine von Ausführungszeitraum und Auftragsinhalt ähnliche andere Ausschreibung beworben hatte, die – wie die Bg kurz vor Ablauf der Angebotsfrist der hiesigen Vergabe erfuhr – aufgehoben werden sollte (und wenig später tatsächlich aufgehoben wurde). Anders als eines der Bietergemeinschaftsmitglieder der ASt hatte sich die Bg in dieser anderen Ausschreibung angesichts des insoweit allen Bietern bekannten Submissionsergebnisses und der Tatsache, dass die Ag mit ihr weitere Aufklärungen betrieb, bereits darauf einstellen können, dass sie den Zuschlag erhalten würde (der Preis sollte laut der von der Bg vorgelegten Auftragsaufforderung mit 85% bewertet werden, dass sie zusätzlich das zweite Zuschlagskriterium „Terminplanung“ voll erfüllt, war für die Bg absehbar). Vor diesem Hintergrund wollte die Bg die bereits für diese kurzfristig aufgehobene Ausschreibung bereitgestellten Kapazitäten nicht ungenutzt lassen, sondern jedenfalls für einen anderen (weitgehend zeit-, orts- und inhaltsähnlichen) Auftrag einsetzen. Damit hatte die Bg einen aus wettbewerblicher Sicht nachvollziehbaren und daher anzuerkennenden Anlass, innerhalb der noch laufenden Angebotsfrist der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung einen Preis unterhalb der eigenen Kosten anzubieten. Denn sie wollte ihre wegen der Aufhebung der anderen Ausschreibung ohnehin bereitstehenden und nicht anderweitig nutzbaren Kapazitäten in jedem Fall auslasten (vgl. zur Anerkennung solcher Erwägungen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2014, VII-Verg 41/13; OLG München, Beschluss vom 21. Mai 2010, Verg 2/10; Dicks, aaO., Rz. 27 m.w.N.).

bb) Außerdem hat die Ag bei ihrer Entscheidung, dass der Angebotspreis der Bg – obwohl ungewöhnlich niedrig erscheinend – dennoch in diesem Fall gerechtfertigt ist, alle erheblichen Aspekte berücksichtigt. So ist es vergaberechtskonform, dass die Ag Erwägungen berücksichtigt hat, die nicht in § 54 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 5 SektVO genannt werden (dazu unter (1)), vor allem sind Unterkostenangebote nicht per se auszuschließen, ohne dass der Auftraggeber zusätzlich die vom BGH in seiner

Entscheidung vom 31. Januar 2017 diesbezüglich erwähnten Gefahren bzw. Risiken im Einzelfall prüfen muss (dazu unter (2)), des Weiteren ist die Bg in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht hinreichend leistungsfähig, den Auftrag trotz ihres niedrigen Preises ausschreibungskonform auszuführen (dazu unter (3)) und es liegt auch sonst kein Grund vor, an einer vergaberechtskonformen Auftragserfüllung durch die Bg zu zweifeln (dazu unter (4)).

(1) Zwar kann die von der Bg genannte Begründung „akquisitorischer Nachlass“ nicht unter die in § 54 Abs. 2 SektVO SektVO (oder Art. 84 Abs. 2 RL 2014/25/EU) genannten Sachverhalte subsumiert werden, mit denen ein niedriger Preis grundsätzlich erklärt werden kann. Wie bereits oben unter 2a)aa) festgestellt, beruft sich die Bg weder auf wirtschaftliche Fertigungsverfahren noch auf andere außergewöhnliche Bedingungen i.S.d. § 54 Abs. 2 SektVO. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Bg ihren niedrigen Preis so nicht „zufriedenstellend“ erklären kann. Denn abgesehen davon, dass die Fallgruppen i.S.d. § 54 Abs. 2 SektVO nicht die „Rechtfertigungsgründe“ des „Niedrigpreisbieters“ regeln, sondern den Prüfumfang des Auftraggebers, wenn dieser ein Niedrigpreisangebot aufklärt, ist die hier vorgenommene Aufzählung ausdrücklich nicht abschließend („insbesondere“); dasselbe gilt für das EU-Vergaberecht gemäß Art. 84 Abs. 2 RL 2014/25/EU. D.h. andere Erwägungen als die in § 54 Abs. 2 SektVO genannten dürfen grundsätzlich in die Prüfung eines niedrig erscheinenden Angebotspreises herangezogen werden.

(2) Selbst wenn es sich bei dem Angebot der Bg um ein Unterkostenangebot handeln sollte, führt dies nicht per se dazu, dass die Ag dieses nicht bezuschlagen darf; auch dass die vom BGH in seiner Entscheidung vom 31. Januar 2017 aufgezeigten Gefahren, die mit Niedrigpreisangeboten verbunden sein können, bei der Bg nicht vorliegen, brauchte die Ag nicht im Einzelnen zu prüfen.

Anders als die ASt meint, sind die in § 54 Abs. 2 SektVO, Art. 84 Abs. 2 RL 2014/25/EU genannten Beispielsfälle nicht so zu verstehen, dass nur solche Begründungen eines „Niedrigpreisbieters“ zu prüfen und ggf. anzuerkennen sind, die mit den in diesen Fallgruppen genannten Sachverhalten vergleichbar sind. Die ASt will mit dieser Argumentation belegen, dass Unterkostenangebote per se nicht zulässig bzw. nicht geeignet seien, einen niedrigen Preis „zufriedenstellend

aufzuklären“. Wenn ein Bieter, der in seiner Kalkulation grundsätzlich frei ist (vgl. nur BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04), ein Unterkostenangebot abgibt, kann dies ggf. jedoch wettbewerblich anzuerkennende Gründe haben. So z.B., dass ein Newcomer in einen Markt eintreten will oder personelle und/oder technische Kapazitäten sonst nicht ausgelastet wären (wie hier) (vgl. nur Dicks, aaO., Rz. 27, 29 m.w.N.). Jedenfalls soweit wie hier keine Marktverdrängungsabsicht seitens des „Niedrigpreisbieters“ vorliegt (s. dazu unten unter (4)), waren solche Erwägungen bereits im bisherigen Vergaberecht anerkannt (s. BGH, Urteil vom 11. Juli 2001, 1 StR 576/00 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2014, VII-Verg 41/13 m.w.N.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 11. November 2011, 15 Verg 11/11 m.w.N.; OLG München, Beschluss vom 21. Mai 2010, Verg 2/10) und sind auch nach der aktuellen Rechtslage nicht anders zu beurteilen. Denn in Art. 84 RL 2014/25/EU, § 54 SektVO ist neuerdings lediglich vorgesehen, dass ein Auftraggeber den Zuschlag auf ein Niedrigpreisangebot bereits dann ablehnen darf, wenn der betreffende Bieter für seinen Preis keine hinreichende Begründung geben konnte. Aufklärungszweifel gehen hiernach also zu Lasten des „Niedrigpreisbieters“. Dies reicht aus Sicht des (EU und nationalen) Gesetzgebers jedoch zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Vergabewettbewerbs aus, um Niedrigpreisangebote, die grundsätzlich „auf technisch, wirtschaftlich oder rechtlich fragwürdigen Annahmen oder Praktiken“ des betreffenden Bieters beruhen können, ausschließen zu können (vgl. den 108. Erwägungsgrund der RL 2014/25/EU) – ein grundsätzliches Verbot von Niedrigpreis- oder Unterkostenangeboten wurde gerade nicht normiert. Dass jedes Unterkostenangebot oder jedes sonstige Niedrigpreisangebot nicht per se rechtlich zu missbilligen und automatisch aus dem Vergabeverfahren auszuschließen ist, wird darüber hinaus dadurch bestätigt, dass (nur) zwei konkrete Fälle gesetzlich geregelt wurden, in denen ein Niedrigpreisangebot ohne Weiteres auszuschließen ist: nämlich dann, wenn dieses Angebot auf einer nicht rechtmäßig gewährten staatlichen Beihilfe beruht oder weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden (s. § 54 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 SektVO, Art. 84 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 RL 2014/25/EU). Diese Fälle liegen hier nicht vor (s. unten unter (4)).

Vergaberechtlich verhält es sich also so, dass ein Angebot mit einem im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrigen Preis auch dann nicht

von vornherein vergaberechtswidrig und daher aus der Wertung auszuschließen ist, wenn es sich hierbei um ein Unterkostenangebot handelt. Dies gilt trotz der Gefahren, die solche Angebote grundsätzlich mit sich bringen und die der Gesetzgeber ausweislich der Erwägungsgründe bei der Neufassung der einschlägigen Regelungen berücksichtigt hat. Nur so ist daher auch die Entscheidung des BGH vom 31. Januar 2017 zu verstehen, auf die sich die ASt beruft (so auch der BGH selbst in Rz. 29 a.E.: „Dass ein [Unterkostenangebot] nicht von vornherein unzulässig ist, ändert nichts an den hiermit verbundenen Gefahren“). Die dort genannten Gefahren, die mit einem Niedrigpreisangebot verbunden sein können, sind daher (soweit sich für den Auftraggeber nicht konkrete Anhaltspunkte aufdrängen) nicht als zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen zu verstehen, deren Vorliegen zum Ausschluss eines Niedrigpreis- oder jedenfalls eines Unterkostenangebots führen und die die Ag daher (mit Ausnahme der mangelnden Leistungsfähigkeit, den Vertrag ordnungsgemäß zu Ende zu führen, s. dazu unten unter (3)) hätte prüfen müssen. Zudem können die vom BGH aufgezeigten Gefahren grundsätzlich auch bei jedem auskömmlichen Angebot bestehen. So scheint es z.B. aus rein kaufmännischen Erwägungen heraus nicht fernliegend, dass ein Auftragnehmer einen Auftrag möglichst unaufwändig und vielleicht sogar unter bewusster Inkaufnahme von Vertragsstrafen fortführt, sobald sich ihm lukrativere Einkunftsquellen eröffnen. Ebenso dürfte jedes wirtschaftlich denkende Unternehmen eine lückenhafte Leistungsbeschreibung nutzen, um Nachträge zu generieren, die seinen Gewinn steigern. Ob diese Gefahren bei einem Niedrigpreis- oder Unterkostenangebot eher realistisch sind, erscheint nicht zwingend. Diese Überlegungen zeigen aber, dass die Erwägungen eines Unternehmens im Wettbewerb durchaus vielfältig sein können, ohne deshalb von vornherein rechtlich missbilligenswert und ausschließlich bei Unterkostenangeboten relevant zu sein. Solche unternehmerischen Überlegungen sind vielmehr Ausdruck eines funktionierenden Wettbewerbs, der auch im Bereich der öffentlichen Aufträge keiner Einschränkungen bedarf.

(3) Wie die Ag zu Recht festgestellt hat, ist die Bg in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht hinreichend leistungsfähig, den Auftrag trotz ihres niedrigen Preises ausschreibungskonform auszuführen.

Ein Auftraggeber, dem der Angebotspreis eines Bieters ungewöhnlich niedrig erscheint, muss die Eignungsprüfung wieder aufgreifen, da ein Bieter aufgrund seines auffallend niedrigen Preises möglicherweise nicht in der Lage ist, den ausgeschriebenen Vertrag ordnungsgemäß zu Ende zu führen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2014, VII-Verg 41/13; OLG München, Beschluss vom 21. Mai 2010, Verg 2/10; Dicks, aaO., Rz. 27). Da ihr niedriger Preis auch laut der Urkalkulation der Bg jedenfalls in mehreren Leistungspositionen deren Kosten nicht deckt, kommt es diesbezüglich vor allem auf die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Bg an. Vorliegend hat die Ag die Eignung der Bg bejaht, weil die Umsätze der Bg in den letzten drei Geschäftsjahren um ein Vielfaches den von der Ag geschätzten Auftragswert übersteigen, des Weiteren bescheinige eine Wirtschaftsauskunft der Bg eine hinreichende Bonität und außerdem bestehe ein Gewinnabführungsvertrag mit der […] mit entsprechenden Verlustübernahmeverpflichtungen zugunsten der Bg.

Hierauf hat die Ag ihre Eignungsprognose zu Recht gestützt. Denn anders als die ASt meint, sind die Umsätze eines Unternehmens ein vergaberechtlich anerkanntes Mittel, um dessen finanzielle Leistungsfähigkeit zu beurteilen. Abgesehen davon ist das Geschäftsgebaren der Bg in zwei Vergabeverfahren, deren Auftragswerte selbst in der Addition nur einen geringen Bruchteil ihres Jahresumsatzes ausmachen, (zugunsten der ASt unterstellt) unauskömmliche Preise anzubieten, kein Indiz dafür, die Umsätze der Bg beruhten in den letzten drei Jahren grundsätzlich auf unauskömmlichen Preisen und seien daher untauglich, ihre finanzielle Leistungsfähigkeit zu bejahen. Im Gegenteil erscheint es nur schwerlich nachvollziehbar, dass ein kaufmännisch vernünftiges Unternehmen über mehrere Jahre hinweg Verträge zu nicht kostendeckenden Preisen abschließt. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Bg ist vorliegend angesichts der Auskunft der „[…]“ („gute Bonität“) ebensowenig zweifelhaft wie die finanzielle Einstandsfähigkeit der […] zugunsten der Bg. Denn angesichts der (von der „[…]“ bestätigten) Umsätze der […] in der Vergangenheit ist der Vortrag der Bg glaubhaft, dass die bisher nicht erfolgte Verschmelzung […] nicht auf der fehlenden Leistungsfähigkeit der […] beruht. Zudem besteht (ausweislich des der Vergabekammer vorliegenden Handelsregisterauszugs der Bg) trotz etwaiger Verschmelzungspläne der Gewinnabführungsvertrag mit der […] fort, so dass die […] auf jeden Fall für etwaige Verluste der Bg einzustehen hat.

(4) Auch sonst liegt kein Grund vor, an einer vergaberechtskonformen Auftragsabwicklung durch die Bg zu zweifeln.

So bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bg aufgrund ihres niedrigen Preises ihre Pflichten aus § 128 Abs. 1 GWB nicht erfüllt. Denn der Vergleich der Ag der Kalkulationsmittellöhne der Bieter hat gezeigt, dass die Kalkulation der Bg diesbezüglich mit der aller übrigen Bieter vergleichbar ist.

Des Weiteren verhält es sich nicht so, dass die Bg mit ihrem niedrigen Preis deshalb keine wettbewerbskonformen Ziele verfolgt, weil sie andere Unternehmen aus dem Markt verdrängen will. Hierfür gibt es keine Anhaltspunkte; die ASt selbst behauptet eine solche Marktverdrängungsabsicht seitens der Bg nicht.

Da die Ag den Angebotspreis der Bg ordnungsgemäß und „zufriedenstellend“ aufgeklärt hat, stellt sich gar nicht die Frage, ob der Zuschlag auf das Angebot der Bg wegen des geringen Preises gemäß § 54 Abs. 3 SektVO abgelehnt werden darf oder sogar muss. Bereits die Tatbestandsvoraussetzungen des § 54 Abs. 3 SektVO sind in diesem Fall nicht erfüllt (vgl. zum wörtlich identischen § 60 Abs. 3 VgV: BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, aaO.; 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 28. September 2017, VK 2-94/17).

c) Das Angebot der Bg ist auch nicht wegen einer unzulässigen Mischkalkulation auszuschließen oder weil die Bg die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllt oder weil sie ein nicht wertbares Nebenangebot abgegeben hat. Die entsprechenden Vermutungen der ASt werden durch die Vergabeakte nicht bestätigt.

Zwar hat die Bg mehrere Positionen des Leistungsverzeichnisses mit einem niedrigen Einheitspreis bepreist und gibt diesbezüglich (in der Urkalkulation bzw. im Aufklärungsgespräch mit der Ag) selbst zu, dass dies im Wesentlichen auf akquisitorischen Nachlässen beruht. Wie die Ag selbst festgestellt hat, beruht der Angebotspreis der Bg also nicht auf einer „Mischkalkulation“, indem sie einige Positionen zu günstig und dafür andere zu teuer anbietet, und ebenfalls nicht darauf, dass sie die ausgeschriebenen Vorgaben nicht erfüllt. Die fachlich-technische Erfüllbarkeit der ausgeschriebenen Anforderungen wurde

durch die Ag zudem mehrfach überprüft und auch sonst ergeben sich aus den Vergabeakten oder dem Angebot der Bg keine gegenteiligen Anhaltspunkte.

Soweit die ASt das Nebenangebot der Bg beanstandet, würde dies allein zum Ausschluss des Nebenangebots führen, wenn dieses die ausgeschriebenen Mindestanforderungen nicht erfüllt – das (im Vergleich zur ASt) preiswertere Hauptangebot der Bg bliebe jedoch in der Wertung. Der Nachprüfungsantrag hätte also auch bei Ausschluss dieses Nebenangebots der Bg keinen Erfolg, weil die ASt nicht auf den ersten Wertungsplatz vorrücken würde. Abgesehen davon soll der Zuschlag ohnehin nicht auf das Nebenangebot der Bg erteilt werden und die Vermutung der ASt, dieses Nebenangebot beträfe andere Fertigungsverfahren oder Ähnliches, trifft nicht zu.

3. Da die entscheidungserheblichen Tatsachen, insbesondere Inhalt und Ergebnis des Aufklärungsgesprächs der Ag mit der Bg, der ASt bereits im Rahmen der Akteneinsicht bzw. durch die entsprechenden Schriftsätze zugänglich gemacht wurden bzw. in der mündlichen Verhandlung von den übrigen Verfahrensbeteiligten offen gelegt wurden, ist dem Antrag der ASt auf weitergehende Akteneinsicht nicht stattzugeben.

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.

Die ASt hat sich mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Bg gestellt, da sie ihren Antrag darauf stützt, dass die Bg aufgrund ihres niedrigen Angebotspreises auszuschließen sei. 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 Auslagen der Bg aufzuerlegen, weil sich diese aktiv durch die Abgabe von substantiierten Stellungnahmen 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 Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Ag war notwendig. Durch den Nachprüfungsantrag wurden nicht nur einfach gelagerte, auftragsbezogene Sach- und

Rechtsfragen aufgeworfen, sondern die hierüber hinausgehende grundlegende, in der Vergaberechtsprechung gerade neu und erst selten behandelte Frage, wie mit Niedrigpreisangeboten zu verfahren ist, wenn ein konkurrierender Bieter den Ausschluss des „Niedrigpreisbieters“ begehrt. Die einschlägigen Rechtsnormen sind ebenfalls erst vor kurzem neu gefasst, so dass sich hierzu noch keine anerkannte Anwendungspraxis herausgebildet hat. Daher erscheint die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag als sachgerecht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13).

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