

Leitsätze

Beschluss 69d • VK - 26/2009 -

| | |
|---------------------------------|---|
| Spruchkörper: | 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt |
| Verkündungsdatum: | 20. August 2009 |
| Aktenzeichen: | 69d • VK - 26 /2009 |
| Typ des Spruchkörpers: | Vergabekammer |
| Ort: | Darmstadt |
| Bundesland: | Hessen |
| Entscheidungserhebliche Normen: | § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A |
| Typ der Entscheidung: | Beschluss |
| Sofortige Beschwerde: | keine |

1. Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A kann die Vergabestelle vor einer Vergabe Einzelposten der Angebote überprüfen, wenn ihr die Angebote im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung „ungewöhnlich niedrig“ erscheinen. Hierzu kann sie vom Bieter die erforderlichen Belege anfordern.

Ausgangspunkt für die Beurteilung eines Angebots als „ungewöhnlich niedrig“ ist grundsätzlich der Gesamt-Angebotspreis. Als „ungewöhnlich niedrig“ gilt ein Angebot etwa bei einer Abweichung von ca. 20% vom günstigsten der eingegangenen Angebote

Weicht der angebotene Preis derart eklatant von dem an sich angemessenen Preis ab, dass dies sofort ins Auge springt, muss die Vergabestelle von einem ungewöhnlich niedrigen Preis ausgehen. Erst in diesem Fall besteht für sie eine Nachfragepflicht.

Liegen die Abstände etwa bei einer Differenz von ca. 1,5 % zwischen den zwei günstigsten Angeboten, begründet dies nicht die Annahme eines ungewöhnlich „niedrigen Preises“ im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A

und damit auch keine Verpflichtung der Vergabestelle zur Überprüfung von Einzelpositionen.

2. Um eine Unauskömmlichkeit bzw. Unangemessenheit der Preise feststellen zu können, bedarf es einer für die Beurteilung als „auskömmlich und angemessen“ heranzuziehenden Referenzgröße, von der aus die entsprechende Feststellung erst getroffen werden kann. Diese muss im Rahmen der Kostenschätzung der Vergabestelle festgelegt werden und aus dem Vergabevermerk hervorgehen.
3. Ein Ausschluss wegen „Unterdeckung“ des Angebots in bestimmten Bereichen kann nur dann auf die Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A gestützt werden, wenn die Vergabestelle begründete Zweifel darlegt, dass der Bieter nicht in der Lage sein werde, die geforderten Leistungen ordnungsgemäß zu erbringen.
4. Ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung, das zum Ausschluss des Angebots nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A führen kann, liegt nur dann vor, wenn der angebotene Preis derart eklatant von dem von den Erfahrungswerten wettbewerblicher Preisbildung hergeleiteten angemessenen Preis abweicht, dass eine genauere Überprüfung nicht im Einzelnen erforderlich ist, sondern die Unangemessenheit des Angebotspreises sofort ins Auge fällt.
5. Unterkostenangebote sind nicht grundsätzlich unzulässig und öffentliche Auftraggeber sind nicht verpflichtet, nur „auskömmliche“ Angebote zu berücksichtigen.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

wegen

Vergabe von Kampfmittelräumdienstleistungen nach VOL/A für die Maßnahme „Überprüfung und Entmunitionierung von ca. 20 ha Waldfläche im Staatswald xxx“ (xxx-2009-)

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium in Darmstadt auf die mündliche Verhandlung vom 13. August 2009 durch die Vorsitzende RD' in Charlotte Mania, die hauptamtliche Beisitzerin ROR'in Jutta Jensen-Löbl und die ehrenamtliche Beisitzerin Rechtsanwältin Brigitta Trutzel am 20. August 2009 beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, bei fortbestehender Vergabeabsicht das Verfahren in den Zeitpunkt der Wertung zurückzusetzen und das Angebot der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu werten. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer trägt der Antragsgegner, der aber gem. § 8 Abs. 1 Ziff. 1 des Hessischen Verwaltungskostengesetzes von der Gebührensatzung befreit ist.
3. Die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin trägt der Antragsgegner. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt. Die Kosten der übrigen Beteiligten werden nicht erstattet.

Sachverhalt:

Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 22. April 2009 die Vergabe von Kampfmittelräumdienstleistungen nach VOL/A für die Maßnahme „Überprüfung und Entmunitionierung von ca. 20 ha Waldfläche im Staatswald Xxx“ (XXX-2009) im Offenen Verfahren aus.

Als Zuschlagskriterium war der Angebotspreis mit einer Wichtung von 100% angegeben. Unter den mit der Angebotsaufforderung übersandten Bewerbungsbedingungen befand sich das mit „Leistungsanforderungen“ überschriebene Dokument, aus dessen Ziffer 13 zu entnehmen war, dass dem Angebot eine Berechnung der angegebenen Stundenverrechnungssätze für Feuerwerker und Facharbeiter beizufügen war. Dabei konnte der beigefügte „Fragebogen zur Stundenverrechnungssatzkalkulation“ verwendet werden, der Bestandteil des Leistungsverzeichnisses war. Darin waren auch Angaben zu Aufschlägen für Urlaub, Feiertage und Lohnfortzahlung bei Krankheit zu machen.

Die Antragstellerin beteiligte sich mit Angebotsschreiben vom 11. Juni 2009 an diesem Verfahren; ihr Angebotspreis betrug netto 430.339,60 € und brutto 512.104,12 €. Hierauf gewährte sie einen Nachlass von 3,5 %, so dass sich der Brutto-Endpreis auf 494.180,84 € belief.

Mit Schreiben vom 19. Juni 2009 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin unter Bezugnahme auf deren Angebot vom 11. Juni 2009 mit, dass die Kalkulation der Stundenverrechnungssätze *„knapp ausgelegt“* sei und - nach Einschätzung des Antragsgegners - *„nicht alle geforderten Aufschläge“* für Urlaub, Feiertage und Lohnfortzahlung (Krankheit) ausreichend abdecke. Dies betreffe die Stundenverrechnungssätze von Feuerwerkern und Facharbeitern sowie den angebotenen Nachlass von 3,5 % bei einem Kalkulationsaufschlag für Wagnis und Gewinn in Höhe von *„nur 2 %“*. Der Antragsgegner forderte die Antragstellerin daher auf, bis zum 24. Juni 2009 die Kalkulation der Stundenverrechnungssätze hinsichtlich dieser Punkte zu erläutern.

Die Antragstellerin kam dieser Aufforderung mit Schreiben vom 23. Juni 2009 nach und erläuterte sowohl die Stundenverrechnungssätze unter besonderer Darstellung des Aufschlags für Mindesturlaub, Feiertage und Lohnfortzahlung als auch den eingeräumten Nachlass in Höhe von 3,5 %. Zum besseren Verständnis der Herleitung des Nachlasses

fügte sie ein von ihr selbst angefertigtes EFB Preisblatt bei, in welchem sie - neben den bereits erwähnten Zuschlägen für Wagnis und Gewinn - auch die Zuschläge für die Allgemeinen Geschäftskosten und Baustellengemeinkosten ausgewiesen hatte. Daraus ergebe sich, dass aufgrund der Differenz von unmittelbaren Herstellungskosten (= Kosten für die Ausführung ohne Zuschläge) und der Angebotssumme (= Kosten für die Ausführung mit Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Baustellengemeinkosten sowie Wagnis und Gewinn) auch bei Berücksichtigung des eingeräumten Nachlasses von 3,5 % der Antragstellerin noch ein Deckungsbetrag in Höhe von 18.200,00 € (netto) verbleibe, die angebotenen Verrechnungssätze mithin *"auskömmlich kalkuliert"* seien.

Mit Informationsschreiben vom 25. Juni 2009 teilte der Antragsgegner mit, dass das von der Antragstellerin abgegebene Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da die Kalkulation des Angebotes *"nicht auskömmlich"* sei. Eine Unterdeckung ergebe sich daraus, dass die Antragstellerin für Feuerwerker und Facharbeiter die Aufschlagsberechnung hinsichtlich Urlaub, Feiertage und Lohnfortzahlung anhand der möglichen Arbeitstage pro Jahr und nicht anhand der produktiven Arbeitstage durchgeführt habe. Darüber hinaus sei nach Auffassung des Antragsgegners die Realisierung des Nachlasses in Höhe von 3,5 % *"nicht nachvollziehbar"*. Im Übrigen seien die *"eigentlichen Stundenverrechnungssätze"* der Antragstellerin *"noch wesentlich geringer"*. Aus diesen Gründen habe das Angebot der Antragstellerin wegen *"unauskömmlicher Angebotskalkulation ausgeschlossen"* werden müssen. Der Zuschlag solle unter dem 10. Juli 2009 auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Daraufhin erhob die Antragstellerin mit anwaltlichem Schreiben vom 29. Juni 2009 vergaberechtliche Rüge nach § 107 Abs. 3 GWB und wandte sich gegen den beabsichtigten Ausschluss ihres Angebotes. Dabei nahm sie vollumfänglich Bezug auf ihre Ausführungen im Erläuterungsschreiben vom 23. Juni 2009. In Anbetracht dieses Schreibens sei nicht verständlich, weshalb der Antragsgegner die Darlegung der Antragstellerin als *"nicht nachvollziehbar"* erachte.

Zudem verwies die Antragstellerin auf die ihr zustehende Kalkulationsfreiheit, wonach für sie die Möglichkeit bestehe, in bestimmten Vergabeverfahren aus unternehmerischen Gründen einen niedrigen Preis abzugeben.

Schließlich bestehe vorliegend kein offenkundiges Missverhältnis von Preis und Leistung nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A, weil auch unter Berücksichtigung des Nachlasses in Höhe von 3,5 % das Angebot der Antragstellerin immer noch einen Deckungsbetrag von etwa 18.200,00 € aufweise.

Der Antragsgegner beantwortete das anwaltliche Rügeschreiben mit Schreiben vom 01. Juli 2009. Nach seiner Auffassung verbleibe es dabei, dass das Angebot der Antragstellerin *"von der Wertung ausgeschlossen werden"* müsse. In dem Antwortschreiben vertiefte er seine Argumentation hinsichtlich der möglichen bzw. produktiven Arbeitstage im Hinblick auf die Aufschlagsberechnung von Urlaub, Feiertagen und Lohnfortzahlung. Darüber hinaus verwies er darauf, dass das Erläuterungsschreiben der Antragstel-

lerin vom 23. Juni 2009 hinsichtlich der Stundenverrechnungssätze und der Zuschläge abweichende Angaben zum Angebot vom 11. Juni 2009 aufweise.

Mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 7. Juli 2009 stellte die Antragstellerin den vorliegenden Nachprüfungsantrag. Unter Beibehaltung ihres bisherigen Vorbringens betonte die Antragstellerin nochmals, dass kein offenkundiges Missverhältnis von Preis und Leistung gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A festzustellen sei. Zwar sei eine Vergabestelle nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A verpflichtet, bei Anhaltspunkten hinsichtlich eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises den betreffenden Bieter zur Erläuterung seines Angebotspreises aufzufordern. Allerdings werde aus den Ausführungen des Antragsgegners vom 16. Juli 2009, dem Vergabevermerk vom 10. Juli 2009 sowie der Niederschrift über die Angebotseröffnung vom 16. Juni 2009 ersichtlich, dass vorliegend noch nicht einmal die Voraussetzungen für die Vermutung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises bestanden hätten.

Nach der vergaberechtlichen Entscheidungspraxis liege ein ungewöhnlich niedriger Angebotspreis ohnehin erst dann vor, wenn der angebotene Gesamtpreis eklatant von dem an sich angemessenen Preis abweiche, so dass die Unangemessenheit des Angebotsspreises sofort ins Auge falle. Als Anhaltspunkte dienten dabei sowohl die Angebotssummen der anderen Bieter als auch die Preisvorstellungen des Auftraggebers in der Kostenschätzung. Dabei setze eine Nachfrage- bzw. Aufklärungspflicht des Auftraggebers erst etwa bei einer Abweichung von mehr als 20 % ein.

Offenbar habe der Antragsgegner alleine aufgrund der Gegenüberstellung von Nachlass (3,5 %) und Zuschlag für Wagnis und Gewinn (2,0 %) einen unangemessen niedrigen Preis angenommen. Hätte er jedoch - in Übereinstimmung mit der vergaberechtlichen Entscheidungspraxis - auf den Abstand zu dem unmittelbaren Konkurrenzbieter und zu den eigenen Schätzkosten abgestellt, hätte er feststellen können, dass kein Grund für die Annahme eines unangemessen niedrigen Preises gegeben sei.

Ausweislich der im Rahmen der Akteneinsicht erstmalig übermittelten Niederschrift über die Angebotseröffnung vom 16. Juni 2009 habe die Beigeladene eine Angebotssumme in Höhe von 509.287,27 € (brutto) abgegeben. Im Vergleich dazu habe sich die Angebotssumme der Antragstellerin auf 494.108,48 € (brutto - wobei der Nachlass bereits berücksichtigt sei) belaufen. Das bedeute, dass diese beiden Angebotssummen lediglich einen Abstand von 15.178,79 €, mithin nur 3,10 %, aufgewiesen hätten. Schon aus diesem Grund sei vorliegend kein Anhaltspunkt für einen unangemessen niedrigen Angebotspreis gegeben gewesen.

Darüber hinaus gehe aus Ziffer 2.2 des Vergabevermerks vom 10. Juli 2009 hervor, dass die von dem Antragsgegner geschätzte Auftragssumme bei 445.360,00 € (netto), mithin 529.978,40 € (brutto), gelegen habe. Unabhängig davon, dass sich aus dem Vergabevermerk nicht erkennen lasse, auf welche Weise diese geschätzte Summe ermittelt worden sei, könne festgestellt werden, dass die Antragstellerin mit einer Angebotssumme von 494.108,48 € (brutto incl. Nachlass) ein Angebot abgegeben habe, welches lediglich

um 35.869,92 €, mithin nur 6,76 %, die Kostenschätzung des Antragsgegners unterschreite. Auch unter diesem Gesichtspunkt sei eine Annahme eines offenbaren Missverhältnisses von Preis und Leistung vorliegend nicht indiziert gewesen.

Aus dem Vergabevermerk vom 10. Juli 2009 lasse sich zudem nicht entnehmen, aus welchem Grund der Antragsgegner auch nach den Ausführungen in dem Erläuterungsschreiben der Antragstellerin vom 23. Juni 2009 an der Annahme eines offenbaren Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung festgehalten habe. Insbesondere lasse der Vergabevermerk nicht erkennen, dass sich der Antragsgegner überhaupt mit den Erläuterungen der Antragstellerin näher auseinandergesetzt habe.

Die **Antragstellerin** beantragt daher,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigela denen zu erteilen,
2. den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen, hilfsweise den Antragsgegner zu verpflichten, die Wertung des Angebotes der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut durchzuführen,
3. der Antragstellerin Akteineinsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
5. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der **Antragsgegner** beantragt,
den Antrag abzuweisen.

Er legt dar, aus der rechnerischen Gegenüberstellung mit den anderen eingegangenen Angeboten habe sich ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin das preislich günstigste Angebot gewesen sei. Da in dem vorliegenden Vergabeverfahren als alleiniges Zuschlagskriterium der Preis Anwendung gefunden habe, sei das Angebot der Antragstellerin für die Zuschlagserteilung in Betracht gekommen. Im Rahmen der Preisprüfung (dritte Wertungsstufe) habe sich der Antragsgegner aber damit zu befassen gehabt, ob Indizien für unangemessen niedrige Angebote vorlägen. Da eine Vergabestelle nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A dazu verpflichtet sei, sich mit der Angemessenheit der Preise zu befassen und Angebote auf ihre Auskömmlichkeit zu prüfen, habe der Antragsgegner besonderes Augenmerk auf den Hauptbestandteil der ausgeschriebenen Leistung, die Dienstleistungen, die durch die Feuerwerker und Facharbeiter erbracht würden, gelegt; diese bestimmten maßgeblich den Gesamtpreis (Gesamtangebotssumme/Endbetrag). Aus diesem Grunde habe er bei der Betrachtung der Auskömmlichkeit besonders auf diesen Bereich abgestellt.

Um die Kalkulation der angebotenen Stundenverrechnungssätze prüfen zu können, habe er den Verdingungsunterlagen Fragebögen zu den Stundenverrechnungssätzen der Feuerwerker und Facharbeiter beigefügt. Die Stundenverrechnungssatzkalkulation sei anhand eines Berechnungsschemas auf Schlüssigkeit und Auskömmlichkeit geprüft worden. Mithilfe einer Exceltabelle seien die Angebote durch die Vergabestelle rechnerisch nachvollzogen und zudem auf die Einzelzusammensetzungen, die über den Fragebogen durch die Bieter dargestellt werden mussten (z.B. Sozialversicherung; Lohnfolgekosten; sonstige Kosten usw.), überprüft worden.

Hierbei sei besonders überprüft worden, ob in der Kalkulation des SVS die gesetzlichen Abgaben zu den Sozialversicherungen korrekt berücksichtigt worden seien. Über die Eintragungen im Fragebogen bezüglich Urlaub, Arbeitsfreistellung, Krankheitstage und der feststehenden Anzahl der Feiertage und die daraus resultierenden Lohnfolgekosten sei der tatsächliche Kalkulationsansatz überprüft worden. In Ziffer 10 der Leistungsanforderung sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass der Stundenverrechnungssatz auskömmlich und kostendeckend zu kalkulieren gewesen sei. Angebote zu Unterkostenpreisen hätten nicht berücksichtigt werden können.

Insoweit habe der Antragsgegner hier bereits für sich selbst eine Prüfungspflicht gesetzt. Unabhängig hiervon könne ein öffentlicher Auftraggeber bei begründeten Zweifeln an der Stundenverrechnungssatzkalkulation diese nicht unbeachtet lassen, da er sich sonst dem Vorwurf der Unterstützung zum Lohndumping aussetze. Es genüge daher bei lohnintensiven Dienstleistungen nicht, sich bei der Preis-Betrachtung auf den reinen Gesamtpreis/Endpreis des Angebotes zu beschränken und lediglich bei entsprechenden erheblichen Preisabständen ab 20 % eine Aufgreifschwelle für eine Prüfungspflicht vorzusehen.

Im Einzelnen hätten sich bei der Prüfung auf die Angemessenheit des Preises (Stundenverrechnungssatz Feuerwerker und Facharbeiter) bei den Angeboten der Beigeladenen und des dann nächstplatzierten Bieters aus der Stundenverrechnungssatzkalkulation keine Anhaltspunkte einer unauskömmlichen Kalkulation ergeben. Im Bereich des Stundenverrechnungssatzes Feuerwerker habe zwischen dem Angebot der Antragstellerin und der Beigeladenen dagegen eine Differenz von mehr als 40 % bestanden, so dass hier der berechtigte Eindruck eines ungewöhnlich niedrigen Preises habe entstehen müssen. Bei dem Angebot der Antragstellerin hätten sich die Kalkulationsaufschläge für Urlaub, Feiertage und Lohnfortzahlung als nicht ausreichend berücksichtigt erwiesen. Deshalb sei sie zur Darlegung ihrer Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes aufgefordert worden.

Die Antragstellerin habe zudem einen Preisnachlass ohne Bedingung auf die Abrechnungssumme in Höhe von 3,5 % gewährt, ohne dass aus der zuvor genannten Stundenverrechnungssatzkalkulation ersichtlich geworden sei, wie sich dieser Nachlass wirtschaften lassen solle. Sie habe zur "Herleitung des Nachlasses in Höhe von 3,5%" in einem beigefügten "Preisblatt EFB" angeführt, dass der kalkulatorische Lohn 17,8293 €/Stunde betrage und dieser Wert auch dem Angebot zugrunde liegen würde. Wie sich

dieser Betrag zusammensetze, habe sie jedoch erstmalig im vorliegenden Nachprüfungsantrag dargelegt, nämlich dass es sich um einen gemittelten Stundenverrechnungssatz Feuerwerker/ Facharbeiter handele. Im Ergebnis habe sie aber die Auskömmlichkeit ihres Angebots nicht nachvollziehbar belegen können und das Angebot habe daher ausgeschlossen werden müssen.

Die **Beigeladene** hat keinen Antrag gestellt.

Mit Verfügung vom 10. August 2009 wurde die Frist zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB bis zum 21. August 2009 verlängert.

Am 13. August 2009 fand die mündliche Verhandlung mit ausführlicher Erörterung des Sach- und Streitstandes statt.

II. Gründe

I. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB liegen vor. Die Antragstellerin hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse an dem Auftrag bekundet, § 107 Abs. 2 S. 1 GWB. Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist es auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sie in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist. Der Ausschluss der Antragstellerin von der Wertung führt dazu, dass ihr ein Schaden zu entstehen droht. Damit ist auch die Voraussetzung des § 107 Abs. 2 S. 2 GWB erfüllt.

Die Ast hat die im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts auch unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gerügt. Mit Schreiben vom 29. Juni 2009 rügte sie den beabsichtigten Ausschluss ihres Angebotes, der ihr von dem Antragsgegner mit Schreiben vom 25.06.2009 mitgeteilt worden war. Zwar war ihr bereits mit Schreiben des Antragsgegners vom 19. Juni 2009 mitgeteilt worden, dass die Kalkulation ihrer Stundenverrechnungssätze „knapp ausgelegt“ sei und sie um nähere Erläuterung hierzu gebeten worden; ebenso zu dem angebotenen 3,5 %-igen Nachlass. Hieraus konnte die Antragstellerin aber nicht ableiten, dass ihr Angebot tatsächlich nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A ausgeschlossen werden würde. Die Rüge, dass ihre Preise sehr wohl auskömmlich sind, musste also erst nach Kenntnis des Ausschlusses durch das Schreiben vom 25. Juni 2009 erfolgen.

II. Der Nachprüfungsantrag ist auch in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang begründet.

Das Angebot der Antragstellerin ist nicht wegen des Vorliegens einer unauskömmlichen Preisgestaltung zwingend auszuschließen, die Voraussetzungen für einen Ausschluss des Angebotes gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A liegen nicht vor.

1. **Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A** kann die Vergabestelle, wenn Angebote im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung **ungewöhnlich niedrig** erscheinen, vor der Vergabe Einzelposten dieser Angebote überprüfen. Hierzu kann sie vom Bieter die erforderlichen Belege anfordern.

a) Ausgangspunkt für die Beurteilung eines Angebots als „ungewöhnlich niedrig“ ist grundsätzlich der Gesamt-Angebotspreis (vgl. z. B. Weyand, Praxiskommentar „Vergaberecht“, § 25 VOL/A, Rdnr. 7497 m. w. N.). Nach der herrschenden Rechtsprechung ist eine Beurteilung als „ungewöhnlich niedrig“ etwa bei einer Abweichung von ca. 20% vom günstigsten der eingegangenen Angebote gegeben (vgl. Müller- Wrede, Kommentar zur VOL, Rdnr 72 zu § 25 m. w. N.). Bei besonders dynamischen Märkten, wie etwa der Abfallbeseitigung, werden auch größere Abweichungen noch nicht zwingend als eine Nachfragepflicht auslösend angesehen (vgl. Müller- Wrede, ebenda). Erst wenn der angebotene Preis derart eklatant von dem an sich angemessenen Preis abweicht, dass dies sofort ins Auge springt, muss der Auftraggeber von einem ungewöhnlich niedrigen Preis ausgehen. Erst in diesem Fall besteht für ihn eine Nachfragepflicht.

Im vorliegenden Fall beträgt der Abstand zwischen den Brutto-Angeboten der Antragstellerin und der Beigeladenen 15.178,79 €, also ca. 3 % der Angebotssumme der Beigeladenen von 509.287,27 €. Werden auch die angegebenen Skonti von 2 % (Beigeladene) und 0,5 % (Antragstellerin), die allerdings bei der Wertung nicht zu berücksichtigen sind, für den Vergleich herangezogen, verbleibt noch eine Differenz von ca. 7.400,00 €, also ca. 1,5 % des Angebotes der Beigeladenen. Solche geringen Abstände zwischen zwei Angeboten begründen jedenfalls nicht die Annahme eines ungewöhnlich „niedrigen Preises“ im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A und damit auch keine Verpflichtung der Vergabestelle zur Überprüfung von Einzelpositionen.

b) Der Antragsgegner hat seine Prüfungspflicht dagegen im Wesentlichen mit der „knappen“ Kalkulation der Stundenverrechnungssätze durch die Antragstellerin sowie damit begründet, die Lohnkosten machten den überwiegenden Teil der Angebotssumme aus. Ob diese Begründung ausreicht, die Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A auch dann anzuwenden, wenn die Gesamtangebotssummen nur geringfügig voneinander abweichen, kann allerdings im Ergebnis dahingestellt bleiben:

Zum einen liegen die vorliegend angebotenen Stundenverrechnungssätze für Feuerwerker und Facharbeiter nicht in einem Maße unter den zum Vergleich heranzuziehenden Angeboten, dass sich eine derartige Überprüfung aufdrängen würde. Hinsichtlich des Stundenverrechnungssatzes für Feuerwerker beträgt der Abstand - ausgehend jeweils von dem höheren Betrag und unter Berücksichtigung des von der Antragstellerin angebotenen Nachlasses - zwischen den von der Antragstellerin und der Beigeladenen angegebenen Beträgen zwar ca. 33%. In dieser Position wurden jedoch von anderen Bietern auch niedrigere Sätze als diejenige der Beigeladenen genannt. Der Abstand zu dem bei dieser Position

dem Angebot der Antragstellerin nächstliegenden Angebot beträgt nur ca. 11,4 %. Bei den Stundenverrechnungssätzen in Bezug auf die Facharbeiter liegt das Angebot der Antragstellerin nur 0,6 % unter dem Angebot der Beigeladenen. Auch die Berücksichtigung allein dieser Beträge als wesentliche Bestandteile der Angebotssummen und des jeweiligen Abstandes zum nächsten zu berücksichtigenden Angebot begründet keine Verpflichtung des Antragsgegners zur Überprüfung des Angebotes der Antragstellerin gem. § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A.

Angesichts des geringen Abstandes zwischen den einzelnen Stundenverrechnungssätzen, aber auch zwischen den Angebotssummen von Antragstellerin und Beigeladener insgesamt, sowie der Tatsache, dass insgesamt fünf der gewerteten Angebote die im Vergabevermerk genannte Kostenschätzung der Antragsgegnerin unterschritten, ist es der Kammer im Übrigen nicht nachvollziehbar, dass lediglich bei dem Angebot der Antragstellerin eine Nachfragepflicht ausgelöst worden sein soll. Die Gesamtumstände sprechen nicht dafür, dass dies notwendig gewesen wäre und wenn, dann hätte auch bezüglich der anderen Stundenverrechnungssätze/ Angebote eine Nachfrage in Erwägung gezogen werden müssen. Ob dies geprüft wurde, ist dem Vergabevermerk jedoch nicht zu entnehmen.

Zum ändern ist der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin auch unter Berücksichtigung des Ergebnisses der - trotz Fehlens der Voraussetzungen nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A vorgenommenen - Aufklärung nicht begründet. Zunächst belegt der Preisabstand zwischen zwei Angeboten noch nicht in jedem Fall eine Unauskömmlichkeit, da selbst ein erheblich unter den Preisen liegendes Angebot sachgerechte und auskömmlich kalkulierte Wettbewerbspreise enthalten kann (vgl. OLG Celle, Beschl. v. 24.04.2003, 13 Verg 4/03). Aus einer entsprechend vergleichenden Überprüfung können sich aber möglicherweise Anhaltspunkte dafür ergeben, dass es sich doch um auskömmliche Angebote handelt und die Ausschlussproblematik des § 25 Nr.2 Abs. 2 bzw. Abs. 3 nicht gegeben war.

Schließlich obliegt die Kalkulation auch einer für eine Teilleistung angebotenen Vergütung ausschließlich dem Bieter und auch das Angebot einzelner Preise abweichend von einem ordnungsgemäß ermittelten Preis kann grundsätzlich nicht beanstandet werden (vgl. VK Nordbayern, Beschl. vom 10.03.2004- Az: 320. VK.3194-04/04).

Vorliegend erschien dem Antragsgegner die Kalkulation der Stundenverrechnungssätze für die Feuerwerker und Facharbeiter „knapp ausgelegt“ und er vermutete ein möglicherweise unauskömmliches Angebot. Worin allerdings ein auskömmliches Angebot bestanden hätte und welche Stundenverrechnungssätze er bei seiner eigenen Kostenschätzung zugrunde gelegt hatte, lässt sich weder der Vergabeakte, insbesondere dem Vergabevermerk, entnehmen, noch konnte dies im Laufe des Verfahrens und der mündlichen Verhandlung geklärt werden.

Um eine Unauskömmlichkeit bzw. Unangemessenheit der Preise feststellen zu können, hätte es einer für die Beurteilung als „auskömmlich und angemessen“

heranzuziehenden Referenzgröße bedurft, von der aus die entsprechende Feststellung hätte getroffen werden können. Diese hätte im Rahmen der Kostenschätzung des Antragsgegners festgelegt werden und aus dem Vergabevermerk hervorgehen müssen.

Darüber hinaus hat der Antragsgegner nicht mit einer den Ausschuss begründenden erforderlichen Klarheit dargelegt, welche Zweifel im Einzelnen noch nach der Darlegung der Kalkulation an deren Richtigkeit bestanden, die die Antragstellerin hätte entkräften müssen. Aus der Antragsabweisung vom 16. Juli 2009 ist zu entnehmen, die Stundenverrechnungssatzkalkulation sei in der Summenbildung richtig und alle „für die Antragstellerin aufkommenden Kosten“ schienen darin enthalten zu sein. Es sei allerdings nicht erkennbar, wie der angebotene Nachlass von 3,5 % erwirtschaftet werden solle.

Die in § 25 Nr. 2 Abs. 2 Satz 3 VOL/A geforderte „Berücksichtigung“ des Ergebnisses einer Überprüfung nach Satz 2 verlangt eine Auseinandersetzung mit den eingereichten Unterlagen und Berechnungen, die vorliegend jedoch nicht erkennbar ist. Gerade angesichts der geringen Abstände zwischen den Gesamtangebotssummen und den zu berücksichtigenden Stundenverrechnungssätzen war hierfür eine genauere Überprüfung der Argumente der Antragstellerin und die Darlegung der behaupteten „Unterdeckung“ im Bereich der Stundenverrechnungssätze erforderlich. Der Ausschluss könnte im Ergebnis nur dann auf die Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A gestützt werden, wenn der Antragsgegner Zweifel dargelegt hätte, dass die Antragstellerin nicht in der Lage sein werde, die geforderten Leistungen ordnungsgemäß zu erbringen.

2. Auch ein offenkundiges Missverhältnis nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A zwischen Preis und Leistung, das zum Ausschluss führen könnte, ist nicht erkennbar.

Ein solches liegt jedenfalls nur dann vor, wenn der angebotene Preis derart eklatant von dem von den Erfahrungswerten wettbewerblicher Preisbildung hergeleiteten angemessenen Preis abweicht, dass eine genauere Überprüfung nicht im Einzelnen erforderlich ist, sondern die Unangemessenheit des Angebotspreises sofort ins Auge fällt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. vom 19.11.2003, Verg 22/03). Im vorliegenden Fall hat der Antragsgegner jedoch – wie ausgeführt – nicht dargelegt, welcher Preis oder welche Stundenverrechnungssätze angemessen sein könnten, daher liegen auch keine Anhaltspunkte für ein „offenkundiges“ Missverhältnis vor.

Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht die Vorgabe in Ziffer 10 der Leistungsanforderung, dass der jeweilige Stundenverrechnungssatz auskömmlich und kostendeckend zu kalkulieren sei. Diese Anforderung geht jedenfalls über diejenigen der VOL/A hinaus, denn grundsätzlich sind Unterkostenangebote nicht unzulässig und öffentliche Auftraggeber sind nicht verpflichtet, nur „auskömmliche“ Angebote zu berücksichtigen (vgl. Weyand, Praxiskommentar „Vergaberecht“, § 25 VOB/A, Rdnr. 5660 m. w. Nachw.).

Auch das Vorbringen des Antragsgegners, er müsse als öffentlicher Auftraggeber der Beschäftigung zu „Dumping-Löhnen“ entgegentreten, begründet keine derartige Verpflichtung, denn dieser Gesichtspunkt ist kein vergaberechtliches Kriterium bei Europaweiten Ausschreibungen.

(In diesem Zusammenhang ist z. B. die Antwort des Hessischen Ministers für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung vom 17. April 2009 auf eine Kleine Anfrage des Abg. Schäfer- Gümbel vom 27 Februar 2009 betreffend das Hessische Vergabegesetz aufschlussreich: Danach lässt sich auf der Grundlage des primären und sekundären EG-Rechts in Hessen keine regionale europarechtskonforme Ausgestaltung eines Hessischen Vergabegesetzes, das auch allgemeinverbindliche Tarifverträge umfassen würde, erreichen. Die Gründe für das 2007 verabschiedete Gesetz hinsichtlich der Verhinderung von Lohndumping seien nicht entfallen, aber bei der gegebenen Rechtslage nicht mit diesem Gesetz erreichbar.)

Darüber hinaus wurde vom Antragsgegner auch betreffend die Befürchtung, es könnten bei der Beauftragung der Antragstellerin, sog. „Dumping- Löhne“ gezahlt werden, nichts vorgetragen. Die von der Antragstellerin genannten Grundlöhne bewegen sich immerhin im Rahmen der nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (das hier allerdings **nicht** zur Anwendung kommt) für bestimmte Berufsgruppen zu zahlenden Mindestlöhne. Dass diese Löhne bei einer anderen Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes unterschritten würden, ist der Argumentation des Antragsgegners jedenfalls nicht zu entnehmen.

Ob der Antragsgegner sich und die Bieter mit der Vorgabe in Ziff. 10 über die Regelungen der VOL/A hinaus überhaupt binden durfte, erscheint zweifelhaft, bedarf allerdings keiner abschließenden Klärung, da im Ergebnis weder die Unauskömmlichkeit der Stundensätze noch des Gesamtangebots der Antragstellerin mit der für die Anwendung dieser Klausel erforderlichen Bestimmtheit festgestellt werden konnte. Angesichts der Ausführungen in der Antragserwiderung (s. oben S. 10, 4. Absatz) ist bereits zweifelhaft, ob der Antragsgegner noch von der Unauskömmlichkeit der Stundenverrechnungssätze ausgeht. Für einen auf Ziff. 10 der Leistungsanforderungen zu stützenden Ausschluss des Angebotes wegen Unauskömmlichkeit der Stundenverrechnungssätze müsste diese jedoch von dem Antragsgegner dargelegt und auch bewiesen werden.

Der Antragsgegner hat im Schriftsatz vom 31. Juli 2009 und auch in der mündlichen Verhandlung im Wesentlichen vorgetragen, die Unterdeckung im Angebot der Antragstellerin betrage insgesamt ca. 1,5 %, es enthalte also „Unterkostenpreise“ im Sinne der Ziff. 10 der Leistungsanforderung. Aus dem Aufbau dieser Vorgabe - „Stundenverrechnungssätze“ als Überschrift - ist allerdings nicht zu entnehmen, dass sich Satz 2 der Ziffer 10, dass Angebote zu Unterkostenpreisen nicht berücksichtigt werden könnten, auf das gesamte Angebot beziehen sollte. Wenn dies gemeint war, hätte es deutlicher formuliert werden müssen, um den Bietern die Möglichkeit des Ausschlusses im Falle von Unterkostenangeboten vor Augen zu führen.

Aber auch bei einer Bezugnahme auf das gesamte Angebot ist in Ermangelung diesbezüglicher Ausführungen im Vergabevermerk nicht ersichtlich geworden, worin die Annahme, die Antragstellerin habe insgesamt zu Unterkostenpreisen angeboten, begründet war. Auch die Ausführungen des Antragsgegners in der mündlichen Verhandlung konnten dies nicht aufklären. Die Behauptung, es läge infolge der Gewährung des Nachlasses von 3,5 % eine Unterdeckung in Höhe von 1,5 % vor, wurde auf Nachfragen hin nicht näher konkretisiert. Insofern wurde lediglich der angebotene Nachlass von 3,5 % der von der Vergabestelle angenommenen Unterdeckung von 2 % gegenübergestellt, ohne auf die Berechnungen der Antragstellerin im Einzelnen einzugehen. Im Übrigen würde die behauptete Unterdeckung von ca. 6.500,00 € allein den Ausschluss des Angebotes gem. Ziff. 10 der Leistungsanforderungen nicht begründen.

Damit waren auch die Voraussetzungen für einen Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A nicht gegeben.

Das Verfahren ist daher in den Stand der Wertung der Angebote zurückzusetzen und die Wertung unter Berücksichtigung der vorstehend gemachten Ausführungen unter Einbeziehung des Angebotes der Antragstellerin zu wiederholen. Dagegen kann dem Antrag auf sofortige Bezuschlagung des Angebotes der Antragstellerin nicht stattgegeben werden, weil die Kammer beim derzeitigen Stand der Angebotsprüfung nicht an Stelle des Antragsgegners die Angebote zu bewerten vermag.

III.

Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

1. Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Im Ergebnis ist die Antragstellerin mit ihrem Anliegen auf erneute Wertung ihres Angebotes erfolgreich. Unter diesen Umständen ist es sachgerecht, die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer dem Antragsgegner aufzuerlegen, der aber gem. § 8 Abs. 1 Ziff. 1 des Hessischen Verwaltungskostengesetzes von der Zahlung der Gebühr befreit ist.
2. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin gem. § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat der Antragsgegner nach oben vorgenommener Kostenverteilung zu tragen. (Ein Kostenausgleich der Beigeladenen findet nicht statt, da sie keinen Antrag gestellt hat.)
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Um-

fangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, § 80 HVwVfG.

IV.

Rechtsbehelfsbelehrung