

Titel:

Vergabeverfahren: Angebotsausschluss wegen unzulässiger Preisverlagerung

Normenkette:

VOB/A § 13 EU Abs. 1 Nr. 3, § 16 EU Nr. 3

Leitsätze:

1. Eine Bieterangebot, das einerseits deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegende Ansätze bei bestimmten Positionen und andererseits auffällig hohe Ansätze bei anderen Positionen enthält, indiziert eine unzulässige Preisverlagerung im Wege der Mischkalkulation, was die Annahme rechtfertigt, dass das Angebot nicht die geforderten Preisangaben enthält und daher auszuschließen ist. (Rn. 26 – 28) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Vergabestelle muss sich bei der Aufklärung nicht mit jeder beliebigen Erklärung des Bieters zufrieden geben. Die Erklärung des Bieters, seine Preise entsprächen dem Marktpreisgefüge, vermag die Indizwirkung für eine unzulässige Preisverlagerung nicht zu erschüttern. (Rn. 29 und 37) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Nachprüfung, Urkalkulation, Bauauftrag, Entsorgung, Leistungsverzeichnis, Preis, Mischkalkulation, Indizwirkung, Angebotsausschluss, Preisverlagerung

Vorinstanz:

Vergabekammer Ansbach, Beschluss vom 13.11.2018 – RMF-SG21-3194-3-30

Fundstellen:

VergabeR 2019, 672

BeckRS 2019, 8900

LSK 2019, 8900

Tenor

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 13.11.2018, Az. RMF - SG 21 - 3194 - 3 - 30 aufgehoben.
2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 24.09.2018 wird zurückgewiesen.
3. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu tragen.
4. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für das Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

1

Die Antragsgegnerin veröffentlichte am 24.07.2018 die Vergabe eines Bauauftrags für Abbruch und Entsorgungsarbeiten im Offenen Verfahren. Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis. In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots - Formblatt 211 EU - findet sich unter „Anlagen ... C) die, soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind“ die Position „Entsorgungskonzept für Entsorgungspositionen

LV Pos. 1.7 (Bezeichnung und Ort der Entsorgung)“. Das Leistungsverzeichnis enthält u.a. die Positionen 1.7.1. „Beton Belastungsklasse Z1.1 entsorgen“, 1.7.2 „Beton Belastungsklasse Z 1.2 entsorgen“, 1.7.4 „Bauschutt Belastungsklasse Z 1.1 entsorgen“, 1.7.5 „Bauschutt Belastungsklasse Z 1.2 entsorgen“.

2

Die Antragstellerin reichte am 21.08.2018 fristgerecht ihr Angebot ein. Beigefügt war diesem als Anlage ein „Entwurf Entsorgungskonzept“. In diesem ist als „Entsorgungsstelle“ für die Leistungsverzeichnis-Positionen 1.7.1, 1.7.2, 1.7.4 und 1.7.5 jeweils angegeben „Be. GmbH & Co. KG“. Ausweislich des Submissionsprotokolls liegt das Angebot der Antragstellerin auf Rang 1. Die Beigeladene gab ebenfalls fristgerecht ein Angebot ab. Insgesamt wurden acht Angebote eingereicht.

3

Mit Schreiben vom 23.08.2018 forderte der von der Vergabestelle beauftragte technische Berater die Antragstellerin zur Aufklärung bezüglich der Auskömmlichkeit einer Reihe von Einheitspreisen auf. Hinsichtlich der Leistungsverzeichnis-Positionen 1.7.1 und 1.7.4 erfolge die Entsorgungsleistung durch Nachunternehmer. Zur Prüfung der Auskömmlichkeit der Angebotspreise werde die Antragstellerin zur Vorlage der der Urkalkulation zugrundeliegenden Angebote der Nachunternehmer zu diesen Positionen aufgefordert. Die Antragstellerin rügte in ihren Antwortschreiben vom 29.08.2018, es bestehe kein berechtigtes Aufklärungsbedürfnis. Die für die Leistungsverzeichnis-Positionen 1.7.1 und 1.7.4 angegebenen Einheitspreise entsprächen dem Marktpreisgefüge. Der Negativpreis für die Position 1.7.1 sei offenkundig am Markt zu erzielen. Gleichzeitig übersandte die Antragstellerin u.a. die Urkalkulation zu den Leistungsverzeichnis-Positionen 1.7.1 und 1.7.4. Die Be. GmbH & Co. KG sein kein Nachunternehmer der Antragstellerin, sondern nur die im Rahmen des Entsorgungskonzepts genannte Entsorgungsstelle.

4

Mit Schreiben vom 05.09.2018 baten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin die Antragstellerin erneut um Aufklärung. Der Gesamtangebotspreis liege um ... % unterhalb des zweitgünstigsten Bieters und der Kostenschätzung der Antragsgegnerin. Zudem bestehe bezüglich der Leistungsverzeichnis-Positionen 1.7.1, 1.7.2, 1.7.4 und 1.7.5 der Verdacht einer unzulässigen Mischkalkulation. Die Antragstellerin antwortete mit Schreiben vom 11.09.2018, sie strebe eine Expansionsstrategie an, habe sämtliche Rationalisierungspotentiale gehoben und einen erwarteten Verkaufserlös bezüglich der Position 1.7.1 berücksichtigt. Es sei nur schwer nachvollziehbar, dass die Einheitspreise der Antragstellerin für die Entsorgung von Z 1.2 Material die mit Abstand höchsten Preise aller Bieter sein sollten. Eine Kostenverlagerung zwischen den Einzelpositionen und mithin eine unzulässige Mischkalkulation liege nicht vor.

5

Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 14.09.2018 mit, ihr Angebot sei wegen einer Mischkalkulation in den LV Positionen 1.7.1, 1.7.2, 1.7.4 und 1.7.5 zwingend auszuschließen. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag der Beigeladenen zu erteilen.

6

Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 20.09.2018 und Nachprüfungsantrag vom 24.09.2018 rügte die Antragstellerin ihren Ausschluss.

7

Die Antragstellerin behauptet, sie habe keine unzulässige Verschiebung von Kosten und mithin keine Mischkalkulation vorgenommen. Für unebrochenen Beton sei ein Verkaufserlös zu erzielen, wie sich aus dem als Anlage ASt 10 vorgelegten Angebot der Fa. B. ergebe. Es fehle auch an einem spekulativ erhöhten Angebotspreis bezüglich der Positionen 1.7.2 und 1.7.5. Die Antragstellerin dürfe die Angebotspreise auf der Grundlage des vorliegenden Angebots des Abfallmaklers (Anlage ASt 11) kalkulieren. Eine falsche Zuordnung des zu entsorgenden Materials in die Belastungsklassen sei nicht möglich. Die Deklaration der entsprechenden Chargen erfolge durch einen unabhängigen Gutachter. Die Beprobung durch diesen sei durch bestimmte technische Regeln verbindlich festgelegt.

8

Die Antragstellerin ist der Ansicht, die neuere Rechtsprechung des BGH zur Mischkalkulation sei nicht einschlägig. Es fehle vorliegend an einer spekulativen Auf- bzw. Abpreisung. Eine generelle Beweislastumkehr habe der BGH nicht statuiert.

9

Die Antragstellerin hat im Nachprüfungsverfahren beantragt,

1. der Antragsgegnerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu untersagen und ihr aufzugeben, die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
2. hilfsweise geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen der Antragstellerin zu beseitigen.

10

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag auf Einleitung eines Vergabenaachprüfungsverfahrens gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB zurückzuweisen.

11

Die Beigeladene hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag kostenpflichtig abzuweisen.

12

Die Antragsgegnerin behauptet, eine unzulässige Kostenverlagerung habe zwischen den Positionen 1.7.1, 1.7.2, 1.7.4 und 1.7.5 stattgefunden. Dies ergebe sich daraus, dass die Antragstellerin bei den Positionen der Entsorgungsklasse Z.1.1 jeweils die mit großem Abstand günstigsten Preise, bei den Positionen der Entsorgungsklasse Z.1.2 mit großem Abstand den höchsten Preis angeboten habe. Es handle sich insoweit um korrespondierende Leistungsverzeichnis-Positionen. Zudem sei das Delta zwischen den Positionen 1.7.1 und 1.7.2 einerseits und 1.7.4 und 1.7.5 andererseits bei der Antragstellerin erheblich größer als bei allen anderen Bietern. Von einer Verschiebung der Entsorgungsklassen würde die Antragstellerin mithin erheblich mehr profitieren als die übrigen Bieter. Auch sei es nicht glaubhaft, dass für die Entsorgung von Beton der Belastungsklasse Z 1.1 ein Verkaufserlös zu erzielen sei. Das von der Antragstellerin vorgelegte Angebot der Fa. B. sei nach Ablauf der Angebotsfrist datiert. Auch habe die Antragstellerin im Entsorgungskonzept eine andere Entsorgungsstelle angegeben. Im Raum S. sei Naturstein Kies zu einem Marktpreis von 6,50 Euro je Tonne erhältlich. Zudem ergebe sich aus der von der Antragstellerin als Anlage ASt 12 vorgelegten Preisliste, dass am Markt hochwertigere Materialien als der unebrochene Beton der Belastungsklasse Z 1.1 für einen geringeren Preis erhältlich seien als der von der Antragstellerin in ihre Urkalkulation eingestellte Verwertungserlös.

13

Ferner habe die Antragsgegnerin erfahren, dass es bei Leistungen der Antragstellerin für andere Auftraggeber zu einer falschen Zuordnung des zu entsorgenden Materials gekommen sei. Die Antragstellerin habe auch die Möglichkeit, eine falsche Zuordnung des Materials zu bewirken. Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, nach der neuesten Rechtsprechung des BGH müsse der Bieter die Indizwirkung der Mischkalkulation widerlegen.

14

Die Beigeladene behauptet ebenfalls, es liege eine unzulässige Mischkalkulation vor. Die Preise für das Z 1.1 Material seien deutlich zu niedrig, die für das Material der Belastungsklasse Z 1.2 stark überhöht. Für unebrochene Beton der Belastungsklasse Z 1.1 sei kein Erlös zu erzielen. Im Raum S. sei geprüfter Frostschutz-Beton für 5,50 Euro bis 6,50 Euro je Tonne erhältlich. Zudem müsse das Angebot nach Ansicht der Beigeladenen auch nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 2. Alt VOB/A ausgeschlossen werden.

15

Die Vergabekammer hat festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt, und die Vergabestelle verpflichtet, die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Der Ausschluss der Antragstellerin sei nicht rechtmäßig; diese habe nicht wegen einer Mischkalkulation ausgeschlossen werden dürfen. Die Antragstellerin habe belegt, dass sie einen positiven Marktpreis für die Position 1.7.1 erzielen könne und daher eine etwaige Indizwirkung jedenfalls widerlegt. Die Datierung des Angebots des Abnehmers auf den Tag nach Fristablauf habe die Antragstellerin ausreichend erläutert. Der Antragstellerin könne daher kein Interesse an einer Mengenverschiebung unterstellt werden. Die von der Antragstellerin vorgelegten Urkalkulationsblätter ergäben zusammen mit den weiteren Erklärungen und Nachweisen ein schlüssiges Bild. Bezüglich der Positionen 1.7.2, 1.7.4 und 1.7.5 lägen zwar deutliche Preisunterschiede zu den Angeboten der anderen Bieter vor. Der Antragstellerin sei es aber nicht verwehrt, ihre Angebotspreise auf der Basis eines Angebots eines Abfallmaklers zu kalkulieren; zudem seien die Einheitspreise nicht außerhalb jeder Marktüblichkeit. Der Erklärung eines Bieters, seine Preise entsprächen der tatsächlichen Kalkulation, komme erhebliches Gewicht zu.

16

Nicht entscheidungsrelevant seien die aufgeworfenen Fragen zum Entsorgungskonzept und zur Frage, ob ein Unterkostenangebot vorliege. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sei nur die Frage der Mischkalkulation.

17

Dagegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer sofortigen Beschwerde. Die Antragsgegnerin wiederholt und vertieft ihren bisherigen Vortrag. Die Antragstellerin habe nicht glaubhaft nachgewiesen, dass für die Position 1.7.1 ein positiver Marktpreis erzielbar sei. Die Beweiskraft des als ASt 10 vorgelegten Angebots widerlege die Antragstellerin selbst durch die Vorlage der Preisliste ASt 12. Die Antragstellerin habe zudem als Entsorgungsstelle die Be. GmbH & Co. KG angegeben. Dazu stehe in Widerspruch, dass nach jetzigem Vortrag der Antragstellerin der Beton an die Firma B. verkauft werden solle. Der Schluss der Vergabekammer, die Antragstellerin habe kein Interesse an Mengenverschiebungen, sei falsch, weil die Antragstellerin tatsächlich für die Position 1.7.1 gerade keinen positiven Preis erzielen könne. Jedenfalls in der Gesamtschau der Aspekte habe eine Auf- und Abpreisung im Angebot der Antragstellerin stattgefunden.

18

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 13.11.2018, RMF-SG 21-3194-3-30 aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

19

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

20

Die Antragstellerin verteidigt den Beschluss der Vergabekammer und wiederholt und vertieft ihren Vortrag. Die Ausführungen der Antragsgegnerin beruhen auf unbelegten Sachverhaltsannahmen und Schlussfolgerungen. Die angegebene Entsorgungsstelle sei nicht als Nachunternehmer zu qualifizieren. Die Angabe komme nur als Eignungsnachweis in Betracht. Insoweit fehle es aber schon in der Angabe in der Auftragsbekanntmachung, der Verweis auf die Auftragsunterlagen genüge nicht. Die Be. GmbH & Co. KG sei versehentlich als Entsorgungsstelle im Angebot angegeben worden. Zum Beweis dafür, dass das Schreiben ASt 10 tatsächlich von der Firma B. abgegeben wurde, werde der Unterzeichner des Angebots als Zeuge angeboten.

21

Die Beigeladene schließt sich dem Antrag der Antragsgegnerin an.

22

Die Angaben der Antragstellerin zur Entsorgung des Betons der Belastungsklasse Z 1.1 seien widersprüchlich und fachlich unglaubwürdig. Die Beigeladene bestreitet, dass die Firma B. das als ASt 10 vorgelegte Angebot unterbreitet habe. Die Antragstellerin habe zudem im Angebot eine andere Entsorgungsstelle angegeben. Die Beigeladene ist der Ansicht, die Vorlage des Angebots der Firma B. stelle eine Änderung des Angebots dar. Eine Berücksichtigung der Änderung sei ein nach § 15 EU Abs. 3 VOB/A unzulässiges Nachverhandeln. Zudem komme die nachträgliche Modifikation der Grundlagen des Angebots einer verweigerter Aufklärung gleich. Die Antragstellerin sei daher auch nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A auszuschließen. Im - nicht nachgelassenen - Schriftsatz vom 25.03.2019 trägt die Beigeladene vor, die Antragstellerin habe nicht versehentlich die Be. GmbH & Co. KG als Entsorgungsstelle genannt. Vielmehr habe die Antragstellerin bei der Be. GmbH & Co. KG tatsächlich ein Angebot abgefragt. Dieses sehe selbst für unbelasteten Beton keine Vergütung für die Antragstellerin vor.

23

Ergänzend wird auf die gewechselten Schriftsätze der Beteiligten und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18.03.2019 Bezug genommen.

II.

24

Die form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Der Beschluss der Vergabekammer war aufzuheben, da der zulässige Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unbegründet und daher abzuweisen ist.

25

1. Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin zurecht nach § 16 EU Nr. 3, § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ausgeschlossen. Die Antragstellerin hat jedenfalls bezüglich der Leistungsverzeichnis-Positionen 1.7.1 und 1.7.2 den indizierten Verdacht einer Mischkalkulation nicht erschüttert.

26

1.1. Grundsätzlich ist es einem Bieter nicht schlechthin verwehrt, einzelne Positionen unter seinen Kosten anzubieten. Dies bedeutet aber nicht, dass der Bieter seine zu deckenden Gesamtkosten nach Belieben einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses zuordnen dürfte. Öffentliche Auftraggeber haben grundsätzlich ein Interesse daran, dass die Preise durchweg korrekt angegeben werden; denn Zahlungspflichten der Auftraggeber können durch Verlagerung einzelner Preisbestandteile manipuliert werden. Verlagert der Bieter die für einzelne Positionen seines Leistungsverzeichnisses eigentlich vorgesehenen Preise ganz oder teilweise in andere Positionen, greift § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A daher grundsätzlich sein (BGH, Urteil vom 19.06.2018, X ZR 100/16, juris Tz. 15).

27

Eine Angebotsstruktur, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Ansätzen bei bestimmten Positionen auffällig hohe Ansätze bei anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses entsprechen, indiziert eine solche Preisverlagerung. Kann der Bieter die Indizwirkung nicht erschüttern, rechtfertigt dies die Annahme, dass das Angebot nicht die geforderten Preisangaben enthält und daher auszuschließen ist (BGH, a.a.O., Tz. 16, 17).

28

Aus welchen Gründen ein Bieter in seinem Angebot Einheitspreise für bestimmte Leistungspositionen auf andere Leistungspositionen verteilt, ob er beispielsweise auf Mengenverschiebungen spekuliert oder besonders hohe anfängliche Abschlagszahlungen auslösen will, ist demgegenüber nicht entscheidend (BGH, Urteil vom 18.05.2004, X ZB 7/04, juris Tz. 27; OLG Koblenz, Beschluss vom 04.01.2018, Verg 3/17, juris Tz. 70).

29

Die Vergabestelle muss sich bei der Aufklärung nicht mit jeder beliebigen Erklärung des Bieters zufrieden geben. Zwar kommt der Erklärung eines Bieters, wonach seine Preise der tatsächlichen Kalkulation entsprechen, erhebliches Gewicht zu. Liegen jedoch konkrete Anhaltspunkte für eine gegenteilige Annahme vor, ist die Vergabestelle nicht gezwungen, sich mit einer solchen Auskunft zufrieden zu geben, sondern wird ein Ausschluss gleichwohl in Betracht kommen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.08.2005, 11 Verg 7/05, juris Tz. 35; OLG Koblenz, Beschluss vom 04.01.2018, Verg 3/17, juris Tz. 67). Übernimmt allerdings ein Bieter nur die von einem Subunternehmer geforderten Preise, so stellen diese die von ihm geforderten Preise dar und es fehlt an der Vermutung von Preisverlagerungen (OLG Frankfurt, a.a.O, Tz. 47). Von erheblichem Gewicht ist ferner, wenn die nach außen deklarierten Einheitspreise in den privaten Kalkulationsgrundlagen ihre Entsprechung finden (OLG Thüringen, Beschluss vom 23.01.2006, 9 Verg 8/05, juris Tz. 31).

30

1.2. Vorliegend indizieren die von der Antragstellerin angebotenen Preise für die Leistungsverzeichnis-Positionen 1.7.1 und 1.7.2 nach der vorzitierten neueren Rechtsprechung des BGH eine Mischkalkulation.

31

Für die Entsorgung von Beton der Belastungsklasse Z 1.1 gab die Antragstellerin einen deutlichen Negativpreis an, d.h. eine mehr als nur unerhebliche Vergütung zugunsten der Antragsgegnerin. Im Unterschied dazu fordern sämtliche anderen Bieter für die Entsorgung dieses Betons von der Antragsgegnerin einen mehr als nur unerheblichen

32

Preis. Die Spanne zwischen der angebotenen Vergütung der Antragstellerin und dem höchsten geforderten Preis eines Mitbieters liegt bei ... Euro pro Tonne, die Spanne zwischen der angebotenen Vergütung der Antragstellerin und dem geringsten geforderten Preis eines Mitbieters immer noch bei ... Euro pro Tonne. Umgekehrt fordert die Antragstellerin für die Entsorgung von Beton der Belastungsklasse Z.1.2 einen Preis, der ganz erheblich über denen der Mitbieter liegt. Insoweit beträgt die Spanne zwischen dem von der Antragstellerin angesetzten Preis und der höchsten geforderten Preis eines Mitbieters ... Euro, die Spanne zwischen dem Preis der Antragstellerin und dem niedrigsten geforderten Preis eines Mitbieters ... Euro. Der Vergleich mit den Preisen der Mitbieter ist vorliegend auch aussagekräftig, da es sich immerhin um sieben weitere Angebote handelte.

33

Die Leistungsverzeichnis-Positionen 1.7.1 und 1.7.2 korrelieren. Je nach Einstufung des abgebauten Betons handelt es sich um solchen der Entsorgungsklasse Z 1.1 bei weniger belasteten Beton oder der Entsorgungsklasse Z 1.2 bei höherer Belastung. Im Leistungsverzeichnis sind für den Beton Z 1.1 eine Menge von 12.000 t, für den zu entsorgenden Beton Z 1.2 lediglich 1.000 t angesetzt. Damit führt einerseits die angebotene Vergütung für den Beton Z 1.1 dazu, dass die Antragstellerin ein besonders günstiges Angebot abgeben kann. Umgekehrt würden etwaige Mengenverschiebungen von Beton der Entsorgungsklasse Z 1.1. zu Beton der Entsorgungsklasse Z 1.2 eine deutliche wirtschaftliche Verbesserung für die Antragstellerin bewirken. Zudem ist bei der Antragstellerin der Unterschied zwischen den Preisen für den weniger belasteten Beton und den höher belasteten Beton erheblich größer als bei sämtlichen anderen Bietern. Bei der Antragstellerin beträgt die Differenz ... Euro, bei den restlichen Bietern zwischen ... Euro und ... Euro.

34

Nach diesen Gesamtumständen liegt es jedenfalls nahe, dass marktüblich Kosten für die Entsorgung des Betons der Klasse Z 1.1 anfallen und die Antragstellerin diese in die hohe geforderte Vergütung für die Entsorgung des Betons der Klasse Z 1.2 eingepreist hat.

35

1.3. Die Antragstellerin hat die Indizwirkung nicht erschüttert.

36

1.3.1. Die Ausführungen der Antragstellerin in den Aufklärungsschreiben vom 29.08.2018 und vom 11.09.2018 sind hierzu nicht geeignet.

37

Im Schreiben vom 29.08.2018 (Ziff. 2) beschränkt sich die Antragstellerin auf die pauschale Erklärung, die Einheitspreise zu den Leistungsverzeichnis-Positionen 1.7.1 und 1.7.4 entsprächen „ohne Weiteres“ dem Marktpreisgefüge. Der für die Position 1.7.1 ausgewiesene Negativpreis sei „für den Marktkenner offenkundig am Markt zu erzielen“. Es bestehe für den Bieter im Vergabeverfahren auch keine Pflicht oder Obliegenheit, seiner Urkalkulation ein Angebot von Dritten (Nachunternehmern) zugrunde zu legen. Ein Bieter dürfe seine Urkalkulation auch anhand von Erfahrungswerten erstellen. Diese Ausführungen vermögen die ganz erhebliche Differenz zwischen den von der Antragstellerin angesetzten Preisen und denjenigen sämtlicher anderer Bieter nicht zu erklären. Konkretere Ausführungen zu den „Erfahrungswerten“ oder dem „Marktpreisgefüge“ finden sich nicht. Ferner lässt sich aus den Angaben der Antragstellerin schließen, der in der Urkalkulation für die Position 1.7.1, die als Anlage zu dem Schreiben mit vorgelegt wurde, angesetzte „Erlös aus Verkauf Beton Z 1.1“ beruhe gerade nicht auf dem konkreten Angebot eines Abnehmers, sondern sei nur aufgrund „allgemeiner Erfahrungswerte“ kalkuliert.

38

Mit Aufklärungsschreiben vom 05.09.2018 führt die Antragsgegnerin aus, es habe sich der Verdacht einer Mischkalkulation bezüglich der Positionen 1.7.1, 1.7.2, 1.7.4 und 1.7.5 ergeben. Die Antragstellerin habe bezüglich der Entsorgungsklasse Z 1.1 mit erheblichem Abstand den günstigsten Einzelpreis und bezüglich der Entsorgungsklasse Z 1.2 den mit Abstand höchsten Einzelpreis aller Bieter angeboten. Die Preise wiesen erhebliche Abweichungen von den marktüblichen Preisen auf. Hierauf erklärte die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.09.2018 lediglich, es falle ihr schwer nachzuvollziehen, dass die Einheitspreise bezüglich der Klasse Z 1.2 die höchsten seien. Sie habe ganz normal die EKT ermittelt und Zuschläge kalkuliert. Für Z 1.2 Beton könnten nach den Erfahrungen der Antragstellerin regelmäßig keine Verkaufserlöse erzielt werden und lägen die Deponiekosten auch höher als für Z 1.1. Neben Lohnanteil und sonstigen Stoff- und Gerätekosten habe sie die Deponiekosten für die Positionen 1.7.2 und 1.7.5 nach ihrer Markterfahrung ermittelt und der jeweiligen Einheitspreiskalkulation zugrundegelegt. Es sei keine Kostenverlagerung zwischen den Einzelpositionen vorgenommen worden, es liege keine unzulässige Mischkalkulation vor. Hierzu fügte die Antragstellerin die Urkalkulationsblätter u.a. der Positionen 1.7.1 und 1.7.2 (erneut) bei. Auch in diesem Schreiben finden sich keinerlei nähere Angaben zur Marktsituation oder etwaigen Deponiekosten. Vielmehr beschränkt sich die Antragstellerin auf den bloßen Verweis auf ihre Erfahrungen. Zudem wird auch in diesem Schreiben nicht erwähnt, dass der - besonders auffälligen - Preiskalkulation für die Position 1.7.1 ein konkretes Angebot eines Abnehmers zugrundeliege.

39

1.3.2. Die Antragstellerin hat die Indizwirkung auch nicht durch ihre Ausführungen im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren erschüttert. Die Antragstellerin trägt hinsichtlich der Preise für die Entsorgungsklasse Z 1.2 erstmals im Nachprüfungsverfahren vor, Grundlage sei insoweit das Angebot des eingebundenen Abfallmaklers, vorgelegt als Anlage ASt 11, gewesen. Das Angebot sei nicht überhöht; insoweit verweist sie auf eine als Anlage ASt 12 vorgelegte Preisliste. Des Weiteren behauptet die Antragstellerin erstmals im Nachprüfungsverfahren, dem Vergütungserlös im Urkalkulationsblatt für die Position 1.7.1 liege ein konkretes Angebot einer bestimmten Abnehmerfirma B. zugrunde (s. Anlage ASt 10). Dieses Angebot sei ihr zwar am 21.08.2018 noch nicht schriftlich vorgelegen, jedoch habe ihr die Abnehmerfirma bereits eine Vergütung in etwa in Höhe des in die Urkalkulation eingestellten Verwertungserlöses zugesagt gehabt.

40

Es bestehen erhebliche Bedenken, ob dieser völlig neue, erst im Nachprüfungsverfahren gehaltene Vortrag überhaupt noch geeignet ist, den Verdacht der Mischkalkulation zu entkräften und die von der Vergabestelle getroffene Ausschlussentscheidung in Frage zu stellen (wohl generell ablehnend OLG Koblenz, Beschluss vom 04.01.2018, Verg 3/17, juris Tz. 64 und 66). Die Antragsgegnerin hatte mit ihrem zweiten Aufklärungsschreiben vom 05.09.2018 hinreichend klar und präzise nachgefragt, wie die von der Antragstellerin angesetzten Einheitspreise und deren erhebliche Abweichungen von den Preisen der

anderen Bieter zu erklären wären. Zudem wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass der Verdacht einer Mischkalkulation u.a. bezüglich der Positionen 1.7.1 und 1.7.2 bestünde. Es hätte sich daher aufgedrängt, im Antwortschreiben auf das Angebot der Firma B. zu verweisen und das Angebot des Abfallmaklers und die Preisliste (Anlagen ASt 11 und 12) vorzulegen. Allein die Tatsache, dass, wie die Antragstellerin erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 18.03.2019 erklärte, sie versehentlich im Entsorgungskonzept die Be. GmbH & Co. KG anstelle der Firma B. aufgeführt habe, erklärt dieses Vorgehen nicht (dazu noch unten Ziff.1.3.2.2).

41

Letztlich kommt es aber darauf nicht an. Auch unter Berücksichtigung dieses neuen Vortrags ist die Indizwirkung nicht erschüttert. Dabei kann zugunsten der Antragstellerin der von den anderen Beteiligten bestrittene Vortrag unterstellt werden, die Firma B. habe das Angebot vom 22.08.2018 (ASt 10) der Antragstellerin übersandt und schon vor dem 21.08.2018 mündlich der Antragstellerin einen - etwas niedrigeren - Preis angeboten.

42

1.3.2.1. Im Grundsatz könnte das als ASt 10 vorgelegte Angebot geeignet sein, die Indizwirkung einer Mischkalkulation zu erschüttern. Die Firma B. bietet der Antragstellerin an, den Beton der Entsorgungsklasse Z 1.1 zu einem Preis abzukaufen, der sogar geringfügig über dem in der vorgelegten Urkalkulation der Antragstellerin liegt. Ausgehend davon hätte die Antragstellerin tatsächlich bei Erstellung des Angebots für das Vergabeverfahren mit einer deutlichen Vergütung kalkulieren können. Die aus den oben dargestellten Umständen sich aufdrängende Vermutung, die Antragstellerin habe tatsächlich anfallende Kosten für die Entsorgung des Betons Z 1.1 in die angesetzten sehr hohen Einheitspreise für die Entsorgung des Betons Z 1.2 verschoben, könnte damit widerlegt sein.

43

1.3.2.2. Jedoch ist es der Antragstellerin verwehrt, sich zur Erschütterung der Indizwirkung auf das Angebot der Firma B. zu berufen.

44

1.3.2.2.1. Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot den Entwurf eines Entsorgungskonzepts vorgelegt. In diesem ist als „Entsorgungsstelle“ für die Positionen 1.7.1 (und 1.7.2) nicht die Firma B. genannt, sondern die Firma Be. GmbH & Co. KG. Ein Austausch der angegebenen Entsorgungsstelle wäre aber ohne vorherige Information und Einverständnis der Antragsgegnerin nicht möglich:

45

Die Antragsgegnerin hat in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots ausdrücklich die Vorlage eines Entsorgungskonzepts für die Leistungsverzeichnis-Positionen 1.7 gefordert mit Bezeichnung und Ort der Entsorgung. In der Bekanntmachung auf „www.schweinfurt.de“ ist unter „p) Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“ ebenfalls ausdrücklich geregelt, zu den geplanten Entsorgungswegen sei ein Entsorgungskonzept vorzulegen. Sofern der Bieter Subunternehmer einsetze, habe er bereits im Angebot diese zu benennen und deren Leistungsfähigkeit / Qualifikation darzustellen. Eine Weitergabe von Aufträgen an Subunternehmer ohne Erlaubnis des Auftraggebers sei unzulässig.

46

Bereits daraus wird hinreichend deutlich, dass die Antragsgegnerin dem konkreten, vom Bieter geplanten Entsorgungsweg samt Entsorgungsstelle eine ganz entscheidende Bedeutung beimisst. Dies erhellt sich ferner daraus, dass den Kern der Beschaffung im vorliegenden Vergabeverfahren der Abbruch und die Entsorgung darstellen. Bei der Entsorgung u.a. von Beton und Bauschutt handelt es sich nicht nur um eine untergeordnete, zusätzlich anfallende Leistung. Vielmehr liegt hierin ein ganz wesentlicher Teil des zu vergebenden Auftrags. Aufgrund dieser Bedeutung, die in der Bekanntmachung und den gesamten Ausschreibungsunterlagen hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht wird, kommt ein Austausch der angegebenen Entsorgungsstelle ohne vorherige Information und Einverständnis der Antragsgegnerin ersichtlich nicht in Betracht, was die Antragstellerin auch in ihrem Schriftsatz vom 08.04.2019 verkennt.

Dabei ist nicht maßgeblich, ob die Angabe der Entsorgungsstelle tatsächlich als Vertragsbestandteil qualifiziert wird, ob dies nur die Frage der Eignung betrifft und ob die Entsorgungsstelle tatsächlich als Nachunternehmer anzusehen wäre. Die Antragsgegnerin selbst hat in der mündlichen Verhandlung vom 18.03.2018 erklärt (S. 3 f, Bl. 37 f der hiesigen Akte), für sie sei entscheidend, dass die Entsorgung ordnungsgemäß durchgeführt werde. Der Entsorger müsse die entsprechende Genehmigung besitzen. Es sei gängige Praxis, dass einem Wechsel des Entsorgers zugestimmt werde, wenn der Bieter durch geeignete Unterlagen nachweise, dass der gewünschte Entsorger ebenfalls alle gesetzlichen Vorgaben erfülle und konform mit dem Leistungsverzeichnis die Entsorgung vornehme.

47

1.3.2.2.2. Die Antragstellerin hat erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 18.03.2018 (und erneut im Schriftsatz vom 08.04.2019) erklärt, sie habe die Firma Be. GmbH & Co. KG „versehentlich“ als Entsorgungsstelle eingetragen. Weder in den Antwortschreiben auf die Aufklärungersuchen noch im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens bis zu diesem Zeitpunkt hat die Antragstellerin jemals zu verstehen gegeben, sie wolle die Entsorgung tatsächlich nicht über die Firma Be. GmbH & Co. KG vornehmen, sondern den Beton der Entsorgungsklasse Z 1.1 an die Firma B. veräußern. Hierbei handelt es sich um einen anderen Entsorgungsweg und eine andere Entsorgungsstelle. Ein Austausch ohne vorherige Offenlegung gegenüber der Antragsgegnerin und deren Einverständnis war nicht möglich.

48

Ein Einverständnis der Antragsgegnerin lag und liegt aber nicht vor. Ob die Antragsgegnerin bei rechtzeitiger Offenlegung des geplanten Austauschs, Information über den nunmehr tatsächlich geplanten Entsorgungsweg samt Entsorgungsstelle sowie Vorlage der nötigen öffentlichrechtlichen Genehmigungen der Fa. B. verpflichtet gewesen wäre, dem Wechsel zuzustimmen, ist nicht maßgeblich. Die Antragstellerin hat sich um ein Einverständnis der Antragsgegnerin mangels Offenlegung ihres „Versehens.“

schon nicht bemüht. Gerade umgekehrt hat die Antragstellerin auf die Aufklärungsgesuche der Antragsgegnerin hin den Sachverhalt verschleiert. Die Antwortschreiben erwecken den Eindruck, die angesetzten Preise seien ganz allgemein aus der Erfahrung der Antragstellerin kalkuliert und in der geplanten Zusammenarbeit mit der als Entsorgungsstelle angegebenen Firma Be. GmbH & Co. KG auch zu realisieren.

49

Aus welchen Gründen die Antragstellerin das behauptete Versehen nicht schon in den Antworten auf das Aufklärungsschreiben offengelegt hat, wird zudem von der Antragstellerin auch jetzt nicht erklärt und erschließt sich in keiner Weise. Das Angebot der Fa. B. betrifft unmittelbar den zentralen Punkt, der gerade den Verdacht einer Mischkalkulation nahelegt.

50

1.3.2.2.3. Mangels einer Offenlegung des angeblichen Versehens und mangels Einverständnisses der Antragsgegnerin mit einer Änderung von Entsorgungsweg und Entsorgungsstelle kann sich die Antragstellerin daher nicht darauf berufen, die Fa. B. zahle ihr eine Vergütung für den Beton der Klasse Z 1.1, eine Mischkalkulation liege daher nicht vor. Vielmehr muss sich die Antragstellerin an dem angegebenen Entsorgungsweg und der angeführten Entsorgungsstelle festhalten lassen. Dass die Firma Be. GmbH & Co. KG überhaupt eine Vergütung oder gar ähnlich hohe Preise wie die Firma B. für die Abnahme des Betons der Belastungsklasse Z 1.1 zu zahlen bereit wäre, behauptet die Antragstellerin selbst nicht.

51

1.3.2.2.4. Sonstige konkrete Anhaltspunkte, dass nach der allgemeinen Marktlage für den Verkauf von Beton der Belastungsklasse Z 1.1 ein signifikanter Preis zu erzielen, und nicht umgekehrt eine Vergütung für die Entsorgung zu bezahlen wäre, hat die Antragstellerin nicht dargetan. Der allgemeine Verweis auf die Marktlage, Erfahrungswerte und drei nicht näher bestimmte Firmen, die angeblich einen Preis zu zahlen bereit wären (Protokoll S. 2, Bl. 36 d.A.) genügt schon als Vortrag hierfür nicht, was die Antragstellerin im

Schriftsatz vom 08.04.2019 ausblendet. Zudem ergibt sich aus der von der Antragstellerin selbst als Anlage ASt 12 vorgelegten Preisliste, dass Betonrecycling 0 - 45 (Frostschutz gemäß TL SoB -StB 04) zu einem Preis erhältlich ist, der deutlich (um ... %) unter dem von der Antragstellerin in ihrer Urkalkulation für die Position 1.7.1 aufgeführten liegt. Insoweit hat die Antragsgegnerin (Schriftsatz vom 24.10.2018, S. 5, Bl. 376 d.A. der Vergabekammer; Beschwerdeschrift S. 8, Bl. 8 d.A., Schriftsatz vom 06.03.2019, S. 3, Bl. 29 d.A.) darauf hingewiesen, dass dieses Material hochwertiger als der nicht zertifizierte Beton gemäß Leistungsverzeichnis-Position 1.7.1 und in gleicher Weise verwendbar sei. Dem ist die Antragstellerin nicht entgegengetreten.

52

1.3.2.3. Zudem erschließt sich auch die Behauptung der Antragstellerin nicht, der von ihr für die Entsorgung des Betons der Belastungsklasse Z 1.2 geforderte Preis sei nicht überhöht. Insoweit hat die Antragstellerin behauptet, Grundlage ihrer Kalkulation sei das Angebot des eingebundenen Abfallmaklers (Anlage ASt 11) gewesen. Der in diesem Angebot geforderte Entsorgungspreis für Beton der Entsorgungsklasse Z 1.2 findet sich in der von der Antragstellerin vorgelegten Urkalkulation an keiner Stelle. Tatsächlich liegt der Preis um rund ... unter dem von der Antragstellerin geforderten. Zudem handelt es sich insoweit um ein Angebot einer Firma B. & S. (Anlage ASt 11) für die „Übernahme“ der angefragten Abfälle. Im Entwurf des Entsorgungskonzept wird aber auch für die Entsorgung der Abfälle nach Leistungsverzeichnis-Position 1.7.2 die Firma Be. GmbH & Co. KG als Entsorgungsstelle angegeben. Diesen Widerspruch hat die Antragstellerin nicht erklärt.

53

1.3.2.4. Ob die Antragstellerin tatsächlich in der Lage ist, eine Mengenverschiebung von Beton der Entsorgungsklasse Z 1.1 zu Beton der Entsorgungsklasse Z 1.2 zu bewirken, ist nicht entscheidend. Der Senat verkennt nicht, dass die Einstufung des Materials durch einen von der Antragsgegnerin zu bestellenden Gutachter nach festgelegten technischen Vorgaben erfolgt. Indessen bedeutet dies nicht, dass es nicht trotzdem zu Streitigkeiten über diese Einstufung kommen könnte. Zudem erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass es tatsächlich zu bislang auch von der Antragstellerin nicht vorhergesehenen Mengenverschiebungen kommt, insbesondere da die Abnehmerin der Antragstellerin ihrerseits eine Beprobung vornimmt. Im Übrigen ist, wie bereits ausgeführt (s.o. Ziff. 1.1.), ohnehin nicht maßgeblich, aus welchen Gründen die Antragstellerin eine Mischkalkulation vornimmt.

54

1.3.2.5. Aus den dargelegten Gründen (Ziff. 1.3.2.2) bedarf es keiner Beweisaufnahme dazu, ob die Firma B. das als Anlage ASt 10 vorgelegte Angebot überhaupt abgegeben hat. Des Gleichen kommt es auf den neuen Vortrag der Beigeladenen im Schriftsatz vom 25.03.2019 nicht an.

55

1.4. Da der nicht ausgeräumte Verdacht der Mischkalkulation jedenfalls zwei Positionen umfasst - 1.7.1 und 1.7.2 des Leistungsverzeichnisses - fehlt auch nicht nur die Preisangabe in „einer einzelnen“ unwesentlichen Position i.S. des § 16 EU Ziff. 3 VOB/A.

56

1.5. Ob eine unzulässige Mischkalkulation auch bezüglich der Leistungsverzeichnis-Positionen 1.7.4 und 1.7.5 vorliegt, bedarf daher keiner Entscheidung.

57

2. Da der nicht ausgeräumte Verdacht der Mischkalkulation jedenfalls zwei Positionen umfasst - 1.7.1 und 1.7.2 des Leistungsverzeichnisses - fehlt auch nicht nur die Preisangabe in „einer einzelnen“ unwesentlichen Position i.S. des § 16 EU Ziff. 3 VOB/A.

58

Ob eine unzulässige Mischkalkulation auch bezüglich der Leistungsverzeichnis-Positionen 1.7.4 und 1.7.5 vorliegt, bedarf daher keiner Entscheidung.

59

Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 GWB. Da sich die Beigeladene aktiv am Beschwerdeverfahren beteiligt hat, sind von der Antragstellerin auch deren außergerichtliche Kosten zu erstatten.