

**1. Vergabekammer des  
Freistaates Sachsen  
beim Regierungspräsidium Leipzig  
1/SVK/86-00**

**Beschluss**

In dem Vergabepflichtverfahren

betreffend die Ausschreibung ..., Neubau Ortsumgehung ..., 2. Bauabschnitt, Teil Landschaftspflege  
Los 1

**Verfahrensbeteiligte:**

1. ..., vertreten durch den Inhaber,  
- Antragstellerin -
  
2. ..., vertreten durch den Amtsleiter  
- Auftraggeber-
  
3. ..., vertreten durch den Geschäftsführer  
- Beigeladene -

hat die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen nach mündlicher Verhandlung vom 13.10.2000 durch den Vorsitzenden Regierungsobererrat Fett, die Hauptamtliche Beisitzerin Regierungsrätin z. A. Gerlach sowie den Ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Götzl beschlossen:

1. Der Auftraggeber wird verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen.
2. Der Auftraggeber hat die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu tragen.
3. Die Gebühr wird auf DM 5000,- festgesetzt. Der Auftraggeber ist jedoch von der Entrichtung der Gebühr befreit.

**Gründe:**

**I.**

Der Auftraggeber schrieb im Wege des Offenen Verfahrens nach VOB/A europaweit die Landschaftspflege (Los 1) für die ..., Neubau Ortsumgehung ... 2. Bauabschnitt aus.

Die Leistung umfasst u.a. Lieferung und Pflanzung (komplett mit Bodenverbesserungsstoffen und Zubehör) nachfolgender Gehölze heimischer Arten:

4200 Sämlinge (3jährig verschult 50-80 cm)

4650 Sträucher (4 Tr., 60-100 cm)

7700 leichte Heister (1xv., 80 bis 100 cm)  
 12 Obsthochstämme (3 xv., 14-16 cm StU, mit Ballen)  
 96 Hochstämme (Laubgehölze, 3 xv., 16.-18 cm StU, mit Ballen)  
 38.340 qm Pflanz- und Aussaatfläche vorbereiten  
 3000 qm Rasenansaat herstellen  
 1550 m Vegetationsschutzzaun errichten

Die Ausschreibung beinhaltet die vollständige Fertigstellungspflege im 1. Vegetationsjahr sowie die 1. und 2. Entwicklungspflege in den folgenden Jahren.

4. Baubeginn 23.10.2000  
 Bauende 15.12.2000

...

13. Annehmbarstes Angebot unter Berücksichtigung aller technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte

...

15. 1. Vergabekammer beim Regierungspräsidium Leipzig, Braustraße 2,04107 Leipzig  
 16. 25.09.1998  
 17. 25.07.2000

Die Zuschlagsfrist sollte am 06.10.2000 enden.

Beim Submissionstermin am 19.09.2000 lagen 11 Angebote vor. Preisgünstigster Bieter war die Beigeladene mit ca. 1XX.XXX,- DM (+ 1 Nebenangebot), zweitgünstigste Bieterin war die Antragstellerin mit 2XX.XXX,- DM. Der nächstbeste Bieter liegt bei 2XX.XXX,- DM, der Höchstbieter bei 7XX.XXX,- DM.

Die Preise blieben bis auf geringe Rechenfehler auch nach der rechnerischen Prüfung annähernd gleich. Der Auftraggeber hatte die Kosten auf 2XX.XXX,- DM brutto geschätzt.

Etlliche Positionen im Angebot der Beigeladenen weichen erheblich von vergleichbaren Positionen der Konkurrenten, auch der Antragstellerin, ab. Dies betrifft u. a. die Positionen 01001 (Baustelle einrichten), 01002 (Baustelle räumen), 01003 (Anlagen im Baugelände), 01004 (Einschlagplatz für Gehölze), 01005 (Stundenlohn für Baugeräte), 01008 (Pflanzstellen markieren), 01009 (Mineralischen Bodenverbesserungsstoff liefern), 01010 (Oberboden liefern), 03012 (Hochstammpflanzen), 03013 (Unrat beseitigen) und 05002 (Rasenflächen mähen).

In insgesamt 111 Positionen bietet die Beigeladene die preisgünstigste Einzelposition, die z. T. erheblich von der nächstgünstigsten abweichen. Vielfach betragen diese Positionen nur 3 bis 10 % der nächsthöheren Position und 2,5 bis 5 % im Verhältnis zu anerkannten Durchschnittspreisen (SIRADOS). Dies betrifft z. B. die Positionen Obsthochstammpflanzen, Schädlingsbefall kontrollieren und Mäuseköderstation aufstellen und befüllen.

Mit Schreiben vom 19.09.2000, dem Auftraggeber per Fax am 20.09.2000 zugegangen, erhob die Antragstellerin Einspruch gegen das „Dumpingangebot“ der Beigeladenen, da dieses fast 200 % unter dem des nächsten Bieter liege. Gleichzeitig forderte sie den Ausschluss des Angebotes aus der Wertung.

Mit am 21.09.2000 bei der Vergabekammer eingegangenen Fax beantragte die Antragstellerin aufgrund geltenden Rechts den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen, da dieses unter den Herstellungskosten und um fast 200 % unter dem nächsten Bieter liege. Unter Abzug der 16 % Mehrwertsteuer und des Pflanzenpreises blieben dem Bieter lediglich noch 6X.XXX,- DM für diese Riesenspflanzung inkl. Bodentausch, Mahd, Zaun sowie drei Jahre Folgepflege. Die Rüge gegenüber dem Auftraggeber war dem Fax beigelegt.

Der Antrag wurde dem Auftraggeber am 21.09.2000 per Fax und am 25.09.2000 mit Postzustellungsurkunde zugestellt.

In einem undatierten Vergabevermerk, laut Auftraggeber am 25.09.2000 gefertigt, wird vorgeschlagen, den Zuschlag an die Beigeladene zu erteilen.

Mit Beschluss vom 27.09.2000 wurde die Beigeladene in das Verfahren beigelegt.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass der Auftraggeber gegen § 25 Abs. 3 VOB/A verstoßen habe. Das Angebot der Beigeladenen sei auszuschließen, da es sowohl im Vergleich zu den anderen Mitbietern als auch im Vergleich zur Kostenberechnung unangemessen niedrig liege. Die Position Baustelleneinrichtung sei kein bedeutender Kostenfaktor, der die Preisdifferenz zur Beigeladenen rechtfertige. Bei vergleichbaren Herstellungskosten von 1XX.XXX,- DM netto habe sie 1XX.XXX,- DM für die Pflege angesetzt, demgegenüber entstände bei der Beigeladenen ein Minusbetrag in Höhe von 1X.XXX,- DM. Nicht erklärlich sei auch, wieso die Beigeladene bei der am 26.09.2000 eröffneten Ausschreibung über das Los 2 sich nunmehr im normalen Schwankungsbereich anderer Mitbieter wiederfinde.

In der mündlichen Verhandlung am 13.10.2000 hatten die Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. zur Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens.

Die Antragstellerin beantragt,

festzustellen, dass der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen trifft, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Der Auftraggeber beantragt, den Antrag des Antragstellers abzulehnen.

Der Auftraggeber legt dar, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung des Loses Landschaftsbau schon 80 % der Gesamtleistung EU-weit ausgeschrieben waren, dennoch aber auch dieses Los EU-weit ausgeschrieben worden sei. Er erläutert, dass den ermittelten Schätzkosten mittlere Einheitspreise zugrunde lägen, die aus den Preisen vergleichbarer Positionen von Angeboten zurück liegender Jahre ermittelt wurden. Die großen Preisdifferenzen seien sehr wohl Anlass für eine Prüfung gewesen. Nachdem klar gewesen sei, dass der Preisvorsprung in erster Linie aus den Leistungen der Fertigstellungs- und Entwicklungspflege resultiere, sei die Beigeladene telefonisch als auch schriftlich aufgefordert worden, Aufklärung über die Grundlagen, die eine derartige Kalkulation der Preise ermöglichen, zu geben. Die von der Beigeladenen gemachten Angaben zum Einsparungspotenzial aufgrund der unmittelbaren Nähe zur Baustelle erschienen insgesamt glaubwürdig und nachvollziehbar. Zudem bringe die mögliche Kombination mit parallel laufenden Pflegeleistungen in unmittelbarer Nähe der Baustelle weitere Effekte. Insoweit sei das innovative, unternehmerische Element nicht zu un-

terschätzen. Dieses gebe die Möglichkeit, Mitarbeiter noch auf eine andere Baustelle zu schicken und damit dort eine Leistung für fast Null DM zu erbringen, wenn man auf einer anderen Baustelle zwei Stunden eher fertig sei. Im übrigen seien die Preise im Landschaftsbau seit 1992 kontinuierlich heruntergegangen und betrügen heute nur noch 40 % des damaligen Niveaus. Die von der Antragstellerin geäußerte Vermutung, die von der Beigeladenen gebotenen Preise seien nur durch das Weglassen einzelner vom Auftraggeber ausbedingener Leistungen oder durch den Einsatz von Billigstarbeitskräften realisierbar, seien unbewiesene Spekulationen. Der Bauablauf und die Qualität der Pflanzung im 1. Bauabschnitt bewiesen das Gegenteil. So habe das beauftragte Büro ... in seiner Einschätzung vom 05.10.2000 zur bisherigen Leistungserbringung der Beigeladenen im 1. Bauabschnitt ab dem 16.03.1999 keine Mängel in der Leistungserbringung feststellen können.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag.

Die Beigeladene legt dar, dass sie die örtlichen Verhältnisse aus der Baumaßnahme der Straße sehr genau kenne. Sie wisse genau, was im Boden sei und wie sie diesen zu bearbeiten habe. Ihre Pflanzen kämen aus dem Nachbarort und würden dort jeweils frisch geschlagen und morgens um sieben an die Baustelle geliefert, so dass sie keinen Schlagplatz brauche. Auf Nachfrage, warum sie in der Position 3013 (ungeeigneten Boden, Unrat und Steine beseitigen) derart niedrige Preise anbieten könne, erläutert diese, sie habe einen eigenen Zwischenlagerplatz 500 m von der Baustelle entfernt, wo das Material zu Mutterboden kompostiert und weiter verarbeitet werde. Deshalb würden nur die Kosten für den Transport eines Radladers anfallen. Im übrigen verfüge sie über eine Tiefbaubrigade, die deponierfähiges Material weiter verarbeite. Überschüssige Mengen würden deponiert.

Im übrigen wird auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung verwiesen.

## II.

1. Der Antrag auf Nachprüfung des Vergabeverfahrens ist zulässig.
  - a) Die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gemäß § 2 der Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern des Freistaates Sachsen (SächsVgKVO) vom 23.03.1999 (SachsGVBl. S. 214) für den Antrag zuständig, da es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eines sächsischen Auftraggebers handelt. Ausgeschrieben war eine Landschaftsbauleistung.
  - b) Nach § 100 Abs. 1 GWB unterliegen der Nachprüfung durch die Vergabekammer nur Aufträge, welche die Auftragswerte erreichen oder überschreiten. Die Auftragswerte werden durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegt (Schwellenwerte). Der Gesetzgeber hat von der Ermächtigung in § 127 Nr. 1 GWB zum Erlass einer Rechtsverordnung keinen Gebrauch gemacht. § 100 Abs. 1 GWB ist aber richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass die Schwellenwerte unmittelbar durch die EG-Richtlinien bestimmt sind. Entsprechend der Richtlinie 93/37 EWG in der modifizierten Fassung gemäß der Richtlinie 97/52/EG beträgt der Schwellenwert für Bauaufträge 5.000.000 Euro (ca. 9,8 Mio. DM). Der geplante Gesamtauftragswert für das Bauvorhaben liegt bei 2X Millionen DM. Dieser überschreitet folglich den Schwellenwert bei weitem. Da der Auftraggeber das streitige Los EU-weit ausgeschrieben hat,

ist es unerheblich, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung schon 80 % der Gesamtleistung EU-weit ausgeschrieben waren.

- c) Der Auftraggeber unterliegt als Gebietskörperschaft gemäß § 98 Nr. 1 GWB dem Vergaberegime.
- d) Die Antragstellerin ist hinsichtlich des gerügten Unterangebots der Beigeladenen antragsbefugt. Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in bieterschützenden Rechten und zumindest einen drohenden Schaden darlegt. Als Bieterin hat die Antragstellerin ihr Interesse an der Auftragserteilung signalisiert. Die mögliche Berücksichtigung des Unterangebots der Beigeladenen ist ihres Erachtens vergaberechtswidrig. Den drohenden Schaden sieht sie in der Nichterteilung des Zuschlags, obwohl sie das preisgünstigste zu wertende Angebot abgegeben habe.
- e) Die Antragstellerin hat einen zulässigen Nachprüfungsantrag gemäß § 108 GWB gestellt. Der Antrag war gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 GWB schriftlich einzureichen. Am 21.09.2000 ging bei der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ein Fax ein, in dem die Antragstellerin die Überprüfung des Angebots der Beigeladenen begehrte. Das Fax genügt dem Schriftformerfordernis, zumal es den Aussteller erkennen lässt (vgl. Kopp, VwVfG, 7. Auflage 2000, § 64 Rdnr. 10). Dies hat der Vergleich des Faxes mit dem nachträglich zu den Akten gereichten Original ergeben.
- f) Der Antrag erfüllt auch die Mindestanforderungen an die Begründungspflicht. Gemäß § 108 Abs. 2 GWB muss die Begründung die Bezeichnung des Antragsgegners, eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel enthalten, sowie darlegen, dass die Rüge gegenüber dem Auftraggeber erfolgt ist. Unter Beifügung verschiedenster Unterlagen hat die Antragstellerin dargelegt, aus welchen Gründen sie sich in eigenen Rechten verletzt sieht. Die Rüge vom 20.09.2000 an den Auftraggeber hat sie ihrem Antrag beigefügt.
- g) Das Unterangebot der Beigeladenen hat die Antragstellerin unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gerügt. Sie wandte sich „ohne schuldhaftes Zögern“ im Sinne des § 121 BGB an den Auftraggeber. Während das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 13.04.1999, Verg 1/99) dem Unternehmen in der Regel 2 Wochen als Obergrenze bis zur Erklärung der Rüge belassen will, billigt die Literatur dem Antragsteller äußerstenfalls eine Frist zur Rüge von einer Woche zu (Ingenstau/Korbion, Kommentar zum Vergaberechtsänderungsgesetz, § 107 Rdnr. 5). Der Streit kann jedoch in diesem Fall dahin gestellt bleiben, da zwischen Kenntniserlangung vom Unterangebots der Beigeladenen im Submissionstermin am 19.09.2000 und dem Rügeschreiben vom 20.09.2000 nur ein Tag liegt.

### III.

#### 2. Der Antrag ist begründet.

Der Auftraggeber hat gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 97 Abs. 2 GWB als auch gegen § 97 Abs. 5 GWB verstoßen, auf deren Einhaltung die Antragstellerin gemäß § 97 Abs. 7 GWB

Anspruch hat. Durch diese Vergabeverstöße ist die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt (§ 114 Abs. 1 GWB).

- a) Gemäß § 97 Abs. 5 GWB hat der Auftraggeber den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene hat der Auftraggeber gegen § 97 Abs. 5 GWB, § 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A verstoßen.

Da das GWB selbst nicht regelt, was unter dem wirtschaftlichsten Angebot zu verstehen ist, kann und muss insoweit auf die entsprechenden Regelungen der Verdingungsordnungen zurück gegriffen werden.

Der Auswahlvorgang zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt dabei nach durchgeführter Eignungsprüfung der Bieter in zwei Stufen.

Der Auftraggeber ist gemäß § 25 Nr. 3 VOB/A verpflichtet, den Zuschlag nicht auf das preislich niedrigste, sondern auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Das Angebot der Beigeladenen ist nicht das wirtschaftlichste Angebot, da es schon im vorherigen Wertungsvorgang gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A zwingend auszuschließen war.

Gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A werden u. a. unangemessen niedrige Angebote ausgeschieden. Dazu sieht § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A zwingend vor, dass vom Bieter schriftlich Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung zu verlangen ist.

Die Notwendigkeit einer derartigen Überprüfung auf das Vorliegen eines unangemessen niedrigen Angebots ergibt sich grundsätzlich bei einer Abweichung im Angebotspreis von mehr als 10 % zum nächsthöheren Bieter (Vergabekammer Thüringen, Beschluss vom 29.09.1999, 2/99).

Ein Unterangebot liegt nach Aufklärung dann vor, wenn zwischen der angebotenen Leistung und dem dafür verlangten Preis ein auffallendes Missverhältnis besteht und wenn das grobe Abweichen vom angemessenen Preis (Vergabekammer Thüringen, Beschluss vom 29.09.1999, 2/99) sofort ins Auge fällt, ohne dass es einer genauen Prüfung im Einzelfall bedarf (Oberlandesgericht Celle, Beschluss vom 30.04.1999, 13 Verg 1/99, ZVgR 1999, S. 157, 158). Abzustellen ist daher grundsätzlich auf die Endsumme des Angebots und nicht auf einzelne Lose oder andere Positionen des Leistungsverzeichnisses (Vergabekammer Thüringen, Beschluss vom 29.09.1999, 2/99).

Etwas anderes kann ausnahmsweise gelten, wenn sich ein unangemessen niedriger Preis im Sinne des § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A aus den Einzelpositionen für in sich abgeschlossene Preise des Angebots oder wichtiger Einzelpositionen ergibt, falls sich nicht aus anderen Preisen ein Ausgleich ergibt (Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 29.04.1997 – 20 U 124/96, BauR 1998, S. 118; Vergabeüberwachungsausschuss Brandenburg, Beschluss vom 28.08.1997 – VÜA 12/96 -, WuW 98, 112; 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen, Beschlüsse vom 07.07.2000, 1/SVK/43II-00, und vom 10.08.2000, 1/SVK/69-00). Als Anhaltspunkt sind grundsätzlich die Preisvorstellungen des Auftraggebers und die Angebotssummen der anderen Bieter heran zu ziehen.

Der Auftraggeber ist letztgenannter Verpflichtung zum einen nicht ordnungsgemäß nachgekommen und hat zum zweiten die Ergebnisse dieser Aufklärung fehlerhaft bewertet.

- aa) Für den Zeitraum vor Erstellung des Vergabevermerks am 25.09.2000 (Angabe Auftraggeber) findet sich in den am 25.09.2000 übersandten Akten lediglich ein Aktenvermerk über ein Tele-

fonat mit Frau ... von der Beigeladenen. Dort hat diese lediglich angegeben, dass die Preise der einzelnen Positionen in ähnlicher Weise gebildet worden seien wie beim 1. Bauabschnitt der Ortsumgehung; dass die Kosten für Pflanzung, Ansaat und Pflege ohne Gewinn kalkuliert worden seien, da es sich um ein vor der Haustür liegendes Referenzobjekt handle und eine günstige Kalkulation wegen der geringen Transportentfernungen möglich war.

Ein schriftliches Aufklärungsverlangen des Auftraggebers an die Beigeladene oder eine schriftliche Rückantwort findet sich in den am 25.09.2000 übersandten Akten nicht.

Dies stellt einen Verstoß gegen § 25 Nr. 3 Absatz 2 VOB/A dar.

Insoweit kann es dahin stehen, ob angesichts des Wortlauts des § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A das Aufklärungsverlangen schriftlich erfolgen muss oder sich die Schriftlichkeit - wie Heiermann (Komm. zur VOB, A, § 25 Rdnr. 47) meint - zwingend nur auf die Erklärung des Bieters bezieht.

Dieser Mangelhaftigkeit seiner bisherigen Preisermittlung war sich der Auftraggeber augenscheinlich selber bewusst. Dies zeigt die Tatsache, dass die Beigeladene mit Schreiben vom 10.10.2000 an den Auftraggeber ein auf den 22.09.2000 datiertes Schreiben hinsichtlich der „Aufklärung zur Ermittlung des Angebotspreises“ gefaxt hat, das dieser danach seinem Schreiben an die Vergabekammer vom 11.10.2000 beigefügt hat. Zwar belegt auch dieses Schreiben kein schriftliches Aufklärungsschreiben des Auftraggebers an die Beigeladene, zeigt aber, dass der Auftraggeber nach Fassung seines Vergabevermerks im laufenden Nachprüfungsverfahren eine nähere Aufklärung des Angebotspreises der Beigeladenen initiiert hat. Gegen eine schon vor Erstellung des Vergabevermerks erfolgte schriftliche Aufklärung durch die Beigeladene sprechen jedoch drei Umstände. Zum einen befand sich das angebliche Aufklärungsschreiben vom 22.09.2000 nicht in den am 25.09.2000 übersandten Akten, obwohl sich sowohl die Unterlagen zur rechnerischen Prüfung aller Angebote (Stand 22.09.) als auch der Vergabevermerk (Stand 25.09.) darin fanden. Zum zweiten wird ein derart wichtiges Aufklärungsschreiben im Vergabevermerk überhaupt nicht erwähnt. Dort findet sich lediglich eine pauschale Bewertung anhand der Preise des ersten Bauabschnitts. Zum dritten hätte ein derartiges möglicherweise vergessenes Schriftstück unverzüglich an die Vergabekammer nachgesandt werden müssen.

- bb) Die schlussendliche Wertung des Auftraggebers, dass das Angebot der Beigeladenen als wirtschaftlichstes Angebot zu werten sei, ist vergaberechtswidrig.

Das Angebot der Beigeladenen musste zwingend gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A von der weiteren Wertung ausgeschlossen werden.

Bei der Beurteilung eines Angebots als sog. Unterangebot ist von folgender Betrachtungsweise auszugehen:

„ Die Wertung, ob ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung vorliegt, wird schon daraus deutlich, dass der geforderte Preis seiner Tiefe nach vom üblichen Preis (§ 632 Abs. 2 BGB) eklatant abweicht. Hierbei können vom Auftraggeber Vergleiche mit gleichartigen Bauvorhaben wie auch die eigene Kostenschätzung, die bei öffentlichen Auftraggebern den Haushaltsmittelanforderungen zugrunde zu legen ist, dienlich sein. Maßgeblich für die Beurteilung, wann ein Missverhältnis vorliegt, ist immer das Angebot als solches mit seinem für die Bauleistung geforderten Gesamtpreis (Ange-

botssumme), d. h. außer Betracht bleibt, ob etwa Preise für einzelne Positionen in einem Missverhältnis zur entsprechenden Einzelleistung stehen. Ist bei gewichtigen Einzelpositionen oder einzelnen in sich abgeschlossenen Teilen des Angebots ein Missverhältnis zwischen Leistung und Preis festzustellen, kommt es darauf an, ob an anderer Stelle des Angebots ein entsprechender Ausgleich geschaffen ist und damit das Angebot insgesamt kein Missverhältnis zwischen Leistung und Preis aufweist, OLG Köln BauR 1998,118“ (Rusam, in Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, A, 9. Aufl., 2000, § 25 Rdnr. 45).

Unter Anlegung dieses Wertungsmaßstabes und der schon zitierten Spruchpraxis von weiteren Oberlandesgerichten, Vergabeüberwachungsausschüssen und Vergabekammern war das Angebot der Beigeladenen wegen eines Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung auszuschließen.

Das Angebot der Beigeladenen unterschreitet die Kostenermittlung des Auftraggebers um ca. 100 %, ohne dass dafür in Gänze plausible Gründe nachgewiesen sind.

Im Verhältnis zum nächstgünstigsten Bieter, der Antragstellerin, beträgt der Unterschied sogar 160 %.

Einzig geeignetes Mittel, um Unterangebote auch bei vertiefter Betrachtung erkennen und ausscheiden zu können, sind etwa die Formblätter EFB-Preis, hilfsweise ergibt sich dies auch aus einem ausführlichen Preisspiegel.

Legt man den ausführlichen Preisspiegel des Auftraggebers zugrunde, ist das Angebot der Beigeladenen absolut als auch in 111 der 134 Einzelpositionen mit weitem Abstand das preisgünstigste.

Die Unterschiede in fünf der sieben Untertitel betragen konstant jeweils 2X.XXX,- DM. Lediglich in den Untertiteln 1 (Vorarbeiten und Baustoffe) und 2 (Pflanzenlieferung) fallen die Differenzen absolut gesehen geringer aus, wobei die Preise für die Pflanzen wiederum nahezu nur die Hälfte des nächstgünstigsten Bieters ausmachen.

Ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung kann in einem solchen Fall gegeben sein, wenn das grobe Abweichen vom angemessenen Preis sofort ins Auge fällt, ohne dass es einer Prüfung im einzelnen bedarf (Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs, Urteil vom 21.10.1976, BauR 1977, S. 52).

Selbst wenn man, wie dies auch vertreten wird (Beschluss des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes vom 14.04.1998, VÜ 13/97, ZVgR 1999, S. 16), einen noch so beträchtlichen Preisunterschied zwischen dem günstigsten und den nachfolgenden Angeboten für sich genommen für einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Preis nicht für hinreichend hält, so gibt es für das Angebot der Beigeladenen auch keine wettbewerblich begründeten Anhaltspunkte, die ausnahmsweise ein Niedrigangebot rechtfertigen könnten.

Soweit sowohl die Beigeladene als auch der Auftraggeber maßgeblich auf die Nähe der Beigeladenen zur Baustelle verweisen, mag dies zwar Kostenvorteile bei der Baustelleneinrichtung und den zu liefernden Pflanzen plausibel machen. So ist der Beigeladenen zuzugestehen, dass ihre Preise für Pflanzen gegenüber der Konkurrenz sicherlich erheblich günstiger sein können, wenn sie diese vollständig aus dem Nachbarort beziehen kann. Ebenso ist nachvollziehbar, dass Gemeinkosten, wie für einen Schlagplatz, nahezu entfallen, wenn diese Pflanzen auf Abruf direkt an die Baustelle geliefert werden. Insoweit erscheinen die Niedrigpreise in der Position 01004 (Einschlagplatz für Gehölze einrichten) durchaus plausibel. Dasselbe mag für die um fast 50 % niedrigeren Kosten für die zu liefernden Pflanzen gelten.

Nicht erklärlich sind aber durch die Ortsnähe der Beigeladenen zur Baustelle nahezu 100 weitere Niedrigstpositionen, insbesondere in den Untertiteln 3 bis 7.



Dabei handelt es sich zu meist um kostenintensive Lohnkosten für Saat- und Pflanzarbeiten, die Fertigstellungspflege und nachfolgende Entwicklungspflege.

Insoweit mag die Beigeladene aufgrund geringerer Transportkosten noch einen Preisvorteil gegenüber den Mitkonkurrenten haben, obwohl die Antragstellerin zu Recht darauf hinweist, dass sie ähnlich nahe über eine Dependance verfügt, was nach ihrer Ansicht aber derartige Kostenreduzierungen nicht rechtfertigen könne.

Unerklärlich und von der Beigeladenen auch in der mündlichen Verhandlung nicht plausibel gemacht sind jedoch die durchgängigen Niedrigstpreise um bis zu 900 % unter dem nächstbesten Bieter in Positionen, auf die sich die Ortsnähe der Beigeladenen objektiv nicht auswirken kann.

Die Vergabekammer vermochte auch der Vortrag der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung nicht zu überzeugen, inwiefern seine Ortsnähe durchgängige Niedrigstpreise in beinahe allen Positionen rechtfertigen soll.

Dies betrifft z. B. die Positionen Mäuseködertation aufstellen (03015) und befüllen (05015, 06015, 07015), ungeeigneten Boden, Unrat und Steine beseitigen (03013) und 72 cbm Mineralischen Bodenverbesserungsstoff liefern (01009).

Die von der Beigeladenen zur Erklärung dieser speziellen Einzelpositionen in der mündlichen Verhandlung gemachten Angaben vermochten nicht zu überzeugen; zum zweiten hat sich die Beigeladene teilweise in ihren Ausführungen selber widersprochen.

So hat sie zur Position 03013 zunächst vorgetragen, dass sie das Material auf ihrem nahe gelegenen Zwischenlagerplatz zunächst kompostiere und danach weiter verarbeite. Nachdem die Antragstellerin zu Recht eingewandt hatte, dass es sich in der Position 03013 um die Beseitigung von ungeeigneten Boden, Unrat und Steinen handele, die nicht zu kompostieren seien, hat die Beigeladene danach vorgetragen, sie verfüge auch über eine Tiefbaubrigade, die das Material weiter verarbeite. Gleichzeitig hat sie jedoch eingeräumt, das selbst für diesen Fall überschüssiges Material deponiert werden müsse. Selbst wenn man auch noch die Tatsache einer angeblichen Tiefbaubrigade einbezieht, ist jedenfalls klar, dass wesentliche Mengen der insgesamt 145 cbm ungeeigneten Materials zu deponieren sind. Bei durchschnittlichen Transportkosten und Deponiegebühren von mindestens 1X DM erscheint ein Einzelpreis von weniger als einem Drittel bei dem gewählten Mengenansatz nicht nachvollziehbar, zumal sich der zunächst gewählte Erklärungsversuch nicht zu überzeugen vermochte.

Dasselbe gilt hinsichtlich des Erklärungsversuchs zum Preisansatz von lediglich 10 % des Preises des Nächstbieters in der Position Mäuseködertation aufstellen (05015).

Nachdem dafür zunächst keine die Vergabekammer überzeugende Erklärung gegeben werden konnte, verwies die Beigeladene danach auf „verschiedene Bezugsquellen, auch im Ausland, wo man derartige Dinge zu diesen Preisen beziehen könne“. Zum einen zeigt diese Begründung, dass sich die Ortsnähe der Beigeladenen bei etlichen Einzelpositionen sogar nach deren eigenen Angaben nicht auswirken konnte und auch nicht hat; zum zweiten erscheint diese pauschale Begründung unglaubhaft. Dass die Beigeladene als einzige Bieterin derart extrem günstige Bezugsquellen haben sollte, ist unglaubhaft, zumal sich diese im Ausland befinden sollen. Gerade bei derartigen Bezugsquellen erscheinen die Transportkosten im Verhältnis zum Einheitspreis von lediglich 0,XX DM bei einer Stückzahl von insgesamt 229 derart hoch, dass ein Bezug von Mäuseködern unter Beachtung bundesdeutschen Rechtsstandards ausgeschlossen erscheint. Ähnliches gilt hinsichtlich der Lohnkosten bei etlichen Positionen wie 8500 qm Schutzpflanzdecke ansäen (03008), sämtliche Pflegearbeiten, Wässerungsarbeiten und Mäharbeiten.

So hat die mündliche Verhandlung ergeben, dass die Antragstellerin als auch die Beigeladene über eine annähernd gleiche Technikausstattung verfügen. Ähnliches gilt bei der Beschäftigtenzahl, wenn man die Reserven und Zugriffsmöglichkeiten der Antragstellerin mit einbezieht. Zudem wurde deutlich, dass die Landschaftsbauleistungen aufgrund der Hanglagen nur bei einer Kombination von Handarbeit und technischem Gerät zu bewältigen sind.

Wieso die Beigeladene bei annähernd gleichen Ausgangsbedingungen gerade im Lohnanteil ohne Rückgriff auf Teilzeitarbeitskräfte und Saisonarbeiter, etwa aus dem angrenzenden Polen, um mehr als die Hälfte unter der Antragstellerin, aber auch allen anderen Bietern liegt, ist nicht erklärlich. Der Verweis des Auftraggebers auf vorrangige ordnungsgemäße Vertragsabwicklungen ist ebenfalls unerheblich, da er für aktuelle Vergaben keine Relevanz hat. Würde man sich mit dieser Begründung zufrieden geben, könnte ein Unternehmen mit gezielten Niedrigstangeboten wettbewerbswidrig den lokalen Markt auf Jahre dominieren.

Niedrige Einzelpositionen können zwar dann gerechtfertigt sein, wenn der Bieter darlegt, dass er an anderer Stelle seiner Kalkulation dafür einen Ausgleichsfaktor hat (Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 29.04.1997 – 20 U 124/96, BauR 1998, S. 118; Vergabeüberwachungsausschuss Brandenburg, Beschluss vom 28.08.1997 – VÜA 12/96 -, WuW 98, 112, 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen, Beschluss vom 07.07.2000 – 1/SVK/43II-00). Gerade dies trägt die Beigeladene jedoch nicht vor bzw. ergibt sich aus dem sehr detaillierten Preisspiegel, dass sie in nahezu allen Teilpositionen Niedrigstbieterin ist und es keine Positionen gibt, bei denen sie andererseits gegenüber den Konkurrenten überdurchschnittlich hoch angeboten hätte. Vielmehr ergibt sich, dass der Abstand zu den Konkurrenten in den Positionen, wo sich die anerkanntswerten Vorteile der Beigeladenen auswirken können, eher unterdurchschnittlich ist. Im Gegensatz dazu sind insbesondere die preisintensiven Lohnpositionen exorbitant niedrig kalkuliert. Diese Einschätzung hat auch eine Überprüfung durch das Investcontrolling beim Regierungspräsidium ... bestätigt. Dieses hat anhand des Systems SIRADOS (Stand 1998) elf ausgewählte Positionen im Angebot der Beigeladenen mit den Durchschnittspreisen nach SIRADOS verglichen. Die dort ermittelten Durchschnittswerte entsprechen im wesentlichen den Positionen, die andere Bieter, u. a. auch die Antragstellerin, angeboten haben. Auch diese Durchschnittspreise, etwa in den Positionen 01009, 01010, 03012, 03013 und 05002, weichen eklatant von den Preisen der Beigeladenen in den untersuchten Teilpositionen ab.

Die allgemeinen Angaben zum streitigen Los als Referenzobjekt vermögen den immensen Preisvorteil von weit über 1XX.XXX,- DM nicht zu rechtfertigen.

Zwar wird teilweise vertreten, dass Niedrigstpreisangebote auch wettbewerblich begründet sein können. Als anerkannte Beispiele kommen der Verzicht auf Kostendeckung aus Gründen der Kapazitätsauslastung und das Verschaffen von Marktzugang in Betracht (Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes, a. a. O.). Der Beigeladenen geht es erkennbar nicht um einen erstmaligen Marktzugang, da sie schon Leistungserbringerin in der Region ist. Aber auch Gründe der Kapazitätsauslastung finden ihre Rechtfertigungsgrenze bei einem Unterkostenangebot. Eine zulässige Preisbildung wird bei einem Niedrigstangebot nämlich in den Fällen verlassen, in denen ein gezieltes und planmäßiges Verdrängen von Wettbewerbern vorliegt (Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes a. a. O.). Die Beigeladene will nach Überzeugung der Vergabekammer mit ihrem aggressiven Niedrigstangebot den lokalen Markt gezielt von Konkurrenten frei halten. Darauf deutet auch die im Aktenvermerk vom 22.09.2000 wiedergegebene Äußerung der Angestellten der Beigeladenen Michel hin, dass die „Kosten für Pflanzung, Ansaat und Pflege ohne Gewinn kalkuliert wurden, da die Strecke als Referenzobjekt „vor der eigenen Haustür liegend“ betrachtet wird.

- b) Durch die nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Angebote der Beigeladenen und der Antragstellerin liegt zudem ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 97 Abs. 2 GWB vor, da die Berücksichtigung und Wertung des Angebots der Beigeladenen als wirtschaftlichstes Angebot nicht aufgrund des GWB gedeckt ist.
- c) Da sowohl § 97 Abs. 2 als auch § 97 Abs. 5 GWB bieterschützenden Charakter haben, ist die Antragstellerin als zweitgünstigste Bieterin durch diese Rechtsverletzungen auch in ihren Rechten verletzt, § 114 Abs. 1 S. 1 GWB.
3. Gemäß § 114 Abs. 1 GWB trifft die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Da sich aufgrund des offensichtlichen Missverhältnisses zwischen dem Angebotspreis der Beigeladenen und der geforderten Leistung das Ermessen des Auftraggebers auf Null reduziert hat, kommt als geeignete Maßnahme nur der Ausschluss des Angebots der Beigeladenen gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 1 GWB in Betracht.

### III.

Der Auftraggeber hat als Unterliegender die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) gemäß § 128 Abs. 3 GWB zu tragen. Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem wirtschaftlichen und personellen Aufwand der Kammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Nachprüfungsverfahrens. Die wirtschaftliche Bedeutung des Nachprüfungsverfahrens ist mit einem Auftragswert unter 5XX.XXX,- DM so gelagert, dass die Mindestgebühr in Höhe von 5.000,- DM angemessen erscheint.

Der Auftraggeber ist jedoch gemäß § 8 Abs. 1 des Verwaltungskostengesetzes von der Entrichtung der Gebühr befreit.

### IV.

Gegen die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gem. § 116 Abs. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt (§ 117 Abs. 1 GWB), schriftlich beim Beschwerdegericht einzu legen. Beschwerdegericht für die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist das Oberlandesgericht Dresden, Vergabesenat, Lothringer Straße 1, 01069 Dresden. Die Beschwerde muss zugleich mit ihrer Einlegung begründet werden (§ 117 Abs. 2 GWB). Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Kammer angefochten wird und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts (§ 117 Abs. 3 GWB). Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten (§ 117 Abs. 4 GWB).

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist (§ 118 Abs. 1 GWB).

Fett

Gerlach

Götzel