

IBRRS 2023, 2723**Entscheidung im Volltext****Vergabe****Auch ein negativer Preis ist ein Preis!****Siehe auch: Zugehörige Dokumente**

OLG Karlsruhe

Beschluss

vom 18.08.2023

15 Verg 4/23

VOB/A 2019 § 13 EU Abs. 1 Nr. 3, § 16 EU Nr. 3

1. Auch ein negativer Preis ist ein Preis, der grundsätzlich zulässig ist.**2. Der Auftraggeber kann den Ausschluss eines Angebots mit negativen Preisen nicht darauf stützen, dass er in der Ausschreibung die HVA B-StB EU-Teilnahmebedingungen 8 - 19 zum Gegenstand der Vergabeunterlagen gemacht und damit bestimmt hat, dass Hauptangebote mit negativen Einheitspreisen von der Wertung ausgeschlossen werden, soweit negative Einheitspreise nicht ausdrücklich zugelassen sind.****3. Ein fachkundiger Durchschnittsbietender mit üblichen Vergaberechtskenntnissen muss nicht erkennen, dass das Verbot negativer Preise einen Vergaberechtsverstoß darstellt.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.08.2023 - 15 Verg 4/23

In Sachen

(...)

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - Vergabesenat - durch Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht ..., Richterin am Oberlandesgericht ... und Richter am Oberlandesgericht ... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25.07.2023

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 5. Mai 2023 wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu tragen, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren.

Die Beigeladene behält ihre Kosten auf sich.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu 80.000 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin beanstandet den Ausschluss ihres Angebots.

Der Antragsgegner schrieb den zweiten Bauabschnitt des Neubaus der Ortsumfahrung aus. Gegenstand der Vergabeunterlagen sind die HVA B-StB EU-Teilnahmebedingungen 8-19, die u. a. vorgeben, dass Hauptangebote mit negativen Einheitspreisen von der Wertung ausgeschlossen werden, soweit negative Einheitspreise nicht ausdrücklich für bestimmte Positionen in der Leistungsbeschreibung zugelassen sind. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Die Antragstellerin gab ein Angebot ab. Für die Leistungsposition 2.2.2, grobkörnigen Boden liefern, profilgerecht einbauen und verdichten, hat die Antragstellerin einen negativen Preis eingesetzt.

Der Antragsgegner schloss das Angebot der Antragstellerin mit der Begründung aus, dass es nicht zugelassene negative Einheitspreise enthalte, und teilte des Weiteren mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Die Antragstellerin rügte den Ausschluss ihres Angebots. Das Angebot könne nicht ausgeschlossen werden, da das Verbot negativer Preise rechtswidrig sei, was sie, die Antragstellerin, erst durch ihren Verfahrensbevollmächtigten nach Ausschluss ihres Angebots erfahren habe. Sie habe einen negativen Preis kalkuliert, weil sie genau den einzubauenden Boden aus einer anderen Baumaßnahme, bei der ihr für die Verwertung eine Vergütung bezahlt werde, einsetzen könne. Der Antragsgegner berief sich darauf berufen, dass die Rüge präkludiert sei. Aufgrund einer Bieterfrage zu negativen Preisen im Vergabeverfahren zum ersten Bauabschnitt, an dem sich die Antragstellerin auch beteiligt gehabt habe, habe diese Kenntnis von der Problematik gehabt. Davon abgesehen habe sie negative Preise verbieten dürfen. Die rechtzeitige Anlieferung des Bodens sei für den Abschluss der Bauarbeiten bis spätestens Ende November 2023 essentiell. Um einer Verzögerung der Baumaßnahme vorzubeugen, sei es erforderlich, die Verwendung von Austauschmaterialien auszuschließen, die möglicherweise nicht zum erforderlichen Zeitpunkt aus anderen Baumaßnahmen beschafft werden könnten. Im Übrigen sei der von der Antragstellerin angebotene Preis unauskömmlich. Der berücksichtigte Arbeitseinsatz sei wesentlich zu gering bemessen, während der gegenzurechnende Tonnagepreis für das Einbaumaterial überproportional zum Negativpreis beitrage, wodurch eine unzulässige Mischkalkulation vorliege und das Angebot auch aus diesem Grund auszuschließen sei.

Durch den angefochtenen Beschluss, auf den Bezug genommen wird, hat die Vergabekammer das Vergabeverfahren in den Stand vor Ablauf der Angebotsfrist versetzt. Dem Antrag, den Antragsgegner anzuweisen, eine neue Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen, ist die Vergabekammer nicht gefolgt.

Die Antragstellerin sei ihrer Rügeobligieheit nachgekommen. Sie habe nicht bereits aus den Vergabeunterlagen einen Verstoß gegen Vergabevorschriften erkennen können. Der Antragsgegner habe nicht vorgetragen, dass in der Branche der Antragstellerin Kenntnisse über ein Verbot negativer Preise üblich sei. Der Umstand, dass die Antragstellerin bereits mehrfach sich an Vergabeverfahren beteiligt gehabt habe, besage nicht, dass das Verbot negativer Einheitspreise einen Vergaberechtsverstoß darstellen könne. Der Ausschluss des Angebots verletze die Antragstellerin in ihren Rechten. Das Verbot, Angebote mit negativen Einheitspreisen einzureichen, sei unzulässig. Diese Form der Festlegung von Mindestpreisen schränke die Kalkulationsfreiheit der Bieter unrechtmäßig ein. Das Angebot eines negativen Preises sei auch kein in den Vorschriften benannter Ausschließungsgrund.

Mit seiner sofortigen Beschwerde verfolgt der Antragsgegner die vollständige Zurückweisung des Nachprüfungsantrags weiter. Die Antragstellerin sei mit ihrer Rüge präkludiert. Einen möglichen Vergabeverstoß hätte die Antragstellerin erkennen können. Sie hätte nicht erst nach Angebotsabgabe eine Internetrecherche zu negativen Einheitspreisen durchführen dürfen, sondern hätte die Recherche vor Angebotsabgabe durchführen können und müssen. Zu berücksichtigen sei ebenso, dass die Antragstellerin aus dem vorangegangenen Vergabeverfahren für den ersten Bauabschnitt, an dem sie sich beteiligt gehabt habe, positive Kenntnisse vom Verbot, keine negativen Einheitspreise ohne ausdrückliche Zulassung zu unterbreiten, aufgrund der dort verwendeten gleichen Teilnahmebedingungen gehabt habe. In dem bereits abgeschlossenen Ausschreibungsverfahren sei der Ansatz negativer Einheitspreise nur deshalb möglich gewesen, weil dies von ihm nachträglich aufgrund einer Bieteranfrage gestattet worden sei. Der Ausschluss negativer Preise sei auch gerechtfertigt. Der geeignete Boden müsse rechtzeitig zum Zeitpunkt des Bodeneinbaus zur Verfügung stehen. Wenn unter Umständen kein geeigneter eigener Boden zur Verfügung stehe, der den negativen Einheitspreis rechtfertigen könnte, müsse geeigneter Boden neu bzw. von dritter Seite für ein erhebliches Entgelt beschafft werden. Dieser Umstand würde einen Nachtrag für eine Zusatzvergütung rechtfertigen. Außerdem sei der Preis unauskömmlich. Insoweit liege eine unzulässige Mischkalkulation vor, die einen Ausschluss des Angebots der Antragstellerin ebenso rechtfertige.

Der Antragsgegner beantragt,

die Entscheidung der Vergabekammer vom 05.05.2023 aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Beigeladene unterstützt die Beschwerde des Antragsgegners und beantragt ebenso,

den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde des Antragsgegners zurückzuweisen.

Sie verteidigt unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die Entscheidung der Vergabekammer.

II.

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners ist zulässig, hat aber keinen Erfolg.

Zu Recht hat die Vergabekammer entschieden, dass das Verfahren in den Stand vor Ablauf der Angebotsfrist zurückzuversetzen ist.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragstellerin rügt den Ausschluss ihres Angebots. Die Rüge wurde gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB innerhalb einer Frist von zehn Tagen und damit rechtzeitig erhoben. Die Entscheidung über den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin gab der Antragsgegner dieser durch

Schreiben vom 20.3.2023 bekannt. Schon zwei Tage später, durch Schreiben vom 23.3.2023, rügte die Antragstellerin, dass ihr Angebot nicht mit der Begründung ausgeschlossen werden kann, dass sie einen negativen Preis bei der Leistungsposition 2.2.2 einsetzte.

Der Nachprüfungsantrag ist gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB innerhalb von 15 Kalendertagen gestellt worden. Nach Zurückweisung der Rüge am 28.3.2023 ging der Nachprüfungsantrag am 31.3.2023 bei der Vergabekammer ein.

2. Zu Recht hat die Vergabekammer entschieden, dass der Nachprüfungsantrag Erfolg hat und das Vergabeverfahren zurückzuversetzen ist.

a) Die Entscheidung des Antragsgegners, das Angebot der Antragstellerin gemäß §§ 16 EU Nr. 3, 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen, weil die Antragstellerin bei der Position 2.2.2 des Leistungsverzeichnisses einen negativen Preis angegeben hat, findet in den genannten Vorschriften keine Grundlage.

Nach den genannten Vorschriften sind Angebote auszuschließen, die nicht die geforderten Preise enthalten. Das Angebot der Antragstellerin enthält aber den geforderten Preis.

aa) Auch ein negativer Preis ist ein Preis (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.12.2010 - **Verg 33/10** -; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.6.2011 - **Verg 11/11** -; vgl. auch BGH, Beschluss vom 1.2.2005 - **X ZB 27/04**), der grundsätzlich zulässig ist (vgl. auch Lausen in: Beckscher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., 13 VOB/A - EU Rn. 35; **Planker in Kapellmann/ Messerschmidt, VOB-Kommentar, 8. Aufl., § 13 VOB/A Rn. 16**).

bb) Der von der Antragstellerin in der Leistungsposition 2.2.2 eingesetzte negative Preis ist ein geforderter Preis. Der Antragsgegner kann der Antragstellerin nicht vorwerfen, einen unzutreffenden Preis angegeben zu haben. Die Angabe trifft vielmehr zu. Der angegebene negative Einheitspreis entspricht nämlich vollständig der von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Urkalkulation (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.6.2011 - **Verg 11/11** -), in der für die Lieferung des grobkörnigen Bodens ein negativer Preis berücksichtigt ist. Die Antragstellerin hat im Nachprüfungsverfahren vorgetragen, dass es ihr möglich gewesen ist, einen negativen Preis für den Boden anzusetzen, weil ihr der Boden im Rahmen eines anderen Bauvorhabens zur Verwertung überlassen wird und sie für die Verwertung eine Vergütung erhält. Dadurch, dass sie diese Vergütung oder einen Teil davon an den Antragsgegner weiterreicht und der Preis der genannten Leistungsposition dadurch negativ wird, hält sie sich im Rahmen einer möglichen Kalkulation.

b) Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin ist nicht dadurch gerechtfertigt, dass der Antragsgegner in der Ausschreibung die HVA B-StB EU-Teilnahmebedingungen 8-19 zum Gegenstand der Vergabeunterlagen gemacht hat und damit bestimmt hat, dass Hauptangebote mit negativen Einheitspreisen von der Wertung ausgeschlossen werden, soweit negative Einheitspreise nicht ausdrücklich zugelassen sind.

Ein Angebotsausschluss gemäß §§ 16 EU Nr. 3, 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist nur dann möglich und hat dann zu erfolgen, wenn das Angebot nicht den geforderten Preis enthält. Der von der Antragstellerin angebotene negative Preis ist aber der geforderte Preis, wie unter a) ausgeführt worden ist. Die Vorgabe des Antragsgegners, dass keine negativen Preise angeboten werden dürfen, ist unwirksam.

Eine Bestimmung, dass ein Auftraggeber, soweit nicht gesetzliche Regeln zu berücksichtigen sind, den Preis für die von ihm durch eine Leistungsposition näher beschriebene Teilleistung vorgeben kann, ist den Vergaberechtsvorschriften nicht zu entnehmen. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A verlangt

lediglich die Angabe korrekter Preise, weshalb zu erwarten ist, dass der Bieter zutreffend kalkuliert, also bei der Kalkulation sämtliche Leistungen berücksichtigt, die zu der betreffenden Leistungsposition gehören. Ein Auftraggeber kann für die näher beschriebenen Leistungen demnach grundsätzlich keine Mindestpreise festsetzen und einen Bieter auch nicht zwingen, bestimmte Gewinnspannen einzurechnen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.12.2010 - **Verg 33/10** -). Erhält der Auftragnehmer bei der Durchführung der Arbeiten vermögenswerte Güter, kann und darf der Bieter dies bei seiner Kalkulation berücksichtigen, was zu negativen Preisen führen kann (vgl. BGH, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O. Rn. 29). Ebenso kann ein Bieter den Auftraggeber an von Lieferanten gewährten Gutschriften partizipieren lassen (vgl. Dicks in Röwekamp/Kus/Marx/Portz /Prieß, VgV, § 56 Rn. 64). Rechts- und Interessenlage sind gleich, wenn der Bieter bei den ausgeschriebenen Arbeiten Material einbauen will, das ihm zur Verwertung überlassen worden ist, er für die Verwertung ein Entgelt erhält und er dieses Entgelt oder einen Teil davon an den Auftraggeber weiterreicht. Der Umstand, dass das zu verwertende Material nicht im Rahmen desselben Leistungsverhältnisses anfällt, ist für die Zulässigkeit des Angebots eines negativen Preises unerheblich.

Ein Verbot negativer Einheitspreise kann nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass eine vertragsgerechte Leistung und fristgerechte Fertigstellung sichergestellt werden sollen. Die Frage, ob es aufgrund der Art des ausgeschriebenen Vertrags nach dessen Abschluss zu Preisänderungen kommen kann, ist zu unterscheiden von der Frage, welchem Angebot der Zuschlag gebührt; qualitativ unterschiedliche Angebote sind auf angemessene Weise vergleichbar zu machen, beispielsweise dadurch, dass der Preis nicht alleiniges Vergabekriterium ist (vgl. BGH, Urteil vom 1.8.2006 - **X ZR 115/04** -).

Abgesehen davon, dass ein Auftraggeber, wie ausgeführt worden ist, dem Bieter grundsätzlich bestimmte Preise nicht vorgeben und negative Preise nicht verbieten kann, könnte ein Zeitdruck, unter dem der Antragsgegner steht, das Verbot negativer Preise nicht rechtfertigen. Das Verbot wäre nicht erforderlich, um sicherstellen, dass der einzubauende Boden rechtzeitig geliefert und eingebaut wird. Soweit sich nicht die vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung durch von ihm nicht zu verantwortende Bauzeitverschiebung oder Weisungen des Auftraggebers ändert, müsste er, sollte ihm das zu verwertende Bodenmaterial nicht rechtzeitig überlassen werden, das Material anderweitig besorgen, um seine vertraglichen Verpflichtungen ordnungsgemäß zu erfüllen. Wie er das Material beschafft und wie er den Preis kalkuliert, ist seine Sache; er trägt das Risiko einer auskömmlichen Kalkulation (vgl. BGH, Urteil vom 10.9.2009 - **VII ZR 152/08** -). Er ist an den von ihm angebotenen und vom Auftragnehmer angenommenen Preis gebunden (vgl. § 2 Abs. 1 VOB/B). Das Interesse des Auftraggebers an einwandfreier Ausführung und Haftung für die Gewährleistungsansprüche wird grundsätzlich nicht dadurch gefährdet, dass bestimmte Einzelpositionen "zu billig" angeboten werden, sondern dadurch, dass der Auftragnehmer infolge eines zu geringen Gesamtpreises in Schwierigkeiten gerät (vgl. BGH, Urteil vom 19.6.2018 - **X ZR 100/16** -). Lediglich soweit der Auftraggeber zu verantworten hat, dass die Leistung nicht entsprechend den vertraglich festgelegten Bedingungen erfolgen kann, durch Änderungen der Menge, Planänderungen oder Bauzeitverschiebung beispielsweise durch ein Vergabenachprüfungsverfahren - die Bauarbeiten hatten den Vergabebedingungen nach spätestens am 2.5.2023 zu beginnen, die Unterrichtung der Bieter erfolgte (nach Ende der Angebotsfrist am 6.3.2023) am 20. bzw. 21.3.2023, ein Vergabenachprüfungsverfahren hatte der Auftraggeber demnach nicht berücksichtigt, hat der Auftragnehmer eventuell einen Anspruch auf Preisanpassung (vgl. § 2 Abs. 5 VOB/B). Dadurch wird der Auftraggeber unter Umständen mit in dem ursprünglichen Vertragspreis nicht enthaltenen Mehrkosten belastet. Das ist aber nicht unbillig. Denn ein Vergleich mit dem ursprünglichen Preis ist in diesem Zusammenhang nicht maßgebend. Eine Bauausführung zu dem vorgesehenen Termin war nicht möglich, was auf der Entscheidung des Gesetzgebers zur Eröffnung eines Vergabenachprüfungsverfahrens beruht. Der Auftraggeber wird im Grundsatz durch die Belastung mit den Mehrkosten nicht unangemessen benachteiligt, weil er auch bei einer zeitnah zur tatsächlichen

Ausführung erfolgten Ausschreibung diese Kosten in der Regel in ähnlicher Weise zu tragen gehabt hätte (BGH, Urteil vom 11.5.2009 - **VII ZR 11/08** -). Dadurch, dass die Mehrvergütung ausschließlich mit dem Vertragspartner unter Ausschluss des Wettbewerbs vereinbart wird, kann zwar die Situation entstehen, dass der Auftraggeber ex post betrachtet nicht dem wirtschaftlichsten Bieter den Zuschlag erteilt hat. Dass der wirtschaftlichste Bieter sich im Nachhinein nicht als solcher erweist, ist aber nichts Außergewöhnliches. Vielmehr ist es bei einem Bauvertrag häufig so, dass sich im Verlauf der Durchführung der Arbeiten Änderungen ergeben, die auch zu Preisänderungen führen. Es ist nie ausgeschlossen, dass sich im Endergebnis im Gegensatz zum Zeitpunkt des Zuschlags der Auftragnehmer nicht mehr als der Wirtschaftlichste herausstellt. Die damit verbundene Einschränkung des Wettbewerbs ist unvermeidbar. Sie ließe sich in Fällen der vorliegenden Art nur verhindern, indem man bei jeder eingetretenen Verzögerung den Wettbewerb neu eröffnete. Dadurch würde aber der bisher wirtschaftlichste Bieter benachteiligt, weil alle anderen Bieter jetzt in Kenntnis seines Angebots neu bieten könnten; zum anderen eröffnete dies die bereits dargestellte Gefahr einer endlosen Schleife von Vergabeverfahren, die nie durch einen Vertragsschluss beendet werden könnte (vgl. BGH a.a.O.). Dies gilt unabhängig von dem Ausmaß der Änderungen der Grundlagen des Preises (vgl. BGH a.a.O.). Die Verzögerung des Vergabeverfahrens darf nicht zu Lasten des Bieters gehen, der sich im Wettbewerb durchgesetzt hat. Die Einrichtung des Vergaberechtsschutzes nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen soll die Rechtsstellung der Bieter gegenüber den Auftraggebern stärken, nicht schwächen (vgl. BGH a.a.O.)

c) Die Antragstellerin ist nicht gemäß § **160** Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB daran gehindert, die Unwirksamkeit des Verbots, negative Preise anzugeben, im Rahmen der Rüge des Angebotsausschlusses geltend zu machen.

aa) Zwar kann sich ein Bieter auf einen (angeblichen) Verstoß gegen Vergabevorschriften, den er nicht rechtzeitig gerügt hat, in einem Nachprüfungsverfahren auch dann nicht mehr berufen, wenn sich der Verstoß, der Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist, gleichsam als Fortsetzung des früheren Verstoßes darstellt (vgl. Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl., § **160** GWB Rn. 383 ff.; Wiese in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, § **160** GWB, 5. Aufl., § 160 Rn. 97; jeweils mwN). Der Antragstellerin ist aber kein Verstoß gegen eine Obliegenheit vorzuwerfen, vor Abgabe des Angebots zu rügen, dass das Verbot des Angebots negativer Preise unwirksam ist. Sie hätte es gemäß § **160** Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB lediglich dann rügen müssen, wenn sie vor Angebotsabgabe den Verstoß aus den Vergabeunterlagen erkannte oder hätte erkennen können und müssen. Es lässt sich aber nicht feststellen, dass die Antragstellerin vor der Entscheidung des Antragsgegners, ihr Angebot auszuschließen, Kenntnis von der Unwirksamkeit hatte, negative Preise auszuschließen, oder Kenntnis hätte haben müssen.

bb) Die Antragstellerin hat unwiderlegt vorgetragen, dass sie erst nach Erklärung des Angebotsausschlusses durch den Antragsgegner durch ihren Verfahrensbevollmächtigten bzw. aufgrund einer Internetrecherche von der Unwirksamkeit des Verbots, negative Preise anzugeben, Kenntnis erlangte.

cc) Der Antragstellerin kann auch nicht vorgeworfen werden, sie hätte nach Lektüre der Vergabeunterlagen erkennen können und müssen, dass das Verbot, negative Preise anzugeben, vergaberechtswidrig ist.

Für die Erkennbarkeit maßgeblich ist, ob Verstöße gegen Vergabevorschriften von einem fachkundigen Durchschnittsbietern bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen erkannt werden können, wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat; auf die Erkennbarkeit durch den Antragsteller selbst kommt es nicht an. Die Erkennbarkeit hat sich sowohl auf die tatsächliche Grundlage als auch auf die rechtliche Beurteilung zu beziehen. Für die Möglichkeit der rechtlichen Beurteilung sind vom Durchschnittsbietern insbesondere die Kenntnis der Vergabevorschriften und der

wichtigsten Regeln des Vergaberechts zu verlangen, jedoch keine Kenntnis der Literatur und keine umfassende Kenntnis der Rechtsprechung (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. auch OLG Naumburg, Beschluss vom 16.11.2016 - **7 Verg 6/16** -; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 23.6.2016 - **11 Verg 4/15** -; OLG Celle, Beschluss vom 127.2.2020 - **13 Verg 5/19** -). Ebenso wenig sind Ermittlungen durch rechtliche Recherchen oder die Einschaltung eines Rechtsbeistands gefordert (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. bspw. Beschluss vom 29.1.2021 - **15 Verg 12/20**). Dies umfasst auch Recherchen im Internet. Zwar ist dieses für Bieter leicht zugänglich. Auch können in Einzelfällen sehr schnell Ausführungen zum gesuchten Rechtsproblem gefunden werden, was allerdings voraussetzt, dass das Problem als solches erkannt wurde. Es ist aber nicht in allen Fällen möglich, schnell Antworten auf eine rechtliche Fragestellung zu finden. Dies hängt auch von der Wahl der zutreffenden Suchbegriffeingabe ab. Insbesondere kann der Durchschnittsbietsteller nicht sicher sein, ob die von ihm gefundenen und gewählten Angaben im Internet aktuell und zuverlässig sind. Dafür ist er wiederum auf die Beratung durch einen Rechtsbeistand angewiesen, den er aber grundsätzlich für seine Erkenntnismöglichkeiten nicht in Anspruch nehmen muss.

Nach diesem Maßstab war der Vergabeverstoß für die Antragstellerin nicht erkennbar.

Die Antragstellerin räumt ein, dass das Verbot, negative Preise anzubieten, bei der - gebotenen sorgfältigen - Lektüre der Vergabeunterlagen auffiel. Sie habe das Verbot lediglich versehentlich nicht beachtet, weil sie sich bei der Kalkulation an ihrem Angebot für einen zuvor ausgeschriebenen anderen Bauabschnitt der Ortsumfahrung orientiert habe, in dem negative Preise zugelassen waren. Allein aus dem in den Vergabeunterlagen ausgesprochenen Verbot, negative Preise anzugeben, kann aber nicht dessen rechtliche Unzulässigkeit gefolgert werden. Das Verbot ergibt sich nicht unmittelbar aus den vergaberechtlichen Vorschriften. Ebenso wenig bot der Umstand, dass Straßenbauarbeiten regelmäßig unter Einbeziehung der HVA B-StB EU-Teilnahmebedingungen ausgeschrieben werden, einen ausreichenden Hinweis auf einen Vergabeverstoß. Die regelmäßige Verwendung hat nicht dazu geführt, dass das Verbot, negative Angebotspreise auszuschließen, allgemein bekannt geworden ist oder zu umfangreichen Diskussionen in der nichtjuristischen Fachliteratur geführt hat. Jedenfalls haben die Beteiligten dies nicht dargelegt, wie schon die Vergabekammer ausgeführt hat. Entscheidungen zum Verbot sind auch vereinzelt geblieben und werden nicht in sämtlicher Kommentarliteratur ausgebrettet.

Ein eventueller Vergabeverstoß wurde auch nicht dadurch indiziert, dass im genannten vorangegangenen Vergabeverfahren negative Preise zugelassen wurden. Der Antragsgegner führte auf eine Bieteranfrage lediglich aus:

"... für die Position 02.02.0006 - Baustoff liefern und Einbau - lassen wir einen negativen Einheitspreis zu".

Nicht erkenntlich wird dadurch, dass der Antragsgegner einen negativen Preis möglicherweise deshalb zuließ, weil er das Verbot für rechtswidrig hielt. Einen Verstoß gegen Vergabevorschriften stellt er auch im aktuellen Nachprüfungsverfahren in Abrede. Aus der Bieteranfrage lässt sich ebenso wenig erkennen, dass der anfragende Bieter die Vorschrift für rechtswidrig hielt. Der Bieter begehrte lediglich Klarheit und führte aus:

"... für die Kalkulation unseres Angebots zu ihrem o. g. Bauvorhaben benötigen und erwarten wir ihre eindeutige und verbindliche Angabe, ob in Position 2.2.6 - Baustoff liefern und einbauen - ein EP von 0,00Euro/m³ bzw. ggf. ein negativer EP zugelassen ist oder zum Ausschluss des Angebots im Zuge ihrer Prüfung und Wertung führt?"

d) Der Ausschluss des Angebots verletzte somit die Antragstellerin in ihren Rechten gemäß § 97 GWB.

aa) Eine Rechtsverletzung mit der Folge einer Schadensentstehung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil auf das Angebot der Antragstellerin wegen "Unauskömmlichkeit" gemäß § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A der Zuschlag nicht erteilt werden dürfte.

Für die Prüfung, ob ein Preis unangemessen niedrig ist, ist der Gesamtpreis maßgebend. Der Antragsgegner hat nicht dargelegt, dass der Gesamtpreis unangemessen niedrig ist. Er bezieht sich lediglich auf den negativen Einheitspreis für einzubauendes Bodenmaterial in Leistungsposition 2.2.2. Den negativen Einheitspreis hat die Antragstellerin aber damit erklärt, dass sie für die Verwertung des Bodenmaterials von dritter Seite eine Vergütung erhält.

Der Verdacht eines unangemessen niedrigen Preises kann sich auch nicht aus dem Abstand zum zweitniedrigsten Gebot ableiten. Der Abstand beträgt deutlich weniger als 10 %.

Davon abgesehen wäre es einem Bieter nicht schlechthin verwertet, zu einem Gesamtpreis anzubieten, der lediglich einen Deckungsbeitrag zu den eigenen Fixkosten verspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 19.6.2018 - X ZR 100/16, Rn. 12). Das gleiche gilt, wenn der Bieter lediglich einzelne Positionen unter seinen Kosten anbietet. Maßgeblich ist das Interesse des Auftraggebers an einer einwandfreien Ausführung und Haftung für die Gewährleistungsansprüche; das Interesse wird grundsätzlich nicht dadurch gefährdet, dass bestimmte Einzelpositionen "zu billig angeboten werden", sondern dadurch, dass der Auftragnehmer infolge eines zu geringen Gesamtpreises in Schwierigkeiten gerät, wie oben schon angesprochen. Das Angebot dürfte daher nur dann ausgeschlossen werden, wenn der niedrige Preis nicht zufriedenstellend aufgeklärt werden kann (§ 16 d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A). Der Antragsgegner hat jedoch nicht die Antragstellerin um Aufklärung gebeten; vielmehr hat diese unaufgefordert und nachvollziehbar im Nachprüfungsverfahren den negativen Einheitspreis und damit den günstigen Gesamtpreis erklärt.

bb) Es lässt sich schließlich nicht feststellen, dass die Antragstellerin den Preis zur Leistungsposition 2.2.2 deswegen nicht korrekt angegeben hat, weil sie den Preis in andere Positionen verschoben hat. Eine Preisverlagerung wird durch eine Angebotsstruktur indiziert, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegende Ansätze bei bestimmten Positionen auffällig hohen Ansätzen bei anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses entsprechen (vgl. BGH, a.a.O. Rn. 16). Eine derartige Angebotsstruktur hat der Antragsgegner nicht aufgezeigt. Eine Verschiebung kann nicht durch zu gering angesetzte Arbeits- und Maschinenkosten entstehen, da diese Leistungen Teil des Einheitspreises der Leistungsposition 2.2.2 sind. Ebenso wenig hat der Antragsgegner dargelegt, dass die Antragstellerin bei der Kalkulation eventuell erwarten konnte, dass es bei der Auftragsausführung zu Änderungen am Leistungsumfang, insbesondere zu von ihm nicht beachteten Mengenänderungen kommen könnte oder die Antragstellerin sogar damit rechnet, Leistungen überhaupt nicht zu erbringen (vgl. Dicks in Röwekamp/Kus/Marx/Portz/ Prieß, VgV, § 56 Rn. 84 f., 89).

3. Zutreffend hat die Vergabekammer das Verfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückversetzt. Müsste der Antragsgegner lediglich die Wertung wiederholen, wie die Antragstellerin zunächst beantragt hat, würden die Bieter nicht gleich behandelt, da andere Bieter sich eventuell trotz Unwirksamkeit an das Verbot, negative Preise anzugeben, gehalten haben. Gegen die Rückversetzung in den Stand vor Angebotsabgabe wehrt sich auch keiner der Beteiligten.

III.

Da die sofortige Beschwerde des Antragsgegners aus den Gründen der Entscheidung der Vergabekammer keinen Erfolg hat, entspricht es der Billigkeit, dass er gemäß §§ 175 Abs. 2, 71 GWB

die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin trägt.

Die Beigeladene hat ihre Kosten selbst zu tragen, da sie die erfolglose Beschwerde des Antragsgegners unterstützt hat.

Die Streitwertfestsetzung erfolgt entsprechend § 50 Abs. 2 GKG.