

Dr. Julian Christiansen, Koblenz Gesamtschuldnerische Haftung des bauüberwachenden Architekten bei Schwarzarbeit bzw. Insolvenz des Bauunternehmens? oder: Unzulänglichkeiten des § 650t BGB	523
Dr. Hanns-Christian Fricke, Hannover Verkaufsflächenfestsetzungen in Bebauungsplänen	534
Dr. Alfred Scheidler, Neustadt a. d. Waldnaab Rechtsfragen um das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB	543
Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg Bastian Haverland, Hamburg Der schmale Grad zwischen wirtschaftlichstem und unauskömmlichem Angebot	550



Zeitschrift für deutsches und internationales
Bau- und Vergaberecht

42. Jahrgang 2019

Herausgeber

Professor Wolfgang Heiermann
Rechtsanwalt, München

Dr. jur. habil. Hans-Georg Watzke
Rechtsanwalt, Berlin

Professor Dr. Wilhelm Söfker
Ministerialdirigent a. D., Bonn

Andrea Kullack
Rechtsanwältin, Frankfurt

Helmut Petz
Richter am Bundesverwaltungsgericht

Petra Willner
Richterin am Oberlandesgericht München (Vergabesenat)



N150201906

Verlag Vahlen München

Der schmale Grad zwischen wirtschaftlichem und unauskömmlichem Angebot

Dr. Thomas Hildebrandt, Fachanwalt für Bau- und Vergaberecht
Bastian Haverland, Fachanwalt für Bau- und Vergaberecht*

I. Einleitung

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge stehen öffentliche Auftraggeber oftmals vor einer preislichen Entscheidung: Einerseits haben sie das Bestreben, wirtschaftlich zu beschaffen - niedrige Angebotspreise sind daher grundsätzlich erstrebenswert. Auf ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis darf der Zuschlag andererseits nicht erteilt werden bzw. darf der Zuschlag auf das Angebot ablehnt werden. Nachfolgender Beitrag stellt die rechtliche Ausgangssituation dar.

II. Rechtliche Vorgaben

In rechtlicher Hinsicht sind die Vorgaben für Bau- und Dienst-/Lieferleistungen zu unterscheiden.¹ Im Bereich von Bauleistungen gilt nach § 16 d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A bzw. § 16 d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU, dass - wenn ein Angebotspreis unangemessen niedrig erscheint und anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen ist, der Bieter Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen leisten muss. Bei Dienst-/Lieferleistungen geben die §§ 44 UVgO bzw. 60 VgV vor, dass bei ungewöhnlich niedrigen Preisen oder Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung der öffentliche Auftraggeber vom Bieter Aufklärung verlangt; dies beschreibt die sog. Auskömmlichkeitsprüfung. In materieller Hinsicht vermittelt § 97 Abs. 6 GWB nach der Auffassung des BGH jedem Bieter ein subjektives Recht darauf, dass vorerwähnte Bestimmungen über die Auskömmlichkeitsprüfung angewandt und das dafür vorgesehene Verfahren durchlaufen wird. Einzelne spezielle Ausformungen des Verfahrens enthalten oftmals die jeweiligen Landesvergabegesetze. Zwar schützen diese Bestimmungen zunächst den öffentlichen Auftraggeber und hinsichtlich des einzuhaltenden Verfahrens auch den von einem Ausschluss betroffenen Bieter. Gleichzeitig können aber auch die übrigen Teilnehmer am Vergabeverfahren verlangen, dass die vergaberechtliche Preisprüfung korrekt vorgenommen wird, da die Vorschriften den Wettbewerbsgrundsatz konkretisieren und eine wettbewerbskonforme Auftragsvergabe sicherstellen wollen.² Der öffentliche Auftraggeber darf je nach Ergebnis der Auskömmlichkeitsprüfung - abgesehen von den Fällen eines Verstoßes gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Vorschriften oder sonstigen Ausführungsbedingungen im Sinne des § 128 Abs. 1 GWB - auf ein Angebot, dessen ungewöhnlich niedriger Preis nicht hinreichend erklärt werden kann, den Zuschlag nicht erteilen; dies gilt sowohl für Vergaben im Oberschwellen als auch im Unterschwellenbereich.

II. 1. Indikator eines unangemessen niedrigen Preises

Die Regelungen § 16 d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A bzw. § 16 d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU sowie §§ 44 UVgO bzw. 60 VgV dienen vorwiegend dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers vor Eingehung eines wirtschaftlichen Risikos. Bei einer Zuschlagerteilung auf ein unangemessen niedriges Angebot läuft dieser Gefahr, dass der Bieter bzw. spätere Auftragnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag nicht ordnungsgemäß beendet. Andererseits sind Unterkostenangebote für sich gesehen nicht unzulässig. Ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht verpflichtet, nur auskömmliche Angebote zu berücksichtigen. Ein Preismissverhältnis, welches jedoch die vorbeschriebene Auskömmlichkeitsprüfung veranlasst, wird im Baubereich jedenfalls dann angenommen, wenn der prozentuale Abstand zwischen dem Niedrigpreisangebot und dem Angebot des Nächstplatzierten 20 % der Gesamtauftragssumme beträgt (sofern keine andere Konkretisierung z.B. im Landesvergabegesetz).³ Gleiches gilt im Dienst-/Lieferleistungsbereich.⁴ Das OLG Düsseldorf hat unter Berufung auf die Grundlagenentscheidung des BGH vom 31.01.2017 betont, dass ein Auftraggeber zu einer Angemessenheitsprüfung nach § 60 VgV bzw. dem diesem entsprechenden § 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU bei einem Erreichen einer sog. Aufgreifschwelle von mindestens 20% verpflichtet sei.⁵ Dies heißt nichts anderes, als dass - jedenfalls - ein Preisabstand von mindestens 20% ein unangemessen niedriges Erscheinen indiziert, und dann auch erst eine entsprechende Aufklärungspflicht des öffentlichen Auftraggebers auslöst. Eine Vereinheitlichung der Werte ist nicht geboten. Bei welcher preislichen Differenz ein Angebot im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung als ungewöhnlich niedrig anzusehen ist, kann nicht stets pauschal beantwortet werden.⁶

Die Vergabekammer VK Lüneburg hat zutreffend herausgearbeitet, dass bei der Frage nach einer verpflichtenden Auskömmlichkeitsprüfung auch die Volatilität der Preise in der jeweils konkreten Branche zu berücksichtigen ist.⁷ Es ist mithin möglich, dass eine solche Pflicht auch unterhalb von 20% besteht. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass in einigen Landesvergabegesetzen

* Rechtsanwälte Leinemann Partner, Hamburg

1 Ausführlich auch Lausen in: NZBau 10/2018, 585 - 589.

2 BGH vom 31.01.2017, X ZB 10/16.

3 OLG Düsseldorf vom 02.08.2017, VII-Verg 17/17; OLG Brandenburg vom 19.10.2010, Verg W 13/10.

4 OLG Celle vom 17.11.2011, 13 Verg 6/11; OLG Frankfurt vom 06.03.2013, 11 Verg 7/12.

5 OLG Düsseldorf vom 02.08.2017, Verg 17/17.

6 OLG Karlsruhe, BeckRS 2010, 00882 = ZfBR 2010, 196 (198); Burgi in Burgi, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 17 Rn. 15.

7 VK Lüneburg vom 02.03.2015, VgK-03/2015.

deutlich niedrige Auffangsschwellen definiert sind. So besteht beispielsweise in Berlin bereits ab einem Preisunterschied von 10% eine Aufklärungspflicht, vgl. § 3 S. 2 BerlAVG.⁸ Dies wird von öffentlichen Auftraggebern oftmals nicht berücksichtigt. In einer Entscheidung des OLG Karlsruhe wiesen die Richter explizit darauf hin, dass das Vorliegen unangemessener Preise sich jedenfalls in speziellen, heterogenen Märkten nicht anhand eines festen Prozentsatzes der Abweichung des Angebots von einem Markt- oder Durchschnittspreis sondern aufgrund einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls bestimmt.⁹

Ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung setzt jedenfalls voraus, dass der angegebene Gesamtpreis derart eklatant vom an sich angemessenen Preis abweicht, dass die Unangemessenheit ohne detaillierte Überprüfung sofort ins Auge fällt.¹⁰ Der öffentliche Auftraggeber ist außerdem nicht verpflichtet, die von ihm festgelegte Aufgreifschwelle den Bietern vorab im Rahmen der Vergabebekanntmachung mitzuteilen. Denn bei dieser Interventionsschwelle handelt es sich nicht um ein Zuschlags- oder Eignungskriterium, das einer vorherigen Bekanntgabe bedarf.¹¹ Da eine Unterschreitung der Aufgreifschwelle keinen automatischen Ausschluss des jeweiligen Angebots nach sich zieht, sondern nur den öffentlichen Auftraggeber zur Angebotsaufklärung verpflichtet, kann von einer Bekanntgabe der konkreten Höhe der Aufgreifschwelle abgesehen werden.¹² Schwieriger wird es, wenn keine oder kaum Vergleichsangebote vorliegen. In diesen Fällen sollte der öffentliche Auftraggeber seine eigene Kostenschätzung als Vergleichsmaßstab heranziehen. Soweit der öffentliche Auftraggeber die Annahme eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises auf eine eigene Kostenschätzung stützt, muss diese in sich schlüssig und nachvollziehbar sein. Das Fehlen einer ordnungsgemäßen Kostenschätzung stellt in Bezug auf die darauf gestützte Annahme eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises einen erheblichen Verstoß gegen die Dokumentationspflichten des Auftraggebers dar.¹³ Anerkannt sind ferner Angebote aus vergleichbaren Vergabeverfahren oder sonst erfahrungsgemäß verlangte Preise.¹⁴

II. 2. Gesamtpreis oder Einzelpreise als Bezugspunkt?

Bei der Prüfung unangemessen niedriger Angebotspreise ist ein Abstellen auf die Einzelposten des Angebots unstatthaft. Der Gesamtpreis entscheidet über die Auskömmlichkeit des Angebotes.¹⁵ Für die Frage, ob ein Angebotspreis eine Aufklärungspflicht auslöst, ist folglich zunächst auf den Vergleich der Endpreise der abgegebenen Angebote abzustellen. In einem weiteren Schritt kommt es sodann darauf an, ob dem Auftraggeber der Preisabstand unangemessen niedrig erscheinen muss.¹⁶

Die Rechtsprechung, wonach für Fälle unangemessen niedriger Angebote regelmäßig der Gesamtpreis maßgeblich ist, ist nach Ansicht der VK Bund wegen der grundlegend anderen Zielrichtungen der beiden in § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-VS zusammen gefassten Fallgruppen jedoch nicht ohne Weiteres auf die Fallgruppe unangemessen hoher Angebote übertragbar. Zur Ermittlung der Unangemessenheit eines Angebots können in der Abwägung Einzelpreise berücksichtigt werden.¹⁷

II. 3. Abgrenzung zur Mischkalkulation

Auffallend niedrige Einzelposten veranlassen den öffentlichen Auftraggeber jedoch zur Überprüfung von unzulässigen Preisverlagerungen. Ein Angebot, das in einzelnen Posten Preise enthält, die deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegen, während andere Positionen zu auffällig hohen Preisen angeboten werden, spricht für eine unzulässige Verlagerung von Preisangaben auf hierfür nicht vorgesehene Positionen. Kann der Bieter die Indizwirkung nicht erschüttern, rechtfertigt dies die Annahme, dass das Angebot nicht die geforderten Preisangaben enthält.¹⁸ Nach dem BGH ist der Bieter in der Kalkulation seiner Preise grundsätzlich frei.¹⁹ Daher muss der für jede Position verlangte Preis nicht mindestens den hierfür entstehenden Kosten entsprechen. Auch ist dem Bieter ein Unterkostenangebot nicht schlechthin verwehrt. Der öffentliche Auftraggeber ist lediglich gehalten, sorgfältig zu prüfen, ob dieses eine einwandfreie Ausführung und Gewährleistung sicherstellt. Jedoch müssen die Preise korrekt angegeben werden. Dem Bieter ist es daher verwehrt, die für einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses vorgesehenen Preise ganz oder teilweise in andere Positionen zu verlagern. Eine Angebotsstruktur, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Ansätzen für bestimmte Positionen auffällig hohe Ansätze für andere Positionen des Leistungsverzeichnisses gegenüberstehen, indiziert eine solche Preisverlagerung. Der Bieter muss hiernach erhebliche Abweichungen von den zu erwartenden Kosten begründen, wenn diese mit sehr hohen Preisen korrespondieren. Im Ergebnis muss der Bieter die auffällig hohen Preisansätze sachlich begründen.

II. 4. Art und Weise der Aufklärung

Im Baubereich bestimmt § 16 Abs. 1 u. 2 VOB/A bzw. VOB/A EU, dass bei Überschreiten bestimmter Indikatoren und fehlender Beurteilungsmöglichkeit anhand bereits vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung (wie z.B. Preisblatt zur Preisermittlung 221 und 222 sowie Aufgliederung der Einheitspreise 223 aus dem VHB), in Textform (z.B. eine Kommunikation per E-Mail, oder es erfolgt eine elektronische Kommunikation über eine Vergabepattform mit angemessenen Erklärungsfristen) vom Bieter Auf-

⁸ U.a. auch § 14 Abs. 1 ThürVgG, § 5 Abs. 2 SächsVergabG, § 14 Abs. 2 LVG LSA, § 6 HmbVgG, § 7 NTVergG.

⁹ OLG Karlsruhe vom 27.07.2009, 15 Verg 3/2009; so auch OLG Schleswig vom 26.07.2007, 1 Verg 3/07.

¹⁰ OLG Karlsruhe vom 16.06.2010, 15 Verg 4/10.

¹¹ VK Bund vom 15.10.2014, VK 2-83/14.

¹² OLG Schleswig vom 26.07.2007, 1 Verg 3/07.

¹³ VK Mecklenburg-Vorpommern vom 17.11.2014, 2 VK 16/14; OLG Düsseldorf vom 13.12.2017, Verg 33/17.

¹⁴ OLG Karlsruhe, BeckRS 2010, 00882 = ZfBR 2010, 196 (198); VK Bund vom 22.05.2018, VK 1-37/18.

¹⁵ OLG München, Beschluss vom 25.09.2014, Verg 10/14; VK Sachsen-Anhalt vom 05.09.2016, 3 VK LSA 26/16; OLG Jena, BeckRS 2009, 23538 = VergabeR 2009, 809.

¹⁶ VK Bund vom 12.01.2018, VK 2-148/17.

¹⁷ VK Bund vom 22.05.2018, VK 1-37/18.

¹⁸ BGH vom 19.06.2018, X ZR 100/16.

¹⁹ BGH vom 18.05.2004, X ZB 7/04, VPRRS 2004, 0250; OLG Koblenz, NZBau 2018, 172.

klärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen ist, gegebenenfalls unter Festlegung einer zumutbaren Antwortfrist. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, die gewählten technischen Lösungen oder sonstige günstige Ausführungsbedingungen zu berücksichtigen. Im Dienst-/Lieferleistungsbereich prüft der öffentliche Auftraggeber nach den §§ 44 UVgO und 60 VgV die Zusammensetzung des Angebots und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen. Die Prüfung kann insbesondere betreffen die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt, die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung, die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB gegen Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften, oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen.

II. 5. Reichweite der Auskömmlichkeitsprüfung als subjektives Bieterrecht

Der BGH hat entschieden, dass bei Überschreiten der sog. Aufgreifschwelle der öffentliche Auftraggeber zu der Auskömmlichkeitsprüfung verpflichtet ist.²⁰ Erscheint das Angebot eines Bieters nach Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers ungewöhnlich niedrig, ist er vor einem etwaigen Angebotsausschluss dazu angehalten, vom Bieter Aufklärung zu verlangen. Dem öffentlichen Auftraggeber obliegt insoweit kein Ermessen, sondern er muss, wenn ein ungewöhnlich niedriges Angebot indiziert ist, in einem Zwischenverfahren den Preis aufklären. Wettbewerber können die Preisprüfung im Rahmen des ihnen zustehenden Drittschutzes verlangen.²¹ Das für die Begründung des Drittschutzes bisher erforderliche Tatbestandsmerkmal des Handelns in Marktverdrängungsabsicht hat der BGH mit der Entscheidung faktisch aufgegeben.²² Das Merkmal wird vom BGH als für die Zulässigkeitsprüfung irrelevant eingestuft. Der Anspruch der übrigen Bieter ist darauf gerichtet, dass der öffentliche Auftraggeber das Verfahren zur Auskömmlichkeitsprüfung ordnungsgemäß durchführt. Sie können jedoch nicht verlangen, dass Angebote mit einem ungewöhnlich niedrigen Preis zwingend ausgeschlossen werden.

II. 6. In-Camera-Verfahren

Zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen innerhalb des Verfahrens zur Preisangemessenheitsprüfung hat die Vergabekammer nach der Auffassung des BGH im Oberschwellenbereich ein In-Camera-Verfahren in Anlehnung an § 72 GWB durchzuführen, soweit der Antragsteller Akteneinsicht begehrt. An diesem Zwischenverfahren sind der Antragsteller und der betroffene Bieter, i. d. R. nicht jedoch der Auftraggeber zu beteiligen. Dabei hat die Vergabekammer zu entscheiden, ob das Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Bieters oder das Offenlegungsinteresse des Antragstellers überwiegt. Die Entscheidung der Vergabekammer über die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen des betroffenen Bieters ist rechtsmittelfähig, kann also mit der sofortigen Beschwerde zum Oberlandesgericht angefochten

werden. Gelangt die Vergabekammer zu dem Ergebnis, dass das Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Bieters das Offenlegungsinteresse überwiegt, darf sie ihre Sachentscheidung gleichwohl auf die nicht offengelegten Tatsachen stützen, wobei sie auch das Recht der Beteiligten auf rechtliches Gehör und auf effektiven Rechtsschutz zu berücksichtigen hat.

II. 7. Aufklärung durch den Bieter

Der Bieter muss seine Kalkulation und deren Grundlagen erläutern.²³ Die Erläuterungen des Bieters müssen in sich schlüssig und nachvollziehbar sowie gegebenenfalls durch geeignete Nachweise objektiv überprüfbar sein.²⁴ Die Beweislast geht auf den Bieter über. Will dieser den Ausschluss seines Angebotes vermeiden, hat er Gründe darzulegen, die den Anschein der Unauskömmlichkeit seines Angebotes widerlegen.²⁵ Auch im Rahmen der Aufklärung darf der Kreis der vorzulegenden Unterlagen nicht ohne weiteres über das Maß hinaus ausgedehnt werden, was in den Vergabeunterlagen gefordert worden ist. Eine einzelne Erhöhung der Nachweispflicht gegenüber nur einem Bieter könnte eine Ungleichbehandlung bedeuten.²⁶ Der Bieter muss jedoch ganz konkret und belastbar darlegen, warum die eigene Kalkulation auch mit günstigen Preisen auskömmlich ist und wie z.B. ambitionierte Performance-Zusagen eingehalten werden können.²⁷

Lassen außergewöhnlich hohe Leistungsmaße eine ordnungsgemäße und vertragsgerechte Auftragsdurchführung nicht erwarten, ist das Angebot unauskömmlich. Die Unauskömmlichkeit leitet sich in diesen Fällen daraus ab, dass die vom Bieter z.B. angebotene Reinigungsleistung pro Zeiteinheit (qm/Stunde) nicht ausreicht, um die vom Auftraggeber ausgeschriebene Reinigungsqualität zu erreichen.

Der öffentliche Auftraggeber hat über die erfolgte Aufklärung in Bezug auf die Frage der Auskömmlichkeit des Angebots zu bewerten. Hierbei steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum bei der Prognose zu, ob ein Bieter trotz eines ungewöhnlich niedrigen Preises zuverlässig und vertragsgerecht leisten kann; der Beurteilungsspielraum ist nur eingeschränkt prüfbar.²⁸

²⁰ BGH vom 31.01.2017, XZB 10/16; EuGH, ECLI:EU:C:2012:191 = NZBau 2012, 376; VK Mecklenburg-Vorpommern vom 17.11.2014, 2 VK 16/14; EuG vom 26.01.2017, Rs. T-700/14.

²¹ VK Südbayern vom 14.08.2015, Z3-3-3194-1-34-05/15.

²² BGH vom 31.01.2017, XZB 10/16.

²³ OLG Brandenburg vom 22.3.2011, Verg W 18/10, BeckRS 2011,06542.

²⁴ VK Schleswig-Holstein vom 06.04.2011, VK-SH 05/11, BeckRS 2014, 53859.

²⁵ VK Bund vom 20.04.2005, VK 1-23/05; OLG Düsseldorf, NZBau 2013, 333 (335).

²⁶ Zeise in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOB/A, 2. Auflage 2014, § 15 EG Rn. 12, § 3; Stolz in: Willenbruch/Wiedekind Vergaberecht Kompaktcommentar, 3. Auflage 2014, § 15 VOB/A, Rn. 8. Die Verpflichtung zur Vorlage der Kalkulation von Lieferanten und Nachunternehmern dürfte über das rechtlich zulässige Maß hinausgehen. Die öffentlichen Auftraggeber fordern mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes regelmäßig nur Angaben zur Preisermittlung nach dem Preisblatt zur Preisermittlung 221 und 222 sowie Aufgliederung der Einheitspreise 223 aus dem VHB; sie fordern damit Eigenerklärungen, nicht jedoch Fremderklärungen in Form von Nachweisen durch fremde Kalkulationen.

²⁷ OLG Frankfurt vom 06.03.2013, 11 Verg 7/12 und vom 18.11.2013, VK 1-99/13.

²⁸ VK Sachsen vom 26.05.2015, 1/SVK/015-15.

Der öffentliche Auftraggeber hat einzuschätzen, ob die Annahme des Angebots mit Risiken für eine wirtschaftliche Beschaffung verbunden sind, die beispielsweise darin liegen können, dass der Auftragnehmer auf Grund des niedrigen Preises versucht sein kann, den Auftrag so unaufwändig wie möglich und damit auch nicht vertragsgerecht zu erfüllen oder aber durch möglichst viele Nachträge den niedrigen Preis zu kompensieren. Dies ist freilich noch nicht bei jedem Unterkostenangebot der Fall.

Eine lediglich pauschale Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers zur Erklärung der Kalkulation (z.B. Stundenverrechnungssatz und kalkulierte Zuschläge) genügen nicht den Erfordernissen einer sachgerechten Aufklärung. Ohne konkrete Anfragen ist der Bieter, der sein Angebot unter Ausnutzung der ihm zustehenden Kalkulationsfreiheit erstellt hat, nicht in der Lage, die betreffenden Positionen oder Titel zu erkennen und entsprechende Erklärungen abzugeben. Gezielte, positionsbezogene weitere Nachfragen wurden an B nicht gerichtet und somit das Angebot ohne abschließende Aufklärung ausgeschlossen.²⁹

II. 8. Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers

Der BGH betont, dass dem öffentlichen Auftraggeber ein rechtlich gebundenes Ermessen bei der Entscheidung über einen Angebotsausschluss eingeräumt ist.³⁰ In den Fällen des unangemessenen niedrigen Preises wegen Nichtbeachtung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB und Gewährung einer nicht rechtmäßigen Beihilfe ist der Ausschluss des Angebots nach dem Wortlaut der Vorschriften allerdings zwingend.³¹ Die Ablehnung des Zuschlags ist regelmäßig geboten, wenn der öffentliche Auftraggeber verbleibende Ungewissheiten nicht zufriedenstellend aufklären kann (bzw. der Bieter die Aufklärungsfrist nicht befolgt).³² Sind die Erläuterungen des Bieters in sich schlüssig und nachvollziehbar sowie gegebenenfalls durch geeignete Nachweise objektiv überprüfbar, so kommt kein Angebotsausschluss in Betracht. Trägt der Bieter durch nachvollziehbare Angaben zur Aufklärung seines Preises bei, ist der öffentliche Auftraggeber nicht per se gehindert, den Zuschlag sogar auf ein Unterkostenangebot (unauskömmliches Angebot) zu erteilen. Bei einem grundsätzlich leistungsfähigen Bieter kann es verschiedenste Gründe (z.B. langjährige Erfahrungen und besonders geschultes Personal, erforderliche Betriebsausstattung und Versicherungen, sonstige Liquiditätsnachweise vorhanden, rationelle Fertigungsweisen, vorgefertigte Schalungsmodule und Eigenanfertigung im eigenen Werk), im Einzelfall auch ein nichtauskömmliches oder jedenfalls sehr knapp kalkuliertes Angebot abzugeben. Derartige Angebote sind im Sinne eines Wettbewerbs erwünscht, solange an der ordnungsgemäßen Durchführung der Leistung keine Zweifel bestehen.³³

Ein Angebot kann wegen Unauskömmlichkeit ausgeschlossen werden, wenn der niedrige Gesamtpreis auch durch die Urkalkulation nicht aufgeklärt werden kann, weil die dortige Preisermittlung nicht mit derjenigen im Angebot übereinstimmt.³⁴

Die Vorschriften, wonach der Zuschlag nicht auf ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis erteilt werden darf, dient in erster Linie dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers.³⁵ Dieser soll davor bewahrt werden, den Vertrag mit einem Anbieter abzuschließen, der aufgrund des unauskömmlichen Angebots in die Gefahr gerät, den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß (Abbruch der Arbeiten) erfüllen zu können. Etwas anderes kann in Ausnahmefällen gelten, wenn das Angebot in Marktverdrängungs-

absicht abgegeben wurde oder wenn zu befürchten ist, dass der Bieter zu diesem Preis nicht über die gesamte Laufzeit des ausgeschriebenen Vertrags leistungsfähig bleibt. Auf ein Unterkostenangebot kann trotz Unauskömmlichkeit der Zuschlag erteilt werden, wenn der Bieter mit dem Angebot wettbewerbskonforme Ziele verfolgt und er trotz Unauskömmlichkeit die Zuverlässigkeit nachweisen kann, den Auftrag ordnungsgemäß zu erfüllen.³⁶ Demzufolge obliegt dem öffentlichen Auftraggeber der Nachweis, dass das Unterkostenangebot in Marktverdrängungsabsicht abgegeben worden ist, oder die Gefahr bestünde, dass der Auftragnehmer in der Vertragsphase in Insolvenz fällt.³⁷ Die VK Lüneburg folgte dem bereits in den Beschlüssen vom 11.07.2013, VgK-21/2013, und 29.10.2014 VgK-39/2014. Der vorliegende Fall bietet keinen Anlass zu einer abweichenden Entscheidung.

Verfügt der Bieter aufgrund seines Umsatzes und seiner Konzernstruktur über hinreichend finanzielle Ressourcen, um den Auftrag zum angebotenen Preis ausführen zu können, ist kein Angebotsausschluss angezeigt.³⁸ Wettbewerblich ist es insbesondere nicht per se zu beanstanden, wenn Newcomer unterpreisig anbieten, um Zugang zu einem neuen regionalen Markt zu erhalten.³⁹

Auch ein besonderes Interesse am Erhalt des Auftrags kann ein Unterkostenangebot rechtfertigen. Ein solches Interesse kann darin liegen, dass ein Bieter wegen der Aufhebung einer vergleichbaren Ausschreibung ohnehin bereitstehende und nicht anderweitig nutzbare Kapazitäten auslasten will. Werden einzelne Einheitspreise um genau bezifferte Abschläge auf ein deutlich unter Kostendeckung liegendes Niveau gesenkt, ist das von der Kalkulationsfreiheit grundsätzlich gedeckt.⁴⁰ Nicht kostendeckende Einzelpreise als Beispiel für solche nicht üblichen Ansätze sind alleine noch kein ausreichender Anhaltspunkt für einen Angebotsausschluss.⁴¹

Das OLG München hat entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber einen Zuschlag auch auf ein Angebot erteilen dürfe, das für den Bieter keinen Gewinn erwarten lasse, solange die Prognose gerechtfertigt sei, dass der Anbieter auch zu diesem Preis zuverlässig und vertragsgerecht werde leisten können.⁴² Auch eine Kalkulation, die mit einem Verlust des Unternehmers abschließt, oder in einzelnen Ansätzen unübliche Ansätze wählt, ist somit grundsätzlich ordnungsgemäß, solange sie im Wesentlichen in sich schlüssig ist.

29 VK Thüringen vom 08.03.2017, 250-4003-1772/2017-N-005-G.

30 BGH vom 31.01.2017, X ZB 10/16.

31 Ausführlich auch Lausen in: NZBau 10/2018, 585 - 589.

32 BGH vom 31.01.2017, X ZB 10/16.

33 VK Lüneburg vom 08.04.2016, VgK-04/2016.

34 OLG Frankfurt vom 14.02.2017, 11 Verg 14/16.

35 OLG Düsseldorf, BeckRS 2011, 18630 = VergabeR 2011, 884 (885).

36 Gabriel, VergabeR 2013, 300 (302 f.); OLG München, NZBau 2015, 711 (717); OLG Brandenburg vom 22.03.2011, Verg W 18/10, BeckRS 2011, 06542.

37 VK Lüneburg vom 11.07.2013, VgK-21/2013 und 29.10.2014, VgK-39/2014.

38 VK Bund vom 19.08.2016, VK 2-75/16.

39 LG Düsseldorf vom 12.10.2005, Verg 37/05.

40 VK Lüneburg vom 10.09.2015, VgK-32/2015.

41 Stolz in Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht Kompaktcommentar, 3. Auflage 2014, § 16 VOB/A-EG, Rn. 136.

42 OLG München vom 21.05.2010, Verg 2/10.

Jeder Bieter darf bis zur Grenze der Mischkalkulation einzelne Positionen unauskömmlich kalkulieren, um seine Wettbewerbschancen zu verbessern.⁴³ Es ist nicht wettbewerbswidrig, wenn ein Unternehmen bei angespannter Wettbewerbslage mit einem Auftrag nur einen Deckungsbeitrag zu den Betriebskosten erwirtschaften will, um einen drohenden Umsatzeinbruch zu mindern. Entsprechen einzelne Ansätze z.B. für Stoffkosten nicht den üblichen Ansätzen, darf der öffentliche Auftraggeber nicht sofort auf eine nicht vertragsgerechte Leistung schließen.

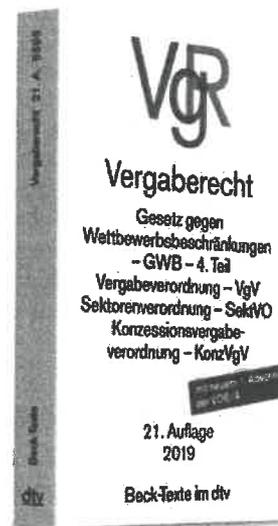
III. Zusammenfassung

Es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen einem nicht auskömmlichen Angebot (Unterkostenangebot) und einem unangemessenen Preis. Die alleinige Annahme, es liegt Unterkostenangebot vor, führt nicht zwingend zum Ausschluss des Angebots. Die fehlende Auskömmlichkeit ist nur ein Teil der Prüfung, die in der Wertung um mindestens einen der weiteren Tatbestände, die Marktverdrängungsabsicht oder die Gefährdung der Vertragserfüllung im Ausführungszeitraum zu ergänzen ist. Eine Aufklärungspflicht hierüber ist den Vorschriften §§ 16 d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A bzw. 16 d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU und §§ 44 UVgO bzw. 60 VgV zu entnehmen. Der BGH hat entschieden, dass die Vorschriften über unangemessen niedrige Preise als Verpflichtung zur Preisprüfung subjektive Bieterrechte im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB sind und dass sie somit uneingeschränkt Drittschutz entfalten.⁴⁴

⁴³ VK Lüneburg vom 29.10.2014, VgK-39/2014.

⁴⁴ BGH vom 31.01.2017, X ZB 10/16; ausführlich auch Lausen in: NZBau 10/2018, 585 - 589.

Vergaberecht auf neuestem Stand.



beck-shop.de/27708953

Textausgabe mit einer Einführung von Dr. Ute Jasper und Dr. Fridhelm Marx und Sachverzeichnis
21. Auflage. 2019. Stand April 2019. LXIII, 592 Seiten.
Kartonierte € 19,90 (dtv-Band 5595)

Alles, was wichtig ist

- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB – 4. Teil
- Vergabeverordnung – VgV
- Sektorenverordnung – SektVO
- Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit – VSVgV
- Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV
- Wettbewerbsregistergesetz – WRegG
- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A und B – VOB
- Unterschwellenvergabeordnung – UVgO
- Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen – VOL/B sowie Vergabegesetze der Länder.

Die 21. Auflage

bringt die Sammlung auf den aktuellen Stand mit dem am 01.02.2019 in Kraft getretenen aktualisierten **1. Abschnitt der VOB Teil A**. Neu ist ferner das am 1.4.2019 in Kraft getretene Vergabegesetz Schleswig-Holstein.

Die ausführliche Einführung erläutert anschaulich das komplexe System des europäischen und nationalen Vergaberichts.

Beck-Texte im **dtv**

Erhältlich im Buchhandel oder bei:
beck-shop.de | Verlag C.H.BECK oHG · 80791 München
kundenservice@beck.de | Preise inkl. MwSt. | 170460