

beverordnung geregelt ist. Faktisch erfahren jedoch auch hier die entsprechenden Bieter vor der eigentlichen Zuschlagsentscheidung, die häufig im kommunalen Sektor auch in Vergabeausschüssen der Stadträte stattfindet, von dem beabsichtigten Vorgehen der Vergabestelle. Im Baubereich ist ihnen im Übrigen durch ihre regelmäßige Anwesenheit im Submissionstermin ihre – jedenfalls preisliche – Rangstellung ohnehin bekannt.

Besonders fatal ist in diesem Zusammenhang, dass der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz keine formellen Erfordernisse kennt, wie sie etwa an die Zulässigkeit einer Vergabebeschwerde vor der Vergabekammer überschwellig vom Gesetzgeber normiert wurden. Weder sind Fristen normiert noch existiert eine (vorherige) Rügeobliegenheit noch muss geltend gemacht werden, dass durch Nichtberücksichtigung des Angebotes ein Schaden entsteht oder zu entstehen droht, auch Fristen für die Entscheidungen der Spruchkörper gibt es unterschwellig nicht.

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass der wirtschaftliche Kampf um den Auftrag zwischen den Bieterfirmen zunehmend an Schärfe gewinnt, andererseits aber auch durchaus neue nicht unlokative Betätigungsfelder in der Anwaltschaft gesehen werden können, erscheint es für nahezu jeden öffentlichen Auftraggeber unterhalb der Schwellen nur eine Frage der Zeit, bis auch er sich bei unterschwelligen öffentlichen Auftragserteilungen vor dem Verwaltungsgericht wiederfindet.

Wenn man weiterhin die divergierende Rechtsprechung in der Bundesrepublik sieht, nach der unterschwellig die Rechtswegfrage unterschiedlich, nämlich mal zu den Verwaltungsgerichten und mal zu den Zivilgerichten eröffnet wird, wäre es wenig nachvollziehbar, wenn sich der Bundesgesetzgeber im Rahmen der 2. Stufe der Vergaberechtsnovelle dieser Thematik nicht annehmen und den unmittelbaren Bieterrechtsschutz unterschwellig gesetzlich nicht kanalisieren würde.

Den Entscheidungsgründen des Beschlusses des 15. Senates des OVG Münster vom 12. Januar 2007 kann man durchaus einen „Wink“ in diese Richtung insoweit entnehmen, als der Senat es offengelassen hat, ob beim Interessensausgleich zwischen den Beteiligten und insbesondere bei Würdigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine Begrenzung des dem Konkurrenten eröffneten Primärrechtsschutzes zulässig wäre. Jedenfalls – so der Senat – bedürfte dies nach der sog. Wesentlichkeitstheorie

einer gesetzlichen Grundlage, die hierfür fehle. Nun denn:

Eben dieser Aufgabe sollte sich der Bundesgesetzgeber stellen und sich unter Einbezug der bisherigen Erfahrungen im Nachbarland Österreich mit der Einführung eines unterschwelligen „Rechts-

schutzes light“ näher befassen (wie eine derartige Regelung in den Grundzügen aussehen könnte: vgl. dazu den Beitrag des Verfassers „Zum Bieterrechtsschutz unterhalb der Schwellen – muss der Gesetzgeber handeln?“ in: VergabeNavigator, 3/06).

■ *Dipl.-Ing. Maike Ehrensberger, BCM BauConsult Management GmbH, Berlin*

Die Preisprüfung in der Angebotswertung

Die Angemessenheit des Angebotspreises als Voraussetzung für den Zuschlag

Die Prüfung der Angemessenheit der Angebotspreise ist eine der zentralen Herausforderungen der Angebotswertung. Auch wenn nur wenige Vergabestellen ihr jenen Wert beimessen, den sie vor dem Hintergrund möglicher wirtschaftlicher Schäden auf Auftraggeberseite verdient.

Im Beitrag „Die Angebotsauswertung nach VOB/A“ in Ausgabe 4/2006 des VergabeNavigators ging es ganz allgemein um die Angebotswertung nach VOB/A. Dem Leser wurden Checklisten und Praxis-Tipps als Arbeitshilfen für eine rechtssichere Auswertung der Angebote an die Hand gegeben.

Prüfung und Wertung der Angebote

Die Angebotswertung nach VOB/A beginnt mit der eher handwerklichen Arbeit der formalen, rechnerischen, technischen und wirtschaftlichen Prüfung der Angebote. Daran schließt sich die Wertung der Angebote in vier Wertungsstufen an:

1. Stufe: Ausschluss von Angeboten wegen formeller oder inhaltlicher Mängel
2. Stufe: Prüfung der Eignung der Bieter
3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit der Angebotspreise
4. Stufe: Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes

Während sich die rein rechnerische Prüfung der Angebote mit den aufgrund von Schreib-, Rechen- oder Übertragungsfehlern möglichen Diskrepanzen zwischen der bei Submission verlesenen Angebotssumme und der nach Überprüfung festgestellten Angebotssumme beschäftigt, geht es bei der Wertung der Angebote um die Frage, ob der angebotene Preis im Einzelnen und insgesamt eine einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten lässt.

Diese sehr eingehend vorzunehmende Wertung der Angebotspreise führt dann letztlich zur Entscheidung darüber, welcher der Bieter den Auftrag erhalten soll.

Grundsatz: Angemessenheit der Preise

Maßstab für die Wertung der Angebotspreise ist folgender Kernsatz der Vergabe: Bauleistungen sind an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Im Paragraph 25 VOB/A wird dieser Kernsatz weiter konkretisiert. Dem Praktiker werden damit brauchbare Handlungsempfehlungen geliefert:

1. Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden.
2. Erscheint ein Angebotspreis unangemessen niedrig und ist anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen, ist in Textform vom Bieter Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen, 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.
3. In die engere Wahl kommen nur solche Angebote, die unter Berücksichtigung rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung einschließlich Haftung für Mängelansprüche erwarten lassen. Unter diesen Angeboten soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie zum Beispiel Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.

Relevante Bewertungsgröße ist die Angebotsendsumme

Für die Beurteilung der Angemessenheit der Preise kommt es beim Einheitspreisangebot ausschließlich auf die Angemessenheit der Angebotsendsumme an. Es kommt dagegen nicht etwa auf einzelne, nicht angemessen oder nicht auskömmlich erscheinende Einheitspreise an. Bewertungsmaßstäbe für die Angemessenheit der Angebotspreise sind in erster Linie das Preisniveau der anderen Angebote und die auf Grundlage marktüblicher Preise aufgestellte Kostenermittlung des Planers (Kostenberechnung, Kostenanschlag).

Hilfsmittel zur Preisprüfung

Für die Prüfung auf Angemessenheit der Angebotspreise stehen als Hilfsmittel folgende Datenquellen zur Verfügung:

- zeitnahe Erfahrungswerte aus vergleichbaren Ausschreibungen und aktuelle Marktentwicklung,
- die Preisspiegel mit einem Überblick über alle Einheitspreise der Bieter,

- die von den Bietern eingereichten ausgefüllten Einheitlichen Formblätter (EFB) Preis 1 und EFB-Preis 2.

Die Formblätter „EFB-Preis“

Die Formblätter EFB-Preis werden vom Vergabehandbuch des Bundes (VHB) herausgegeben und dem öffentlichen Auftraggeber zur Verwendung vorgegeben. Die „EFB-Preis“ wurden entwickelt, um die Angemessenheit des Angebotes sowie seiner einzelnen Preisbestandteile, im Rahmen der Preisprüfung beurteilen zu können. Wird der Bieter mit den Verdingungsunterlagen aufgefordert, die EFB-Preis 1 und 2 mit dem Angebot vorzulegen, und befolgt er dies nicht, so riskiert er, bei der Vergabe nicht berücksichtigt zu werden. Wenn auch der Ausschluss des Angebotes für die Vergabestelle fakultativ, also nicht zwingend ist.

Das Formblatt EFB-Preis 1 gibt die Gesamtkostenstruktur des Angebotspreises wider und enthält Angaben zur Mittelehnbildung, zu den Gesamtbeträgen je Kostenart und zu den Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Baustellengemeinkosten sowie für Wagnis und Gewinn. Im Formblatt EFB-Preis 2 sind durch den Bieter die wichtigsten Einheitspreise in ihre Lohn-, Material- und sonstigen Anteile aufzugliedern. Die aufzugliedernden Positionen werden von der Vergabestelle vorgegeben.

Vorteile der Formblätter EFB-Preis

Die Verwendung der Formblätter EFB-Preis ist auch für jeden nicht öffentlichen Auftraggeber ratsam. Aus der vorvertraglichen Abfrage der Kalkulationsgrundlagen des Unternehmers kann der Auftraggeber folgende Vorteile ziehen:

- Einblicke in die Kostenstruktur des Bieters
- Rückschlüsse auf den angesetzten Zeitbedarf je Leistungseinheit
- Rückschlüsse auf die angesetzten Materialkosten
- Rückschlüsse auf kalkulierte Nachunternehmerleistungen
- Rückgriff auf die Kalkulationsansätze im Rahmen der Prüfung von Nachträgen
- Hilfe bei der Durchführung von Ausgleichsberechnungen bei Mengenänderungen

EFB-Preis kein Vertragsbestandteil!

Die mit dem Angebot eingereichten Formblätter EFB-Preis werden generell nicht Vertragsbestandteil. So will es das VHB. Und das aus gutem Grund: Denn die Preisermittlungsgrundlagen eines

Angebots beziehungsweise eines Vertrags ergeben sich allein aus der Urkalkulation des Bieters. Um mögliche Widersprüche auszuschließen, dürfen die Formblätter EFB-Preis nicht in Konkurrenz zur Urkalkulation treten. Die Unwirksamkeit der Urkalkulation und damit der Verlust einer Preisermittlungsgrundlage wäre die fatale Folge. Denn nicht selten werden die Formblätter EFB-Preis von den Bietern nicht konform zur Angebotskalkulation ausgefüllt.

Die Urkalkulation bleibt aber in der Regel verschlossen, bis sie ihr wahres Gesicht irgendwann im Streitfall zeigt. Solange können die EFB-Preis ihre Vorteile entfalten und zwar zunächst gegenüber der Vergabestelle im Rahmen der Angebotswertung und später im Auftragsfall zur Klärung von Differenzen zwischen den Vertragsparteien dienen.

Wertungsmaßstäbe Preisprüfung

Zur preislichen Beurteilung der Angebote gibt das VHB folgende Wertungsmaßstäbe vor:

- Wertung der Angebote daraufhin, ob sie schlüssig sind und im Kostenaufbau und im Verhältnis der Einheitspreise zueinander eine ordnungsgemäße Kalkulation erkennen lassen.
- Wertung der Angebote, ob sie wesentlich von den anderen in die engere Wahl gekommenen Angeboten abweichen. Etwaige Kostenunterschiede sind darzustellen und zu ergründen.
- Beurteilung der Angemessenheit der Preise für Teilleistungen grundsätzlich nicht für sich, sondern im Rahmen der Angebotssumme: Erkennbar unangemessene Preise für einzelne Teilleistungen können Zweifel an einer sachgerechten Preisermittlung begründen.
- Bewertung von Bedarfspositionen im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Angebotssumme.
- Auswertung EFB-Preis.

Elemente der Preisprüfung

- Prüfung EFB-Preis 1 und 2
- Prüfung auf Vorliegen eines Unterangebotes
- Prüfung auf Mischkalkulation
- Prüfung auf spekulative Preise
- Prüfung auf Angemessenheit der Preise der Teilleistungen
- Prüfung der Bedarfspositionen

Auswertung EFB-Preis

Die Wertungsmaßstäbe nach VHB sehen die Auswertung der Formblätter EFB-Preis nur im Fall von Zweifeln an der Angemessenheit von Angebotspreisen vor. Es wird abweichend davon empfohlen, die Formblätter EFB-Preis der in die engere Wahl gekommenen Angebote in jedem Fall einer Auswertung zu unterziehen, weil sich daraus teilweise interessante Rückschlüsse und Vergleichsgrößen ziehen lassen.

Die Untersuchung der EFB-Preis sollte folgende Arbeitsschritte umfassen.

Lohnkosten

Untersuchung der Lohnkosten darauf, ob

- der Zeitansatz pro Leistungseinheit beziehungsweise die Gesamtstundenzahl den bautechnisch erforderlichen Ansätzen entsprechen,
- der Mittellohn sowie die Zuschläge für lohngebundene und lohnabhängige Kosten sich im Rahmen der tarifvertraglichen Vereinbarungen und der gesetzlichen Verpflichtungen halten.

Stoffkosten

Untersuchung der Stoffkosten darauf, ob

- sie den üblichen Ansätzen entsprechen.

Baustellengemeinkosten

Untersuchung der Baustellengemeinkosten darauf, ob

- ausreichende Ansätze für alle gesetzlich (zum Beispiel Umwelt-, Arbeits- und Unfallschutz), technisch und
- betriebswirtschaftlich notwendige Aufwendungen enthalten sind.

Ein Angebot, das diese Anforderungen nicht erfüllt, begründet die Vermutung, dass der Bieter nicht in der Lage sein wird, seine Leistung vertragsgerecht zu erbringen. Die Vermutung kann nur dadurch widerlegt werden, dass der Bieter nachweist, dass er aus objektbezogenen, sachlich gerechtfertigten Gründen die Ansätze knapper als die übrigen Bieter kalkulieren konnte, beispielsweise deswegen, weil er rationellere Fertigungsverfahren anwendet oder über günstigere Baustoffbezugsquellen oder über Produktionsvorrichtungen verfügt, die andere Bieter nicht haben oder erst beschaffen müssen, oder weil sich sein Gerät bereits auf oder in der Nähe der Baustelle befindet.

Wann liegt ein Unterangebot vor?

Ein Unterangebot ist die vergaberechtliche Bezeichnung für ein unangemessen niedriges Angebot. Für die Bewertung, ob ein Unterangebot vorliegt, ist der Gesamtangebotspreis maßgeblich, nicht

jedoch die Einzelpreise. Anhaltspunkte für einen unangemessen niedrigen Preis sind der geschätzte Auftragswert der Vergabestelle auf Basis der Kostenberechnung des Planers und eine erhebliche Differenz zum zweitgünstigsten Angebot.

Man geht in der Vergabepaxis davon aus, dass eine Preisdifferenz von mehr als 10 bis 15 Prozent zwischen Niedrigstbieter und Nächstbieter den Verdacht auf ein unzulässiges Unterangebot begründet. Wird eine solche Differenz zwischen dem Erst- und Zweitplatzierten festgestellt, besteht zunächst Aufklärungsbedarf in Richtung des Niedrigstbieters. Ist der Niedrigstbieter im Rahmen seiner Aufklärung in der Lage, individuelle Kostenvorteile nachzuweisen, werden ihm diese durch interne Addition zu seinem Angebotspreis quasi gutgeschrieben. Liegt der so ermittelte fiktive Angebotspreis nicht mehr als 10 bis 15 Prozent unter dem Angebotspreis des Nächstbieters, gilt der Preis als angemessen.

Zu den individuellen Kostenvorteilen zählen beispielsweise:

- nachgewiesene Einsparungen
- günstige Einkaufspreise
- Rabatte
- bereits abgeschriebene Maschinen etc.

Auch unternehmensinterne Gründe für die Abgabe eines Unterangebotes, zum Beispiel durch den Verzicht auf Kostendeckung, wie die Herabsetzung der Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn, um beispielsweise eine Referenz zu erlangen oder sich einen Marktzugang zu verschaffen, oder auch einfach nur die Kapazitäten auszulasten, müssen als individueller Kostenvorteil anerkannt werden. Eine Pflicht zum Ausschluss des Angebotes liegt also nur bei wettbewerblich nicht begründeten Unterangeboten vor.

Mischkalkulation

Bei Angeboten, in denen die für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt sind, liegt eine unzulässige Mischkalkulation vor. Kennzeichen einer Mischkalkulation sind 1-Cent-Preise. Jedoch dürfen ein oder auch mehrere angebotene Einheitspreise von 1 Cent bei der Vergabestelle nicht automatisch zu dem Schluss führen, dass eine unzulässige Mischkalkulation vorliegt. Vielmehr ist vom Bieter Aufklärung darüber zu verlangen.

Sollte sich das Vorliegen einer Mischkalkulation im Rahmen der Preisprüfung

bestätigen, führt dies zum zwingenden Ausschluss des Angebotes. Dies ist auch der Grund dafür, dass die Prüfung auf Mischkalkulation Gegenstand der 1. Wertungsstufe, Ausschluss von Angeboten wegen formeller oder inhaltlicher Mängel, ist.

Es wird dem öffentlichen Auftraggeber empfohlen, den Ausschluss eines Angebotes wegen Mischkalkulation mit äußerster Sorgfalt zu behandeln und im Zweifel auf einen Angebotsausschluss zu verzichten. Der Auftraggeber ist in der Nachweispflicht und tut sich damit in der Regel schwer. Denn eine Mischkalkulation ist bereits ausgeschlossen, wenn ein Bieter ausdrücklich erklärt, dass die von ihm angegebenen Preise seiner Kalkulation entsprechen.

Und genau darauf kommt es an: Wenn sich im Rahmen der Aufklärung des Bieters ergibt, dass die Einheitspreisangaben des Angebotes mit den Angaben des Bieters zu seiner Preisermittlung (Kalkulation) übereinstimmen, so liegt eine Mischkalkulation nicht vor.

Spekulationspreise

Mit einem spekulativen Angebot nutzt der Bieter einen Wissensvorsprung gegenüber demjenigen aus, der das Leistungsverzeichnis aufgestellt hat. Erwartet der Bieter beispielsweise niedrigere Massen als ausgeschrieben, wird er bei spekulativem Vorgehen den Preis der variablen Leistungsanteile geringer und den Preis der fixen Leistungsanteile höher als bei zutreffender Kalkulation ansetzen. Wenn der Bieter mit höheren Massen rechnet, wird er einen pauschalen Nachlass anbieten; wenn er hingegen mit geringeren Massen rechnet, bietet er einen prozentualen Nachlass an. Oder er setzt einen Einheitspreis höher, wo er mit Massenmehrung rechnet und umgekehrt.

Ein solches spekulatives Vorgehen des Bieters bei der Kalkulation ist zulässig. Hier schöpft der Bieter seine Kalkulationsfreiheit aus. Spekulative Preise sind kein Grund, ein Angebot von der Wertung auszuschließen. Es ist aber Aufgabe des mit der Wertung der Angebote Befassten, diese spekulativen Elemente zu erkennen und in den Auswirkungen beziehungsweise im Vergleich mit den anderen Angeboten zu bewerten.

Beste Vorsorge gegen Spekulationspreise sind im Übrigen mengengenaue und mengengerechte Angaben im Leistungsverzeichnis. Kommt der Auftraggeber seiner Pflicht zur Erstellung einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung nach, so bleiben für Spekulationen des Bieters wenig Raum.

Das Dilemma der Dumpingangebote

Wem nützt eigentlich der Ausschluss eines Unterangebots?

Wählen Sie!

1. Dem zweitplatzierten Bieter, denn er erhält den Zuschlag?
2. Dem Bieter, der ein Unterangebot abgegeben hat, denn er wird vor einem nicht kostendeckenden Auftrag bewahrt?
3. Dem Auftraggeber?

Während auch Sie die Fragen 1 und 2 sicher mit Ja beantwortet haben, gehen zu Frage 3 die Meinungen weit auseinander.

Dem Auftraggeber nützt der Ausschluss eines Unterangebots dem ersten Anschein nach weniger, denn der kann mit dem Zuschlag auf ein Unterangebot erst einmal richtig Geld sparen. Er sieht sich als Gewinner des Wettbewerbs, denn er meint ein Schnäppchen gemacht zu haben. Im Glauben an seine Ausschreibung als „wasserdichte Vertragsgrundlage“ legt er im Geiste das Ersparte quasi als „Spielgeld“ auf die hohe Kante, um sich damit großzügig jede notwendige Korrektur am Bauvorhaben leisten zu können, sei es die Beauftragung von Nachträgen (womöglich auch zur Qualitätserreichung) oder sogar von Beschleunigungsmaßnahmen zur Erreichung der Terminziele.

Doch halt! So einfach kommt der Auftraggeber nicht an einmal erspartes Auftragsvolumen. Die Rechnungsprüfungsämter lauern schon auf Fälle allzu laxen Umgangs mit den Haushaltsmitteln! Und die Baufirma spart, wo es nur geht, um aus einem nicht auskömmlich kalkulierten Auftrag zumindest eine schwarze Null zu drehen.

Ein paar Beispiele aus der Praxis sollen genügen, um die prekäre Lage eines Auftraggebers, der glaubte, mit einem Unterangebot ein Schnäppchen zu machen, zu verdeutlichen: Die häufig zu hoch angebotenen Leistungsansätze, wie auch ein zu gering kalkulierter Personaleinsatz führen nicht nur zu einer Verlängerung der Bauzeit, sondern auch zu Qualitätseinbußen. Baufirmen, die planmäßig darauf setzen, mit nicht auskömmlichen Angeboten an Aufträge heranzukommen, versuchen später mit einem knallharten Claim- beziehungsweise Forderungsmanagement aus den roten Zahlen herauszukommen. Und ab und zu bleibt auch eine Baufirma auf der Strecke, weil sie zu oft mit Kostenunterdeckung gearbeitet hat. Und mit all dem soll sich ein Bauherr herumschlagen?

Mit solchen Projekten ist weder dem Markt, noch den Bauherren, noch der Baukultur geholfen. Die Beschaffungsorgane der Bauherren haben es in der Hand, an diesen Zuständen etwas zu ändern. Wie die VOB/A schon sagt: Der Zuschlag soll auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie zum Beispiel Preis, Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, Gestaltung, Rentabilität oder technischer Wert als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.

Der Ausschluss von Dumpingangeboten dient dem Schutz des Auftraggebers! Nehme er diesen Schutz, den das Vergaberecht ihm bietet, doch wahr!

Für die Beantwortung dieser Fragen ist ihm eine zumutbare Frist zu setzen.

Da es sich bei Ausschreibungen um Wettbewerbspreise handelt, darf der Auftraggeber von seinem Recht, sich über die Angemessenheit der Preise informieren zu dürfen, nur sparsam Gebrauch machen, in der Regel nur bei Angeboten, die sich in der engeren Wahl befinden. Zu diesem Zweck darf der Auftraggeber Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen) nehmen. Daraus resultieren folgende Folgerungen:

1. Der Bieter ist verpflichtet, die Einsichtnahme in die vorzulegenden Preisgrundlagen zu gestatten.
2. Der Auftraggeber darf nur ausnahmsweise die Vorlage der Kalkulation fordern, das heißt er muss dafür triftige Gründe haben und sie dem Bieter auf Verlangen benennen.

Nebenstehende Abb. 1 enthält ein Musterschreiben für ein Aufklärungsverlangen an den Bieter.

Die viel praktizierte vereinfachte Handhabung, den Bieter im Rahmen seiner Aufklärungspflicht aufzufordern, die Auskömmlichkeit gewisser Preise **zu bestätigen**, genügt den Vorgaben der VOB/A nicht und kann den Auftraggeber im Hinblick auf wirtschaftliche Risiken eines unangemessen niedrigen Angebotspreises auch nicht zufrieden stellen. Die Angemessenheit der Angebotspreise ist vom Bieter nicht **zu bestätigen**, sondern **nachzuweisen**.

Der Schutz des Auftraggebers vor wirtschaftlichem Risiko

Die dargestellten Regeln zur Wertung der Angebotspreise dienen vor allem dem Schutz des Auftraggebers. Insbesondere sollen sie dazu beitragen, späteren Schaden beim Auftraggeber zu vermeiden. Denn mit der Beauftragung unangemessen niedriger Angebote ist die Gefahr verbunden, dass der beauftragte Unternehmer später in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät, was zur Folge haben kann, dass die Leistung nicht vollständig oder nicht ordnungsgemäß ausgeführt wird und ungerechtfertigte Nachforderungen den Auftraggeber belasten.

Eine Pflicht des Auftraggebers zum Ausschluss eines Angebotes besteht aber nur bei wettbewerblich nicht begründeten Unterkostenangeboten. Denn im Rahmen des durch die VOB/A geförderten Preiswettbewerbs ist es eben auch möglich, bewusst deutlich unterpreisige Angebote abzugeben, um damit die

Die Kalkulation ist Sache des Bieters!

Die Prüfung der Kalkulation eines Bieters auf Ordnungsmäßigkeit bewegt sich juristisch auf einem schmalen Grat. Zunächst gibt es für eine ordnungsgemäße Kalkulation keine allgemeingültigen oder rechtsgültigen Vorgaben. Die Kalkulationsfreiheit des Bieters wird durch das Vergaberecht nicht angetastet. Weiterhin ist eine Überprüfung von Wettbewerbspreisen immer auch ein Eingriff in den marktwirtschaftlichen Wettbewerb, wofür es letztlich keine rechtliche Grundlage gibt. Es ist und bleibt Sache des jeweiligen Unternehmers, wie er seine Preise kalkuliert,

selbst wenn dies für Dritte unauskömmlich oder überhöht erscheint.

Die Aufklärung des Bieters

Die Vergabestelle ist gehalten, bei Zweifeln an der Angemessenheit beziehungsweise Auskömmlichkeit der Preise, bei dem Verdacht auf Mischkalkulation sowie bei erkannten Widersprüchen und Unklarheiten eines Angebotes beim Bieter Aufklärung über den Angebotsinhalt zu verlangen. Die Aufklärung des Bieters über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen soll in Textform erfolgen. Dabei sind dem Bieter konkrete Fragen zu stellen.

Bieter xyz

Projektname
Vergabe-Nr.
Aufklärung zum Angebotsinhalt nach VOB/A § 25

Sehr geehrte Damen und Herren,

unter Verweis auf die Vorgaben nach VOB/A § 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 und dem bestehenden Verdacht auf ein unangemessen niedriges Angebot verlangen wir schriftlich Aufklärung bis zum

Insbesondere sind die Angemessenheit der Preise für die Teilleistungen

- ◆
- ◆

nachvollziehbar nachzuweisen und offenbar vorhandene individuelle Kostenvorteile darzulegen.

Mit freundlichen Grüßen

Abb. 1 Muster-schreiben Aufklä-rungsverlangen

Chance auf den Auftragserhalt zu erhöhen.

Ein Bieter hat generell keinen Anspruch auf Ausschluss eines Unterkostenangebotes eines Konkurrenten, es sei denn, es handelt sich um einen offenkundigen Verdrängungswettbewerb. Im Vordergrund der Prüfung der Angemessenheit des Angebotspreises steht also der Schutz des Auftraggebers vor Eingehen eines wirtschaftlichen Risikos. Der Schutz des Bieters ist in dieser Wertungsstufe nachrangig.

■ *Dipl.-Ing. Michael Figge, Spiekermann GmbH Beratende Ingenieure, Schwerte*

Risiken für Vergabestelle und beratende Ingenieure

Wertung von Haupt- und Nebenangeboten hat eigene Tücken – Teil 2

Die formelle und materielle Wertung von Haupt- und Nebenangeboten nach VOB/A und VOL/A stellt hohe Anforderungen an die Vergabestelle. Zum einen soll die Entscheidung zur Annahme oder Ablehnung eines Nebenangebotes rechtssicher, fehlerfrei und nachprüfbar sein, zum anderen steht der Vergabestelle für diesen Wertungsprozess in aller Regel nur ein enger zeitlicher Rahmen zur Verfügung. Das geschilderte Fallbeispiel verdeutlicht die dabei möglichen Schwierigkeiten für die Vergabestelle wie auch für das begleitende Ingenieurbüro im Falle einer Vergabebeschwerde durch einen Bieter.

Die Fortsetzung des in Ausgabe 1/2007 des Vergabe Navigator bereits eingeführten Fallbeispiels führt diesmal weiter zu den Fragen, bis wohin sich der Leistungsumfang des beratenden Ingenieurs erstreckt und ob man durch den Ausschluss von Nebenangeboten diese Schwierigkeiten umgehen kann. Es ergibt sich weiterhin der Schluss, dass auch in Kenntnis der aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen im Falle einer Vergabebeschwerde die zeitliche wie inhaltliche Entwicklung nicht im Vorfeld einschätzbar ist, insbesondere zu dem Zeitpunkt, wo das beratende Ingenieurbüro seinen Leistungsrahmen und dessen Vergütung mit dem Auftraggeber fixiert.

Im ersten Teil des Beitrags über die Aufhebung und Neuausschreibung des im Folgenden beschriebenen Angebots nach Paragraph 26 (1c) VOB/A berichtet, die bei Vorliegen schwerwiegender Gründe gerechtfertigt ist.

Neuausschreibung aufgrund des Nebenangebots

Grund für die Aufhebung war das so genannte Wasserbauteinurteil des BGH vom 11. März 1999 (AZ VII ZR 179/98), wonach erst durch ein Nebenangebot für den Auftraggeber die Möglichkeit zu einer wirtschaftlicheren Ausführung als im Amtsvorschlag aufgezeigt wird.

Im vorliegenden Fall war neben dem Amtsvorschlag ein Nebenangebot mit einem alternativen Rohrwerkstoff GFK zu geringeren Marktpreisen als das Steinzeugrohr eingereicht worden. Alle Bieter, die zur ersten Submission ein Angebot abgegeben hatten, erhielten die Mitteilung über die Aufhebung der Ausschreibung und die Möglichkeit, nach Aufstellung der auf den neuen Rohrwerkstoff angepassten Leistungsbeschreibung ein neues Angebot abgeben zu können.

Die Leistungsbeschreibung wurde vom begleitenden Ingenieurbüro überplant und von der Vergabestelle als Amtsvorschlag unter Verwendung des Werkstoffes GFK erneut ausgeschrieben. Zugleich wurden Nebenangebote ausgeschlossen. Zwischen erster und zweiter Submission lag ein Zeitraum von etwa zwei Monaten.

Die Submission dieser zweiten Ausschreibung bot keine nennenswerten Veränderungen. Wiederum wurden die Ergebnisse der Ausschreibung einem vierstufigen Wertungsverfahren unterzogen, nach welchem die Bietergemeinschaft T., diesmal unter Federführung der Firma K., zwar preislich überzeugte, die aber bereits in der ersten Ausschreibung benannten Bedenken auch im zweiten Aufklärungsgespräch nicht ausgeräumt werden konnten

1. Das Hauptangebot der Bietergemeinschaft enthielt weiterhin spekulative Mischkalkulationskomponenten, die vom Bieter nicht aufgeklärt werden konnten. Nach der zum Zeitpunkt der Submission gültigen Rechtsauffassung verschiedener Gerichte (BGH-Urteil vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04 sowie des Oberlandsgerichts (OLG) Düsseldorf vom 26. November 2003,