

VERGABERECHT

Mit Preisverlagerungen riskieren Bieter einen Angebotsausschluss

Das Oberlandesgericht München hat sich in einer aktuellen Entscheidung mit einem Thema beschäftigt, das schon für viel vergaberechtliche Rechtsprechung gesorgt hat: Es geht um die Verlagerung von Preisangaben zwischen verschiedenen Positionen des Leistungsverzeichnisses im Angebot. Dabei bepreist ein Bieter eine LV-Position niedriger, als es seiner eigentlichen Kostenkalkulation entspricht, eine andere jedoch höher. Oft kommen solche Preisverlagerungen dadurch zustande, dass der Bieter eine Mengenverschiebung zwischen den betreffenden Positionen im Rahmen der Auftragsausführung vorausieht. Er hat dann einen kommerziellen Anreiz, Positionen mit (nach seiner Schätzung) zu hohem LV-Mengenansatz geringer zu bepreisen, Positionen mit (nach seiner Schätzung) zu geringem LV-Mengenansatz hingegen höher zu bepreisen (Beschluss vom 17.04.2019 – Verg 13/18).

SACHVERHALT

Der öffentliche Auftraggeber hatte Abbruch- und Entsorgungsleistungen unter anderem für schadstoffbelasteten Beton ausgeschrieben. Eine Position des Leistungsverzeichnisses bestand in der Entsorgung von leicht belastetem Beton. Eine andere Position des Leistungsverzeichnisses bestand in der Entsorgung von etwas stärker belastetem Beton. Die Mengenansätze, die dem LV zugrunde lagen, waren stark unterschiedlich: Für die Entsorgung von leicht belastetem Beton hatte der Auftraggeber einen zwölf-fach höheren Mengenansatz hinterlegt als für die Entsorgung von stärker belastetem Beton. Ein Bieter bot einen besonders günstigen Einheitspreis für die Entsorgung von leicht belastetem Beton und einen sehr hohen Einheitspreis für die Entsorgung von stärker belastetem Beton an.

Hinter diesen Preisangaben vermutete der Auftraggeber eine Absicht des Bieters, im Fall einer Mengenverschiebung hin zur Entsorgung von stärker belastetem Beton eine höhere Gesamtvergütung zu erzielen. Der Auftraggeber ging daher seinem Verdacht nach, der Bieter habe in den jeweiligen LV-Positionen nicht die tatsächlich geforderten Preise angeboten, sondern den für die Entsorgung von leicht belastetem Beton geforderten Preis teilweise auf die LV-Position für die Entsorgung von stärker belastetem Beton verlagert. Er bat den Bieter daher um Aufklärung über seine Angebotskalkulation.

Auf die Aufklärungsfrage legte der Bieter seine Kalkulation teilweise offen und erläuterte das Zustandekommen seines Angebots im Übrigen in recht allgemeiner Form. Der Bieter gab unter anderem an, er habe eine Weiterveräußerungsmöglichkeit für leicht belasteten Beton zu Marktpreisen einkalkuliert, er verfolge eine Expansionsstrategie und er habe sämtliches Rationalisierungspotential gehoben. Eine Kostenverlagerung zwischen den

einzelnen LV-Positionen verneinte der Bieter. Daraufhin schloss der Auftraggeber das Angebot von der Wertung aus, weil der Verdacht einer zulässigen Preisverlagerung zwischen den einzelnen LV-Positionen nicht ausgeräumt sei. Hiergegen wandte sich der Bieter mit seiner Rüge und seinem Nachprüfungsantrag.

ENTSCHEIDUNG

Während die Vergabekammer Nordbayern den Nachprüfungsantrag in erster Instanz noch für begründet hielt, bestätigte das Oberlandesgericht den Ausschluss des Angebots durch den Auftraggeber.

Das Gericht betont zunächst den vergaberechtlichen Grundsatz, wonach ein Angebot grundsätzlich auszuschließen ist, wenn ein Bieter die für einzelne LV-Positionen eigentlich vorgesehenen Preise ganz oder teilweise in andere LV-Positionen verlagert. Eine solche Preisverlagerung liege nahe, wenn im Angebot die deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Preise einzelner LV-Positionen auffällig hohen Preisen bei anderen LV-Positionen entsprechen. Es obliege dann dem Bieter, diesen Anschein einer Preisverlagerung zu erschüttern. Gelingen ihm dies nicht, sei das Angebot auszuschließen. Auf die Gründe für die Preisverlagerung kommt es dabei nicht an.

Um den Eindruck einer unzulässigen Preisverlagerung zu entkräften, reichten allgemeine Erklärungen des Bieters nicht aus. Zumindest müsse der Bieter bestätigen, dass seine Preise seiner tatsächlichen Kalkulation entsprechen. Wenn dem Auftraggeber konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dies nicht der Fall ist, könne der Bieter mit dieser Erklärung allein den Angebotsausschluss jedoch noch nicht abwenden – dann müsse er seine Kalkulation vielmehr näher belegen. Den Eindruck einer Preisverlagerung könne der Bieter unter anderem entkräften, indem er belegt, die von seinem Nachunternehmer geforderten Preise lediglich übernommen und weitergegeben zu haben (sodass diese

im Angebot zu seinen eigenen Preisen werden), oder indem er seine vollständige Kalkulation vorlegt, aus der sich die im Angebot angegebenen Preise plausibel ergeben. Wenn der Bieter sich hierbei auf Erfahrungswerte oder Marktpreise beruft, müsse er auch diese konkret benennen und im Einzelfall belegen.

BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Unzulässige Preisverlagerungen zwischen einzelnen LV-Positionen (häufig auch als „Mischkalkulation“ bezeichnet) sind an sich kein neues vergaberechtliches Thema. In der letzten Zeit haben sich jedoch Entscheidungen gehäuft, die sich mit den Anforderungen an eine Entkräftung eines „Preisverlagerungsanscheins“ durch den Bieter befassen. Bereits mit Beschluss vom 4. Januar 2018 (Verg 3/17) hatte das Oberlandesgericht Koblenz festgestellt, der Auftraggeber müsse sich bei der Untersuchung einer möglichen Preisverlagerung nicht mit jeder beliebigen Erklärung des Bieters begnügen, und den Ausschluss eines Angebots bestätigt, nachdem der Bieter eine angemessene Aufklärung über seine Angebotskalkulation verweigert hatte. Auf dieser Linie liegt auch die aktuelle Entscheidung des Oberlandesgerichts München. Die Entscheidung stellt verhältnismäßig strenge Anforderungen an den Bieter, wenn dieser den Anschein einer unzulässigen Preisverlagerung erschüttern muss. Allgemeine Ausführungen derart, dass das Angebot keine Preisverlagerung enthalte, der tatsächlichen Kalkulation entspreche, auf Erfahrungswerten beruhe oder insgesamt auskömmlich sei, werden in der Regel nicht genügen. Der Bieter muss seine Kalkulationsgrundlagen vielmehr konkret darlegen und belegen. Auftraggebern gibt diese Rechtsprechung Rückenwind bei der Aufklärung von Angeboten, die eine Preisverlagerung nahelegen und deren Bezuschlagung dem Auftraggeber im Fall einer Mengenschiefverlagerung zwischen den LV-Positionen das Risiko erheblicher Mehrkosten bescheren kann. Auftraggeber sind daher gut beraten, Indizien für eine Preisverlagerung nachzugehen und von den Bietern belastbare Belege für die Angebotskalkulation einzufordern. Bieter sollten umgekehrt ihre Angebote belastbar kalkulieren und ihre Kalkulation für den Fall einer entsprechenden Aufklärung durch den Auftraggeber in gut dokumentierter Form und mit Belegen vorhalten, solange das Vergabeverfahren nicht abgeschlossen ist.

Sorgfalt bei der Schätzung des Auftragswerts geboten

Durfte der öffentliche Auftraggeber zu Recht davon ausgehen, sein Bauvorhaben liege im Unterschwellenbereich? Mit dieser Frage hatte sich die Vergabekammer Westfalen (Beschluss vom 27.05.2019 – VK 2-6/19) zu beschäftigen. Der Auftraggeber hatte angenommen, der geschätzte Auftragswert des zu vergebenden Bauauftrags liege unter dem derzeit geltenden Schwellenwert von EUR 5,548 Mio., und sich für eine „freihändige Vergabe“ entschieden. Auf den Nachprüfungsantrag eines unterlegenen

Bieters sah sich die Vergabekammer die Auftragswertschätzung des Auftraggebers genauer an.

Die Vergabekammer entschied, dass der Auftraggeber bei Auftragswertschätzungen, die sich nah an dem jeweils einschlägigen Schwellenwert bewegen, besonders sorgfältig vorgehen müsse. Weise der zu vergebende Auftrag das Risiko von Abweichungen und Toleranzen gegenüber der Entwurfsplanung auf, sei zudem ein Risikoaufschlag in die Schätzung einzustellen. Dies gilt nach Auffassung der Vergabekammer erst recht, wenn der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium ist, sondern der Auftraggeber durch die Verwendung eines qualitativen Zuschlagskriteriums zum Ausdruck gebracht hat, dass die Bieter über Planungsfreiheit verfügen und der Auftraggeber besonderen Wert auf die Qualität der Angebotsentwürfe legt. Solche Anforderungen führten typischerweise zu höheren Preisen, was in der Auftragswertschätzung zu berücksichtigen sei. Nach Auffassung der Vergabekammer hätte der Risikozuschlag im Rahmen der Auftragswertschätzung daher mindestens zehn Prozent betragen müssen, was im entschiedenen Fall zur Überschreitung des Schwellenwertes geführt hätte.



Jan Christian Eggers

Rechtsanwalt | LL.M.

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

E-Mail: Jan.Eggers@bblaw.com

NEWSTICKER

+++ Strenge Anforderungen an Selbstreinigung nach Kartellbeteiligung +++

Die Vergabekammer Westfalen hat sich mit der Frage beschäftigt, welche Anforderungen an eine erfolgreiche „Selbstreinigung“ des Bieters nach einer Beteiligung an einem Kartellverstoß bestehen (Beschluss vom 25.04.2019 – VK 2-41/18). Hintergrund dieser Frage ist zum einen § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, wonach Unternehmen (die sich nicht im Sinne von § 125 GWB „selbst gereinigt“ haben) vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können, wenn für ihre Beteiligung an einem abgestimmten wettbewerbsbeschränkenden Verhalten (in der Regel also an einem Kartell) hinreichende Anhaltspunkte vorliegen. Zum anderen hatte der Europäische Gerichtshof zuletzt klargestellt, dass zu einer umfassenden Kooperation des Bieters mit dem Auftraggeber, die zu einer „Selbstreinigung“ führen soll, auch die Vorlage der ungekürzten und ungeschwärzten Entscheidung der Kartellbehörde gehört (Urteil vom 24.10.2018 – C-124/17).

Die Vergabekammer hat diese Rechtsprechung übernommen und den Nachprüfungsantrag eines Bieters zurückgewiesen, den der Auftraggeber wegen seiner vorangegangenen Beteiligung am „LKW-Kartell“ vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hatte. Es zeichnet sich daher ab, dass Bieter, die eine erfolgreiche „Selbstreinigung“ nach Beteiligung an einem Kartellverstoß darlegen wollen, um auch während des Ausschlusszeitraums von drei Jahren nach der kartellbehördlichen Entscheidung (§ 126 Nr. 2 GWB) am Vergabeverfahren teilnehmen zu können, in Kauf nehmen müssen, dass sie dem Auftraggeber Unterlagen zur Verfügung stellen müssen, die dieser für die Begründung seiner Schadensersatzansprüche gegen den Bieter verwenden kann. Diese Konsequenzen müssen betroffene Bieter in ihre strategischen Erwägungen einbeziehen.

+++ Wasserkonzessionsvergabe darf nicht diskriminieren +++

Die Vergabe von Trinkwasserkonzessionen fällt nicht unter das Vergaberecht (§ 149 Nr. 9 GWB). Es gibt auch keine Sondervergabevorschriften wie für die Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen (§§ 46 ff. EnWG). Wenn eine Gemeinde zur Sicherstellung der Wasserversorgung eine privatrechtliche Konzession in einem wettbewerblichen Verfahren vergibt, muss sie sich aber an das kartellrechtliche Diskriminierungs- und Verhinderungsverbot halten (§§ 19 f. GWB). Das hat der BGH in einer aktuellen Entscheidung bestätigt (Beschluss vom 26.02.2019 – KZR 22/18). Durch die Eröffnung des Wettbewerbs um die privatrechtliche Konzession betätigt sich die Gemeinde unternehmerisch als Anbieter der damit verbundenen Wegerechte. Als Monopolist bei der Vergabe dieser Rechte muss die Gemeinde sich an die kartellrechtlichen Marktbeherrschungsvorschriften halten. Im entschiedenen Fall hatte die Gemeinde diese rechtlichen Grenzen überschritten, weil sie keine Auswahlkriterien und deren Gewichtung mitgeteilt hatte. Ob die gleichen Vorschriften ebenfalls Anwendung finden, wenn die Gemeinde sich dazu entscheidet, die Wasserversorgung hoheitlich zu regeln, ist demgegenüber weiterhin offen.

+++ Hinweis auf 15-Tage-Ausschlussfrist kann noch in der Rügezurückweisung erfolgen +++

Die Rechtsprechung verlangt im Allgemeinen, dass bereits die Auftragsbekanntmachung einen Hinweis auf die 15-tägige Ausschlussfrist für einen Nachprüfungsantrag nach einer Zurückweisung der Rüge durch den Auftraggeber enthält (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB). Anderenfalls kann sich der Auftraggeber nicht verlässlich auf die Ausschlussfrist berufen, wenn ein Nachprüfungsantrag noch mehr als 15 Tage nach der Rügezurückweisung gestellt wird. Das OLG Celle hat nun klargestellt, dass der Auftraggeber sich auch dann auf die Ausschlussfrist berufen kann, wenn er zwar nicht bereits in der Bekanntmachung, aber im Rügezurückweisungsschreiben auf diese Frist ausdrücklich hingewiesen hat (Beschluss vom 19.03.2019 – 13 Verg 7/18). Jedenfalls niedersächsische Auftraggeber haben daher insoweit eine Korrekturmöglichkeit, wenn sie den Hinweis auf die Ausschlussfrist in der Auftragsbekanntmachung unterlassen oder vergessen haben.

+++ UVgO in Niedersachsen nach wie vor nicht in Kraft +++

Der zwischenzeitlich auf Eis gelegte Entwurf des neuen niedersächsischen Landestarifreue- und Vergabegesetzes ist mittlerweile im Gesetzgebungsverfahren angekommen. Er liegt derzeit dem Wirtschaftsausschuss des niedersächsischen Landtags zur Beratung vor. Das neue Gesetz sieht die Einführung der Unterschwellenvergabeverordnung (UVgO) in Niedersachsen vor. Wann das Gesetzgebungsvorhaben abgeschlossen werden kann, steht noch nicht fest.

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2019.

HINWEISE

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten,
können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff
„Abbestellen“ an newsletter@bblaw.com) oder sonst
gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann | Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten | Stephan.Rechten@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Dr. Lars Hettich | Lars.Hettich@bblaw.com
Sascha Opheys | Sascha.Opheys@bblaw.com

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen | Hans.VonGehlen@bblaw.com
Christopher Theis | Christopher.Theis@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg
Tel.: +49 40 688745-145
Jan Christian Eggers | Jan.Eggers@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner | Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier | HansGeorg.Neumeier@bblaw.com