

Recht

Kalkulation, Mischkalkulation, Spekulation, Preisverlagerung – wo sind die Grenzen des Zulässigen?

Grundsätzlich steht es einem Bieter frei, wie er die Preise für die ausgeschriebenen Leistungen kalkuliert. Allerdings ist auch bei Beschaffungsvorgängen der öffentlichen Hand, also bei Vergabeverfahren, die Freiheit nicht grenzenlos.

Einleitung

Ob ein Bieter bei der Kalkulation seines Angebotes die voraussichtlich anfallenden Kosten vollständig oder nur teilweise erfasst und ob die daraus folgenden Preise sachlich und der Höhe nach zutreffend sind, ist der Kalkulationsfreiheit des Bieters zuzuordnen. Allerdings sind dieser Freiheit aus Gründen der Transparenz und Vergleichbarkeit der Angebote als Ausfluss des Grundsatzes eines fairen Wettbewerbs in den Ausschreibungsunterlagen sowie in den vergaberechtlichen Regelungen Grenzen gesetzt. Diese gilt es für die Wertbarkeit des Angebotes einzuhalten.

1 Preisangaben

Nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A müssen die Angebote zunächst die geforderten Preise enthalten. Fehlende Preisangaben dürfen nicht nachgefordert werden. Das Fehlen führt grundsätzlich zum Ausschluss vom Vergabeverfahren, wie aus § 16 a EU Abs. 2 Satz 1 und 2 VOB/A folgt. Nur unwesentliche und das Wettbewerbsergebnis nicht beeinflussende, aber tatsächlich fehlende Preise dürfen nachgefordert werden (vgl. hierzu: Straße und Autobahn 2022, S. 308 ff.). Wegen der vorgesehenen Rechtsfolge des zwingenden Ausschlusses vom

weiteren Vergabeverfahren sollte deshalb auch dem zu erklärenden Preis besondere Sorgfalt gewidmet werden. So ist bei einer Position im Leistungsverzeichnis ein Schrägstrich (VK Nordbayern, Beschluss vom 9.9.2008, – 21 VK 3194-34/08 –) oder der Hinweis „in den Positionen 06.25 bis 06.27 enthalten“ (VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 12.5.2005, – VK 17/05 –) keine ordnungsgemäße Preisangabe, wohl aber die Erklärung „0,00 Euro“ (so schon: OLG Naumburg, Beschluss vom 29.1.2009, – 1 Verg 10/08 –; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 19.4.2021, – 1 VK 12/21 –),

2 Spekulationsangebot

Ob die vom Bieter bei der Kalkulation getroffenen Annahmen sich bei der späteren Ausführung auch tatsächlich so einstellen, bleibt abzuwarten. Insofern wohnt jeder Kalkulation grundsätzlich auch ein spekulatives Element inne. Lediglich die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der getroffenen Annahme sowie die preisbildende Berücksichtigung dieses Umstands machen den Unterschied aus. Wenn der Bieter für den ausgeschriebenen Abtransport und die Verwertung von Bodenaushub einer Straßenbaumaßnahme keine Kosten kalkuliert, weil er in unmittelbarer Nähe über eine andere Verwertungsmöglichkeit verfügt, ist der auf dieser Annahme beruhende niedrige Preis grundsätzlich nicht zu beanstanden. Ob die vom Bieter getroffene Annahme der eigenen, kostenlosen Verwertung sich bei Ausführung auch tatsächlich so einstellt, ist letztlich sein Kalkulationsrisiko. Spekulation ist also nicht verboten, sondern grundsätzlich erlaubt. Sogar in den Ausschreibungsunterlagen erkannte vermeintliche Fehler brauchen nicht offengelegt und gerügt zu werden, sondern können Grundlage der Angebotskalkulation sein (VK Lüneburg, Beschluss vom 21.1.2020,

– VgK- 41/2019 –). Allerdings kann ein so spekulativ kalkuliertes Angebot dann ausgeschlossen werden, wenn dem Auftraggeber bei Eintritt bestimmter, nicht ganz fernliegender Umstände erhebliche Übervorteilungen drohen und das Ziel verfehlt wird, im Wettbewerb das günstigste Angebot zuzuschlagen (BGH, Urteil vom 19.6.2018, – X ZR 100/16 –; VK Südbayern, Beschluss vom 27.10.2021, – 3194.Z3-3_01-21-24). Spekulierenden Bietern ist deshalb dringend zu empfehlen, „den Bogen nicht zu überspannen“.

3 Mischkalkulation

Von einer Mischkalkulation wird regelmäßig dann gesprochen, wenn der Bieter Einheitspreise für bestimmte Positionen bewusst zu niedrig ansetzt und dafür die Preise bei anderen Positionen erhöht. Denkbar sind auch unterschiedliche Kostenansätze innerhalb einer Position, die dann einen gemischten Preis ergeben. Hiermit spekuliert der Bieter auf das Nachtragspotential der betroffenen Positionen, also auf das Entfallen der zu niedrig angesetzten und auf die Vervielfachung der erhöht angebotenen Positionen. Ein so kalkuliertes Angebot stellt daher eine Variante des Spekulationsangebotes dar, sodass auf die Ausführungen zu Ziff. 2 verwiesen wird. Sollte das Angebot in der Wertung bleiben, also bezuschlagt werden, und treten die vom Bieter angenommenen Umstände ein, werden regelmäßig bei den mit hohen Preisen versehenen Positionen Mehrmengen und bei den mit niedrigeren Preisen versehenen Positionen Mindermengen entstehen. Die dann deutlich steigende rechnerische Vergütung wird den Auftraggeber regelmäßig veranlassen, eine Anpassung der Vergütung nach § 2 Abs. 3 VOB/B zu beanspruchen. Kam es früher dann auf die dem jeweiligen Preis zugrunde liegende Kalkulation (mit den überhöht kalku-

■ Verfasser

Dr. Jan van Dyk

vandyk@ahlers-vogel.de

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Vergaberecht

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Ahlers Et Vogel Rechtsanwälte PartG mbB

Contrescarpe 21

28203 Bremen

lierten Kosten) an, wird dies bei Ausbleiben der Einigung der Vertragsparteien über einen neuen Preis künftig keine Rolle mehr spielen: Nach der aktuellen Rechtsprechung ist der neue Preis nämlich auf der Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge zu bilden (BGH, Urteil vom 8.8.2019, – VII ZR 34/18 –). Dies gilt auch für geänderte und zusätzliche Leistungen (KG, Urteil vom 10.7.2018, – 21 U 30/17 –).

4 Preisverlagerung

Ein weiterer Unterfall der Mischkalkulation ist die Preisverlagerung. Hierbei werden Preisbestandteile einer Position nicht dort, sondern bei einer anderen Position eingerechnet.

Somit entspricht der erklärte Preis nicht dem tatsächlich beanspruchten Entgelt für die in der Position beschriebene Leistung, was dem Fehlen einer Preisangabe gleichkommt und zum Ausschluss von der Wertung führt (BGH, Urteil vom 18.5.2004, – X ZB 7/04 –). Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus, dass der Bieter die von ihm

eigentlich beanspruchten Preise verstecke und durch die fehlende Transparenz dem Auftraggeber eine vergleichende Wertung unmöglich gemacht werde. Letztlich fehle eine Preisangabe. Eine vergaberechtlich zu beanstandende Preisverlagerung liegt aber nur vor, wenn die Ausschreibungsunterlagen Vorgaben dazu enthalten, bei welchen Positionen bestimmte Kostenbestandteile zu kalkulieren sind. Kann beispielsweise bei Fehlen einer konkret zu bepreisenden Position und bei Auslegung des Leistungsverzeichnisses die in Rede stehende Leistung der Position „Baustelleneinrichtung“ zugeordnet werden, liegt keine unzulässige Preisverlagerung vor (OLG Stuttgart, Urteil vom 27.2.2018, – 10 U 98/17 –). Allerdings ist die Abgrenzung bzw. Auslegung wegen der einschneidenden Rechtsfolge des Ausschlusses mit einem hohen Risiko behaftet, weshalb bei Zweifeln etwaiger Kalkulationsvorgaben zur Verortung bestimmter Kosten, zum Beispiel für einen Baustellenkran, eine Bieterfrage gestellt werden sollte. Zwar obliegt stets der Vergabestelle die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Preisverlagerung, allerdings sollte der Bieter dieses für die Wertung seines Angebotes „gefährliche

Pflaster“ möglichst von vornherein nicht betreten.

5 Zusammenfassung

Bei der Kalkulation der Preise sind die Bieter frei, müssen aber in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Vorgaben beachten. Sie dürfen sogar erkannte Fehler für die eigene Angebotskalkulation nutzen, allerdings nicht in einem solchen Umfang, der das Angebot „unredlich“ werden lässt und den Auftraggeber übervorteilt. Die Preisverlagerung von Kostenbestandteilen einer Position in eine andere Position des Leistungsverzeichnisses führt wegen der fehlenden „wahren“ Preisangabe stets zum Ausschluss vom Verfahren. Bei etwaigen Zweifeln über die Verortung von Kostenbestandteilen in der Kalkulation sollte vorsorglich eine Bieterfrage bei der Vergabestelle platziert werden, um den etwaigen Ausschluss zu vermeiden. Bei Beachtung der skizzierten Grundsätze, vorhandener Kreativität und „Belassen der Kirche im Dorf“ können Vergabeverfahren erfolgreich, nämlich mit dem erstrebten Zuschlag abgeschlossen werden. ■