

50. Schleswig-Holsteinischer Bau- und Vergaberechtstag

Umgang mit unerwartet hohen bzw. unangemessen hohen Preisen

Oliver Schubert

Fachgruppe Vergabe- und Vertragswesen

Justizariat der Gebäudemanagement Schleswig-Holstein AöR

oliver.schubert@gmsh.de

0431 599-1220

Inhaltsverzeichnis

A.	Ausschluss von Angeboten mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis (§ 16d Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A)	3 - 36
B.	Aufhebung wegen fehlender Finanzierbarkeit	37 - 43
C.	Aufhebung wegen unangemessen hoher Preise	44 - 46

A.

**Ausschluss von Angeboten mit einem unangemessen hohen oder
niedrigen Preis**

(§ 16d Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A)

Prüfung und Wertung von Angeboten

(§§ 16, 16a bis 16d VOB/A)

Ausschluss von Angeboten

(§§ 16, 16a VOB/A)

Eignung der Bieter

(§ 16b VOB/A)

Rechnerische, technische und wirtschaftliche Prüfung der Angebote

(§ 16c VOB/A)

Wertung von Angeboten

(§ 16d VOB/A)

Angemessenheit der Preise

(§ 16d Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A)

Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots

(§ 16d Abs. 1 Nr. 3 VOB/A)

Angemessenheit der Preise

(§ 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A)

▪ Regelung des § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A:

(1)

1. Auf ein Angebot mit einem **unangemessen hohen oder niedrigen Preis** darf der Zuschlag nicht erteilt werden.

- **§ 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist eine Schutzvorschrift für den Auftraggeber.**
(von Wietersheim in: Ingenstau/Korbion, 20. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 7)
 - Bei einem **unangemessen niedrigen Preis** besteht die Gefahr, dass der Auftragnehmer entweder qualitativ schlechte Bauleistungen erbringt oder unberechtigte Nachforderungen stellt.
 - Bei einem **unangemessen hohen Preis** wäre der Auftraggeber nicht in der Lage, seine finanziellen Mittel wirtschaftlich und sparsam einzusetzen.
- **Konsequenz:** Die Bieter können wegen Unauskömmlichkeit der Preise nicht den Ausschluss ihres eigenen Angebots verlangen.
(BGH, Urteil vom 04.10.1979 - VII ZR 11/79, BauR 1980, 63)

Feststellung eines unangemessenen Preises

- Die **Feststellung eines unangemessenen Preises** setzt ein **offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung** voraus (**Aufgreifschwelle**). Die Abweichung vom angemessenen Preis muss sofort ins Auge fallen, ohne dass es einer genauen Prüfung bedarf.
(BGH, Urteil vom 21.10.1976 - VII ZR 327/74, BauR 1977, 52)
 - Grundsätzlich erfolgt keine Prüfung der einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses.
 - Maßgebend ist der **Gesamtpreis des Angebots**.
(von Wietersheim in: Ingenstau/Korbion, 20. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 4; Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 7)

Feststellung eines unangemessenen Preises anhand des Gesamtpreises des Angebots

- Ziffer 5.1.1 Richtlinien zu 321 VHB:

5	Wertung der Angebote
5.1	Beurteilung der Preise
5.1.1	Maßstäbe für die Preisbeurteilung

Die Angemessenheit der Preise für Teilleistungen (Einheitspreise) ist grundsätzlich nicht für sich, sondern im Rahmen der Angebotssumme zu beurteilen. Sind jedoch die Preise für einzelne Teilleistungen erkennbar unangemessen, so kann dies Zweifel an einer sachgerechten Preisermittlung begründen. Dies macht eine Aufklärung und eine Prüfung auch der Einzelansätze notwendig. Dies gilt auch für Änderungssätze von Lohnleitklauseln.

Offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung (Aufgreifschwelle)

→ **1. Alternative:** Wesentliche Abweichung zwischen dem
Gesamtpreis des Angebots und der geschätzten Auftragssumme

→ **2. Alternative:** Wesentliche Abweichung zwischen
Angebotssummen eines oder weniger Bieter

Offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung (Aufgreifschwelle)

- **1. Alternative:** Wesentliche Abweichung zwischen dem Gesamtpreis des Angebots und der geschätzten Auftragssumme

Voraussetzung: Die Auftragssumme ist objektiv und zeitnah ermittelt worden, d. h. es liegt eine **zeitnahe und vertretbar richtige Kostenschätzung** des Auftraggebers vor.

Offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung (Aufgreifschwelle)

- **Anforderungen an eine vertretbar richtige Kostenschätzung:**
 - Die Kostenschätzung muss aufgrund der vorliegenden Daten **als vertretbar** erscheinen.
(BGH, Beschluss vom 20.11.2012 – X ZR 108/10, IBR 2013, 93)
 - Der Auftraggeber muss für die Kostenschätzung **Methoden** wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzergebnis ernsthaft erwarten lassen.
(BGH, a.a.O.)
 - **Beispiele:**
 - Kostenberechnung aufgrund von Mengen und Massen des konkreten Projekts sowie aktuellen Baupreisen
(VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 15.12.2014 – VK-SH 23/14)
 - Richtige Erfassung der gegenwärtigen Marktverhältnisse
(z. B. Preissteigerungen für bestimmte Stoffe, neue Tarifverträge)

Offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung (Aufgreifschwelle)

- **Anforderungen an eine vertretbar richtige Kostenschätzung:**
 - Der Auftraggeber muss die Kostenschätzung **sorgfältig unter Heranziehung aller möglichen Erkenntnisquellen und in Übereinstimmung mit den Positionen des Leistungsverzeichnisses** erstellen, d. h. der Gegenstand der Kostenschätzung und die ausgeschriebene Maßnahme müssen **deckungsgleich** sein.
(VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 15.12.2014 – VK-SH 23/14)
 - **Markterkundung:**
 - Vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens kann der Auftraggeber Markterkundungen zur Vorbereitung der Auftragsvergabe durchführen.
(§ 2 EU Abs. 7 VOB/A)
 - Eine Markterkundung schließt Kontakte zu potentiellen Bietern ein.
(Bauer in: Heiermann/Riedl/Rusam, 14. Aufl., § 2 EU VOB/A Rn. 62)

Offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung (Aufreißschwelle)

- **Anforderungen an eine vertretbar richtige Kostenschätzung:**
 - Als Grundlage für die Kostenschätzung können **Daten aus anderen Ausschreibungen** dienen, ebenso wie vom Auftraggeber für vergleichbare Leistungen gezahlte oder ihm angebotene Preise.
 - **Eigene Kostenschätzungen** oder **Kostenschätzungen von Architekten und Ingenieuren**
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.09.2013 – 15 Verg 3/13, VergabeR 2014, 237)
 - Der Auftraggeber muss seine **Kostenschätzung aktualisieren**, soweit die zugrunde gelegten Preise im Zeitpunkt der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens nicht mehr aktuell sind und sich nicht unerheblich verändert haben.
(BGH, Urteil vom 20.11.2012 – X ZR 108/10, IBR 2013, 93)

Offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung (Aufgreifschwelle)

- **Anforderungen an eine vertretbar richtige Kostenschätzung:**
 - **Vornahme eines Aufschlags auf die Kostenschätzung (Sicherheitsaufschlag):** Bei der Kostenermittlung handelt es sich nur um eine Schätzung. Hiervon können die Ausschreibungsergebnisse nicht unerheblich abweichen.
(OLG Celle, Beschluss vom 10.03.2016 – 13 Verg 5/15, IBR 2016, 717)
 - Zur realistischen Ermittlung des Kostenbedarfs hat der Auftraggeber einen **ganz beträchtlichen Aufschlag** auf den Betrag der Kostenschätzung vorzunehmen.
(OLG Celle, a.a.O.)

Offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung (Aufgreifschwelle)

- **Anforderungen an eine vertretbar richtige Kostenschätzung:**
 - **Die Höhe des Aufschlags auf die Kostenschätzung wird in der Rechtsprechung uneinheitlich festgelegt:**
 - **8,8%** des Kostenschätzungsbetrags
(KG Berlin, Beschluss vom 17.10.2013 – Verg 9/13, VergabeR 2014, 229)
 - **10,7% bzw. 12,7%** des Kostenschätzungsbetrags
(OLG Celle, Beschluss vom 10.03.2016 – 13 Verg 5/15, IBR 2016, 717)
 - **10% bis 15%** des Kostenschätzungsbetrags
(VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.10.2016 – 1 VK 45/16, ZfBR 2017, 287)

Offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung (Aufgreifschwelle)

- **Liegt keine vertretbar richtige Kostenschätzung vor,**
 - hat der Auftraggeber **keine belastbare Grundlage** zur Beurteilung, ob die Angebotspreise unerwartet oder unangemessen hoch sind.
 - Das betrifft die Frage,
 - ob ein **Angebot auszuschließen** ist oder
 - ob die **Ausschreibung schadensersatzfrei aufgehoben** werden kann.

Die **Aufhebung ist in der Regel nicht rechtmäßig** (aber dennoch wirksam), wenn die fehlende Finanzierbarkeit auf Fehler des Auftraggebers bei der Ermittlung des Finanzierungsbedarfs zurückzuführen ist.
(BGH, Urteil vom 20.11.2012 – X ZR 108/10, IBR 2013, 93)

Offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung (Aufgreifschwelle)

- **2. Alternative:** Wesentliche Abweichung zwischen Angebotssummen eines oder weniger Bieter

Hierbei dürfen auch die ausgeschlossenen Angebote berücksichtigt werden. Das gilt nicht, wenn der Ausschlussgrund von kalkulationserheblicher Bedeutung gewesen ist und sich auf die Preisbildung ausgewirkt hat oder haben kann.

(Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 7)

Offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung (Aufgreifschwelle)

- **Erheblichkeit der Abweichung zwischen Preis und Leistung:**
 - Die Abweichung muss ca. **20% oder mehr** betragen, um erheblich zu sein.
(OLG Celle, Beschluss vom 17.11.2011 – Verg 6/11, IBR 2012, 102; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.04.2012 – VII-Verg 61/11, IBR 2012, 530; Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 9)
 - Eine **erhebliche Abweichung** kann grundsätzlich angenommen werden, wenn sie **10% oder mehr** beträgt.
(Ziffer 5.3 Richtlinien zu 321 VHB)

Zweifel an der Angemessenheit niedriger Preise oder Lebenszykluskosten ergeben sich insbesondere, wenn die Angebotssummen

- eines oder einiger weniger Bieter erheblich geringer sind als die der übrigen oder
 - erheblich von der aktuell zutreffenden Preisermittlung des Auftraggebers abweichen.
- Solche Zweifel sind grundsätzlich bei einer Abweichung von zehn v.H. oder mehr anzunehmen.

Offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung (Aufgreifschwelle)

- **Folgen, wenn die Aufgreifschwelle erreicht wird:**
 - Der Auftraggeber hat den Angebotspreis zu überprüfen.
(Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 8)
 - Ein automatischer ohne eine Preisprüfung vorgenommener Ausschluss des Angebots ist nicht zulässig.
(Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 8 f.)

Hilfsmittel für eine Preisprüfung

▪ Ziffer 5.1.2.4 Richtlinien zu 321 VHB:

5.1.2.4 Hilfsmittel für die Beurteilung des Angebotspreises

Für die Beurteilung sind

- der Preisspiegel,
- Erfahrungswerte aus anderen Vergaben,
- die Auswertung der Formblätter Preisermittlung 221 und 222 und Aufgliederung der Einheitspreise 223 und
- im Bedarfsfalle die Preisermittlung oder andere Auskünfte des Bieters im Rahmen der Aufklärung des Angebotsinhaltes heranzuziehen.

Formblätter 221 bis 223 VHB als Hilfsmittel für die Preisprüfung

- **Formblätter 221 bis 223 VHB:**
 - Formblatt (Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation) 221 VHB
 - Formblatt (Preisermittlung bei Kalkulation über die Endsumme) 222 VHB
 - Formblatt (Aufgliederung der Einheitspreise) 223 VHB
- Die Formblätter Preis werden **nicht Bestandteil des Vertrags**.
(Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 3)

Formblatt (Aufgliederung der Einheitspreise) 223 VHB

223

(Aufgliederung der Einheitspreise)

Aufgliederung der Einheitspreise

OZ des LV ¹	Kurzbezeichnung d. Teilleistung ¹	Menge ¹	Men- gen- einheit ₁	Zeitan- satz ²	Teilkosten einschl. Zuschläge in € (ohne Umsatzsteuer) je Mengeneinheit ²				
					Löhne ^{3,3}	Stoffe ³	Geräte ^{3,4}	Sonstiges ₃	Angebotener Einheitspreis (Sp. 6+7+8+9)
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10

¹ Wird vom Auftraggeber vorgegeben.

² Ist bei allen Teilleistungen anzugeben, unabhängig davon ob sie der Auftragnehmer oder ein Nachunternehmer erbringen wird.

³ Sofern der zugrunde gelegte Verrechnungslohn nicht mit den Angaben in den Formblättern 221 oder 222 übereinstimmt, hat der Bieter dies offenzulegen.

⁴ Für Gerätekosten einschl. der Betriebsstoffkosten, soweit diese den Einzelkosten der angegebenen Ordnungszahlen zugerechnet worden sind.

Baufachliche Auswertung des Formblatts 223 (Aufgliederung der Einheitspreise) VHB

- Bei den **Lohnkosten** ist zu untersuchen,
 - ob die Zeitansätze den bautechnisch erforderlichen Ansätzen entsprechen.
 - ob sich der Mittellohn sowie die Zuschläge im Rahmen der tarifvertraglichen Vereinbarungen und der gesetzlichen Verpflichtungen halten.
- Bei den **Stoffkosten** ist zu klären, ob sie den üblichen Ansätzen entsprechen.
- Die **Baustellengemeinkosten** müssen ausreichende Ansätze für alle gesetzlich, technisch und betriebswirtschaftlich notwendigen Aufwendungen enthalten.

Baufachliche Auswertung der Formblätter 221 bis 223 VHB

▪ Ziffer 5.1.2.1 bis 5.1.2.3 Richtlinien 321 VHB:

5.1.2 Zweifel über die Angemessenheit der Angebotspreise - Maßstäbe

5.1.2.1 Bei Zweifeln an der Angemessenheit von Angebotspreisen sind die vorliegenden Formblätter Preisermittlung 221 und 222 und Aufgliederung der Einheitspreise 223 gesondert auszuwerten, dabei sind die Einzelansätze zu vergleichen und unter folgenden Gesichtspunkten objekt- und betriebsbezogen zu untersuchen, ob

- die Zeitansätze der Lohnkosten pro Leistungseinheit bzw. die Gesamtstundenzahl den bautechnisch erforderlichen Ansätzen entsprechen;
- sich der Mittellohn sowie die Zuschläge für lohngebundene und lohnabhängige Kosten im Rahmen der tarifvertraglichen Vereinbarungen und der gesetzlichen Verpflichtungen halten,
- die Stoffkosten den üblichen Ansätzen entsprechen,
- die Baustellengemeinkosten ausreichende Ansätze für alle gesetzlich, technisch und betriebswirtschaftlich notwendigen Aufwendungen enthalten
- alle geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Anforderungen ausreichend berücksichtigt worden 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 günstiger als die übrigen Bieter kalkulieren konnte. So kann er beispielsweise auf rationellere Fertigungsverfahren, günstigere Baustoffbezugsquellen oder über Produktionsvorrichtungen verweisen.

Formblätter 221 bis 223 VHB als Hilfsmittel für die Preisprüfung

- **Beifügen der FB 221 bis 223 VHB zu den Vergabeunterlagen:**

Richtlinien zu 211
Aufforderung zur Abgabe eines Angebots
Liste der Anlagen

1 Preisermittlung

Zur Beurteilung der Angemessenheit der Angebotspreise sind den Vergabeunterlagen die Formblätter Preisermittlung 221 bis 223 beizufügen, wenn die voraussichtliche Angebotssumme mehr als **50 000 Euro** betragen wird. Zur Vorgabe von Teilleistungen im Formblatt Aufgliederung der Einheitspreise 223 siehe Richtlinien zu 223.

Formblätter 221 bis 223 VHB als Hilfsmittel für die Preisprüfung

▪ Forderung des Auftraggebers zur Aufgliederung von Einheitspreisen im FB 223 VHB:

Richtlinien zu 223 Aufgliederung der Einheitspreise

Bei einer voraussichtlichen Auftragssumme von mehr als 50.000 € sind wichtige, den Preis bestimmende Teilleistungen (Positionen) vorzugeben, damit sich bei der Wertung die für die Angebotssumme maßgebenden Kalkulationsbestandteile beurteilen lassen.

Überschreitet die voraussichtliche Auftragssumme 100.000 €, sind alle Teilleistungen (Positionen) vorzugeben.

Die vom Bieter ausgefüllten Formblätter sind vertraulich zu behandeln und dürfen nur den unmittelbar mit der Bearbeitung beauftragten Personen zugänglich gemacht werden.

– Bei Bauaufträgen des Bundes:

- **Ab 50.000 €:** Wichtige, den Preis bestimmende Teilleistungen
- **Ab 100.000 €:** Alle Teilleistungen

– Bei Bauaufträgen des Landes Schleswig-Holstein:

- **Ab 50.000 €:** Nur wichtige, den Preis bestimmende Teilleistungen

Zeitpunkt für die Abgabe der Formblätter 221 bis 223 VHB durch die Bieter

■ Formblätter 221 oder 222 VHB:

211
(Aufforderung zur Abgabe eines Angebots – Einheitliche Fassung)

C) die, soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind:

<input checked="" type="checkbox"/>	213	Angebotsschreiben
<input checked="" type="checkbox"/>		Teile der Leistungsbeschreibung: Leistungsverzeichnis/Leistungsprogramm
<input type="checkbox"/>	124	Eigenerklärung zur Eignung
<input type="checkbox"/>	125	Sicherheitsauskunft und Verpflichtungserklärung Teilnehmer
<input type="checkbox"/>	221/222	Angaben zur Preisermittlung entsprechend Formblatt 221 oder 222
<input type="checkbox"/>	224	Angebot Lohngleichklausel
<input type="checkbox"/>	233	Nachunternehmerleistungen
<input type="checkbox"/>	234	Erklärung Bieter-/Arbeitsgemeinschaft
<input type="checkbox"/>	248	Erklärung zur Verwendung von Holzprodukten
<input type="checkbox"/>		Vertragsformular für Instandhaltung: _____
<input type="checkbox"/>		
<input type="checkbox"/>		

FB 221 oder
FB 222 VHB mit
Angebotsabgabe

■ Formblatt 223 VHB:

211
(Aufforderung zur Abgabe eines Angebots – Einheitliche Fassung)

D) die ausgefüllt auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle einzureichen sind:

<input type="checkbox"/>	126	Sicherheitsauskunft und Verpflichtungserklärung – Nachunternehmer/Unterauftragnehmer
<input type="checkbox"/>	223	Aufgliederung der Einheitspreise entsprechend Formblatt 223
<input type="checkbox"/>		
<input type="checkbox"/>		

FB 223 VHB
auf gesondertes
Verlangen

Rechtsfolgen bei fehlender oder nicht vollständiger Abgabe der Formblätter 221 bis 223 VHB:

■ Formblätter 221 oder 222 VHB:

- Verpflichtung zur Nachforderung der fehlenden Formblätter oder der fehlenden Angaben in den Formblättern
(§ 16a S. 1 VOB/A)
- Werden die Erklärungen nicht innerhalb einer Frist von sechs Kalendertagen vorgelegt, ist das Angebot auszuschließen.
(§ 16a S. 4 VOB/A)

■ Formblatt 223 VHB:

- Wird das Formblatt 223 VHB nicht vorgelegt oder fehlen Erklärungen in diesem Formblatt, ist das Angebot auszuschließen.
(§ 16 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 VOB/A)
- Das fehlende Formblatt 223 VHB oder die fehlenden Erklärungen dürfen nicht nachverlangt werden. Ein solches Angebot ist ohne Weiteres auszuschließen.

Preisspiegel als Hilfsmittel für die Preisprüfung

- Der Preisspiegel enthält eine Gegenüberstellung aller Angebote.
- Die Positionen des Leistungsverzeichnisses sind nebeneinander aufgeführt. Einheits- und Gesamtpreise werden für jede Position ausgewiesen.
- Im Vergleich der einzelnen Positionen können Ausreißer ermittelt und festgestellt werden, wo in etwa die Mittelpreise liegen.
(Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 3)
- Anhand eines Preisspiegels kann der Auftraggeber eine Abwägung der Angebote untereinander vornehmen. Das gilt auch für spekulative Preise.

Widerlegbare Vermutung des Auftraggebers zur Unangemessenheit der Preise

- Die Feststellungen des Auftraggebers zur Unangemessenheit sind als **widerlegbare Vermutung** anzusehen.
- **Konsequenzen:**
 - Der Auftraggeber ist zur Aufklärung verpflichtet, wenn er einen unangemessenen Preis festgestellt hat.
(Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 8)
 - Der Bieter hat die Vermutung des Auftraggebers zu widerlegen, dass sein Angebot unauskömmlich sei.
(Bauer in: Heiermann/Riedl/Rusam, 12. Aufl., § 16 VOB/A Rn. 146)
 - Der Bieter muss die Kalkulationsgrundlagen vortragen, die den Vorwurf der Unangemessenheit des angebotenen Preises entkräften.
(Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 10)
 - Der Bieter trägt die Beweislast.
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 22.03.2011 – Verg W 18/10, IBR 2011, 420)

Verpflichtung zur Aufklärung

- **Verpflichtung zur Aufklärung bei einem unangemessen niedrigen Preis:**
Erscheint ein Angebotspreis unangemessen niedrig, hat der Auftraggeber vom Bieter in Textform Aufklärung über die Ermittlung der Preise zu verlangen.
(§ 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A)
 - Dem Bieter ist eine zumutbare Antwortfrist zu setzen.
 - Der Bieter hat einen schriftlichen Nachweis durch Offenlegung der Kalkulation zu erbringen.
 - Der Ausschluss des Bieters ist erst zulässig, nachdem eine Aufklärung über die betreffenden Einzelpositionen durchgeführt wurde.
(EuGH, Urteil vom 29.03.2012 – Rs. C – 599/10, IBR 2012, 278)

Verpflichtung zur Aufklärung

- **Aufklärung des Auftraggebers auch bei einem unangemessen hohen Preis gemäß § 15 VOB/A**
(streitig, in diesem Sinn: von Wietersheim in: Ingenstau/Korbion, 20. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 8; andere Ansicht für Vergabeverfahren unterhalb des Schwellenwerts: Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 5)

Aufklärung des Bieters

- **Anforderungen an die Aufklärung durch den Bieter:** Die Ausführungen des Bieters müssen in sich schlüssig, nachvollziehbar, plausibel und anhand von geeigneten Belegen objektiv überprüfbar sein.
(Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 10)
- **Nicht ausreichende Erklärungen des Bieters:**
 - „Wir stehen zu unserem Preis.“
 - „Der Preis ist sachgerecht kalkuliert.“

Feststellungen aus der Aufklärung

▪ Kein unangemessen niedriger Preis:

- Preisgünstigere Bezugsquellen
- Effizientere Arbeitsmethoden oder Betriebsabläufe
- Kalkulation des Angebots ohne oder nur mit einem geringen Anteil an Wagnis und Gewinn
(Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 9; Ziffer 5.1.2.3 Richtlinien zu 321 VHB)
- Absicht der bloßen Erzielung eines Deckungsbeitrags zu den Betriebskosten
(Dicks in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, § 16 VOB/A Rn. 236; Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 9)
- Eröffnung des Zugangs zu einem neuen Markt oder zu einem neuen Auftraggeber
(Dicks in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, § 16 VOB/A Rn. 236; Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 9)

Feststellungen aus der Aufklärung

- **Gezielter Verdrängungswettbewerb:** Der Zuschlag darf nicht auf ein Angebot erteilt werden, dem ein gezielter Verdrängungswettbewerb zugrunde liegt.
(KG, Beschluss vom 23.06.2011 – 2 Verg 7/10, IBR 2012, 103; OLG München, Beschluss vom 21.05.2010 – Verg 2/10, VergabeR 2010, 992)

Die Darlegungs- und Beweislast für die Marktverdrängungsabsicht liegt beim Auftraggeber.
(OLG München, Beschluss vom 21.05.2010 – Verg 2/10, VergabeR 2010, 992)

Feststellungen aus der Aufklärung

■ Unauskömmliches Angebot:

(OLG München, Beschluss vom 21.05.2010 – Verg 2/10, VergabeR 2010, 992; Dicks in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, 2. Aufl., § 16 VOB/A Rn. 248)

- Unauskömmliche Angebote sind nicht automatisch unzulässig.
- Die Erteilung des Zuschlags auf ein unauskömmliches Angebot ist zulässig, sofern die Prognose gerechtfertigt ist, dass der Bieter zu diesem Preis zuverlässig und vertragsgerecht leisten wird.
- Die Entscheidung darf nur aufgrund feststehender gesicherter Tatsachenumstände ergehen.
(Dicks in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, 2. Aufl., § 16 VOB/A Rn. 252)

Feststellungen aus der Aufklärung

- **Umgang mit verbleibenden Zweifeln an der Angemessenheit des Preises:** Die Rechtsfrage, wer bei der Angebotswertung das Risiko der Unerweislichkeit von Tatsachen tragen muss, wird uneinheitlich beantwortet.
 - Nach der wohl herrschenden Meinung **trägt der Auftraggeber die Feststellungslast**. Diese Auffassung beruht auf der Erkenntnis, dass der Auftraggeber die Entscheidung über den Ausschluss eines Angebots nur auf der Grundlage von gesicherten Erkenntnissen treffen darf.
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.08.2011 – VII Verg 71/11, IBRRS 2011, 3679; OLG Naumburg, Beschluss vom 22.09.2005 - 1 Verg 7/05 NZBau 2006, 129; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.10.2005 - 11 Verg 8/05, VergabeR 2006, 126; Dicks in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, 2. Aufl., § 16 VOB/A Rn. 252)
 - Nach anderer Auffassung muss der **Bieter** beweisen, dass die Tatsachen für den Ausschluss seines Angebots nicht vorliegen.
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.09.2005 - Verg W 9/05 NZBau 2006, 126)

B.

Aufhebung wegen fehlender Finanzierbarkeit

Aufhebung der Ausschreibung:

▪ Regelung des § 17 Abs. 1 VOB/A:

- (1) Die Ausschreibung kann aufgehoben werden, wenn:
1. kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht,
 2. die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen,
 3. andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Möglichkeit einer schadensersatzfreien Aufhebung wegen fehlender Finanzierbarkeit

(§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A)

- **Begründung für die Aufhebung:** Es liegen nur Angebote mit **unerwartet hohen Preisen** vor.
 - **Voraussetzung für die Aufhebung** sind
 - eine vertretbar richtige Kostenschätzung und
 - fehlende Finanzierbarkeit
 - **Ziffer 4.4 Richtlinien 321 VHB:**

5.4 Unerwartet hohe Preise oder hohe Lebenszykluskosten

Liegen im Vergleich zur Kostenermittlung des Auftraggebers nur Angebote mit unerwartet hohen Preisen oder Lebenszykluskosten vor, ist die **Preisermittlung auf ihre Richtigkeit zu überprüfen**. Wird sie im Wesentlichen bestätigt, **kann die Ausschreibung aufgehoben** werden; wegen der Aufhebung siehe Richtlinien zu 351.

Möglichkeit einer schadensersatzfreien Aufhebung wegen fehlender Finanzierbarkeit

(§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A)

- **Anforderungen an eine vertretbar richtige Kostenschätzung:**
 - Der Auftraggeber muss für die Kostenschätzung **Methoden** wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzergebnis ernsthaft erwarten lassen.
(BGH, Beschluss vom 20.11.2012 – X ZR 108/10, IBR 2013, 93)
 - **Vornahme eines Aufschlags auf die Kostenschätzung (Sicherheitsaufschlag):**
 - Die Höhe des Aufschlags wird in der Rechtsprechung uneinheitlich festgelegt.
 - **8,8%** des Kostenschätzungsbetrags (KG Berlin, Beschluss vom 17.10.2013 – Verg 9/13, VergabeR 2014, 229), **10,7% bzw. 12,7%** des Kostenschätzungsbetrags (OLG Celle, Beschluss vom 10.03.2016 – 13 Verg 5/15, IBR 2016, 717) **10% bis 15%** des Kostenschätzungsbetrags (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.10.2016 – 1 VK 45/16, ZfBR 2017, 287)

Möglichkeit einer schadensersatzfreien Aufhebung wegen fehlender Finanzierbarkeit

- **Der Auftraggeber muss die fehlende Finanzierbarkeit darlegen.**
 - Für die fehlende Finanzierbarkeit kommt es nicht auf das errechnete Budget des einzelnen Gewerks an, sondern auf das zur Verfügung stehende **Gesamtbudget**.
(OLG Celle, Urteil vom 10.03.2016 – 13 Verg 5/15, IBR 2016, 717; OLG Schleswig, Beschluss vom 15.12.2014 – VK-SH 23/14)
 - Der Auftraggeber muss für die fehlende Finanzierung nachweisen, dass das **zur Verfügung stehende Gesamtbudget überschritten** wird. Das bedeutet, dass er substantiiert in Bezug auf die Gesamtmaßnahme darlegen muss, dass das Bauvorhaben bei Bezuschlagung des Angebots (mit dem unerwartet hohen Preis) **nicht finanzierbar** wäre.
(OLG Schleswig, a.a.O.)

Möglichkeit einer schadensersatzfreien Aufhebung wegen fehlender Finanzierbarkeit

- **Der Auftraggeber muss die fehlende Finanzierbarkeit darlegen.**
 - Der Auftraggeber muss anhand von geeigneten Unterlagen aufzeigen können, dass es innerhalb der Gesamtmaßnahme **weder einen finanziellen Puffer gibt noch Einsparungen an anderen Gewerken möglich** sind, die es erlauben werden, auf das Angebot den Zuschlag zu erteilen.

Möglichkeit einer schadensersatzfreien Aufhebung wegen fehlender Finanzierbarkeit

- **Der Auftraggeber muss die fehlende Finanzierbarkeit darlegen.**
 - Der Auftraggeber muss darüber hinaus auch darlegen,
 - dass ihm die zusätzlichen Mittel nicht bewilligt werden konnten
(VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.10.2016 – 1 VK 45/16, ZfBR 2017, 287)
 - bzw.
 - dass es ihm nicht möglich war, weitere Kredite aufzunehmen.
(OLG Celle, Beschluss vom 10.03.2016 – 13 Verg 5/15, IBR 2016, 717)

C.

Aufhebung wegen unangemessen hoher Preise

Möglichkeit einer schadensersatzfreien Aufhebung wegen unangemessen hoher Preise

- Für ein Angebot mit einem unangemessen hohen Preis muss der **Preis in einem unangemessenen Verhältnis zur Leistung** stehen.
- **Nicht einheitlich wird beurteilt**, unter welchen Voraussetzungen ein unangemessen hoher Preis vorliegt:
 - Der Angebotspreis muss **mindestens 16% über dem Marktpreis** liegen.
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.07.2009 – 15 Verg 3/09, VergabeR 2010, 96)
 - Ein unangemessen hoher Preis liegt erst vor, wenn der Abstand des Angebotspreises vom Wert der Leistung, d. h. von der **vertretbar richtigen Kostenschätzung** des Auftraggebers **mehr als 20%** beträgt.
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2014 – VII-Verg 41/13, ZfBR 2014, 619; OLG München, Urteil vom 12.12.2013 – 1 U 498/13, VergabeR 2015, 111; Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 9; Steck in: Ziekow/Völlink, 3. Aufl., § 16d EU VOB/A Rn. 9)

Möglichkeit einer schadensersatzfreien Aufhebung wegen unangemessen hoher Preise

