

# RS UVS Oberösterreich 2005/04/21 VwSen-550206/17/Kl/Pe

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.04.2005

## Rechtssatz

Die Marktgemeinde F ist öffentliche Auftraggeberin im Sinn des § 7 Abs.1 Z1 BVergG bzw. des § 1 Abs.2 Z1 Oö. VNPG. Der Auftragswert der gegenständlichen Ausschreibung überschreitet nicht den Schwellenwert von mindestens 5 Mio. Euro bei Bauaufträgen im Sinn des § 9 Abs.1 Z3 BVergG 2002. Die gegenständliche Vergabe unterliegt daher dem Oö. VNPG; es sind daher die gesetzlichen Bestimmungen für den Unterschwellenbereich anzuwenden.

Gemäß § 2 Abs.2 und § 13 Oö. Vergabenachprüfungsgesetz ist der unabhängige Verwaltungssenat bis zur Zuschlagserteilung zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die dazu ergangenen Verordnungen zuständig

1.

zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

2.

Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Der Oö. Verwaltungssenat hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn sie

1. im Widerspruch zu Bestimmungen des BVergG oder den hierzu erlassenen Verordnungen steht und

2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Zuschlagsentscheidung ist gemäß § 20 Z13 lit.a sublitt.aa BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung (vgl. § 3 Abs.1 Oö. VNPG), welche gemäß § 9 und Teil II Z1 der Anlage zu § 9 des Oö. VNPG in der Frist gemäß § 100 Abs.2 BVergG angefochten werden kann.

Der Nachprüfungsantrag vom 24.3.2005 richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung vom 11.3.2005 und ist zulässig. Gemäß § 2 Abs.2 Z2 und § 13 Abs.1 Oö. Vergabenachprüfungsgesetz hat der unabhängige Verwaltungssenat im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte die Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung auszusprechen, wenn sie im Widerspruch zu den Bestimmungen des BVergG oder der hiezu erlassenen Verordnungen steht und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Als Beschwerdepunkte führte die Antragstellerin aus, sie sei Billigstbieterin und hätte ihr daher nach dem festgelegten Zuschlagsprinzip der Zuschlag erteilt werden müssen. Die Ausscheidung ihres Angebotes sei zu Unrecht erfolgt, weil sie im Rahmen der Aufklärung die Preiszusammensetzung nachvollziehbar dargelegt hätte und im Übrigen sich der Gesamtpreis plausibel zusammensetzt und keine spekulativen Preise angeboten wurden.

Festgehalten wird, dass in den Angebotsbestimmungen B1 für die Ausschreibungen der Leistungen, für das Angebot und für das Zuschlagsverfahren das BVergG, das Oö. VNPG und der Leitfaden für die Prüfung von Angeboten gilt, gemäß Punkt D12 lit.h der Angebotsbestimmungen die Findung des Bestbieters geregelt ist, wonach die Durchführung der vertieften Angebotsprüfung auf Grundlage des genannten Leitfadens erfolgt und die in der Ausschreibung als wesentlich gekennzeichneten Positionen einer besonderen Überprüfung hinsichtlich nachvollziehbarer Preiskalkulation unterzogen werden und für die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung über Aufforderung detaillierte nachprüfbare Preisaufgliederungen der Einheitspreise auf K7-Blättern vorgelegt werden müssen, wobei in den K7-Blättern alle zur Erbringung der Gesamtleistung erforderlichen Teilleistungen enthalten sein müssen. Die ständigen Vertragsbestimmungen der LB-SW im LV enthalten zwar weitere Ö-Normen, welche aber gemäß Punkt 5 der ständigen Vertragsbestimmungen erst an sechster Stelle bei Widersprüchen im Leistungsverzeichnis zur Anwendung kommen. Es ist daher für die Überprüfung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung im Zuschlagsverfahren das BVergG und der zitierte Leitfaden anzuwenden.

Gemäß § 91 Abs.1 BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen.

Gemäß § 91 Abs.2 BVergG ist im Einzelnen zu prüfen,

1. den in § 21 Abs.1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Erscheint der Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig, muss der Auftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gegebenenfalls gemäß Abs.3 bis 5 vertieft prüfen (§ 93 Abs.1 und 2 BVergG).

Einer vertieften Angebotsprüfung sind Angebote, die für die Wahl des Zuschlages in Frage kommen, zu unterziehen, wenn sie aufgrund von vergleichbaren Erfahrungswerten

1. einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,
2. zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 67 Abs.4 aufweisen oder
3. nach Prüfung gemäß Abs.2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen entstehen lassen (§ 93 Abs.3 BVergG).

Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;
2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;
3. die gemäß § 76 Abs.3 Z3 geforderte Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist (§ 93 Abs.4 BVergG). Werden im Zuge der vertieften Angebotsprüfung in einem Angebot Mängel bei der Kalkulation festgestellt, so ist vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei

minderbedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung zu verlangen. Hiefür ist eben ihm angemessene Frist einzuräumen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen zu erfolgen. Der Auftraggeber hat Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt oder die Originalität der Leistung des Bieters bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen.

Ergeben sich hingegen bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst oder über die geplante Art der Durchführung oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Hiefür ist ihm eine angemessene Frist einzuräumen (§ 94 Abs.1 BVergG).

Darüber hinaus sind gemäß § 97 Abs.1 BVergG während des offenen oder eines nicht offenen Verfahrens Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften, die zur Prüfung der Preisangemessenheit erforderlich sind, zulässig. Anhand der Sachverhaltsfeststellungen ist festzuhalten, dass jedenfalls der Gesamtpreis des Angebotes der Antragstellerin zwar unter dem geschätzten Auftragswert liegt, allerdings im Verhältnis zu den zu erbringenden Leistungen nicht offensichtlich ungewöhnlich niedrig ist (§ 93 Abs.3 Z1 BVergG). Allerdings ist das Angebot auch einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen, wenn es in wesentlichen Positionen zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise aufweist oder begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise im Vergleich zu Erfahrungswerten, Marktverhältnissen oder Unterlagen entstehen lässt (§ 93 Abs.3 Z2 und 3 BVergG). Beide genannten Gründe werden von der Auftraggeberseite bei der Angebotsprüfung geltend gemacht.

Bereits das Bundesvergabeamt hat in seiner Judikatur ausgeführt, dass die Heranziehung von Methoden, welche im Wesentlichen auf einem Vergleich mit den Preisen der anderen gelegten Angebote beruhten, zur Qualifizierung als Unterangebot im Widerspruch zu den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbs steht, da es unter Berücksichtigung dieses vergaberechtlichen Grundsatzes jedenfalls nicht der Auftraggeberin obliegt, einen Preiswettbewerb zwischen den Bieter zu verhindern. Bei der Prüfung, ob ein Unterangebot vorliegt, kann es nach allgemeinem Verständnis nur darauf ankommen, ob ein Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kostendeckend kalkuliert hat. Ein Abstellen auf die Preise anderer eingelangter Angebote würde im Ergebnis den ökonomischen Fortschritt hemmen und gerade die wirtschaftlich innovativsten Bieter von der Erlangung öffentlicher Aufträge ausschließen (BVA 19.1.1998, M-1/98;

Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht, Manz, S. 40;

Elsner, Vergaberecht, Linde, S. 57). Gleichermaßen muss auch für die Preisangemessenheit gelten. Allerdings gibt es den angemessenen Preis als absolute Größe nicht. In der Prüfung der Angemessenheit der Preise hat die Frage, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind, einzufließen. In § 93 Abs.2 BVergG wird nunmehr vorgesehen, dass bei der Prüfung der Angemessenheit nicht nur von vergleichbaren Erfahrungswerten und sonst vorliegenden Unterlagen, sondern auch von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen ist (Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002, NwV, S. 4, 6, 9ff).

Nach Kropik, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit, 2.A., S. 132ff, ist bei der Angemessenheit der Preise von vergleichbaren Erfahrungswerten und sonstigen Unterlagen auszugehen. Hilfsmittel in dieser Phase der Prüfung ist der Preisspiegel, Erfahrungswerte, zB. aus früher abgewickelten Bauvorhaben, und natürlich auch die Kostenschätzung. Die Überprüfung der Preise anhand eines Preisspiegels kann sich auf wichtige Positionen beschränken. Diese müssen aber nicht zwingend ident mit den wesentlichen Positionen sein. Ein Preisspiegel zeigt immer nur eine Relation einzelner Angebote zueinander oder eine Relation zu einem gebildeten Mittelwert. Absolute Aussagen lassen sich deshalb nicht treffen. Zur Qualifizierung als nichtpreisangemessenes Angebot reicht ein Vergleich mit den Preisen der anderen gelegten Angebote nicht aus. Das BVA hat dazu ausgeführt, dass solch eine Vorgangsweise im Ergebnis den ökonomischen Fortschritt hemmen und wirtschaftlich innovative Bieter von der Erlangung öffentlicher Aufträge ausschließen würde. Darüber hinaus sind auch mathematische Verfahren - hauptsächlich Mittelpreisverfahren - mit den Bestimmungen der EU unvereinbar, nach denen der Zuschlag auf das preislich niedrigste oder das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen ist (EuGH vom 28.3.1985, C-274/83, und vom 22.6.1989, C-103/88) (vgl. auch Elsner, S. 57 mit Nachweisen). Danach hat der EuGH ein Verfahren zurückgewiesen,

wonach das Angebot, welches dem Durchschnitt entspricht oder ihm am nächsten kommt, nicht zwangsläufig dem wirtschaftlich günstigsten Angebot im Sinn von Art.29 der Baukoordinierungsrichtlinie entspricht. Um das günstigste Angebot herauszufinden, muss der öffentliche Auftraggeber nämlich aufgrund qualitativer und quantitativer Kriterien, die je nach Auftrag wechseln, eine Ermessensentscheidung treffen und kann sich folglich nicht allein auf das quantitative Kriterium des Durchschnittspreises stützen. Solche Verfahren sind wettbewerbsbeschränkend, technische Innovationen haben nur wenig Zuschlagschancen, die schematische Nivellierung zum Mittelpreis räumt günstigen Angeboten keine Chance ein, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Bieter findet keine Beachtung, die Verfahren ergeben rein zufällige Vergabeentscheidungen nach der Höhe der Angebotspreise und der Anzahl der Angebote, gezielt abgegebene Angebote manipulieren jedes mathematische Verfahren, und der Konjunktur- und Konkurrenzsituation wird keine Rechnung getragen (Kropik, S. 135f). Kropik führt zur vertieften Angebotsprüfung aus, dass sie eine Prüfung von Angebotspreisen auf Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Betriebswirtschaftslehre für eine dem eigenen Unternehmen und dem Markt gegenüber verantwortbare Preisbildung ist. Grundsätzlich erfolgt die Prüfung anhand einer vom Bieter beigebrachten Detailkalkulation. Eigene Untersuchungen und Überlegungen sind dem Auftraggeber jedoch nicht verwehrt. Zweck der vertieften Angebotsprüfung ist zB. die Beantwortung der Fragen, ob die angebotenen Preise der wesentlichen Positionen die zu erwartenden Herstellkosten decken, ob der angebotene Gesamtpreis die gesamten zu erwartenden Herstellkosten deckt, ob die angebotenen Preise der wesentlichen Positionen die zu erwartenden Selbstkosten nicht wesentlich überschreiten und ob der angebotene Gesamtpreis die gesamten zu erwartenden Selbstkosten nicht wesentlich überschreitet. Allerdings gibt es den "angemessenen" Preis als absolute Größe nicht. Es gibt eine Bandbreite innerhalb derer sich ein für den Auftraggeber im Sinne der Vergabevorschriften anzunehmender Preis bewegt. Der Auftraggeber hat kein Recht einen bestimmten Preis zu verlangen. Er hat auch kein Recht neben den Selbstkosten nur einen angemessenen Gewinnzuschlag zu verlangen. Angebote unterliegen der freien Preisbildung. Der Auftraggeber hat jedoch das Recht, wenn ihm der Gesamtpreis unangemessen erscheint und der Gesamtpreis trotz Aufklärung weiterhin unerklärlich bleibt, dieses Angebot nicht weiter zu berücksichtigen (Kropik, S. 136f). So ist bei der vertieften Angebotsprüfung zu prüfen, ob im Preis einer wesentlichen Position alle nach der Zuschlagskalkulation direkt zuordenbaren Kosten enthalten sind. Auch verlangt die vertiefte Angebotsprüfung nur die Nachvollziehbarkeit der Ansätze. Nachvollziehbar ist ein Kalkulationsansatz dann, wenn er nicht nur rechnerisch richtig ist, sondern wenn er auch inhaltlich und kalkulatorisch plausibel begründbar ist. Dies ist aus der Sichtweise des Bieters zu überprüfen (Kropik, S. 140). Nicht vergessen werden darf, dass die vertiefte Angebotsprüfung ein Hilfsmittel ist, um die Angemessenheit der Preise festzustellen. Das Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung fließt in die Angebotswertung ein, nimmt aber das Ergebnis der Angebotswertung nicht vorweg. Das bedeutet, dass das Ergebnis einer vertieften Angebotsprüfung, welches die Unangemessenheit eines Preises festgestellt hat, nicht automatisch zum Ausscheiden des Angebotes führt. Das Ergebnis ist ein Indiz, eine Vermutung und wird erst dann zur Gewissheit, wenn andere Bedingungen ebenfalls auf die Unangemessenheit, auf die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, auf ruinösen Wettbewerb, auf fehlenden Wettbewerb usw., hindeuten (Kropik, S. 140). Kropik führt daher dazu auf Seite 148ff näher aus, dass, wenn Unterpreise bzw. unangemessen hohe Preise in einzelnen Positionen entdeckt werden, dies noch nicht automatisch zum Ausscheiden dieses Angebotes führt. Es kommt auf den Gesamtpreis an (vgl. auch Elsner, S. 59f, A123). Ist dieser angemessen - und die Preise nicht spekulativ - besteht grundsätzlich kein Grund, ein Angebot wegen einzelner Unterpreise oder unangemessen hoher Preise in einzelnen Positionen auszuscheiden. Die Kalkulation ist etwas sehr unternehmerspezifisches. Je mehr die Kalkulation im Detail betrachtet wird, umso größer kann eine Abweichung zu Mitbewerbern oder Erfahrungswerten ausfallen. Insbesondere auf Leistungsansätze, Aufwandswerte und Materialpreise trifft dies zu. Leistungsansätze sind immer im Hinblick auf das Bauverfahren, Behandlung der Randstunden, Einschätzung der Gegebenheiten, Entlohnungssystem etc. zu betrachten. Materialpreise darauf hin, dass Einkaufskonditionen, Lagerbestände oder einfach unaktuelle Werte in der Standardkalkulation vorhanden sind, welche bei untergeordneten Positionen von Kalkulanten nicht individuell korrigiert, sondern über einen Zuschlag abgefangen werden. Die Preiselastizität der Einheitspreise ist wesentlich größer als die des Gesamtpreises. Die Angemessenheit des Gesamtpreises ist leichter feststellbar, als die der Einheitspreise. Obwohl bei einem Einheitspreisvertrag die Einheitspreise die vertragliche Basis bilden und die Angebotssumme nur der Orientierung dient, ist diese Summe doch das primäre Zuschlagskriterium. Dieser Platz soll dem Gesamtpreis auch bei der Beurteilung der Preisangemessenheit zustehen (vgl. auch Elsner, S. 60).

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens (§ 21 Abs.1 BVerG) sind Aufträge über Leistungen zu

angemessenen Preisen zu vergeben. Eine nähere Erörterung, was darunter zu verstehen ist, wird im BVergG nicht angeführt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Über- oder Unterpreisigkeit dieses Kriterium nicht erfüllt. Die Schätzung des Auftragswertes ist Sache des Auftraggebers. Eine Überprüfung der Angemessenheit der Preise obliegt dem Auftraggeber, wobei die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nicht im Ermessen des Auftraggebers liegt, sondern eine Pflicht darstellt. Im Rahmen der Preisangemessenheitsprüfung hat der Auftraggeber von vergleichbaren Erfahrungswerten und sonstigen vorliegenden Unterlagen auszugehen. Ergeben sich Zweifel über die Zusammensetzung des Preises, ist eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Auch nicht kostendeckende Angebote können eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen und sind nicht in jedem Fall auszuscheiden. Ob ein Angebotspreis für den Bieter kostendeckend und auskömmlich ist, muss dieser selbst entscheiden. Der Auftraggeber hat jedenfalls ein Interesse an einer einwandfreien Ausführung einschließlich Gewährleistung und dass auf lange Sicht ein ordnungsgemäßer Wettbewerb garantiert werden kann. Die Prüfung der Preisplausibilität und die Prüfung der Preisangemessenheit sind zwei von einander zu trennende Verfahrensschritte, die in der Praxis zumeist nacheinander erfolgen (zunächst Plausibilität und danach Angemessenheit). Dies lässt sich insbesondere daraus erkennen, dass eine vertiefte Angebotsprüfung, mit der die Preisangemessenheit detailliert überprüft wird, auch dann zu erfolgen hat, wenn die Angebote eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen. Die Prüfung der Plausibilität umfasst vor allem die formale Nachvollziehbarkeit der Kalkulation anhand der von den Bieter bekannt gegebenen Daten - insbesondere der K-Blätter. Die Plausibilität erstreckt sich zwar auf den Gesamtpreis, es wird jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass auch Positions- und Einheitspreise unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen sind. Dabei muss dem Bieter nach der Judikatur des EuGH (16.10.1997, C-304/96, und 27.11.2002, C- 285/99) in einem kontradiktatorischen Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden, alle Erläuterungen zu den verschiedenen Bestandteilen eines Angebotes vorzubringen, indem er nicht nur von der bei dem fraglichen Auftrag anwendbaren "Ungewöhnlichkeitsschwelle" und der Tatsache, dass sein Angebot ungewöhnlich niedrig erschienen ist, Kenntnis hat, sondern auch von den konkreten Punkten, die den öffentlichen Auftraggeber zu Untersuchungen veranlasst haben (BVA, Standpunkte zum Vergaberecht, Manz, Seite 37ff). Bei Angeboten zu Unterpreisen nimmt erst ein ungewöhnliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung dem Angebot die Zuschlagsfähigkeit. Ab welcher Höhe ein ungewöhnliches Missverhältnis vorliegt, kann weder mit einem generellen Prozentsatz +/- noch mit einer generellen Bandbreite determiniert werden, sondern muss jeweils nach den konkreten Umständen des Einzelfalles in Relation zum Marktpreis ("marktüblichen Preisen") beurteilt werden und kann somit weder durch bloßen Vergleich mit den Preisen von Angeboten der Mitbieter (sogenannter "Preisspiegel") dokumentiert werden, noch durch bloßen Vergleich mit den Preisen von früheren Angeboten zu (mehr oder minder) vergleichbaren Lieferungen oder Leistungen (sogenannte "Preisspeicher oder Preisdatenbanken"). Die Frage der "Unangemessenheit" eines Preises ist nicht nach dem Abstand zum Nächstbietenden zu beurteilen. Vielmehr ist auf das konkrete Verhältnis zwischen Preis und angebotener Leistung abzustellen. Sofern durch den Wettbewerb motiviert, sind aber auch Unterkostenpreise zulässig. Der in § 98 Z3 BVergG angeführte Ausscheidungsgrund der "nichtplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises" führt dazu, dass ein Unterpreisantrag nicht ausgeschieden werden darf, wenn es dem Bieter gelungen ist, den Unterpreis plausibel zusammenzusetzen (BVA, Standpunkte, S. 41 und 42).

Von zu hohem oder Unterpreis ist der spekulative Preis zu unterscheiden, nämlich wenn sich der Bieter aufgrund ev. eintretender Preisveränderungen durch Massenveränderungen erhebliche Gewinne erhofft, ohne dabei das große, damit verbundene Risiko zu scheuen. Bei einer Spekulation muss nicht zwingend ein Unterangebot vorliegen, da sich hohe und niedrige Einheitspreise in einem Angebot gegenseitig ausgleichen können. Da die Preisermittlung ausschließlich Sache des Bieters ist, kann es vom Grundsatz her nicht beanstandet werden, wenn ein Bieter - gegebenenfalls unter Ausnutzung einer mangelhaften Leistungsbeschreibung oder besonderer Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse - einzelne Einheitspreise abweichend von einem ordnungsgemäß ermittelten Preis, anbietet. Liegen einzelne angebotene Einheitspreise in einer von den Vorstellungen des Auftraggebers abweichenden aber begründbaren Höhe, kann damit ein Ausscheiden des Angebotes nicht begründet werden. Der Gesamtpreis ist angemessen und die Einheitspreise im Rahmen. Die Einheitspreise darf ein Ausschreibender nicht zum Anlass nehmen, willkürlich fiktive Mengenänderungen vorzunehmen und Bieterreihen in Folge Stürze herbeizuführen. Andererseits kann auch hervortreten, dass einzelne angebotene Einheitspreise grob aus dem Rahmen fallen, und zwar so, dass einige zu hoch, andere zu niedrig angeboten sind und technisch eine gegenseitige Substitution dieser Positionen eintreten kann. Hier kommt eine vertiefte Angebotsprüfung zum Tragen. Hier kann, wenn entsprechende

Mengenänderungen erwartet werden, der klassische Fall einer Mengenspekulation vorliegen. Dieses Angebot aber ohne weitere Risikoabschätzung sofort auszuscheiden, würde dem Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung widersprechen. Nur dann, wenn Preise nicht mehr erklärbar oder auch mit der Erklärung nicht nachvollziehbar sind, kann der Auftraggeber ein Angebot wegen spekulativer Preise ausscheiden. Ansatzpunkt ist nämlich die Plausibilität des Preises und nicht die absolute Höhe des Preises (Kropik, S. 151ff).

Die bei der Angebotsprüfung durch die Auftraggeberseite vorgenommene Überprüfung des Angebotes der Antragstellerin auf die Preisangemessenheit hat laut Prüfbericht vom 21.12.2004 teilweise Unausgeglichenheit des Angebotes mit einerseits sehr niedrigen und andererseits relativ hohen Einheitspreisen ergeben. Auch sind Leistungen zu den angeführten Einheitspreisen bzw. Zeitansätzen nicht realistisch durchzuführen. Dies hat auch eine Abweichungsanalyse der Leistungsgruppensummen im Gutachten vom 18.2.2005 ergeben. Allein darauf aber spekulative Umlagen und ein Ausscheiden des Angebotes wegen spekulativer Preise zu stützen, widerspricht den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbes. Auch der Umstand, dass einzelne Positionen zu hohe oder zu niedrige Preise aufweisen, rechtfertigt noch kein Ausscheiden, solange dies durch den Bieter erklär- und nachvollziehbar ist, ist doch die Preisgestaltung Sache des Bieters unter Bedachtnahme auf die Gestaltung und Besonderheiten seines Unternehmens. Es war daher zu Recht im Prüfbericht vom 21.12.2004 aufgrund der Abweichungen von Erfahrungswerten mit einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 93 Abs.3 Z2 und Z3 BVerG vorgegangen worden, weil das Angebot zum Teil zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweist und weil im Vergleich zu Erfahrungswerten, vorliegenden Unterlagen und relevanten Marktverhältnissen Zweifel an der Angemessenheit der Preise gegeben war. Es wurde daher die Antragstellerin zu Recht mit Aufforderungsschreiben vom 22.11.2004, 18.1.2005 und 4.2.2005 zur schriftlichen Aufklärung zu einzeln genannten Positionen unter Darlegung der Bedenken der Auftraggeberseite aufgefordert und es wurden zu Recht - wie in der Literatur angeführt - Kalkulationsnachweise in Form der verlangten K3-, K4-, K5-, K6- und K7-Blätter verlangt. K7-Blätter wurden für die LG 01, 02, 03, 18, 22, 25, 30, 31, 40 und 51 verlangt, für die LG 20 und 21 wurden keine K7- Blätter verlangt. Da sowohl zu hohe und zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen vorlagen als auch Zweifel an der Angemessenheit von Preisen (Einheitspreisen) beim Auftraggeber entstanden, konnten sowohl wesentliche als auch nicht als wesentlich gekennzeichnete Positionen (hinsichtlich der Preisangemessenheit) einer vertieften Prüfung unterzogen werden.

Es hat daher eine vertiefte Angebotsprüfung - wie in den Sachverhaltsdarstellungen näher dargelegt wurde - hinsichtlich der Positionen 020251B, 020252B, 030211B und 180851A bis 181151A ergeben, dass Materialkosten nicht vollständig in den K7-Blättern angeführt wurden, aber auch die Nichtberechnung von verschiedenen Materialien nicht näher ausgeführt wurde. So z.B. wurde das für den Straßenbau erforderliche Vlies nicht berechnet, aber auch nicht dargelegt, warum es nicht berechnet wird. Auch der für die Rekultivierung erforderliche Grassamen wurde nicht verrechnet und dazu keine Erläuterung abgegeben. Ähnliches gilt für die Pflasterungen. Diesbezüglich ist insbesondere hervorzuheben, dass auch im Antwortschreiben, mit welchem die Kalkulationsblätter vorgelegt wurden, keine diesbezüglichen näheren Ausführungen enthalten sind. Wenngleich auch dem Argument der Antragstellerin beizupflichten ist, dass es sich dabei um Posten handelt, die sich auf den Gesamtpreis nicht niederschlagen, so wird aber einerseits auf die Bestimmung des § 93 Abs.4 Z1 BVerG hingewiesen, wobei Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein müssen und dies insbesondere dann der Fall ist, wenn im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Gerätekosten usw. enthalten sind, und andererseits auf die Bestimmung des § 93 Abs.4 Z3 BVerG, wonach die Aufgliederung der Preise aus der Erfahrung erklärbar sein muss. Im Übrigen wird auch auf Punkt D12 lit.h des Angebotsschreibens hingewiesen, wonach in den K7-Blättern alle erforderlichen Teilleistungen enthalten sein müssen. Auch in den Aufklärungsschreiben wurde dazu nichts geäußert. Es hat daher die Antragstellerin in den beispielhaft angeführten Punkten keine vollständige Aufklärung gegeben. Dazu ist auch anzumerken, dass die Aufklärung innerhalb der angemessenen Frist zu erfolgen hat (§ 93 Abs.5 BVerG). Eine unvollständige Aufklärung ist ein Ausscheidungsgrund gemäß § 98 Z 5 BVerG. Erklärungen im Nachprüfungsverfahren können hingegen die mangelhafte Aufklärung während des Angebotsprüfungsverfahrens nicht ersetzen.

Auch hinsichtlich der LG 03 wurde schriftliche Aufklärung zu näher benannten Positionen, z.B: Position 030313A, 030313B, 030332A, 030332B, verlangt und verweist das diesbezüglich vorgelegte K7-Blatt auf die Verwendung jeweils einer Vortriebspartie, wobei der Berechnung lediglich ein Bagger und Maschinist mit insgesamt 48,50 Euro/Stunde zugrundegelegt wurde. Die dem K7-Blatt angeschlossene Preiszergliederung (K7 1/2) jedoch definiert die

Vortriebspartie mit einem Bagger (Gerät + Maschinist) und einem qualifizierten Hilfsarbeiter. Der Bagger ist als gesonderte Einheit in der Preiszergliederung ausgeführt. Wenngleich auch die K7-Blätter den vom Bieter im LV angeführten Preis zergliedern, so stellt doch die Divergenz mit der angeschlossenen Preiszergliederung hinsichtlich des Begriffes "Vortriebspartie" eine nicht ausreichende Preisaufklärung dar, weil die Nachvollziehbarkeit der Kalkulation nicht einwandfrei gegeben ist.

Allerdings kann aus dem aufgezeigten Umstand, dass irrtümlich Vortriebspartie bei den angeführten Positionen angeführt ist, aber nur ein Bagger verrechnet wurde, und der qualifizierte Hilfsarbeiter dann in anderen LG, wo er tatsächlich benötigt wird, verrechnet wird, noch nicht von einer Preisumlage bzw. Preisverschiebung und Spekulationspreisen gesprochen werden. Dies insbesondere deshalb, weil die Antragstellerin die Notwendigkeit des qualifizierten Hilfsarbeiters erst für Rohrverlegearbeiten begründet und die diesbezüglichen LG 20 und 21 aber keiner vertieften Angebotsprüfung unterzogen wurden. Es wurden diesbezüglich keine K7-Blätter verlangt. Die Behauptung, dass eine Preisverschiebung in die LG 20 und 21 erfolgt ist, kann mangels einer Prüfung dieser LG und eines diesbezüglichen Nachweises daher vom Oö. Verwaltungssenat nicht nachvollzogen werden. Allein eine diesbezügliche Vermutung aufgrund der Abweichung vom errechneten Mittelwert ist nicht geeignet eine Preisverschiebung bzw. einen spekulativen Preis nachzuweisen. Auf die oben angeführte Literatur wird hingewiesen.

Auch zu der LG 31 (Regieleistungen) wurde Aufklärung verlangt und zu den benannten Positionen K7-Blätter vorgelegt. Entgegen der Leistungsbeschreibung, dass für die Geräte die Kosten für die Gerätebeistellung, die erforderliche Bedienung, anteilige Wartungskosten sowie die erforderlichen Betriebsmittel einzurechnen sind, wurden Lohnkosten nicht im Einheitspreis verrechnet sondern nur Kosten unter Sonstiges verzeichnet. Dazu wurde im Antwortschreiben dargelegt, dass bei den Kalkulationen der Regieleistungen davon ausgegangen wurde, dass die zu erbringenden Leistungen mit den Einheitspositionen abgedeckt sind und etwa anfallende Regieleistungen, die bei Bedarf auch selbstverständlich zu den angebotenen Preisen durchgeführt werden, in die Phasen von Leer- und Stehzeiten, die ohnehin abgegolten werden müssen, fallen. Es wurde ausdrücklich nochmals erklärt, dass alle angebotenen Einheitspreise vollinhaltlich gelten und es dadurch zu keiner Reihungsänderung kommen kann. Im Gegensatz zu den obigen Ausführungen hat daher die Antragstellerin eine nachvollziehbare Erklärung für die Nichtverrechnung von Lohnkosten gegeben. Ob mit Leer- und Stehzeiten für die Regieleistungen das Auslangen gefunden werden kann, ist Ermessen der Auftraggeberseite. Allerdings ist der durch die Auftraggeberseite gemachte Vorhalt des K6-Blattes bzw. der Preiszergliederung (K7 1/2) ungerechtfertigt und nicht nachvollziehbar, zumal in den Kalkulationsblättern grundsätzlich für den Bagger Lohn und sonstige Kosten ausgeworfen wurden, aber konkret zu den Positionen des LG 31 erläutert wurde, dass keine über den bereits abgedeckten Arbeitsbedarf hinaus erforderlichen Arbeitsleistungen gegeben sein werden. Es wurde auch in der Aufklärung bekräftigt, dass die angegebenen Einheitspreise aufrecht bleiben. Jedenfalls aber ist die Argumentation der Auftraggeberseite, dass bei Wegfall der Regieleistungen es zu einem Reihungssturz kommen könnte, unzulässig (siehe obzitierte Literatur). Bei einer Ausschreibung ist vielmehr davon auszugehen, dass das LV mit der nötigen Sorgfalt erstellt wurde. Eine gegenteilige Annahme kann jedoch nicht dem Bieter zur Last gelegt werden, indem sein Angebot von der Vergabe ausgeschlossen wird (Kropik, Seite 153). Jedenfalls wurde die Preiszusammensetzung erklär- und nachvollziehbar dargelegt.

Hingegen hat das Nachprüfungsverfahren einen weiteren wesentlichen Mangel im Angebot der Antragstellerin festgestellt. Gemäß den Angebotsbestimmungen B5 sind dem Angebot bei Baumeisterarbeiten auch Kalkulationsformblätter K3 und K4 anzuschließen, und wurde dem auch mit dem Angebot der Antragstellerin nachgekommen. Wie bereits aus dem Gutachten vom 18.2.2005 von der Auftraggeberseite dargelegt wurde und sich weiters aus dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vor dem Oö. Verwaltungssenat erwiesen hat, ist das vorgelegte Formblatt K3, datiert mit 3.5.2004, nicht für das gegenständliche Angebot angefertigt worden, sondern nur als Standardformblatt der Antragstellerin vorgelegt worden, und weist dieses in der Spalte V eine Umlage der Baustellengemeinkosten in der Höhe von 10,04 %, das sind 2,92 Euro, auf. Diese Umlage der Baustellengemeinkosten auf Leistungsstunden wurde auch dem im Angebot verrechneten Preis von 32 Euro zugeschlagen. Dieser Mittellohnprix wurde im gesamten Angebot veranschlagt. Diese Preisberechnung widerspricht aber dem Kriterium der Preisangemessenheit, weil in der gegenständlichen Ausschreibung im LV Baustellengemeinkosten in einer eigenen LG 01 vorgesehen sind. Sind die Baustellengemeinkosten - wie dies bei größeren Ausschreibungen verpflichtend vorgeschrieben ist - gesondert auszupreisen, darf eine Umlage der Baustellengemeinkosten auf Leistungsstunden im Mittellohnprix nicht mehr erfolgen. Unter der Voraussetzung, dass die von der Antragstellerin veranschlagten

Baustellengemeinkosten in der LG 01 zu angemessenen Preisen erfolgte, würde die Miteinbeziehung einer Baustellengemeinkostenumlage beim Mittellohnpreis eine doppelte Verrechnung bewirken. Aber auch für den Fall der Annahme von ungewöhnlich niedrigen Preisen bei der LG 01 und der Hinzurechnung der Baustellengemeinkostenumlage auf die LG 01 und entsprechender Abzug bei den Lohnkosten, kann nicht von einer erklär- und nachvollziehbaren Preisgestaltung gesprochen werden. Insbesondere wurde bei den schriftlichen Aufklärungen nicht auf die Preisaufgliederung hingewiesen, obwohl auch eine Aufklärung zur LG 01 angefragt wurde. Darüber hinaus hat aber gerade die mündliche Verhandlung ergeben, dass für den Fall, dass Baustellengemeinkosten in einer eigenen LG anzubieten sind, diese Kosten als Geschäftsgemeinkosten (Spalte N) gelten sollten und diese Geschäftsgemeinkosten daher entsprechend erhöhen sollten. Dies würde aber bedeuten, dass in einem solchen Fall die Geschäftsgemeinkosten 16,83 % ausmachen würden, was betriebswirtschaftlich bedenklich erscheint. Dies umso mehr, als nach Aussage des Zeugen der Antragstellerin die Umlage der Baustellengemeinkosten dann wieder wirksam werden soll, wenn Baustellengemeinkosten nicht gesondert im LV angeführt sind. Dies würde letztendlich bedeuten, dass die Antragstellerin von einem Fixpreis von 32 Euro ausgeht und jeweils im Anlassfall eine Umverteilung in den einzelnen Lohnkomponenten vornimmt. Eine solche Vorgangsweise ist hingegen nicht als betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar zu bezeichnen, weshalb insbesondere hinsichtlich der Lohnanteile im gesamten Angebot erhebliche Bedenken hinsichtlich der Angemessenheit des Preises bestehen, kann doch eine betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Kalkulation des Lohnpreises nicht nachgewiesen werden. Weist zwar der Gesamtpreis vorderhand im Sinne der obigen Ausführungen der Literatur insgesamt und an sich keine Auffälligkeiten, so wurde dennoch bei der vertieften Angebotsprüfung die Kalkulation der Lohnanteile nicht plausibel dargelegt und hat daher das Angebot - weil trotz geforderter Aufklärung keine nachvollziehbare Begründung erteilt wurde - keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises. Es war daher der Ausscheidungsgrund gemäß § 98 Z3 und Z5 BVergG gegeben. Auf weitere Details über verrechnete Zuschläge war daher nicht mehr einzugehen. Darüber hinaus widerspricht eine solche Vorgangsweise auch den Ausschreibungsbestimmungen, zumal das LV ausdrücklich Positionen für Baustellengemeinkosten aufweist. Es hat sich daher die Antragstellerin an die Ausschreibungsbestimmungen des LV zu halten und ein entsprechendes Angebot zu legen. Es wurde daher auch der Ausscheidungsgrund gemäß § 98 Z8 BVergG festgestellt.

Es war daher die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin und die Zuschlagsentscheidung vom 11.3.2005 zugunsten der zweitbilligsten Mitbieteterin gemäß den Bestimmungen des BVergG nicht rechtswidrig und war daher dem Antrag nicht Folge zu geben.

#### **Schlagworte**

Preisangemessenheit, Spekulationspreis, Aufklärung, fristgemäß

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/ups/index.html>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)