

25 Jahre Vergaberecht

*Anfänge und Novellen:
Wurde alles besser?*

BVergG 2018

*Neues Vergabegesetz:
Die wichtigsten Neuerungen.*

ÖSTERREICHISCHE bauzeitung

Juni 2018



Bauinnung Spezial:
Vergaberecht auf dem Prüfstand

Der angemessene Preis als Voraussetzung für ein zuschlagsfähiges Angebot

Die Prüfung, ob Preise „angemessen“ sind, ist gesetzliche Voraussetzung einer korrekten Auftragsvergabe. Die Preisprüfung stellt auch einen wesentlichen Baustein bei der Bekämpfung von Preisdumping dar.

TEXT: UNIV.-PROF. DI. DR. ANDREAS KROPIK, TU WIEN, INSTITUT FÜR INTERDISZIPLINÄRES BAUPROZESSMANAGEMENT



Die Vergabe hat zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Diesen Grundsatz gibt § 19 BVerG 2006 vor. Eine Orientierung, was unter der Preisangemessenheit im Sinne des BVerG zu verstehen ist, bietet § 125. Dieser Paragraph regelt die Prüfung der Angemessenheit der Preise und das Vorgehen im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung.

Gesetzliche Anforderungen

Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. So sieht es § 125 BVerG Abs 1 vor. Diese Prüfung hat der öffentliche Auftraggeber (AG) jedenfalls vorzunehmen. Das Gesetz verpflichtet dazu.

Diese „Angemessenheit der Preise“ darf nicht mit dem „angemessenen Entgelt“ gemäß § 1152 ABGB verwechselt werden.

Nach Paragraph 1152 gilt eine Vermutung einer Entgeltlichkeit für Dienst- und Werkverträge, für die keine explizite Entgeltabrede vorliegt und auch eine Unentgeltlichkeit der Leistung nicht vereinbart ist.

Die Höhe des angemessenen Entgelts richtet sich nach dem, was unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme darauf, was unter ähnlichen Umständen verdient worden wäre. Der angemessene Preis gemäß BVerG orientiert sich zwar ebenfalls an den „relevanten Marktverhältnissen“ (§ 125 Abs 2), darf aber offenbar auch weniger sein, weil er (zumindest) die direkt zuordenbaren Kosten decken soll (§ 125 Abs 4 Z 1). Hier löst sich das BVerG vom Marktpreis als Vergleichsmaßstab und schwenkt auf eine Kostenbetrachtung um.

Wenn Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen, insbesondere wenn der Gesamtpreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint

oder in wesentlichen Positionen „zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise“ vorliegen, ist eine sogenannte vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen.

Wann allerdings ein „zu hoher“ oder ein „zu niedriger“ Einheitspreis vorliegt, ist offenbar wohl wieder am angemessenen Preis zu messen. Die vertiefte Angebotsprüfung muss schließlich feststellen, ob Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Für so niedrig angebotene Preise, die nicht einmal die direkt zuordenbaren Kosten abdecken, kann wohl eine betriebswirtschaftliche Erklärung grundsätzlich ausgeschlossen werden, weil Unternehmertum mit Gewinnabsicht untrennbar verbunden ist.

Bei der vertieften Angebotsprüfung kann insbesondere geprüft werden, ob im Positionspreis alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchs-

ng für

Das BVerfG sieht vor, dass Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein müssen. Die vertiefte Angebotsprüfung ist das Instrument der besonderen Preisprüfung.

nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen¹. Somit kommt der Feststellung, ob der Preis jeder (wesentlichen) Position zumindest die direkt zuordenbaren Kosten beinhaltet, eine besondere Bedeutung zu.

Die Bestimmung dieser Kosten ist aber gar nicht so einfach, weil erst die Kostenrechnung eines Unternehmers Kosten zu direkten (das sind die sogenannten Einzelkosten) oder indirekten Kosten (die Gemeinkosten) macht, Kosten also nicht quasi bereits mit dem Attribut direkt oder indirekt entstehen².

Instrumente der Preisprüfung

Die Prüfung der Preisangemessenheit erfolgt auf zwei Ebenen. Es erfolgt eine Prüfung des Gesamtpreises, und es erfolgt eine Prüfung von (allfällig vorliegenden) Einzelpreisen. Weiters erfolgt die Prüfung in zwei Intensitätsstufen: zunächst in einer allgemeinen Form und danach die vertiefte Preisangemessenheitsprüfung. Diese spezielle Prüfung muss allerdings nicht in jedem Fall zur Anwendung kommen.

An Wertungsmaßstäben für die Beurteilung der Preisangemessenheit nennt § 125 Abs 2 Erfahrungswerte, sonst vorliegende Unterlagen und die jeweils relevanten Marktverhältnisse. Diese sind der Prüfung zugrunde zu legen. Damit schafft das BVerfG den Bezug zu einem marktwirtschaftlichen Denkansatz. In einer freien Marktwirtschaft bilden sich Preise auch im Wettbewerb und nicht mittels Preisbildungsvorschriften.

Als Instrumente, quasi als Arbeitsbehelfe, zur Beurteilung von Preisen stehen im Wesentlichen zur Verfügung:

- Vergleich mit dem geschätzten Auftragswert
- Vergleich der Angebotspreise der Bieter (Angebotspreisvergleich)
- Vergleich der Einzelpreise der Bieter (Preisspiegel)

- Vergleich mit Preisen aus einer Preisdatenbank oder mit Richtpreisen
- Vergleich mit eigenen Preisüberlegungen (Kalkulation des AG).

Dieser Teil der Angebotsprüfung erfolgt somit in einem Außenverhältnis zur Kalkulation. Auf die konkrete Kalkulation, die den zu überprüfenden Preisen zugrunde liegt, wird in diesem Stadium nicht eingegangen, das erfolgt erst im Zuge der (allfällig notwendigen) vertieften Angebotsprüfung. Bestehen keine Zweifel an der Preisangemessenheit, kann diese unterbleiben.

Einen wesentlichen Anhaltspunkt zur Beurteilung der Preisangemessenheit bietet eine fundierte Kostenermittlung des AGs. Sie ist keine Fleißaufgabe, weil der AG ohnehin den geschätzten Auftragswert vor Einleitung des Vergabeverfahrens zu ermitteln hat. So hat der VwGH³ den Vergleich mit der Kostenermittlung des AGs sowie den Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote als geeignet angesehen, um einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis im Sinne des § 125 Abs 3 Z 1 BVerfG erkennen zu können. Der VwGH verweist darauf, dass in der Literatur folgende Fälle unterschieden werden: Geringe Abweichung (bis etwa fünf Prozent), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 Prozent) und grobe Abweichung (ab etwa 15 Prozent).⁴ Unter Bezugnahme auf diese Judikatur und Literatur hat unter anderem auch das Verwaltungsgericht Wien festgestellt, dass bei einem Abstand von (beachtlichen) 20 Prozent eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen ist.⁵

Als weiteres Standardinstrument jeder Preisprüfung gilt der Vergleich der Preise der Bieter untereinander. Das kann ein Vergleich der Gesamtangebotspreise (Angebotspreisvergleich) sein oder detaillierter ein Vergleich der Preise einzelner Leistungsgruppen oder sogar einzelner Einheitspreise bzw. Positionspreise (Preisspiegel).

ansätze sowie die Personalkosten nachvollziehbar sind. Eine weitere Prüfung beinhaltet die Feststellung, ob höherwertige Leistungen auch grundsätzlich teurer angeboten wurden als geringwertige Leistungen. Schließlich kann auch die Aufgliederung der Preise, insbesondere der Lohnanteile, geprüft werden.

Einen direkten Zusammenhang zwischen dem Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung und dem Ausscheiden von Angeboten wird zwar formal, nicht jedoch inhaltlich im Bundesvergabegesetz hergestellt. Nach § 129 Abs 3 Z 3 sind „Angebote, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z. B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen“, auszuschneiden. Die Judikatur neigt allerdings dazu, diesen Tatbestand bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn Teilpreise (und somit auch Einheitspreise in wesentlichen Positionen) nicht plausibel sind, da diese zu einer



Als Instrumente zur Beurteilung von Preisen stehen eine Reihe von Arbeitsbehelfen zur Verfügung.

graphicsdunia4you/iStock/Thinkstock

Zur Beantwortung der Frage, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegt, kann ein Angebotspreisvergleich dienen. Er erlaubt Rückschlüsse auf die Wettbewerbssituation und lässt auch eine Beurteilung der relevanten Marktverhältnisse zu. Eine Abweichung des Angebotspreises des Billigstbieters vom Mittelwert (auch der Medianwert ist ein geeigneter Basiswert) der zwei bis vier nächstteueren Angeboten bis zu fünf Prozent ist als unauffällig einzustufen. Eine Abweichung bis zu 15 Prozent ist, falls keine erhebliche Abweichung zum geschätzten Auftragswert vorliegt, ebenfalls noch tolerierbar. So hat beispielsweise der VfGH⁶ eine vertiefte Angebotsprüfung als nicht verpflichtend angesehen, wenn der Angebotspreis des billigsten Angebots bloß um 6,7 Prozent vom Angebotspreis des zweitgerihten Bieters abweicht.

Es verlangt allerdings § 125 Abs 3 Z 2 auch eine Überprüfung, ob zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen vorliegen (nach dem BVerG 2018 wird sich diese Prüfung auf alle Positionen und nicht nur auf die wesentlichen zu erstrecken haben). Die Frage, was ein „zu hoher“ oder „zu niedriger“ Einheitspreis ist, lässt sich allerdings nicht einfach beantworten, weil in dieser Phase der Preisprüfung noch keine vertiefte Angebotsprüfung stattfindet und daher auf die individuelle Kalkulation des Unternehmers im Detail noch nicht ein-

zugehen ist. Für diese Überprüfung bietet sich daher ein Preisspiegel an. Dieser sollte einen Überblick über die relevanten Marktverhältnisse verschaffen. Nachdem die Kalkulation etwas sehr Individuelles ist und eine Zuordnung von Kosten keinen naturgesetzlichen Gegebenheiten folgt, sind Preisabweichungen, auch größeren Umfangs, auf der Ebene von Einheitspreisen wohl zu tolerieren. Bei dieser Analyse stellt sich daher die Frage, von welchen Referenzwerten die Feststellung erfolgen soll, ob ein zu hoher oder zu niedriger Einheitspreis vorliegt. Oft wird die Abweichung zum Mittelwert aller Bieter herangezogen.

Die Erfahrung zeigt aber, dass bei jedem Vergabeverfahren auch Unternehmer teilnehmen, die gar kein ernsthaftes Interesse an einer Auftragserlangung haben. Sie wollen am Markt Präsenz zeigen und wollen vor allem die Preise der Konkurrenz erfahren, die ihnen im Zuge der Angebotsöffnung mitgeteilt werden. Diese Gruppe von Bietern darf nicht für die Bestimmung des Referenzwerts herangezogen werden, weil dieser durch die nichtmarktkonformen Preise der Gruppe in die Höhe getrieben wird. Wenn der Gesamtangebotspreis des Billigstbieters als angemessen beurteilt wird, beginnt die Gruppe jener (uninteressierten) Bieter in etwa bei einem Preisabstand von ab 30 bis 50 Prozent. Wird ohne den Preisen dieser Bieter der Mittelwert oder der Medianwert gebildet,

so kann der „zu niedrige“ Einheitspreis in etwa dort festgemacht werden, wenn er weniger als die Hälfte des Referenzwertes beträgt. Betrifft das eine große Anzahl von Positionen, sind Bedenken angebracht. Das gilt umso mehr für den Fall, dass auch ein Gegenpart, nämlich Positionen mit auffällig hohen Einheitspreisen, identifiziert werden kann. Nun beginnt eine Grauzone. Ab wann nun eine vertiefte Angebotsprüfung tatsächlich stattfinden muss, ist punktgenau schwer dingfest zu machen. Empfehlenswert ist ihre Durchführung, wenn die auffälligen Positionen wesentliche Leistungsteile betreffen.

Ergänzend dazu kann noch eine Analyse mit Richtpreisen, eigenen Erfahrungswerten oder Literaturwerten vorgenommen werden.

Die vertiefte Angebotsprüfung

Die vertiefte Angebotsprüfung ist das Instrument der besonderen Preisprüfung. Die vertiefte Angebotsprüfung ist eine Plausibilitätsprüfung. Nach der Judikatur muss nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen werden, sondern nur (grob) geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann.⁷ Das BVerG sieht nämlich vor, dass die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein müssen. Als erklär- und nachvollziehbar ist ein Preis dann zu qualifizieren, wenn

er alle direkt zuordenbaren Kosten enthält und die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie Personalkosten nachvollziehbar sind.

In einer aktuellen Entscheidung des LVwG Oberösterreich⁸ wurde ausgeführt, dass ein Angebot sogar trotz nicht vollständiger betriebswirtschaftlicher Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Kalkulation zuschlagsfähig sein kann. Eine fehlende Kostendeckung auf Positionsebene ist nach dieser Entscheidung per se kein Ausscheidungsgrund. Es waren einzelne Positionen im Angebot so niedrig kalkuliert, dass diese Positionspreise betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar waren. Überwiegend betraf das nicht wesentliche Positionen, es war jedoch auch eine wesentliche Position darunter.

Ist der Gesamtangebotspreis an sich kein Unterpreis, lässt diese Entscheidung die Praktiker wohl erleichtert aufatmen, weil kleinere Kalkulationsunstimmigkeiten übergangen werden können. Eine Kalkulation und Preisbildung folgt keinen naturwissenschaftlichen Gesetzen. Ein Ergebnis ist nicht reproduzierbar, wie etwa die Berechnung der Durchbiegung eines Stahlträgers.

Eine ältere Entscheidung⁹ hat den Ausweis von negativen Deckungsbeiträgen in einer offenliegenden Kalkulation dahingehend beurteilt, dass keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliegen würde, obwohl die Summe der negativen Deckungsbeiträge lediglich rund ein Prozent vom Angebotspreis betragen hatte und die positiven Deckungsbeiträge (aus den anderen Positionen) in ausreichender Höhe vorhanden waren. Solche Entscheidungen müssten unweigerlich, falls Auftraggeber diesen strengen Prüfmaßstab anlegen, zu Ausscheidungsorgien führen (und das noch dazu vor dem Hintergrund, dass sich direkt zuordenbare Kosten nicht exakt festmachen lassen). Deshalb ist die Entscheidung des LVwG OÖ zu begrüßen.

Ausblick auf das BVergG 2018

Für die Preisprüfung, insbesondere für die vertiefte Angebotsprüfung, haben sich die Regeln inhaltlich nur unwesentlich verändert, die Paragraphen allerdings verschoben (z. B. wird aus § 125 der § 137). Positiv ist, dass auf bestehende Judikatur und Literatur weiterhin zurückgegriffen werden kann. Negativ ist, dass gewisse Klarstellungen weiterhin fehlen. Insbesondere zeigt sich die vergaberechtliche Judikatur

manchmal sehr formal. Ein formal falsch ausgefülltes K3-Blatt zählt kaum und führt zum Ausschluss des Angebots. Es ist nicht darauf einzugehen, ob das Ergebnis, der Mittellohnpreis, also der Kalkulationsansatz, in angemessener Höhe vorliegt. Solche Formalfehler sind auch in Zukunft wohl beachtliche Fehler, und es ist weiterhin bei der Angebotslegung und -gestaltung vom Bieter daher höchste Sorgsamkeit gefordert. □

QUELLEN:

- 1 VwGH 2007/04/0102.
- 2 Vgl. Kropik, Baukalkulation und Kostenrechnung.
- 3 Entscheidung 2011/04/0011.
- 4 Verweis auf Kropik, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thiener, Bundesvergabegesetz 2006 – Kommentar [2009] § 125 Rz 28.
- 5 VGW-123/072/10276/2014; Beatrix Lehner in ZVB 2014/129).
- 6 B 1211/01, RPA 2003, 342.
- 7 Siehe etwa VwGH 2007/04/0201.
- 8 LVwG-840142/39/KL, LVwG-840144/19/KL; Opperl in ZVB 2018/42.
- 9 BVwG W134 2133404-2.



wutwanfoto/istock/Thinkstock

LESETIPP

Baupreise – Baukosten: Definition und Analyse

Beim Thema „steigende Baupreise“ bzw. „steigende Baukosten“ werden oft Begriffe vermischt und verzerrt wiedergegeben bzw. wird der Eindruck vermittelt, die Bauwirtschaft würde „die Preise nach oben treiben“. Ein von der Geschäftsstelle Bau verfasster Fachbeitrag in der Österreichischen Bauzeitung stellt die Begriffe klar und vergleicht die Entwicklung der Baukosten mit jener der Baupreise. Das Ergebnis: In den vergangenen 20 Jahren sind sämtliche Baukosten-Indizes deutlich höher angestiegen als der Baupreis-Index. Der Beitrag kann auf der Homepage der Geschäftsstelle Bau heruntergeladen werden: www.bau.or.at → Navigation → Preisumrechnung und Indizes.

