

Themenblatt:

Das wirtschaftlichste Angebot



Die Senatorin für Wirtschaft, Arbeit und Europa



zSKS

zentrale Service- und
Koordinierungsstelle
für die Vergabe von
Bau- und Dienstleistungen

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem „besten Preis-Leistungs-Verhältnis“ (wirtschaftlichstes Angebot) erteilt werden. In diesem Themenblatt wird dargestellt, anhand welcher Vorgaben das Angebot gewertet und mit anderen Angeboten verglichen wird und wann und wie abschließend festgestellt und geprüft wird, ob ein Angebot einen unangemessen hohen oder niedrigen Preis aufweist.

Zweite Schlachtpforte 3
28195 Bremen
vergabeservice@wae.bremen.de
Stand April 2023

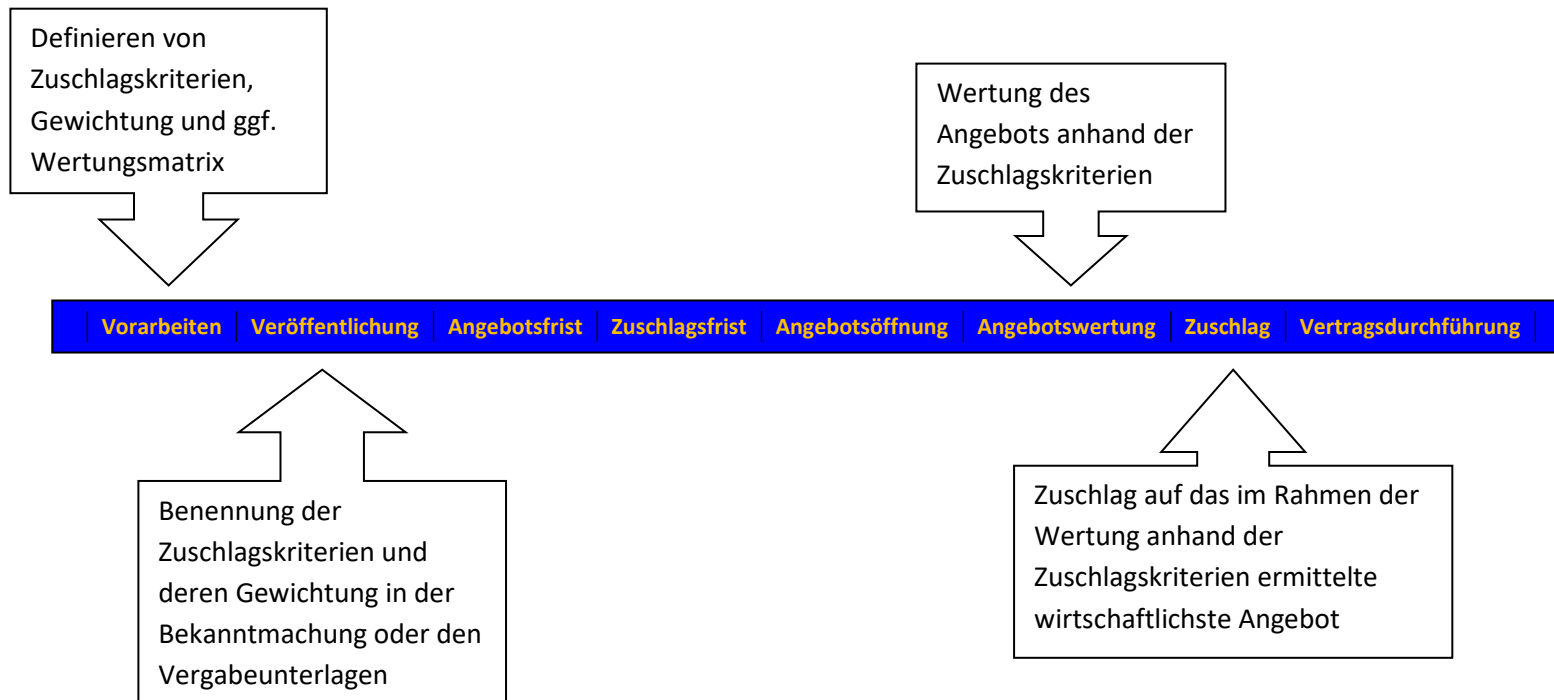
Inhalt

I. Abkürzungen.....	III
II. Übersicht: Relevanz im Vergabeverfahren.....	1
III. Einleitung.....	1
IV. Wertungsmaßstab.....	2
1. Auswahl der Zuschlagskriterien.....	3
a. Kostenkriterien.....	4
b. qualitative Kriterien.....	5
2. Gewichtung der Zuschlagskriterien.....	6
3. Berechnungsregeln.....	7
a. Wertungspunkte für qualitative Kriterien.....	7
b. Umrechnung der Kostenkriterien (insb. Preis) im Rahmen der Wertung.....	9
aa. Ausschließlich Kostenkriterien als Zuschlagskriterium.....	9
bb. Kostenkriterien und qualitative Kriterien als Zuschlagskriterien.....	9
V. Wertungsmatrix.....	10
VI. Zusammenfassung Wertung.....	11
VII. Prüfung unangemessener Preise.....	12
1. Fallgruppe: unangemessen niedriger Preis.....	12
a. Anlass für die Eröffnung der Prüfung unangemessen niedriger Preise.....	12
aa. Aufgreifschwelle.....	12
bb. Berücksichtigung von Erfahrungswerten wettbewerblicher Preisbildung.....	13
cc. Aufklärungsverlagen eines anderen Bieters.....	14
b. Ausschluss von Angeboten mit unangemessenen niedrigen Preisen.....	14
aa. Auskömmlichkeitsprüfung.....	14
bb. Weitere Voraussetzungen für einen Ausschluss.....	16
2. Fallgruppe: unangemessen hoher Preis.....	17

I. Abkürzungen

Az.	Aktenzeichen
BGH	Bundesgerichtshof
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
KommJur	Zeitschrift Kommunaljurist
LV	Leistungsverzeichnis
OLG	Oberlandesgericht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
TtVG	Tariftreue- und Vergabegesetz
VergModG	Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, allgemeine Bestimmungen
VOB/C	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil C
VOB/A-EU	Allgemeine Bestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU
UVgO	Unterschwelvenvergabeordnung

II. Übersicht: Relevanz im Vergabeverfahren



III. Einleitung

Zuschlag auf das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis

Bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags erteilen Sie den Zuschlag auf das „wirtschaftlich günstigste Angebot“¹; das Angebot mit dem „besten Preis-Leistungs-Verhältnis“².

Vier Prüfungsschritte

Um das beste Preis-Leistungs-Verhältnis zu bestimmen, prüfen Sie die Angebote in vier Schritten. Zunächst prüfen Sie formal die Vollständigkeit und Ordnungsgemäßheit (insbesondere: rechtzeitig und auf die richtige Art und Weise) der eingereichten Unterlagen. Anschließend prüfen Sie, ob der Bieter geeignet ist, den gegenständlichen Auftrag auszuführen. Erst im dritten Schritt bewerten Sie das Angebot und vergleichen dieses mit den anderen Angeboten. Abschließend prüfen Sie, ob das von Ihnen favorisierte Angebot, auf welches Sie den Zuschlag erteilen wollen, einen unangemessen hohen oder niedrigen Preis aufweist. Dieses Themenblatt behandelt die Durchführung der letzten beiden Prüfungsschritte.

- I. Formale Prüfung
- II. Eignungsprüfung
- III. Prüfung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien (Wertung)**
- IV. Prüfung unangemessener Preise**

Die Angebote bewerten Sie anhand objektiver Kriterien, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung

¹ § 16d Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 43 Abs. 2 Satz 1 UVgO, § 16d EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A, § 58 VgV, § 127 GWB.

² RL 2014/24/EU, Erwägungsgrund Nr. 89.

Zuschlagskriterien

gewährleisten. Diese Kriterien heißen Zuschlagskriterien. Sie können **Kosten-** und **qualitative** Kriterien³ festlegen.

Gewichtung

Sie setzen die Zuschlagskriterien ihrer Bedeutung nach in ein Verhältnis (i.d.R. in Prozent), um objektiv feststellen zu können, welches Angebot Ihnen das beste Preis-Leistungs-Verhältnis bietet. Es ist essentiell, dass Sie den Bietern die Gewichtung der Kriterien zueinander mitteilen, da diese nur so ein optimal auf Ihren Bedarf zugeschnittenes Angebot offerieren können.

Berechnungsregeln

Immer wenn der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium ist, müssen Sie, damit Sie die Angebote objektiv bewerten können, alle Kriterien und deren Erfüllungsgrad durch die einzelnen Angebote anhand von Berechnungsregeln in Leistungspunkte umrechnen. Die so errechneten Leistungspunkte multiplizieren Sie mit der zuvor festgelegten Gewichtung der unterschiedlichen Zuschlagskriterien. Hierdurch stellen Sie sicher, dass Sie anteilig stärker gewichtete Zuschlagskriterien bei der Zuschlagsentscheidung auch tatsächlich stärker berücksichtigen. Für die Darstellung der Ergebnisse ist das Nutzen einer Wertungsmatrix möglich und sinnvoll (s.u. unter V.).

Nur-Preis-Vergabe

Sie dürfen die Zuschlagsentscheidung in der Regel auch allein auf Grundlage des Angebotspreises treffen.⁴ Dies gilt selbst dann, wenn Sie **Nebenangebote** zulassen.⁵ Indem der Gesetzgeber diese Möglichkeit mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergModG) gesetzlich normiert hat, weicht er ausdrücklich von der bisherigen Rechtsprechung des BGH⁶ ab. Wollen Sie neben dem Angebotspreis keine weiteren Kriterien für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots heranziehen, ist für Sie aus diesem Themenblatt lediglich noch die Ziffer VII. von Bedeutung. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ist immer zu beachten.

IV. Wertungsmaßstab

Sie bestimmen bei jeder einzelnen Auftragsvergabe, welche Gesichtspunkte für Ihre konkrete Beschaffung das optimale Preis-Leistungs-Verhältnis kennzeichnen. Sie haben hierbei in **zweierlei Hinsicht ein Auswahlermessen**:

Damit Sie das beste Preis-Leistungs-Verhältnis ermitteln können definieren Sie

Benennung von Zuschlagskriterien und Gewichtung

- zunächst mit dem Gegenstand des Auftrags verbundene **unmittelbar kostenwirksame sowie ggf. qualitative Zuschlagskriterien** (s. IV. 1.)
- und anschließend **deren Gewichtung** (s. IV. 2.).

³ Unter dem Begriff der „qualitativen Kriterien“ werden hier alle Aspekte zusammengefasst, die keine unmittelbar bezifferbaren finanziellen Auswirkungen haben.

⁴ Bei Architekten- und Ingenieurleistungen muss aufgrund des Grundsatzes des Leistungswettbewerbs auch die Qualität gewertet werden (vgl. *Schneider* in Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 76 Rn. 12).

⁵ § 35 Abs. 2 Satz 3 VgV, § 8 Abs. 2 Nr. 3 Satz 3 VOB/A; Bei dieser Aussage wird die VOB/A in der Fassung, welche ab dem 19.04.2016 gilt zugrunde gelegt.

⁶ Vor der Vergaberechtsreform 2016 galt gemäß der Rechtsprechung des BGH das Gegenteil (BGH, X ZB 15/13).

Ihr Bewertungssystem muss nachvollziehbar (**schlüssig**) sein und darf schon wegen des Wettbewerbsgrundsatzes⁷ und des Diskriminierungsverbots⁸ **nicht von vornherein auf einen bestimmten Bieter zugeschnitten** sein.

Transparenz

- Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung (z.B. Wertungsmatrix) müssen Sie bei Verfahren mit einem geschätzten Auftragswert oberhalb von EUR 50.000 zwingend bereits **in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen** (z.B. Leistungsbeschreibung) benennen.⁹ Auch bei Verfahren mit einem geschätzten Auftragswert bis EUR 50.000 sollten den Bietern die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung aus Gründen der Transparenz und um passgenaue Angebote zu erhalten, zu Beginn des Vergabeverfahrens bekannt gemacht werden.
- Die Berechnungsregeln für die Umrechnung der Zuschlagskriterien in Punkte sind in jedem Fall intern vor Öffnung der Angebote aufzustellen und den Bietern zudem zwingend bekanntzumachen, wenn die Bieter diese Informationen benötigen, um ihr Angebot zu optimieren (s. IV.3.).

Selbstbindung des Auftraggebers

Die Bekanntmachung der Zuschlagskriterien führt zur sogenannten **Selbstbindung**. Das bedeutet, Sie dürfen bei der Angebotswertung ausschließlich die genannten Zuschlagskriterien nebst genannter Gewichtung berücksichtigen.

Anforderungen an die Wahl der Zuschlagskriterien

Ermessensspielraum

Willkürverbot

Sachzusammenhang

1. Auswahl der Zuschlagskriterien

Die Zuschlagskriterien dienen dazu, **eine vergleichende Beurteilung des Leistungsniveaus** jedes einzelnen Angebots gemessen am Gegenstand des Auftrags, wie er sich aus dem Leistungsverzeichnis ergibt, zu **ermöglichen**. Sie haben einen weiten Ermessensspielraum, welche Zuschlagskriterien Sie benennen. Sie können die Zuschlagskriterien so wählen, dass Sie qualitativ hochwertige Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen erhalten, die Ihren Bedürfnissen optimal entsprechen.¹⁰ **Begrenzt wird Ihr Auswahlermessen** durch das **Willkürverbot** und durch das Gebot, dass die im konkreten Fall zugrunde gelegten Zuschlagskriterien **mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen** müssen. Zuschlagskriterien stehen mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklusstadium auf diesen beziehen, auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes beziehen.

Unterkriterien

Soweit erforderlich, müssen Sie die benannten Zuschlagskriterien zur Konkretisierung in Unterkriterien aufgliedern. Unterkriterien formen die eigentlichen Zuschlagskriterien genauer aus und stellen detaillierter dar, was Sie bei der Bewertung der Angebote bewerten. Auch bezüglich der Unterkriterien müssen Sie die oben genannten Transparenzpflichten beachten, **soweit Bieter die Informationen benötigen, um ein optimales, den Kriterien angepasstes Angebot zu erstellen**. Sie verstoßen gegen vergaberechtliche Pflichten, wenn Sie die aufgestellten Zuschlagskriterien – mangels notwendiger Unterkriterien – so unbestimmt belassen, dass Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und

Unbestimmtheit

⁷ § 97 Abs. 1 GWB.

⁸ § 97 Abs. 2 GWB.

⁹ § 12 Abs. 1 Nr. 2 r) VOB/A (Neu eingeführt mit der VOB/A2019), § 29 Abs. 1 Nr. 2 VgV; § 43 Abs. 6 UVgO.

¹⁰ RL 2014/24/EU Erwägungsgrund Nr. 92.

Modalitäten informiert werden, anhand derer Sie das wirtschaftlich günstigste Angebot ermitteln. Die Bieter sind dann auch vor einer willkürlichen und/oder diskriminierenden Angebotswertung, d. h. einer die Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz verletzenden Angebotswertung nicht mehr geschützt (z.B. Qualität¹¹, Zweckmäßigkeit¹², Ästhetik¹³).¹⁴

Beispiele

Kosten- und qualitative Zuschlagskriterien

Zuschlagskriterien lassen sich in **Kosten-** (z.B. Preis, Unterhalts- und Lebenszykluskosten) und **qualitative** (z.B. Konzept, Ästhetik, Umwelteigenschaften) **Kriterien** unterteilen.

Um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, sollten Sie der Entscheidung über den Zuschlag **nicht ausschließlich qualitative Kriterien** zugrunde legen.¹⁵ Andererseits können Sie (mit Ausnahme der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen, vgl. § 76 VgV), soweit Sie die Qualität einheitlich vorgeben, sehr wohl bestimmen, dass die Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots **allein auf der Grundlage von Kostenkriterien** durchgeführt wird.¹⁶

Angebotspreis- und Kosten-Wirksamkeits-Ansätze

a. Kostenkriterien

Hinsichtlich des Kostenkriteriums wird zwischen dem Angebotspreis und Kosten-Wirksamkeits-Ansätzen, wie dem Lebenszyklus-Kostenansatz, differenziert.¹⁷ Ersteres beinhaltet lediglich die Beschaffungskosten im gegenständlichen Beschaffungsverfahren, letzteres die Anschaffungskosten nebst Kosten über einen längeren Betriebszeitraum.

Empfehlung

Grundsatz

Unter Berücksichtigung dessen, dass Sie eine Ihren Bedarf optimal deckende Leistung erhalten wollen, diese vielfach langfristig nutzen und ein Großteil der hiermit verbundenen Kosten erst im Laufe dieser Nutzung anfallen, sollten Sie für die Wertung **grundsätzlich** einen Wirksamkeits-Ansatz wählen (Beschaffungs-, Betriebs-, Unterhalts-, Reparatur- und andere Folgekosten; Lebenszykluskosten). Bei dieser Kostenbetrachtung legen Sie realistische Zeiträume, Mengen und Kennzahlen der Nutzung zugrunde.

Ausnahme

Ausnahme ist die alleinige Berücksichtigung der Beschaffungskosten dann vorzuziehen, wenn homogene Massengüter/standardisierte Gegenstände (z.B. Büroverbrauchsmaterial) beschafft werden oder qualitative Kriterien nicht sinnvoll zu bilden sind.

¹¹ VK Südbayern, 24 – 04/04.

¹² *Wiedemann* in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß VOL/A § 16 Rn. 290.

¹³ BayObLG, Verg 3/04; OLG Naumburg, Verg 11/01.

¹⁴ OLG Düsseldorf – Verg 10/09.

¹⁵ „Preis oder Kosten müssen bei der Angebotsbewertung zwingend berücksichtigt werden.“, Amtl. Begr. Zu § 127 Abs. 1 GWB (Drs. 18/6281, S. 111) (Soweit diese Begründung EU-rechtlichen Vorgaben widerspricht, ist sie im Sinne des EU-Rechts auszulegen).

¹⁶ RL 2014/24/EU Erwägungsgrund Nr. 90.

¹⁷ RL 2014/24/EU Erwägungsgrund Nr. 92.

Qualitative Kriterien

b. qualitative Kriterien

Für zu benennende qualitative Zuschlagskriterien existiert keine abschließende Auflistung.¹⁸ Sie können insbesondere folgende wählen:

Beispiele

- a) Lebensdauer,
- b) Ausführungs- und Lieferfristen,
- c) Marketingkonzept,
- d) Synergieeffekte,
- e) Arbeitssicherheit,
- f) Qualität einschließlich technischer Wert,
- g) Ästhetik,
- h) Zweckmäßigkeit,
- i) Zugänglichkeit,
- j) Design für alle,
- k) soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften,
- l) Kundendienst und technische Hilfe sowie Ausführungsfrist.

Soweit erforderlich sind diese Zuschlagskriterien zur Konkretisierung in Unterkriterien aufzugliedern. Um einen transparenten Wettbewerb sicherzustellen, müssen Sie zudem die Zuschlagskriterien (soweit notwendig durch Unterkriterien) so genau beschreiben, dass diese den Bietern ermöglichen, zu erkennen, ob und in welchem Verhältnis ein „Mehr an Leistung“ Einfluss auf Ihre Bewertung hat.

Weniger strikte Trennung zwischen Eignungsprüfung und Angebotswertung

Früher¹⁹ wurde zwischen Eignungsprüfung und Angebotswertung streng getrennt. Im Rahmen der Wertung durften ausschließlich auftragsbezogene Kriterien berücksichtigt werden. Ein „Mehr an Eignung“ durfte bei der Angebotswertung nicht berücksichtigt werden. Diese klare Trennung wurde aufgegeben. Nunmehr darf auch die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals bei der Wertung des Angebots berücksichtigt werden, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.²⁰

Mindestanforderungen

Verwenden Sie sowohl Kosten- als auch qualitative Kriterien besteht das Risiko, dass Sie ein Angebot allein aufgrund sehr geringer Kosten bezuschlagen müssen, obwohl es qualitativ das „schlechteste“ Angebot ist. Daher sollten Sie in diesen Fällen die für Sie maßgeblichen qualitativen Aspekte der Leistung, die für Sie von besonderer ggf. unverzichtbarer Bedeutung sind, als **Mindestanforderungen** festlegen. In diesem Fall führt eine Unterschreitung der Mindestanforderungen bereits vor Wertung der Angebote zum Ausschluss des Angebots. Die Mindestanforderungen sowie die Folgen einer Unterschreitung sind den Bietern bekanntzumachen. Wenn Sie den Aspekt, der den Mindestanforderungen zu Grunde liegt, gleichzeitig als Zuschlagskriterium festlegen, bewerten Sie die Angebote bei Einhaltung der Mindestanforderungen im Weiteren danach, inwieweit Ihre Mindestanforderungen übertroffen werden.²¹

¹⁸ § 16d Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A; § 43 Abs. 2 UVgO; § 31 Abs. 3 VgV.

¹⁹ Nach der bis zum 18. April 2016 geltenden Rechtslage.

²⁰ § 16d Abs. Abs. 1 Nr. 5 b) VOB/A und VOB/A-EU, § 58 Abs. 2 VgV; § 43 Abs. 2 Nr. 2 UVgO.

²¹ z.B. Kriterium: „Ausführungsfrist“, Mindestanforderung: „Ausführung bis Ende August“, Zuschlagskriterium: „Schnelligkeit der Ausführung“

Zertifizierungen und Gütezeichen

Wollen Sie qualitative Zuschlagskriterien (z. B. soziale oder umweltbezogene Eigenschaften) berücksichtigen, deren Vorliegen durch **Zertifizierungen oder Gütezeichen** belegt werden kann, müssen Sie beachten, dass Sie **nicht pauschal die Vorlage einer Zertifizierung/eines Gütezeichens fordern dürfen, sondern dass die diesen Nachweisen zugrundeliegenden Kriterien**, die sich zudem auf den konkreten Auftragsgegenstand beziehen müssen, anzugeben sind. Sie dürfen auch Zuschlagskriterien wählen, die nicht einen tatsächlichen Bestandteil des Auftragsgegenstands, sondern beispielsweise dessen Herstellungsprozess betreffen. Allerdings **muss sich das Kriterium auf die zu beschaffende Leistung beziehen und darf nicht auf die allgemeine Firmenpolitik des Bieters bezogen sein.**²² Zudem müssen Sie **explizit angeben, dass jedes andere geeignete Beweismittel akzeptiert wird, mit dem der Nachweis der Erfüllung des Zuschlagskriteriums erbracht werden kann.**²³ Die Kriterien müssen **objektiv gefasst und klar verständlich sein und dürfen nicht zu einer Diskriminierung von Bietern führen.**²⁴ Im Ergebnis sind damit an die entsprechenden Vorgaben von Zuschlagskriterien dieselben Anforderungen zu stellen, wie sie für die Spezifikationen im Leistungsverzeichnis gelten.²⁵

Grds. Gewichtung

2. Gewichtung der Zuschlagskriterien

Nachdem Sie die für Ihre konkrete Beschaffung zweckmäßigen Zuschlagskriterien festgelegt haben, müssen Sie entsprechend der Bedeutung der einzelnen Kriterien festlegen, welches Zuschlagskriterium Sie mit welchem Gewicht in der Wertung berücksichtigen wollen (Gewichtung). Nur wenn Sie eine Gewichtung aus „objektiven Gründen“ nicht festlegen können, dürfen Sie die Zuschlagskriterien ausnahmsweise **in absteigender Reihenfolge** werten²⁶ (wohl nur bei außerordentlich komplexen Beschaffungen denkbar (ggf. wettbewerblicher Dialog oder Innovationspartnerschaft)). Als Anhaltspunkt gilt darüber hinaus: Je detaillierter Sie die Leistung beschreiben können und je homogener demzufolge die Angebote der Bieter sind, desto größere Bedeutung erhält der Angebotspreis als wettbewerbsbestimmendes Kriterium.²⁷

Ausn. absteigende Reihenfolge

Gewichtung des Preises

Sie dürfen auch den Preis bei der Angebotswertung nur im bekannt gemachten Umfang berücksichtigen. Ein starres „Mindestgewicht“, welches Sie hierbei berücksichtigen müssten, existiert nicht. Wenn keine Festpreise oder Festkosten vorgegeben werden, muss der Preis jedoch in einem angemessenen Verhältnis zu den übrigen Wertungskriterien stehen.²⁸ Letztlich können Sie auch Festpreise oder Festkosten vorgeben, sodass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien bestimmt wird.²⁹ Gleichwohl kommt dem Kostenkriterium regelmäßig eine besondere Bedeutung im Rahmen der Zuschlagsentscheidung zu, da Sie aufgrund des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit Haushaltsmittel sparsam verwenden müssen. Die tatsächliche Bedeutung des Preises kann jedoch je nach Auftragsgegenstand und vorherrschendem Preiswettbewerb variieren. Bei Leistungen, die verbindlich nach

²² EuGH, C-368/10

²³ EuGH, C-368/10

²⁴ EuGH, C-368/10

²⁵ Vgl. § 34 VgV, § 7a EU Abs. 6 VOB/A, § 7a VOB/A, § 43 Abs. 7 i.V.m. § 24 UVgO; EuGH, C-368/10

²⁶ Art. 67 Abs. 5 Satz 3 RL 2014/24/EU; § 43 Abs. 6 UVgO.

²⁷ Dreher/Motzke in Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 97 Abs. 5 GWB, Rn. 17.

²⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.11.2017 – VII-Verg 16/17.

²⁹ § 43 Abs. 2 3 UVgO, § 58 Abs. 2 Satz 3 VgV; § 16d EU Abs. 2 Nr. 4 VOB/A.

vorgegeben Sätzen abgerechnet werden, müssen Sie Preise ausnahmsweise nicht berücksichtigen (z.B. Buchpreisbindung).

Berechnungsregeln

3. Berechnungsregeln

Durch die Berechnungsregeln bestimmen Sie, nach welchem Maßstab Sie die Angaben der Bieter zu den einzelnen Kriterien und Unterkriterien bewerten wollen und wie Sie diese in Wertungspunkte umrechnen.³⁰ Von dem eingangs unter Ziffer IV beschriebenen zweifachen Auswahlermessungen (hinsichtlich der Auswahl der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung) zu unterscheiden ist demnach der **Beurteilungsspielraum**, den Sie bei der Bewertung der ausgewählten und benannten Zuschlagskriterien haben.

Berechnungsregeln transparent machen, wenn Bieter diese Information benötigen.

Zur Vorbereitung der Angebote müssen Sie die potenziellen Bieter mit den Vergabeunterlagen über das Bestehen und die Tragweite der Zuschlagskriterien informieren.³¹ Um einen transparenten Wettbewerb sicherzustellen, müssen Sie daher die Zuschlagskriterien (soweit notwendig durch Unterkriterien) so genau beschreiben, dass diese den Bietern ermöglichen, zu erkennen, ob und in welchem Verhältnis ein „Mehr an Leistung“ Einfluss auf Ihre Bewertung hat. Die Offenlegung der Berechnungsregeln ist dabei nicht in jedem Fall zwingend notwendig, sondern nur dann, wenn der Bieter diese Information benötigt, um sein Angebot zu optimieren. Dies zu beurteilen obliegt im Einzelfall dem Auftraggeber. Die zSKS empfiehlt zur Herstellung möglichst weitreichender Transparenz sowie einer für den Auftraggeber zielführenden Angebotserstellung bei der Aufnahme von qualitativen Wertungskriterien in der Regel auch die Berechnungsregeln offenzulegen, wenn diese Einfluss auf die qualitative Optimierung des Angebots haben.

Aufstellen der Berechnungsregeln vor der Ausschreibung

Unabhängig von der Frage, ob Sie den Bietern die Berechnungsregeln mitteilen, **müssen** diese jedenfalls intern vorliegen, **bevor** Sie die Angebote öffnen. Keinesfalls dürfen Sie die Berechnungsregeln erst in Kenntnis der Angebote aufstellen. In diesem Falle könnte nicht ausgeschlossen werden, dass die Leistungsbewertung zugunsten oder zulasten einzelner Bieter manipuliert würde. Allerdings sind Sie aufgrund des bestehenden Bewertungsspielraumes auch nicht verpflichtet, ein bis in das letzte Unterkriterium und dessen Gewichtung gestaffeltes Wertungssystem aufzustellen, welches letztlich unpraktikabel wäre. **Die Tiefe der Differenziertheit ist einzelfallabhängig und daran zu orientieren, welche Bedeutung sie für die Angebotserstellung durch den Bieter hat.**

Möglichkeiten der Punktevergabe

a. Wertungspunkte für qualitative Kriterien

Sie können die Berechnungsregeln so aufstellen, dass Sie je Zuschlagskriterium für unterschiedliche Erfüllungsgrade eine unterschiedliche Anzahl von Punkten vergeben.

- ➔ Dies ist zu unterscheiden von den in den Vergabeunterlagen benannten Mindestanforderungen [vgl. S. 5]. Werden Mindestanforderungen unterschritten, ist das Angebot bereits vor der Wertung **zwingend auszuschließen**.

³⁰ OLG Düsseldorf, Verg 10/09.

³¹ EuGH, C 532/06; VK Schleswig-Holstein, VK-SH 26/09.

Orientieren können Sie sich an folgender Punkteskala:

Beispiel: Punkteskala

- a) **0 Punkte** – Das Angebot entspricht nicht den Anforderungen. Schlüssige Erläuterungen zu... (Bezug zu Ausschreibungsunterlagen herstellen)

(Beispiel: zum inhaltlichen und methodischen Vorgehen oder zu den organisatorischen und kommunikativen Prozessen bei der Auftragsdurchführung oder der Darlegung der Organisation, Qualifikation und Erfahrung des einzusetzenden Personals fehlen).

- b) **1 Punkt** – Das Angebot entspricht den Anforderungen mit Einschränkungen. Erläuterungen zu ... (Bezug zu Ausschreibungsunterlagen herstellen) sind vorhanden.

- c) **2 Punkte** – Das Angebot entspricht den Anforderungen. Erläuterungen zu ... (Bezug zu Ausschreibungsunterlagen herstellen) sind vorhanden. Diese werden konkret beschrieben und lassen einen erfolgreichen Abschluss des Projektes erwarten.

- d) **3 Punkte** – Das Angebot ist der Zielerreichung in besonderer Weise dienlich. Die Voraussetzungen für eine Bepunktung mit 2 Punkten sind gegeben. Zusätzlich wird dargestellt, ... (Bezug zu Ausschreibungsunterlagen herstellen)

(Beispiel: wie das Potential der Auswertung weiter ausgeschöpft werden kann um die Zielstellung des Auftraggebers auch für die Zukunft zu fördern z.B. welche Fragestellungen in der Zukunft untersucht werden sollen).

- ➔ Bei der vorgeschlagenen Skala gilt: „Die Vergabe von zwei Punkten bedarf ... jedenfalls im Regelfall keiner besonderen, über die reine Punktebenotung hinausgehenden Erläuterung.“³²

Sie haben als Auftraggeber die Möglichkeit festzulegen, dass ein Angebot, welches für eines der Kriterien 0 Punkte erhält, von der weiteren Wertung ausgeschlossen wird. Machen Sie von dieser Option Gebrauch, ist ein ergänzender Hinweis notwendig: „Wird eines der Kriterien ... (ggf. Bezug zu Ausschreibungsunterlagen herstellen) mit 0 Punkten bewertet, wird das Angebot von der weiteren Wertung ausgeschlossen.“

Eine weitere Ausdifferenzierung der Angebotswertung ist möglich. Sie könnten z.B. eine abgestufte und feiner justierbare Bewertung der Angebote durch die Angabe von Punktespannen oder eine größere Spanne der Skala ermöglichen. Hierdurch könnten Sie Angebote, welche als besonders geeignet erscheinen den Bedarf zu erfüllen, auch entsprechend höher bepunktet. Die Kehrseite der

Punktespanne

Vor- und Nachteile

³² VK Bund, VK 2 - 50 / 19.

Nutzung von Punktespannen ist, dass Sie bei der Angebotswertung einen deutlich **erhöhten Begründungsaufwand** haben, um nachvollziehbar zu erläutern, warum das Angebot an einer bestimmten Position innerhalb einer Punktespanne liegt oder warum bei einer feingliedrigeren Punkteskala z.B. zwischen 0-10 7 oder 8 Punkte vergeben wurden.

Zuschlagskriterium Preis

b. Kostenkriterien (insb. Preis) im Rahmen der Wertung

Beim Preis als Zuschlagskriterium müssen Sie je nach Sachverhalt folgende Besonderheiten berücksichtigen.

aa. Ausschließlich Kostenkriterien als Zuschlagskriterium

Wenn Sie als Zuschlagskriterium nur Kostenkriterien gewählt haben findet **keine Umrechnung** des Preises in Punkte statt. Das Angebot welches den besten Preis bietet, erhält den Zuschlag. Berücksichtigen müssen Sie ferner, ob es sich um einen unangemessenen Preis handelt (s. VII.).

bb. Kostenkriterien und qualitative Kriterien als Zuschlagskriterien

Wenn Sie als Zuschlagskriterien sowohl Kostenkriterien, als auch qualitative Kriterien gewählt haben, muss der Preis, um ihn korrekt zu werten, in Punkte umgerechnet werden. Dabei müssen Sie beachten:

unzulässig

Eine Bewertung des günstigsten Angebots mit höchster und des teuersten Angebots mit niedrigster Punktezahl ist unzulässig, da es jedenfalls bei der Abgabe von nur zwei Angeboten bereits bei geringfügigen Preisdifferenzen zu einer unverhältnismäßigen Punkteverschiebung kommen könnte (Zweitplatziertes Angebot ist 10 € teurer und erhält deswegen 0 statt 3 Punkte).

unzulässig

Eine Punktabstufung nur nach dem Rang des Angebotspreises ist unzulässig, da ansonsten das Kriterium „Preis“ durch das Kriterium "Platzierung/Rangfolge" geändert würde.³³ (Teurere Angebote dürfen nicht unabhängig von der preislichen Differenz zweier Angebote pauschal weniger bepunktet werden; z.B. günstigstes Angebote 3 Punkte, zweitgünstigstes Angebot 2 Punkte, zweitteuerstes Angebot 1 Punkt, teuerstes Angebot 0 Punkte)

Zulässig: lineare Interpolation

- Die Abstufung bei der Bewertung des Preises sollten Sie grundsätzlich im Wege der **linearen Interpolation** vornehmen. Das bedeutet, Sie bewerten das günstigste Angebot mit der vollen Punktezahl und legen im Vorhinein fest, ab dem wie vielfachen Überschreiten (z.B. doppelter Preis oder mehr; 50 % Überschreitung oder mehr; abhängig von zu erwartenden Differenzen zwischen den Angeboten größere bzw. kleinere Marge) des günstigsten Angebotspreises ein fiktives Angebot mit der niedrigsten Punktezahl bewertet wird. Die eingegangenen Angebote bewerten Sie anhand der so vorgegebenen Skala linear absteigend (z.B. günstigstes Angebot 3 Punkte, zweitgünstigstes Angebot z.B. 2,87, teuerstes Angebot z.B. 1,98).

³³ VK Schleswig-Holstein, VK-SH 26/09; VK Thüringen, 250-4003.20-5944/2008-030-J.

- Sie müssen in diesem Fall jedenfalls intern bereits vor Öffnung der Angebote folgende Aspekte festlegen:
- Punktspanne
 - Mindestpunktzahl
 - Ab dem Wievielfachen Überschreiten des günstigsten Angebotspreises, erhält ein Angebot lediglich die Mindestpunktzahl
- In der Regel sollten Sie diese Aspekte den Bietern auch bekanntgeben.

Formel

Formel:

Mit der Formel lässt sich berechnen wie viele Punkte ein Angebot für das Zuschlagskriterium „Preis“ erhält. Der Formel liegt zugrunde, dass ein fiktives Angebot, welches den günstigsten Angebotspreis um 100 % oder mehr überschreitet, mit 0 Punkten bewertet wird. 0 Punkte ist damit zugleich die Mindestpunktzahl.

Erreichte Punktzahl =

$$\left(\frac{(2x \text{ günstigstes Angebot} - \text{zu bewertendes Angebot})}{\text{günstigstes Angebot}} \right) \times \text{maximal erreichbare Punktzahl}^{34}$$

Beispiel zur nachstehenden Matrix:

Angebot 1 (zu bewertendes Angebot): 91.250 €

Angebot 2 (günstigstes Angebot): 73.260 €

Punktespanne: 0-3

Die Mindestpunktzahl erhält ein fiktives Angebot, dessen Angebotspreis den günstigsten Angebotspreis um 100 % oder mehr überschreitet.

$$\left(\frac{(2x \text{ Angebot 2} - \text{Angebot 1})}{\text{Angebot 2}} \right) \times 3 = \text{erreichte Punktzahl}$$

$$\left(\frac{(2x 73.260 - 91.250)}{73.260} \right) \times 3 = \mathbf{2,263}$$

V. Wertungsmatrix

Bereits im Vorfeld haben Sie festgelegt, welches Zuschlagskriterium mit welchem prozentualen Gewicht in Ihre Wertung einfließen soll. Die ermittelten Wertungspunkte der einzelnen Zuschlagskriterien müssen somit in Verhältnis gesetzt werden. Dafür ist das Nutzen einer Wertungsmatrix möglich und sinnvoll.

Beispiel:

Beispiel Wertungsmatrix

Zuschlagskriterium	Gewichtungsfaktor (%)	Max. Punkte	Angebot 1	Angebot 2
Preis	40	3	2,263	3

³⁴ Der Formel liegt folgendes zugrunde: $\left(\frac{(a \times \text{günstigstes Angebot} - \text{zu bewertendes Angebot})}{(a \times \text{günstigstes Angebot} - \text{günstigstes Angebot})} \right) \times \text{maximal erreichbare Punktzahl}$; a= Überschreitungsfaktor z.B. a= 2, wenn ein fiktives Angebot 0 Punkte bekommt, das 2 mal so teuer wie das günstigste Angebot ist,; a=1,5, wenn ein fiktives Angebot 0 Punkte bekommt, das 1,5 mal so teuer wie das günstigste Angebot ist.

Faktor x Punkte		120	90,52	120
Qualität	30	3	2	2
Faktor x Punkte		90	60	60
Konzept	20	3	3	1
Faktor x Punkte		60	60	20
Technische Eigenschaften	10	3	2	1
Faktor x Punkte		30	20	10
Gesamt	100 %	300	230,52	210

Günstigstes nicht
zwangsläufig
wirtschaftlichstes
Angebot

Eine Bewertungsmatrix könnten Sie entsprechend des vorstehenden Musters ausgestalten. Anhand der Bewertungsmatrix können Sie sehen, dass das preisgünstigste Angebot nicht zwangsläufig das wirtschaftlichste Angebot ist. Das Angebot 2 erhält auf den Angebotspreis zwar die höchst mögliche Punktzahl, erreicht insgesamt jedoch gleichwohl eine niedrigere Punktzahl als das Angebot 1.

Beispiel für unzulässige
Bewertung des
Zuschlagskriteriums Preis

*Wären nur die Angebote 1 und 2 eingereicht worden und würde das günstigste Angebot mit voller, das teuerste Angebot hingegen mit 0 Punkten bewertet, hätte hingegen das Angebot 2 den Zuschlag erhalten müssen. Da diese Konsequenz insbesondere dann, wenn zwischen den Angeboten nur geringfügige Preisunterschiede bestehen, nicht gerechtfertigt ist, erfolgt die Punktberechnung hinsichtlich des Preises (und anderer Kostenkriterien) im Wege der **linearen Interpolation** (s.o.).*

VI. Zusammenfassung Wertung

Für die Ermittlung, welches Angebot das wirtschaftlichste ist, müssen Sie insbesondere folgende Aspekte beachten und ggf. entsprechende Festlegungen vornehmen:

- Festlegung der Zuschlagskriterien
 - + ggf. Unterkriterien
 - + ggf. Mindestanforderungen
- Gewichtung
- Berechnungsregeln
 - Wertungspunkte für qualitative Kriterien
 - + ggf. Ausschluss, wenn ein Kriterium mit 0 Punkten bewertet wird
 - Umrechnung des Preises in Punkte (lineare Interpolation)
 - + Punktespanne
 - + Mindestpunktzahl
 - + ab dem Wievielfachen Überschreiten des günstigsten Angebotspreises erhält ein Angebot lediglich die Mindestpunktzahl?
- Wertungsmatrix

Die vorgenannten Aspekte sind im Vergabeverfahren bereits vor der Bekanntmachung bzw. der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots intern

festzulegen. Ggf. sind sie den Bietern aus Gründen der Transparenz auch frühzeitig bekanntzumachen. Vgl. dazu im Detail die vorherigen Ausführungen. Die zSKS empfiehlt zudem die Offenlegung der Berechnungsregeln. Eine solche sollte zumindest dann erfolgen, wenn die Berechnungsregeln Einfluss auf die qualitative Optimierung des Angebots haben.

VII. Prüfung unangemessener Preise

Unangemessene Preise

Auf Angebote mit unangemessen hohen oder niedrigen Preisen dürfen Sie den Zuschlag nicht erteilen.³⁵

Unangemessen niedriger Preis

1. Fallgruppe: unangemessen niedriger Preis

Die Möglichkeit des Ausschlusses von Angeboten mit unangemessen niedrigen Preisen dient Ihrem **Schutz** davor, dass der Auftragnehmer leistungsunfähig wird, schlecht leistet oder Nachforderungen stellt, welche wiederum zu ungerechtfertigten Verteuerungen führen könnten. Die Prüfung, ob ein unangemessen niedriger Preis – und damit ein **zwingender Ausschlussgrund** – vorliegt, nehmen Sie in zwei Prüfungsschritten vor:

Zwei Prüfungsschritte

- Zunächst müssten Sie einen ungewöhnlich niedrigen Preis erkennen (Prüfungsanlass) und wenn dies der Fall ist,
- ein **tatsächliches Missverhältnis** zwischen Preis und Leistung feststellen, dass die **Vertragserfüllung gefährden könnte oder auf wettbewerbswidrigen Praktiken** beruht.

a. Anlass für die Eröffnung der Prüfung unangemessen niedriger Preise³⁶

Ob ein Anlass für die Prüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots vorliegt, beurteilen Sie

- anhand des preislichen Abstands des günstigsten Angebots zum zweitgünstigsten Angebot, ebenso wie aus dem Abstand zwischen Angebotspreis und Ihrer Auftragswertschätzung (jeweils netto) (**Aufgreifschwelle**) oder
- auf Grundlage Ihrer **Erfahrungswerte** bei wettbewerblicher Preisbildung.³⁷

Maßgeblich Endsumme

Bei der Prüfung der ungewöhnlich niedrigen Preise berücksichtigen Sie die

Loswert

Endsumme des Angebots, nicht einzelne Leistungspositionen. Bei der **losweisen Vergabe** bewerten Sie die Höhe des Preises für jedes Los getrennt.

Aufgreifschwelle

aa. Aufgreifschwelle

Die für die Eröffnung der Preisprüfung erforderliche Höhe der Aufgreifschwelle definieren die Vergabesenate der Oberlandesgerichte unterschiedlich. Teilweise

³⁵ § 16d Abs.1 Nr. 1 VOB/A, § 44 UVgO, § 54 VgV.

³⁶ Vgl. zum gesamten Absatz OLG Düsseldorf, Verg 41/13 und OLG Karlsruhe OLG Karlsruhe, 15 Verg 7/14.

³⁷ OLG Karlsruhe, 15 Verg 7/14; OLG München, Verg 12/06.

Kein fester Wert sehen diese einen 20 %-igen Abstand³⁸, teils einen 10 %-igen Abstand³⁹ als erforderlich an (Berechnung der Differenz zum nächsthöheren Angebot, Beispiel: Angebot A: 100.000 €, Angebot B: 70.000 €; Differenz: 30.000 € = 30 % Preisabstand).

Grundsatz Grundsätzlich sollte keine allzu niedrige Aufgreifschwelle angesetzt werden, die dem geforderten Kontrollmaß (einem Missverhältnis zwischen Preis und Leistung) möglicherweise nicht entspricht. Angebote, die das nächstniedrige Angebot oder die Kostenschätzung um lediglich **10 %** unterschreiten, sind in der Regel noch **nicht allein deshalb ungewöhnlich oder unangemessen niedrig** und ein solcher Preisabstand bringt noch **nicht ohne Weiteres ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung** zum Ausdruck. Dies kann dafür sprechen, dass Sie **erst ab einem Preisabstand von 20 %** eine Preisprüfung vornehmen, bei dessen Überschreitung sind Sie entsprechend der Rechtsprechung vieler Oberlandesgerichte in der Regel sogar zu Überprüfung der Preise **verpflichtet**.

Ab 20 % idR Prüfpflicht Einer exakten Festlegung zu Beginn des Verfahrens oder gar einer Bekanntmachung einer Aufgreifschwelle bedarf es **nicht**, da Sie bei der Frage, ob Sie eine Auskömmlichkeitsprüfung vornehmen wollen, einen Ermessensspielraum haben. Dieser wird von den Vergabenachprüfungsinstanzen lediglich insoweit kontrolliert, ob ein, gemäß den Umständen des Einzelfalls, nachvollziehbarer, vertretbarer und nicht willkürlicher Ermittlungsansatz gewählt wurde.⁴⁰

Als Regel gilt:

- 20/20-Regel**
- ➔ Liegt das günstigste Angebot preislich 20 % unter Ihrer Auftragswertschätzung und zugleich 20 % unter dem zweitplatzierten Angebot (20/20-Regel) ist eine Auskömmlichkeitsprüfung unter Nutzung der Formblätter (und/oder der Urkalkulation) durchzuführen (gilt erst ab EUR 50.000,- Netto-Auftragswert).⁴¹
 - ➔ Bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte kann die Vergabestelle auch dann eine Auskömmlichkeitsprüfung durchführen, wenn die 20%-Grenzen nicht erreicht werden.

Berücksichtigung von Erfahrungswerten

bb. Berücksichtigung von Erfahrungswerten wettbewerblicher Preisbildung Unabhängig vom Erreichen der Aufgreifschwelle, also insbesondere bei einem geringeren Preisabstand als 10 % zwischen den beiden günstigsten Angeboten, kann Anlass für eine Preisprüfung auch **jede andere ausreichende Tatsachengrundlage** sein. **Ihnen ist es daher nicht verwehrt, im Einzelfall bei geringeren Abständen als 10-20 % eine Prüfung vorzunehmen, wenn Sie hierfür einen sachlichen und nachvollziehbaren Grund haben.**⁴² Denn die mit der Prüfung verbundene Indizwirkung einer Unauskömmlichkeit und die sich daraus ergebende Darlegungspflicht des Bieters für eine Auskömmlichkeit dürfen Sie

³⁸ OLG Celle, 13 Verg 11/14; OLG Jena, 6 Verg 3/99; OLG Frankfurt am Main, 11 Verg 4/04; OLG Celle, 13 Verg 6/11; OLG Düsseldorf, VII- Verg 77/04; VII- Verg 61/11.

³⁹ OLG München, Verg 12/06; OLG Brandenburg, Verg W 13/10; Verg W 18/10 - wobei zu verzeichnen ist, dass das OLG München, Verg 36/12 - wie das BayObLG wiederum zu einer Aufgreifschwelle von 20 % übergegangen ist).

⁴⁰ OLG Düsseldorf, Verg 41/13.

⁴¹ S. Hinweise zu Formblatt 220HB, <http://fastforms.de/cirali/cfs/eject/gen?MANDANTID=260&FORMID=18145>.

⁴² OLG Düsseldorf, Verg 41/13.

nicht in diskriminierender Weise einfordern. Den Anlass für die Prüfung sollten Sie daher in der Vergabeakte dokumentieren.

Ein Preis ist dann unangemessen, wenn er „von den Erfahrungswerten wettbewerblicher Preisbildung so grob abweicht, dass dies sofort ins Auge fällt“.⁴³

Augenfälligkeit

Die jeweiligen Angebote der Anbieter sollen in der Vergabephase zwar geprüft werden, aber nur in Plausibilitätstiefe.⁴⁴

cc. Aufklärungsverlagen eines anderen Bieters

Aufklärungsverlangen anderer Bieter

Weiterer Anlass für eine Preisprüfung kann die Rüge/der Nachprüfungsantrag eines anderen Unternehmens mit Interesse am Auftrag (meist zweitplatziertes Bieter) sein, welcher eine Verletzung in seinen Rechten schlüssig aufzeigt.⁴⁵ Soll ein nach den Vorgaben der VgV, UVgO oder VOB/A an sich wegen seines zu niedrigen Preises auszuschließendes Angebot den Zuschlag erhalten, geht es in der Sache um eine Auftragserteilung unter Verstoß gegen den allgemeinen Wettbewerbsgrundsatz.⁴⁶ Zur Begründung eines entsprechenden Antrags, genügt, dass der rügende Bieter die Unangemessenheit des Preises indizierende Umstände dargelegt (i.d.R. der Abstand zum nächstgünstigen Angebot (hier 30 %) oder Abweichungen von Erfahrungswerten).⁴⁷ Eine Marktverdrängungsabsicht oder Gefährdung der Auftragsdurchführung muss nicht vorgetragen werden. Da die Rechtsprechung hier zumindest für EU-weite Vergabeverfahren die Vorschrift des § 16 d Abs. 1 Nr. 1 EU VOB/A als bieterschützend ansieht, sind Sie verpflichtet, zumindest anlässlich einer entsprechenden Rüge eines anderen Bieters im Vergabeverfahren eine entsprechende Aufklärung zu betreiben und zu dokumentieren.

b. Ausschluss von Angeboten mit unangemessenen niedrigen Preisen

Erst wenn Sie festgestellt haben, dass ein ungewöhnlich niedriger Preis vorliegt, prüfen Sie, ob dieses Angebot aufgrund von Unangemessenheit auszuschließen ist. Den betreffenden Bieter treffen hierbei **Offenlegungs- und Mitwirkungspflichten**, deren Verletzung mit dem Ausschluss geahndet werden kann.

aa. Auskömmlichkeitsprüfung

Auskömmlichkeitsprüfung

Feststellung eines Missverhältnisses

Ein ungewöhnlich niedriger Angebotspreis für die angebotene Leistung liegt vor, wenn Sie anhand der Kostenkalkulation des Bieters feststellen, dass der Bieter die Ausführung der Leistung nicht allein mittels der Vergütung finanzieren kann. Die Prüfung beinhaltet, dass Sie den Bieter auffordern, Belege zur Überprüfung der Einzelposten des Angebots vorzulegen.⁴⁸ Hierbei können Sie zur Aufklärung von dem/den betreffenden Bieter/n fordern, die Preisblätter⁴⁹ gemäß Vergabehandbuch des Bundes auszufüllen und innerhalb einer von Ihnen vorgegebenen Frist zu übersenden (Formulare 220HB, 221 oder 222 und 223). Bei der Prüfung der Lohnkosten berücksichtigen Sie beispielsweise, ob der Zeitansatz

⁴³ VK Bund, A 12/99 S. 9f.

⁴⁴ VK Niedersachsen, VgK-39/2014.

⁴⁵ BGH, X ZB 7/04.

⁴⁶ § 97 Abs. 4 GWB, § 60 VgV, § 44 UVgO, §§ 16 d, 16d EU VOB/A.

⁴⁷ BGH Az. X ZB 10/16.

⁴⁸ VK Baden-Württemberg, 1 VK 71/09; 1. VK Sachsen, 1/SVK/003-09.

⁴⁹ Formblätter 221, 222 und 223 VHB.

pro Leistungseinheit und die Gesamtstundenzahl den baufachlichen Anforderungen entspricht und ob tarifvertragliche, bzw. gesetzliche Anforderungen eingehalten werden; bei den Stoffpreisen prüfen Sie aufgrund von Erfahrungswerten/verfügbaren statistischen Werten, ob diese üblichen Ansätzen entsprechen; Gemeinkosten einer Baustelle müssen ausreichend sein, um gesetzlich (z. B. Arbeitsschutz, Umweltschutz) sowie technisch und betriebswirtschaftlich notwendige Aufwendungen des Bieters zu decken.

Prüftiefe

- Sie dürfen die Prüfung der Angemessenheit auf die nach den Umständen des Falls auffälligen Aspekte beschränken.⁵⁰
- Die Preisprüfung ist nicht ausreichend, wenn Sie von Ihnen erkannte Unklarheiten der Angebotskalkulation bei einer Vielzahl von gleichartigen aber unterschiedlich bepreisten Positionen nicht ansatzweise nachgehen.⁵¹ (In dem Fall fragte der öffentliche Auftraggeber lediglich 3 von 70 auffälligen Positionen nach.)

Formblätter 221/222 und 223

Bei der Auswertung der vorgelegten Formblätter 221/222 und 223 vergleichen Sie die Einzelansätze und untersuchen diese unter folgenden Gesichtspunkten objekt- und betriebsbezogen daraufhin⁵², 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.

Die Prüfung der Einzelansätze hat sich ferner darauf zu erstrecken, inwieweit sich die Ansätze für die Gerätevorhaltekosten, für allgemeine Geschäfts- und Sonderkosten (einschließlich Einzelwagnisse) im wirtschaftlich vertretbaren Rahmen halten.

Bei Fehlen eines Ansatzes für Wagnis und Gewinn ist keine weitere Aufklärung erforderlich; derartige Angebote bleiben in der Wertung.

Für die Beurteilung sind

- der Preisspiegel,
- Erfahrungswerte aus anderen Vergaben,
- die Auswertung der Formblätter Preisermittlung **221 und 222** und Aufgliederung der Einheitspreise **223** und

⁵⁰ OLG Düsseldorf, Verg 49/18.

⁵¹ OLG Hamburg, 1 Verg 3/19.

⁵² Vgl. Richtlinie zu Formblatt 321 VHB.

- im Bedarfsfalle die Preisermittlung oder andere Auskünfte des Bieters im Rahmen der Aufklärung des Angebotsinhaltes heranzuziehen.

Die Kostenansätze z.B. für Eigenleistung und Nachunternehmerleistungen, Verrechnungslohn, Gesamtstundenzahl und Zuschläge sind bei den Angeboten der engeren Wahl einander gegenüberzustellen.

Wenn der Änderungssatz für Lohnleitklausel von den Erfahrungswerten der Bauverwaltung erheblich abweicht, ist zu prüfen, ob in dem Änderungssatz auch andere als lohn- und gehaltsbezogene Preisanteile enthalten sind.

Weitere Umstände

bb. Weitere Voraussetzungen für einen Ausschluss

Ein ungewöhnlich niedriger Preis kann den Ausschluss des Angebots nur dann rechtfertigen, wenn weitere (nachfolgend beschriebene) Umstände hinzutreten. Entsprechend dem Schutzzweck der Prüfung unangemessener Preise ist ein **automatischer** Ausschluss eines Unterkostenangebots nicht zulässig.⁵³ Hierdurch würde den Bietern beispielsweise die Möglichkeit genommen, nachzuweisen, dass diese Angebote dennoch seriös kalkuliert sind. Auch erhebliche Preisunterschiede zwischen den Angeboten können **wettbewerblich veranlasst** sein (z.B. Akquiseangebote).⁵⁴

Ein Umstand, der einen Ausschluss nach sich ziehen kann, liegt vor, wenn

Gefahr Abbruch Ausführung

i. die (niedrige) Preisgestaltung den Auftragnehmer voraussichtlich in so erhebliche Schwierigkeiten bringen wird, dass er den Auftrag nicht zu Ende ausführen kann, sondern die Ausführung abbrechen muss oder

Wettbewerbswidrige Praktiken

ii. der Bieter einen rein wettbewerbswidrigen Verdrängungswettbewerb gegen andere Marktteilnehmer betreibt.⁵⁵

Zu i.

Sie sind nicht verpflichtet – und auch nicht berechtigt – Bieter vor Verlustgeschäften zu bewahren. Erst wenn die **Gefahr besteht, dass der Bieter nicht in der Lage sein wird, den Auftrag vertragsgerecht zu dem angebotenen Dumpingpreis auszuführen**, müssen Sie das Angebot ausschließen. Entsprechende Fakten, die dies widerlegen könnten, sind wiederum vom Bieter vorzulegen. Im Rahmen der erforderlichen Aufklärung müssen Sie gezielte Nachfragen stellen.⁵⁶

Prognoseentscheidung

Entscheidend ist, ob die Erklärungen des Bieters betriebswirtschaftlich und rechtlich nachvollziehbar sind. Bei der hierzu anzustellenden **Prognoseentscheidung** haben Sie einen Beurteilungsspielraum, der im Nachprüfungsverfahren nur daraufhin überprüfbar ist, ob Ihre vorgenommenen Ermittlungen und die getroffenen Feststellungen auf willkürlichen oder sachwidrigen Erwägungen beruhen.⁵⁷ **Die Darlegungs- und Beweislast für die Widerlegung des bestehenden Anscheins der Unauskömmlichkeit des Angebots**

⁵³ EuGH, C-285 und 286/99, Rs. C-147/06 und 148/06 – zu einem Bauauftrag unterhalb des Schwellenwertes.

⁵⁴ OLG Düsseldorf, VII-Verg 61/11.

⁵⁵ OLG Düsseldorf, Verg 45/11.

⁵⁶ OLG Düsseldorf, VII Verg 41/13.

⁵⁷ OLG Jena, 9 Verg 5/09.

gehen hier auf den Bieter über, nur er ist in der Lage, seine Kalkulation und deren Grundlagen zu erläutern.⁵⁸ Kann der Bieter den Anschein der Unauskömmlichkeit nicht nachvollziehbar entkräften so kommen Sie zu dem Ergebnis, dass der Bieter den Auftrag nicht ordnungsgemäß ausführen kann und wird. Dann schließen Sie das Angebot aus.

Zu ii.

Ein unauskömmlicher Preis ist **wettbewerbswidrig** gebildet, wenn der niedrige Preis in der zielgerichteten **Absicht** abgegeben wird, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen. Nur in diesen und vergleichbaren Fällen besteht eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung darin, dass die am Vergabeverfahren beteiligten Wettbewerber, die die ausgeschriebene Leistung zu angemessenen Preisen anbieten, keine Chance auf den Zuschlag haben.

Unangemessen hoher Preis

2. Fallgruppe: unangemessen hoher Preis

Dieser Fall kommt in der Praxis selten vor; jedoch gelten hier ähnliche Grundsätze wie für die Fälle eines unangemessen niedrigen Preises. Insoweit können Sie **einen unangemessen hohen Preis ebenfalls in der Regel bei einem Preisabstand von 20 % annehmen.**⁵⁹ Dabei ist jedoch zu beachten, dass auch das Angebot mit dem zweithöchsten Preis einen unangemessen hohen Preis aufweisen kann.⁶⁰

Entscheidender **Maßstab für den Preisabstand ist daher Ihre Auftragswertschätzung**, bei der jedoch wiederum zu beachten ist, dass sie zum Zeitpunkt der Prüfung nach wie vor tragfähig sein muss (z. B. sind ggf. wesentliche Preissteigerungen im Zeitraum zwischen Auftragswertschätzung und Angebotsabgabe oder vor Angebotsabgabe erfolgte Änderungen der Vergabeunterlagen (z. B. Mengenmehrungen oder zusätzliche Leistungen) zu berücksichtigen).⁶¹

Ein Angebot mit einem unangemessen hohen Preis müssen Sie ausschließen, da eine Zuschlagserteilung Ihre Pflicht zur wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung (s. § 7 LHO) verletzen würde. Eine vorherige Möglichkeit zur Aufklärung des Angebots durch den Bieter ist regelmäßig nicht erforderlich⁶², da es hier -im Gegensatz zur Fallgruppe der Angebote mit ungewöhnlich niedrigen Preisen- nicht darum geht, nachzuweisen, dass der Auftrag dennoch zu dem angebotenen Preis ausgeführt werden kann und auch nicht auf einer wettbewerbswidrigen Absprache beruht.

Höchstpreise/Festpreise

Sie haben die Möglichkeit, den Preisrahmen nach oben zu begrenzen, indem Sie bereits bei Einleitung des Vergabeverfahrens die **Höchstgrenze des verfügbaren Auftragsbudgets** angeben. Jedoch sollten Sie sich bewusstmachen, dass dies Anbieter dazu verleiten könnte, Angebote knapp unterhalb dieser Höchstgrenze abzugeben. Weiterhin haben Sie die Möglichkeit, **Festpreise** vorzugeben⁶³ und die Zuschlagsentscheidung ausschließlich nach qualitativen Zuschlagskriterien zu treffen. Dieses Vorgehen sollten Sie jedoch nur wählen, wenn Sie die notwendige

⁵⁸ OLG Brandenburg, Verg W 18/10.

⁵⁹ Vgl. *Kappellmann/Messerschmidt*, Kommentar VOB/A, 5. Aufl. 2015, § 16 Rn. 117.

⁶⁰ OLG München, Verg 12/06.

⁶¹ OLG Düsseldorf, VII Verg 8/07.

⁶² Vgl. *Kappellmann/Messerschmidt*, Kommentar VOB/A, 5. Aufl. 2015, § 16, Rn. 118.

⁶³ § 58 Abs. 2 S. 2 VgV, § 16d Abs. 1 Nr. 7 VOB/A, § 16dEU Abs. 2 Nr. 4 VOB/A; § 43 Abs. 2 Satz 3 UVgO.

Marktkenntnis über die Preise der zu beschaffenden Leistungen haben oder ein konkretes (Dritt-)Mittelvolumen bereitsteht, dass Sie auch ausgegeben wollen.