



## UPDATE VERGABERECHT

### KEIN ZUSCHLAG AUF SPEKULATIVES ANGEBOT

**BGH, Urteil vom 19.06.2018 – X ZR 100/16**

Bauunternehmen K nimmt die Stadt B nach dem Ausschluss seines und der Beauftragung eines konkurrierenden Angebots wegen Schadensersatz in Anspruch. Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis. K hatte das preisgünstigste Angebot abgegeben. Er hält dessen Ausschluss für vergaberechtswidrig, während B ihn wegen des Vorliegens einer Mischkalkulation als zwingend bewertet: K habe für den Geräteinsatz auffällig niedrige und für die mit großer Wahrscheinlichkeit erforderliche Bedarfsposition der witterungsbedingten Verlängerung der Vorhaltung des Stützgerüsts im Verhältnis zum Preis für die Grundleistung auffällig teure Preise angeboten. Mit der Revision wendet K sich gegen die vorinstanzlichen Klageabweisungen.

Ohne Erfolg! Zwar verneint der BGH mit Blick auf die niedrigen Preise für den Geräteinsatz das Vorliegen eines Falls des § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (fehlende Angabe der geforderten Preise): Die bisherige Auffassung zur Mischkalkulation, wonach Preispositionen stets mit dem Betrag auszureisen seien, der für die betreffende Position beansprucht werde, sei nach neuem Vergaberecht nicht uneingeschränkt anwendbar. Denn weder das Fehlen eines Preises bei einer unwesentlichen Position, noch die Abgabe von Unterkostenangeboten rechtfertige für sich allein einen Ausschluss. Gleiches gelte, wenn Bieter einzelne Positionen unter ihren Kosten anböten. Der Ausschluss sei im vorliegenden Fall jedoch mit Blick auf das Rücksichtnahmegebot nach § 241 Abs. 2 BGB sowie den Zweck des Vergabewettbewerbs, das wirtschaftlichste Angebot hervorzubringen, gerechtfertigt: K habe unredlich in Erwartung einer Mengenmehrung für die Bedarfsposition deren Preis drastisch erhöht und den daraus resultierenden höheren Gesamtpreis zur Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit im Wege einer Mischkalkulation kompensiert. Hierzu habe er vorzugsweise Positionen, die Mindermengen erwarten ließen, verbilligt. Sein dadurch für die Wertungsrangfolge relevanter Vorteil sei für B mit dem Risiko eines erheblicheren wirtschaftlichen Nachteils bei der Auftragsabrechnung verbunden.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Der BGH rückt von seiner bisherigen Rechtsprechung zur Mischkalkulation zwar ab, wirft jedoch zugleich im Umgang mit erheblichen Preisabweichungen die schwierige Frage auf, wann im Einzelfall die Grenzen der Kalkulationsfreiheit überschritten sind. Bieter müssen sich jedenfalls darauf einrichten, dass sie ihre Kalkulation sachlich begründen müssen. Vergabestellen sollten hingegen durch eindeutige Leistungsbeschreibungen Spekulationsspielräume weitestgehend vermeiden.