

## UPDATE VERGABERECHT

### AUFFÄLLIGE PREISSTRUKTUR ALS AUSSCHLUSSGRUND?

**OLG München, Beschluss vom 17.04.2019 – Verg 13/18**

A schrieb Abbruch- und Entsorgungsleistungen im offenen Verfahren aus. Bieter B gab das preisgünstigste Angebot ab. A vermutete jedoch das Vorliegen einer unzulässigen Mischkalkulation, da das Angebot in zwei Positionen zur Entsorgung schwach kontaminierten Betonbruchs auffällig niedrige Preise enthielt, bei entsprechend auffällig hohen Preisen in korrespondierenden Positionen für die Entsorgung höher belasteten Betonbruchs. Nachdem B im Rahmen der Preisauflärung widersprüchliche Angaben tätigte, die teilweise auch von seinem mit dem Angebot vorgelegten Entsorgungskonzept abwichen, schloss A das Angebot aus. Nachdem B mit seinem hiergegen gerichteten Nachprüfungsantrag obsiegte, legte A sofortige Beschwerde ein. A meint, dass in der Gesamtschau aller seinerseits vorgetragene Aspekte eine Auf- und Abpreisung im Angebot stattgefunden und B die Indizwirkung der Mischkalkulation nicht widerlegt habe.

Mit Erfolg! Das OLG hebt den Beschluss der Vergabekammer auf und bestätigt den Angebotsausschluss wegen fehlender Preisangaben. Zumindest für zwei korrespondierende Entsorgungspositionen habe B das auffällige Preisdelta und den damit indizierten Verdacht einer Mischkalkulation nicht erschüttert. Dies rechtfertige nach der neuesten Rechtsprechung des BGH ([Urteil vom 19.06.2018, X ZR 100/16](#) – vgl. Vergabe Update Oktober 2018) die Annahme, dass das Angebot geforderte Preisangaben nicht enthalte und daher auszuschließen sei. Die von B vorgetragene pauschalen Erklärungen seien nicht geeignet, die vorliegenden konkreten Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Mischkalkulation zu widerlegen.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Die Entscheidung verweist zwar ausdrücklich auf die neueste Entscheidung des BGH zu spekulativen Angeboten, rechtfertigt den Ausschluss bemerkenswerterweise jedoch nicht mit einem Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot nach § 241 Abs. 2 BGB, sondern mit dem Fehlen von Preisangaben, wovon der BGH in der zitierten Entscheidung ausdrücklich Abstand genommen hatte. Es bleibt abzuwarten, wie sich die weitere obergerichtliche Rechtsprechung hierzu verhalten wird. Anhand der umfassenden Begründung der vorliegenden Entscheidung wird die Reichweite der Darlegungslast deutlich, die Bieter in Fällen erheblicher Preisabweichungen trifft. Danach haben nicht die Vergabestellen das Vorliegen des Ausschlussgrundes darzulegen, sondern die Bieter sind gehalten, ihre Kalkulation sachlich konkret zu begründen, um einen durch die Preisabweichung indizierten Verdacht der Preisverlagerung zu entkräften. Dabei kommt es neben der Kongruenz mit im Angebot enthaltenen Angaben auch auf die rechtzeitige Offenlegung aller Aspekte bereits in der Aufklärung an.