

Update Vergaberecht

Bei falscher Kalkulation eines Preises droht Ausschluss

BGH, Urteil vom 13.09.2022 – Az. XIII ZR 9/20

Kommune K schreibt einen Unterschwellenauftrag nach dem 1. Abschnitt der VOB/A 2016 über die Entsorgung von Bodenaushub in 5 Entsorgungsklassen aus. Nach den Vergabeunterlagen muss der Auftragnehmer bei drei Klassen die Deponiegebühren übernehmen, bei zwei weiteren werden sie ihm von K erstattet. Weil bei sämtlichen Angeboten die Preise für die zuletzt genannten Klassen 5- bis 9-fach über dem Baukostenindexpreis lagen, klärte K die Angebote auf und fragte explizit nach, ob die Bieter fälschlich die Deponiegebühren eingepreist hätten. Bestbieter A verneint dies unter Hinweis darauf, dass sein Angebot anderenfalls wegen Abweichung von den Vergabeunterlagen auszuschließen wäre. Bieter B hingegen bestätigt die Einbeziehung der Deponiegebühren. K erteilt ihm daraufhin den Zuschlag, da das Angebot das wirtschaftlichste sei, weil die Deponiegebühren bereits enthalten seien.

A fordert von K den entgangenen Gewinn ein, da er den Zuschlag habe erhalten müssen und erhält vom OLG Recht. Auf die Revision hebt der BGH das Urteil des OLG auf. Voraussetzung für den Ersatzanspruch des A sei, dass dieser den Zuschlag bei Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften hätte erhalten müssen. Insofern sei aber noch nicht geklärt, ob das Angebot von A nicht, wie von K geltend gemacht, hätte ausgeschlossen werden müssen. Die bisherige Antwort des A stelle noch keine zufriedenstellende Aufklärung dar. Unter der Prämisse, dass A gelogen habe und das LV falsch verstanden und die Deponiekosten eingepreist habe, sei das Angebot gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016 auszuschließen, weil das Angebot nicht den geforderten Preis enthalte.

Bedeutung für die Praxis

Für die vergaberechtliche Praxis ist von Interesse, dass der BGH bestätigt, dass es an der vergaberechtlich geforderten korrekten Angabe des Preises fehlt, wenn der Bieter eine Leistungsbeschreibung falsch versteht und in der Folge Leistungen einpreist, die gar nicht zu erbringen sind. Die vom BGH an anderer Stelle hervorgehobene Kalkulationsfreiheit der Bieter findet ihre Grenzen an eindeutigen Kalkulationsvorgaben der Vergabeunterlagen. Der BGH sieht insofern den Bieter in der Verantwortung, seine Kalkulation im Detail offenzulegen.

Bieter, die die Deponiegebühr einkalkuliert hatten, standen bei der Aufklärung vor einem Dilemma: Geben sie dies zu, sind ihre Angebote wegen falschen Preisen auszuschließen. Bestreiten sie dies hingegen wahrheitswidrig und kommt dies heraus, sind sie wegen einer schweren Verfehlung auszuschließen. In der Hoffnung, dass auch kein anderes wertbares Angebot vorliegt, ist die erste Alternative die bessere, weil nach einer Aufhebung eine neue Chance winkt, die ihnen bei einem Ausschluss wegen schwerer Verfehlung vermutlich versagt würde.