

## Update Vergaberecht

### **Unterkostenangebote sind nicht zwangsläufig auszuschließen**

#### **VK Sachsen, Beschluss vom 10.02.2023 – 1/SVK/031-22**

Der öffentliche Auftraggeber A schrieb Planungsleistungen aus. Im Verfahren beteiligten sich die Bieter B und C. A teilte dem unterlegenen B nach Abschluss der Angebotswertung mit, dass er beabsichtige den Zuschlag an C zu erteilen. B meint, dass das Angebot des C als ungewöhnlich niedrig einzustufen sei und dass ein Zuschlag daher nicht in Frage komme. Nach erfolgloser Rüge stellte er einen Nachprüfungsantrag.

Ohne Erfolg! Nach Auffassung der VK Sachsen bewege sich die Entscheidung des A das Angebot des C als auskömmlich zu bewerten und auf dieses den Zuschlag zu erteilen, innerhalb des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums. Die Preisprüfung des Angebots genüge den Anforderungen des § 60 Abs. 1 und 2 VgV. Die Nachprüfungsinstanzen hätten nicht zu bewerten, ob das Angebot des C auskömmlich ist, sondern ob die Entscheidung des A, das Angebot des C als auskömmlich zu bewerten, auf Basis eines zutreffend und hinreichend ermittelten Sachverhaltes und einer gesicherten Erkenntnisgrundlage getroffen wurde und im Ergebnis nachvollziehbar und vertretbar ist. Diese Auskömmlichkeit habe A nachvollziehbar bejaht. Die Aufklärung habe ergeben, dass C keinen „Gewinn- und Risikofaktor“ kalkuliert habe. C befinde sich in einer „wettbewerblichen Sondersituation“. Soweit er nicht bald neue Aufträge öffentlicher Auftraggeber erlange, würde er sich bei den üblichen Referenzanforderungen - mit den in diesem Verfahren vorgelegten Referenzen - nicht mehr erfolgreich um andere Aufträge bewerben können, da sich die Mehrzahl der dem Angebot beigefügten Referenzen der Grenze des anerkannten Referenzzeitraums annähere. Anhaltspunkte dafür, dass C den Auftrag nicht ordentlich erbringen würde, seien auch nicht ersichtlich.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Die Entscheidung zeigt deutlich, dass ungewöhnlich niedrige Angebote nicht zwangsläufig auszuschließen sind. Soweit ein Preisabstand von mehr als 20 Prozent zwischen den Angeboten des erst- und zweitplatzierten Bieters vorliegt, indiziert dies ein ungewöhnlich niedriges Angebot. Auch die vorherige Auftragswertschätzung kann bei der Beurteilung eine Rolle spielen. Liegt ein ungewöhnlich niedriges Angebot vor, muss ein öffentlicher Auftraggeber eine Preisprüfung vornehmen und das Angebot aufklären. Wenn die Preisprüfung ergibt, dass ein Unterkostenangebot vorliegt, stellt dies allein noch keinen Ausschlussgrund dar. Vielmehr muss der Auftraggeber im Rahmen einer Vertragserfüllungsprognose prüfen, ob der Bieter den Auftrag dennoch ordnungsgemäß erbringen kann. Zudem muss der Bieter mit dem Angebot wettbewerbskonforme Ziele verfolgen. Neben der Gewinnung von Referenzen (insbesondere durch „Newcomer“) kann es beispielsweise für Bieter in prekärer Unternehmenslage ein legitimes Interesse darstellen, einen Deckungsbeitrag zu den Gemeinkosten zu erzielen und die eigenen Kapazitäten auszulasten.