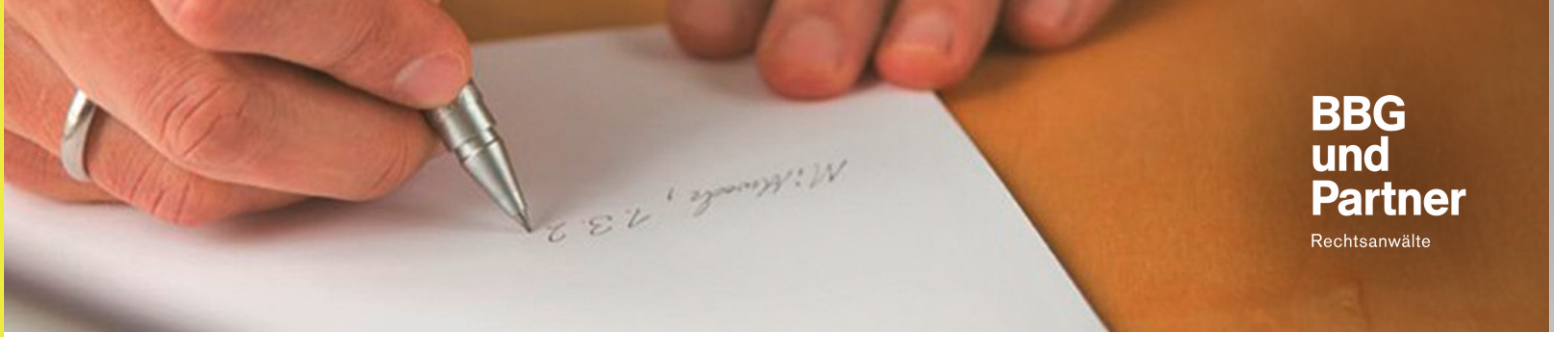

BBG und Partner
Rechtsanwälte

Update Vergaberecht

Kalkulation kann in Gesamtschau unzumutbar sein

BayObLG, Beschluss vom 06.12.2023 – Verg 7/23 e

Auftraggeber A schrieb Planungsleistungen im Verhandlungsverfahren aus. In der Angebotskalkulation waren das Honorar für Grundleistungen sowie ein Stundensatz für Zusatzleistungen anzugeben. Der Stundensatz war durch die Vorgabe eines Maximalstundensatzes gedeckelt. Die Vertragsunterlagen sahen eine Preisanpassungsklausel vor, wonach die Stundensätze frühestens nach Ablauf von fünf Jahren durch A erhöht werden konnten. Bieter B rügte die Höhe der Maximalstundensätze als bereits gegenwärtig nicht mehr angemessen. In Verbindung mit der Anpassungsklausel, einer langen Bindungsdauer an die vertraglichen Konditionen und den weiteren Vorgaben sei eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unmöglich. B ging nach Zurückweisung seines Nachprüfungsantrages durch die Vergabekammer in die nächste Instanz.

Mit Erfolg! Das BayObLG untersagt die Zuschlagserteilung und verpflichtet A, die Vergabeunterlagen in Bezug auf das Preiskriterium zu überarbeiten. Die von A gewählten Vorgaben würden in Kombination dazu führen, dass für alle Bieter eine vernünftige Kalkulation unzumutbar sei. Die Festlegung niedriger Maximalstundensätze verbunden mit der langen Bindungsdauer nehme den Bietern die Möglichkeit, das Bindungsrisiko durch entsprechenden Zuschlag bei der Kalkulation zu berücksichtigen. Wegen des vergaberechtlichen Verbots der Mischkalkulation hätte B die Risiken auch nicht beim Grundhonorar einpreisen können. Das wirtschaftliche Risiko würde hier auch durch die gewählte Preisanpassungsklausel (lange Bindung und einseitiges Anpassungsrecht) nicht ausreichend abgefedert. Damit ging das den Bietern auferlegte Kalkulationsrisiko insgesamt über das Maß hinaus, das ihnen typischerweise obliege.

Bedeutung für die Praxis

Der Beschluss zeigt, dass die Bewertung, ob Bietern unzumutbare Kalkulationsrisiken auferlegt werden, immer einer sorgfältigen Einzelfallbetrachtung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen bedarf. Das Gericht arbeitete dabei deutlich heraus, dass ein Wunsch des Auftraggebers nach Preisstabilität typischerweise nicht ohne entsprechende Risikozuschläge des Auftragnehmers zu erlangen ist. Werden solche Risikozuschläge durch Kalkulationsvorgaben des Auftraggebers untersagt, kann dies zu unzumutbaren Kalkulationsrisiken für die Bieter führen. Auftraggeber sind daher gut beraten, Kalkulationsvorgaben und Vertragsbedingungen in ihrer Gesamtheit so zu gestalten, dass Bieter die Möglichkeit haben, die von ihnen zu tragenden Risiken ausreichend einzupreisen. Bieter hingegen sollten jeweils prüfen, ob sie ihre Risiken angemessen einkalkulieren können oder andernfalls die Risiken durch entsprechende Regelungen ausreichend abgefedert werden.