

Diploma Thesis

The review of the price according to the public procurement law

submitted in satisfaction of the requirements for the degree of
Diplom-Ingenieur
of the TU Wien, Faculty of Civil Engineering

Diplomarbeit

Die Preisprüfung nach dem Bundesvergabegesetz

ausgeführt zum Zwecke der Erlangung des akademischen Grades eines
Diplom-Ingenieurs
eingereicht an der Technischen Universität Wien, Fakultät für Bauingenieurwesen

von

Gernot Anton Strasser, BSc

Matr.Nr.: 01526797

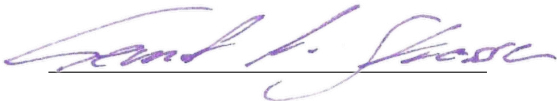
unter der Anleitung von

Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. **Andreas Kropik**

Univ.Ass. Dipl.-Ing. **Theresa Barbara Oswald, BSc**

Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement
Forschungsbereich Bauwirtschaft und Baumanagement
Technische Universität Wien
Karlsplatz 13/234-1, 1040 Wien, Österreich

Wien, am 14. August 2020





Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Diplomarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Geschlechtsspezifische Formulierungen

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Diplomarbeit die gewohnte Sprachform bei personenbezogenen Substantiven und Pronomen verwendet. Dies impliziert jedoch keine Benachteiligung des nicht angeführten Geschlechts, sondern soll im Sinne der sprachlichen Vereinfachung als geschlechtsneutral zu verstehen sein.



Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Diplomarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Kurzfassung

Öffentliche Aufträge sind für den Wirtschaftsstandort Österreich von enormer Bedeutung. Besonders in der Bauwirtschaft stellt die öffentliche Hand einen sehr starken Nachfrager dar. Wie öffentliche Auftraggeber vorzugehen haben, um Leistungen zu vergeben, regelt das Vergaberecht. Ein wesentliches Ziel der gesetzlich geregelten Auftragsvergabe ist eine effiziente Vergabe, sprich die Sicherstellung des effizienten Umganges mit öffentlichen Geldern.

Blickt man auf das Bundesvergabegesetz, so finden sich die ökonomischen Effizienzkriterien bereits in den Grundsätzen wieder. So hat die Auftragsvergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Ein wesentliches Werkzeug, das dem öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung steht um diesen Grundsätzen nachzukommen, ist die Angebotsprüfung. In einem Abschnitt der Angebotsprüfung hat der Auftraggeber eine Prüfung der Preise vorzunehmen, um sicherzustellen, dass die Leistung zu angemessenen Preisen vergeben wird.

Diese Preisprüfung ist ein anspruchsvolles Verfahren, das in der Praxis bei Auftraggeber und Auftragnehmer häufig für Ratlosigkeit sorgt. Dort treffen technische, vor allem aber wirtschaftliche und rechtliche Teilbereiche aufeinander, die es zu berücksichtigen gilt. Erschwert wird die Lage für Auftraggeber und Auftragnehmer dadurch, dass es sich beim Vergaberecht um ein junges Rechtsgebiet handelt und zu den Bestimmungen der Preisprüfung wenig bis keine harmonisierte Rechtssprechung vorliegt.

Im Zuge der vorliegenden Arbeit wurde versucht, aus einschlägiger Literatur und Judikatur ein einheitliches Bild der Preisprüfung wiederzugeben. Widersprüchliche Meinungen von Autoren bzw in der Rechtssprechung wurden hervorgehoben und weiter analysiert. Außerdem wurde untersucht, ob durch die Vorgaben zur Preisprüfung im Bundesvergabegesetz Kalkulationsvorschriften für die Unternehmen gesetzt werden.

Als Ergebnis wurde deutlich, dass bereits auf Ebene der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung mehrere Widersprüche in Literatur und Judikatur vorliegen. Insbesondere aber die Regelungen zur vertieften Angebotsprüfung scheinen die Geister auseinander gehen zu lassen. Auch in Hinblick auf allfällige Kalkulationsvorschriften hat sich gezeigt, dass diese existent sind und von den Bietern grundsätzlich einzuhalten sind, andernfalls riskieren sie es ausgeschrieben zu werden.



Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Diplomarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Abstract

Public contracts are of enormous importance for Austria as a business location. The public sector is a particularly strong customer in the construction industry. Public procurement law regulates how public clients have to proceed in order to award contracts. An essential goal of the regulated award of contracts is efficient awarding, i.e. ensuring the efficient use of public funds.

When we take a look at the Federal Public Procurement Act, the economic efficiency criteria can already be found in the principles. The contract must be awarded to authorized, efficient and reliable entrepreneurs at reasonable prices. An essential step the contracting authority has to take to comply with these principles is the offer review. Within the offer review, the public client has to check the prices to ensure that the contract is awarded at reasonable prices.

The price review is a demanding test that is difficult for the client and contractor in practice. There technical, but above all economic and legal sub-areas meet which have to be taken into account. The situation for clients and contractors is made more difficult by the fact that public procurement law is a relatively new area of law and little or no harmonized jurisprudence exists regarding the provisions of the price review.

In the course of the present work an attempt was made to present a uniform picture of the price check from relevant literature and judicature. Contradicting opinions from authors or in judicature were highlighted and further analyzed. In addition, it was examined whether there are calculation rules set in the public procurement law.

The present thesis has shown that there are already several contradictions in literature and judicature at the level of the general price adequacy test. In particular, however, the regulations for an in-depth review of offers seem to divide the spirits. It has also been shown that calculation rules exist. Entrepreneurs have to follow these rules if they want to be awarded a contract.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | Einleitung | 11 |
| 1.1 | Einführung | 11 |
| 1.2 | Forschungsfragen | 12 |
| 1.3 | Methodenbeschreibung | 12 |
| 1.4 | Ziel der Arbeit | 12 |
| 1.5 | Struktur der Arbeit | 13 |
| 2 | Die Prüfung der Preise nach dem Gesetzestext | 14 |
| 3 | Die Preisprüfung im Überblick | 16 |
| 3.1 | Preisangemessenheit | 16 |
| 3.1.1 | Grundsatzforderung der angemessenen Preise | 16 |
| 3.1.2 | Was ist Preisangemessenheit? | 20 |
| 3.2 | Preise iSd Preisprüfung | 21 |
| 3.3 | Kalkulationsvorschriften im BVergG | 22 |
| 3.4 | Detailgrad der Preisprüfung | 24 |
| 3.5 | Aufgliederung der Preisprüfung | 26 |
| 4 | Allgemeine Preisangemessenheitsprüfung | 28 |
| 4.1 | Preisangemessenheit - Prüfung und Maßstab | 28 |
| 4.2 | Randbedingungen der Preisangemessenheit | 28 |
| 4.3 | Maßstäbe der Preisangemessenheit | 30 |
| 4.3.1 | Maßstäbe der Preisangemessenheit auf Gesamtpreisebene | 33 |
| 4.3.2 | Maßstäbe der Preisangemessenheit auf Einzelpreisebene | 38 |
| 4.4 | Ergebnis der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung § 137 Abs (2) | 41 |
| 4.4.1 | Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis | 41 |
| 4.4.2 | Zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen | 42 |
| 4.4.3 | Zweifel an der Angemessenheit von Preisen | 43 |
| 4.5 | Preisbeurteilung iSd allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung | 44 |
| 4.5.1 | Beurteilung der Gesamtpreisangemessenheit | 44 |
| 4.5.2 | Bandbreite der Gesamtpreisangemessenheit | 49 |
| 4.5.3 | Beurteilung der Einzelpreisangemessenheit | 52 |
| 4.5.4 | Bandbreite der Einzelpreisangemessenheit | 54 |
| 4.6 | Übergang zur vertieften Angebotsprüfung | 57 |
| 5 | Vertiefte Angebotsprüfung | 59 |
| 5.1 | Preisangemessenheit iSd der vertieften Angebotsprüfung | 59 |
| 5.2 | Gegenstand der vertieften Angebotsprüfung | 60 |
| 5.2.1 | Kostenbegriffe | 62 |
| 5.2.2 | Direkt zuordenbare Kosten | 68 |
| 5.2.3 | Nachvollziehbare Aufwands- und Verbrauchsansätze | 77 |
| 5.2.4 | Personalkosten in Hinblick auf die KV nachvollziehbar | 78 |
| 5.2.5 | Preisverhältnis bei Qualitätsunterschieden | 83 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 5.2.6 | Aufgliederung der Preise | 83 |
| 5.3 | Ziel der vertieften Angebotsprüfung | 84 |
| 5.4 | Nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises | 85 |
| 6 | Ergebnisse | 93 |
| 6.1 | Zusammenfassung | 93 |
| 6.2 | Resümee | 99 |
| 6.2.1 | Meinungsverschiedenheiten betreffend der Preisprüfung | 99 |
| 6.2.2 | Abkehr von der Individualität der Kostenrechnung | 100 |

Abkürzungen

| | |
|---------------|---|
| bspw | beispielsweise |
| bzgl | bezüglich |
| bzw | beziehungsweise |
| etc | et cetera |
| hA | herrschender Ansicht |
| hg | höchstgerichtliche |
| iSd | im Sinne der/des |
| lit | litera |
| usw | und so weiter |
| ua | unter anderem, und andere |
| vgl | vergleiche |
| zB | zum Beispiel |
| | |
| Abb | Abbildung |
| Abs | Absatz |
| AG | Auftraggeber |
| AN | Auftragnehmer |
| BVergG | Bundesvergabegesetz |
| E | Entscheidung |
| EBRV | Erläuterungen zur Regierungsvorlage des BVergG 2018 |
| EHP | Einheitspreis |
| FN | Fußnote |
| LB | Leistungsbeschreibung |
| LV | Leistungsverzeichnis |
| MLK | Mittelohnkosten |
| MLP | Mittelohnpreis |
| PP | Pauschalpreis |
| RP | Regiepreis |
| Rsp | Rechtssprechung |
| RZ | Randziffer |
| S | Seite |
| WKO | Wirtschaftskammer Österreich |
| | |
| Z | Ziffer |
| | |
| BVA | Bundesvergabeamt |
| BVwG | Bundesverwaltungsgericht |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| LVwG | Landesverwaltungsgericht |
| OGH | Oberster Gerichtshof |
| VfGH | Verfassungsgerichtshof |
| VGW | Verwaltungsgericht Wien |
| VKS | Verwaltungskontrollsenat |
| VwGH | Verwaltungsgerichtshof |

Kapitel 1

Einleitung

Bevor die Auseinandersetzung mit der Thematik in der Tiefe stattfindet, soll einleitend ein Überblick über die Problemstellung gegeben werden und die Ziele der Arbeit definiert bzw die Struktur der Arbeit beschrieben werden.

1.1 Einführung

Wird der Staate Österreich betrachtet, so obliegen diesem unzählige Aufgaben, um seine Ziele zu erfüllen. Die an ihn gestellten Aufgaben reichen bspw von der Beschaffung täglich benötigter Büroutensilien über die Einrichtung von Netzwerktechnologie bis hin zur Errichtung von Großprojekten in der Bauwirtschaft.

Da der öffentliche Apparat jedoch in seinem Ausmaß beschränkt ist und nur einen gewissen Teil der Aufgaben in Eigenleistung erbringen kann oder will, muss ein Großteil der Aufgaben an außenstehende private Unternehmen vergeben werden. In konkreten Zahlen ausgedrückt, betragen die Ausgaben der öffentlichen Hand für Beschaffungen im Jahr 2015 in etwa 60 Mrd Euro und machten damit einen Anteil von circa 18 % des österreichischen Bruttoinlandsproduktes aus.¹ Wie die öffentliche Hand bei der Vergabe dieses Beschaffungsvolumen vorzugehen hat, regelt zum Großteil das BVerG.

Nach den Grundsätzen des BVerG hat die Auftragsvergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Ein wesentliches Werkzeug, durch das dieser Grundsatz gesichert werden soll, ist die Angebotsprüfung. Im Zuge der vorliegenden Arbeit soll im Detail auf die Prüfung der Angebotspreise eingegangen werden, durch welche eine Vergabe zu angemessenen Preisen gesichert werden soll.

Die Prüfung der Preise stellt eine aus wirtschaftlicher Sicht anspruchsvolle Prüfung dar, die zusätzlich durch eine Fülle von unbestimmten Rechtsbegriffen weiter erschwert wird. Einerseits führen notwendige Auslegungen, die teils nicht eindeutig sind, häufig zu Fehlinterpretationen, andererseits führt Unwissenheit über betriebswirtschaftliche Grundlagen zu Missverständnissen. An dieser Stelle kann bereits vorweggenommen werden, dass auch eine Harmonisierung durch Judikatur bzw den VwGH nur teilweise vorliegt und auch diese oft falsch aufgegriffen wird.

Mit Blick auf die Anzahl und den Umfang der gerichtlichen Prozesse im Rechtsinformationssystem, in denen die Thematik der Preisprüfung behandelt wird, verdeutlicht sich, wie komplex die Materie für Auftraggeber, Auftragnehmer und Judikative ist.

¹ J. Bröthaler, L. Plank; Methodische Grundlagen und empirische Ermittlung des gesamten Beschaffungsvolumens und öffentlicher Auftragsvergaben; S 66.

1.2 Forschungsfragen

Im Zuge der vorliegenden Arbeit soll erstens untersucht werden, ob ein einheitliches Bild der Preisprüfung vorliegt und aufgezeigt werden, ob es innerhalb der Prüfschritte Uneinigkeit in Literatur und Judikatur gibt. Zweitens soll analysiert werden, ob und wie weit das BVergG Kalkulationsvorschriften an die Preisermittlung der Bieter setzt. Konkret soll nach Abschluss der Arbeit eine Antwort auf folgende Fragen gegeben werden:

1. Welches Bild besteht bezüglich des Aufbaus der Preisprüfung?
2. Welche Instrumente können Auftraggeber im Zuge der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung auf Gesamtpreisebene einsetzen, um die Preise zu überprüfen?
3. Wie sind die Instrumente der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung auf Gesamtpreisebene einzusetzen?
4. Welche Instrumente können Auftraggeber im Zuge der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung auf Einzelpreisebene einsetzen, um die Preise zu überprüfen?
5. Wie sind die Instrumente der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung auf Einzelpreisebene einzusetzen?
6. Wo besteht neben den bisherigen Fragen Eindeutigkeit bzw Unklarheit im Zuge der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung?
7. Setzt das BVergG Kalkulationsvorschriften an die Bieter? Wenn ja, wie werden welche Kalkulationsvorschriften gestellt?
8. Wie sind direkt zuordenbare Kosten iSd BVergG zu verstehen?
9. Welche Kosten sind nach dem BVergG mindestens zu decken?
10. Wann führen unplausible Einzelpreise zu einer unplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises?

1.3 Methodenbeschreibung

Die obenstehenden Fragen sollen mithilfe von einschlägiger Literatur und entsprechender Judikatur beantwortet werden. Die für die vorliegende Arbeit verfügbare und ausgewertete Literatur findet sich aufgelistet im Literaturverzeichnis. Die Recherche betreffend Rsp wurde über das Rechtsinformationssystem des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort bzw über die Rechtsdatenbank der MANZ'schen Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH durchgeführt.

1.4 Ziel der Arbeit

Erstes Ziel der Arbeit ist es, einen roten Faden im Ablauf der Preisprüfung zu finden. Existiert ein roter Faden, sprich die Mehrheit in Literatur und Judikatur vertritt eine Meinung, soll dies aufgezeigt werden. Liegen keine einheitlichen Meinungen vor, wird dies verstärkt herausgearbeitet. Nach Abschluss der Arbeit soll es möglich sein, Stellen der Preisprüfung aufzuzeigen, bei denen noch Aufholbedarf hinsichtlich Harmonisierung besteht.

Zweites Ziel der Arbeit ist es, dass die Regelungen zur Preisprüfung auf Kalkulationsvorschriften untersucht werden. So soll nach Beendigung der Arbeit eine Aussage darüber getroffen werden können, ob und wie durch die Festlegungen des BVergG Vorschriften an die Preisgestaltung der Bieter gemacht werden.

1.5 Struktur der Arbeit

Der Aufbau der Arbeit wurde so gewählt, dass anfangs in Kapitel 2 der relevante Gesetzestext zur Preisprüfung zitiert werden soll. Da in den anderen Kapiteln sehr oft Bezug auf den Gesetzestext genommen wird, soll dies der klareren Übersicht dienen.

Anschließend wird in Kapitel 3 der Begriff der Preisangemessenheit aus theoretischer Sicht ergründet. Außerdem wird allgemein auf das Thema der Preisprüfung und deren Inhalt eingegangen. Zusätzlich wird kurz auf allgemeiner Ebene ergründet, ob bestimmte Kalkulationsvorschriften von den Bietern einzuhalten sind.

Danach geht die Arbeit mit starkem Bezug zur Preisprüfung in die Tiefe und der Aufbau folgt dem Gesetzestext des § 137 BVergG 2018: Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung. Dabei wird zuerst in Kapitel 4 die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung und anschließend in Kapitel 5 die vertiefte Angebotsprüfung behandelt. Besonders in Kapitel 5 wird das zweite Ziel der Arbeit, kurzum die allfälligen Kalkulationsvorschriften, im Detail untersucht.

Zum Abschluss werden in Kapitel 6 die oben angeführten Fragen beantwortet und ein Resümee gezogen.

Kapitel 2

Die Prüfung der Preise nach dem Gesetzestext

In diesem Kapitel wird der Gesetzestext aus dem BVerG 2018¹, insbesondere der zweite Unterabschnitt - Prüfung der Angebote und Ausscheiden von Angeboten - verkürzt wiedergeben. Da sich die folgenden Kapitel intensiv mit den hier angeführten Paragraphen auseinandersetzen, soll dies der einfacheren Handhabung dienen.

Zu Beginn wird in den Grundsätzen des BVerG 2018 festgelegt, dass eine Vergabe zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat. Nach § 20 BVerG 2018 gilt:

§ 20. Grundsätze des Vergabeverfahrens

(1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

[...]

Erneut auf Preisangemessenheit hingewiesen wird im Zusammenhang mit der Angebotsprüfung in § 135 BVerG 2018:

§ 135. Vorgehen bei der Prüfung

(1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen:

[...]

4. die Angemessenheit der Preise;

[...]

Einige Zeilen später findet sich in § 137 BVerG 2018 schließlich, wie bei einer Prüfung der Preisangemessenheit vorzugehen ist und wie eine allfällige vertiefte Angebotsprüfung auszusehen hat:

§ 137. Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung

(1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Dabei ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

(2) Der öffentliche Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 3 vertieft prüfen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, oder

¹Bundesvergabegesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 - BVerG 2018); StF: BGBl I Nr 65/2018, idF: BGBl II 91/2019.

2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen, oder
3. nach der Prüfung gemäß Abs. 1 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.
- (3) Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob
1. im Preis von Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind,
 2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen, und
 3. die gemäß § 105 Abs. 2 geforderte oder vom Bieter gemäß § 128 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

Treten bei der Preisangemessenheitsprüfung Mängel auf, muss nach § 138 BVergG 2018 vorgegangen werden:

§ 138. Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

[...]

(5) Stellt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung fest, dass die angebotenen Preise nicht angemessen sind, so hat er vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Der öffentliche Auftraggeber darf das Angebot nur ausscheiden, wenn trotz des Vorbringens des Bieters die Preise für den öffentlichen Auftraggeber nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Er hat das Angebot jedenfalls auszuschneiden, wenn die Prüfung ergibt, dass der Bieter die in § 93 genannten Bestimmungen nicht berücksichtigt hat. Die Prüfung hat unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens des Bieters zu erfolgen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind in die Dokumentation der Prüfung der Angebote aufzunehmen.

[...]

Betreffend dem Ausscheiden von Angeboten ist in § 141 BVergG 2018 folgendes festgelegt:

§ 141. Ausscheiden von Angeboten

(1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

[...]

3. Angebote, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen, oder

[...]

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, oder

[...]

Kapitel 3

Die Preisprüfung im Überblick

Mit „Preisprüfung“ soll ein Überbegriff für § 137 BVerG 2018 geschaffen werden, unter dem die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung § 137 Abs (1) BVerG 2018, die Gründe für eine vertiefte Angebotsprüfung § 137 Abs (2) BVerG 2018 und die vertiefte Angebotsprüfung § 137 Abs (3) BVerG 2018 subsumiert werden.

Im Zuge der Auseinandersetzung mit der Preisprüfung wird man als erstes mit dem Begriff der Preisangemessenheit konfrontiert. So findet sich sehr früh, nämlich bereits in den Grundsätzen des BVerG 2018, die Forderung nach der Vergabe zu angemessenen Preisen. Insbesondere die Preisprüfung stellt das Werkzeug dar, um angemessene Preise zu sichern.¹

3.1 Preisangemessenheit

3.1.1 Grundsatzforderung der angemessenen Preise

Das BVerG 2018 fordert die Auftraggeber zwar zur Vergabe nach angemessenen Preisen auf, macht aber keine konkreten Angaben darüber, wie die Betroffenen angemessenen Preise zu verstehen haben.² 2001 halten Oberndorfer und Schwarz bereits fest³:

Die Antwort, was nun in concreto unter dem Begriff Preisangemessenheit im Sinne der Vergabennormen zu verstehen ist, bleiben sowohl alle Vergabegesetze als auch -normen schuldig.

Da das BVerG 2018 keine klare Aussage über den Begriff der Preisangemessenheit trifft, soll zunächst der Frage nachgegangen werden, warum eine dementsprechende vergaberechtliche Regelung für notwendig erachtet wird.

Der Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen hat seinen Ursprung in der ÖNORM-Tradition⁴ und angemessene Preise sollen Ausdruck der am relevanten Markt bestehenden Verhältnisse sein.⁵ Wohlgemuth hält fest, dass die vergaberechtliche Forderung nach einem angemessenen Preis, vor allem aus volkswirtschaftlichen Überlegungen, das Missverhältnis zwischen Preis und Leistung verhindern soll.⁶

Volkswirtschaftliche Überlegungen deshalb, weil bei einer Vergabe zu Überpreisen unmittelbare Mehrkosten für den Auftraggeber oder bei Unterpreisen ein ruinöser Wettbewerb auf Seiten

¹VwGH 05.11.2010, 2006/04/0245.

²D. Deutschmann, S. Heid; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer; § 137 RZ 1.

³W. Oberndorfer, H. Schwarz; Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen; 2001; in ZVB 5/01; S 149.

⁴B. Elsner; Die vergaberechtliche Angebotsprüfung zur Beurteilung des angemessenen Preises; 2018; in Gallistel/Oswald/Raab/Szkopecz/Wallner; S 145.

⁵M. Holoubek, C. Fuchs, K. Holzinger; Vergaberecht; 2018; S 105.

⁶M. Wohlgemuth; Die vergaberechtliche Preisangemessenheit von Bauleistungen; 2008; in ÖGEBAU; S 504.

der Unternehmer die Folge sind.⁷ Das Konzept der Preisangemessenheit verfolgt nach Fruhmann und Eilmansberger aber primär das Anliegen, zu niedrige Preise zu verhindern.⁸

Dass Überpreise nicht im Sinne einer effizienten Beschaffung stehen, scheint verständlich zu sein. Hinsichtlich der Unterpreise soll aber ausgeholt werden um Verständnis zu gewinnen, warum gerade diese problematisch werden können.

Preislich günstige Angebote sind von Auftraggebern durchaus im Sinne des Kosten-Nutzen-Verhältnis erwünscht. Jedoch muss unterschieden werden, welche Gründe zum entsprechenden Angebotspreis führen. Ein wünschenswerter Faktor für einen niedrigen Angebotspreis wäre beispielsweise niedrige Kosten in der Produktion. Diese könnten sich unter anderem aus innovativen Produktionsmethoden, niedrigeren Lohnkosten oder Skalenvorteilen zusammensetzen. Auch niederpreisige Angebote von Unternehmen, die darauf abzielen Fuß in einem neuem Markt zu fassen, sind im Sinne des Effizienzgedanken durchaus wünschenswert, da neue Marktteilnehmer langfristig den Wettbewerb stärken können.⁹

Problematisch werden niedrige Angebote, wenn sie ineffiziente Ergebnisse nach sich ziehen und den Wettbewerb verfälschen.¹⁰ Die einschlägige Literatur weist darauf hin, dass niederpreisige Angebotspreise nur deshalb ineffiziente Ergebnisse mit sich bringen können, weil es weltweit keinen vollständigen und allumfassenden Vertrag gibt. Es sei unmöglich alle Eventualitäten vorherzusehen und diese in einer Form niederzuschreiben, dass kein Problem bei der Interpretation bliebe.¹¹

Diese Unvollständigkeit in den Verträgen sorgt dafür, dass Platz für strategische Überlegungen von potenziellen Bietern bezüglich einer unerwünschten Angebotspreisgestaltung bleibt. Aber auch Unvollständigkeiten in den Verträgen, die nicht als Grundlage für strategische Überlegungen herangezogen sondern fehlinterpretiert werden, können zu ineffizienten Geschäften führen.¹²

Im Folgenden soll auf Gründe eingegangen werden, die aus Sicht des Auftraggebers einen niedrigen Angebotspreis nicht mehr zum effizientesten machen und den Wettbewerb verfälschen.

a) Fehleinschätzung - Ausfallrisiko

Ein Grund der nicht auf strategischen Überlegungen beruht, ist das Unterschätzen der Auftragskomplexität oder eine fehlerhafte Interpretation der Auftragsbeschreibung oder der Vertragsbestandteile des Bieters. Ein auf dieser Grundlage basierendes niederpreisiges Angebot kann für beide Vertragspartner äußerst problematisch werden. Hat der Bieter im Zuge der Kalkulation die Auftragskomplexität unterschätzt, Risiken nicht erkannt oder Informationen falsch beurteilt, kann es bei der Ausführung bspw zu Liquiditätsproblemen beim Auftragnehmer kommen, die weiter

⁷ W. Oberndorfer, H. Schwarz; Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen; 2001; in ZVB 5/01; S 148.

⁸ T. Eilmansberger, M. Fruhmann; Grundsätze des Vergabeverfahrens; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thiernel; § 20, RZ 55.

⁹ G.S. Ølykke, J.Nyström; Defining Abnormally Low Tenders: A Comparison between Sweden and Denmark; 2017; in Journal of Competition Law & Economics 13/4; S 670.

¹⁰ G.S. Ølykke, J.Nyström; Defining Abnormally Low Tenders: A Comparison between Sweden and Denmark; 2017; in Journal of Competition Law & Economics 13/4; S 670 und G. L. Albano; Competition in Public Procurement Markets; 2017.

¹¹ G.S. Ølykke, J.Nyström; Defining Abnormally Low Tenders: A Comparison between Sweden and Denmark; 2017; in Journal of Competition Law & Economics 13/4; S 670.

¹² G.S. Ølykke, J.Nyström; Defining Abnormally Low Tenders: A Comparison between Sweden and Denmark; 2017; in Journal of Competition Law & Economics 13/4; S 670.

zur Insolvenz bzw zum Ausfall des Unternehmens führen können. Fällt der Auftragnehmer aus, werden die damit entstehenden Kosten für die restliche Projektabwicklung für den Auftraggeber mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass das anfangs wirtschaftlich erscheinende Angebot im Endeffekt eine ineffiziente Verwendung von Geldern war.

b) Verdrängungsstrategie

Wird vom Auftraggeber ein niederpreisiges Angebot angenommen, dass auf die strategische Absicht hin erstellt worden ist, andere Marktteilnehmer zu verdrängen, wird der Auftrag den das Angebot betrifft, voraussichtlich wirtschaftlich positiv für den öffentlichen Auftraggeber enden. Langfristig werden die negativen Folgen für den Auftraggeber jedoch spürbar werden. Sinkt die Anzahl der Marktteilnehmer, weil sie abgeschreckt worden sind oder ohne die Aufträge nicht länger überleben können, werden die Angebotspreise für zeitlich folgende Aufträge unweigerlich steigen, da geringerer Wettbewerbsdruck vorliegt.

c) Mehrkostenforderung

Erkennt ein Bieter, dass die Vertrags- oder Ausschreibungsunterlagen unvollständig sind und wichtige Leistungen die zur Zielerreichung notwendig sind fehlen, besteht die Möglichkeit, dass er ein niederpreisig erscheinendes Angebot erstellt und dieses abgibt. Erhält der betreffende Bieter den Zuschlag, wird er aufgrund seiner strategischen Überlegungen im Zuge der Leistungserbringung die vom Auftraggeber im Vorhinein nicht ausgeschriebenen Leistungen, unter Umständen zu vergleichsweise höheren Preisen erbringen können.¹³ Wird ab diesem Zeitpunkt das Geschäft mit dem Unternehmer für den Auftraggeber ineffizienter, so wird er trotzdem gezwungenermaßen dem beauftragten Auftragnehmer weiter die Aufträge zur betreffenden Leistungserbringung erteilen müssen, da sich die Suche und Beauftragung neuer Unternehmer als sehr zeit- und kostspielig gestaltet und daher noch ineffizienter für den Auftraggeber wäre.

d) Massenumlagen/Massenentfall

Sollte ein Einheitspreisvertrag vorgesehen sein und erkennt ein Bieter, dass im Zuge der Ausschreibungsunterlagen Vordersätze bzw Massen für Leistungen falsch geschätzt wurden, liegt Spekulationspotential in Hinblick auf Massenumlagen vor. Setzt der Bieter niedrige Preise für vorraussichtlich geringer anfallende Positionen und hohe Preise für vorraussichtlich vermehrt anfallende Massen an, so profitiert der Bieter, wenn er sich bzgl der tatsächlichen Massen nicht irrt, zweimal. Erstens wird das abgegebene Angebot sehr konkurrenzfähig oder gar konkurrenzlos sein, da ein niedriger Gesamtpreis vorliegt. Zweitens wird der Bieter, wenn er den Zuschlag erhält, die Positionen, die vermehrt auftreten mit teuren Preisen abrechnen können. Dieser Umstand wirkt sich im Endeffekt dahingehend aus, dass anfangs niedrigpreisige Angebote im Zuge der Ausführung teurer werden und den effizienten Mitteleinsatz beeinträchtigen können.¹⁴

e) Anzahlungen

Liegt ein Auftrag vor, der sich über einen längeren Zeitraum erstreckt, so besteht die Möglichkeit, dass der Bieter Preise von spät anfallenden Leistungen auf zeitlich früher anfallende Leistungen umlegt. Nur wenn eine Verringerung der Bauzinsen damit einhergeht, ergibt sich für den AG kein wirtschaftlicher Nachteil.¹⁵

f) Preisanteilverschiebung

¹³ G.S. Ølykke, J.Nyström; Defining Abnormally Low Tenders: A Comparison between Sweden and Denmark; 2017; in Journal of Competition Law & Economics 13/4; S 672.

¹⁴ W. Oberndorfer, M. Kukacka; Preisbildung & Preisumrechnung von Bauleistungen; 2002; S 92ff.

¹⁵ W. Oberndorfer, M. Kukacka; Preisbildung & Preisumrechnung von Bauleistungen; 2002; S 92ff.

Erkennt der Bieter, bei einem Vertrag der veränderliche Preise vorsieht, dass bestimmte Kostengrundlagen sich stärker erhöhen werden als andere, kann der Bieter Preise auf die stärker ansteigenden Positionen umlegen. Die wirklich anfallenden Kosten für den Auftraggeber werden so erst im Laufe der Leistungserbringung spürbar.¹⁶

g) Verletzung der arbeits-, umwelt- und sozialrechtlichen Bestimmungen
Lässt sich ein Angebotspreis damit erklären, dass rechtswidrig arbeits-, umwelt- und sozialrechtliche Bestimmungen vom Bieter missachtet werden bzw wird Lohn- und Sozialdumping betrieben, entsteht für den öffentlichen Auftraggeber während und nach der Auftragserbringung unmittelbar kein wirtschaftlicher Verlust, jedoch führt dieser Umstand unweigerlich zu volkswirtschaftlichen Schäden. Diese betreffen unter anderem Steuern, Sozialversicherungsbeiträge und Umsatzverlust bei legal operierenden Unternehmen. In Österreich lassen sich im Bereich des Hochbaus negative volkswirtschaftliche Effekte durch Lohn- und Sozialdumping von bis zu 220 Mio EUR im Betrachtungszeitraum 2013 errechnen.¹⁷

Niederpreisige Angebote können also auf positiven und negativen Gründen basieren. Wird vom Auftraggeber beabsichtigt das für ihn tatsächlich effizienteste Angebot auszuwählen, muss er sicherstellen, dass sich das zuschlagsfähige Angebot in preislicher Hinsicht möglichst aus wettbewerbsgerechten Gründen ergibt, wobei wettbewerbsverfälschende Gründe aus Sicht des Autors nie ganz ausgeschlossen werden können, alleine aus der oben angeführten Tatsache, dass Verträge nie vollständig sein können.

Da der öffentliche Auftraggeber im Gegensatz zu privaten Auftraggebern im Zuge des Vergabeverfahrens kein Wahlrecht bzgl der Angebote hat, sondern zufolge dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz in der Regel an das Best- oder Billigstangebot gebunden ist, muss ihm eine Möglichkeit gegeben werden, unterpreisige Angebote die auf unerwünschten Annahmen beruhen, ausfindig zu machen und auszuschneiden. Daher muss zum Schutz des Wirtschaftlichkeitsgrundsatz auch das Gebot zur Vergabe zu angemessenen Preisen einhergehen.

Dahingehend schreiben Deutschmann und Heid, dass angemessene Preise sowohl dem Schutz der einzelnen Unternehmer vor einem ruinösen Preisverfall als auch der Sicherstellung einer (langfristigen) wirtschaftlichen Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber dienen.¹⁸ So auch nach Wohlgemuth, wenn er festhält, dass eine Vergabe zu angemessenen Preisen dem Schutz des freien und lautereren Wettbewerbs dient.¹⁹ Fuchs, Holoubek und Holzinger verweisen ebenfalls darauf, dass durch den Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen der effektive Wettbewerb gesichert werden soll.²⁰ Eilmansberger und Fruhmann sehen in der Preisangemessenheit zusätzlich den Schutz der Bieter vor der Ausübung der Nachfrageübermacht durch öffentliche Auftraggeber sowie vor Verdrängungs- und Spekulationsangeboten anderer Bieter.²¹

Bisher gilt also, dass eine Forderung zur Vergabe zu angemessenen Preisen grundsätzlich dazu

¹⁶ W. Oberndorfer, M. Kukacka; Preisbildung & Preisumrechnung von Bauleistungen; 2002; S 92ff.

¹⁷ C. Hofstadler, N. Katz, M. Loik, N. Pantelic, M. Peterseil; Einfluss von Lohn- und Sozialdumping auf den Wettbewerb in der Bauwirtschaft; 2016; S 18.

¹⁸ D. Deutschmann, S. Heid; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer; § 137 RZ 2.

¹⁹ M. Wohlgemuth; Die vergaberechtliche Preisangemessenheit von Bauleistungen; 2008; in ÖGEBAU; S 507.

²⁰ M. Holoubek, C. Fuchs, K. Holzinger; Vergaberecht; 2018; S 105.

²¹ T. Eilmansberger, M. Fruhmann; Grundsätze des Vergabeverfahrens; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thiernel; § 20 RZ 55.

dient, den durch das Vergabeverfahren simulierten Wettbewerb zu sichern und eine nachhaltige wirtschaftliche Beschaffung zu gewährleisten. Als nächstes soll der Frage nachgegangen werden, was ein angemessener Preis eigentlich ist.

3.1.2 Was ist Preisangemessenheit?

Da das BVergG 2018 zwar angemessene Preise verlangt, aber keine Definition dafür liefert, sollen theoretische Überlegungen aus der Literatur wiedergegeben werden, in denen versucht wird angemessene Preise zu beschreiben.

Wie bereits erwähnt, soll nach Holoubek, Fuchs und Holzinger der angemessene Preis Ausdruck der am relevanten Markt bestehenden Verhältnisse sein. Solange das Verhältnis zwischen Preis und Leistung nicht ungewöhnlich ist, ist von der Angemessenheit des Preises auszugehen.²²

Nach Gölles kann ein ungewöhnliches Missverhältnis aber weder mit einem generellen Prozentsatz noch mit einer generellen Bandbreite determiniert werden, muss also jeweils nach den konkreten Umständen des Einzelfalles in Relation zum Marktpreis (marktüblichen Preisen) beurteilt werden.²³

Wolkerstorfer führt zur Preisangemessenheit aus, dass der angemessene Baupreis gerade ein Marktpreis ist, der durch die Regeln von Angebot und Nachfrage am Markt entsteht.²⁴

Kropik schreibt, dass sich in einer freien Marktwirtschaft der Preis im Wettbewerb bildet und ein angemessener Preis nicht als exakter Wert festlegbar ist.²⁵

Auch die Rechtsprechung des Höchstgerichts die zu angemessenen Preisen ergangen ist, scheint sich am Marktpreis zu orientieren. So heißt es in einer Entscheidung des VwGH:

E: Das BVergG 2006 konkretisiert nämlich nicht, was unter einem angemessenen Preis zu verstehen ist. In einer freien Marktwirtschaft bildet sich der Preis im Wettbewerb, exakte Werte sind nicht festlegbar. Vielmehr ist dessen betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit aus sachverständiger Sicht zu ermitteln (vgl. hierzu auch Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar2, Rz 2 zu § 268, und Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht3, 548 f, Rz 1415). (VwGH 25.1.2011, 2008/04/0082)

Zusammenfassend kann also auf die Frage, was denn die Preisangemessenheit tatsächlich ist, keine klare Antwort gegeben werden. Bisher Wiedergegebenes zur Preisangemessenheit zeigt aber, dass mehr oder weniger feststeht, dass der angemessene Preis ein Ergebnis des Marktes und des Wettbewerbs ist und dem Marktpreis sehr nahe steht. Als exakter Wert ist er nicht festlegbar. Durch den angemessenen Preis wiederum, soll der simulierte Wettbewerb abgesichert werden und eine nachhaltige wirtschaftliche Beschaffung gewährleistet werden.

Tiefer soll auf die theoretische Preisangemessenheit nicht mehr eingegangen werden. Der mehr

²² M. Holoubek, C. Fuchs, K. Holzinger; Vergaberecht; 2018; S 105.

²³ H. Gölles; Judikaturüberblick zum „angemessenen, plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis, dessen Verhältnis zur Leistung nicht ungewöhnlich (niedrig) ist“; 2002; in ZVB 49/02.

²⁴ H. Wolkerstorfer; 2001; in bau-intern 10/01; S 21.

²⁵ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 2.

oder weniger unbestimmte Begriff der Preisangemessenheit sorgt zwar immer wieder für Diskussionen unter all den Betroffenen, die fehlende konkrete Definition scheint in der Praxis aber weder die Unternehmer in der Angebotserstellung zu hindern noch die Auftraggeber bei der Angebotsprüfung zu stören. Auch die Judikative scheint nicht davor abgeschreckt zu sein diesbezüglich Entscheidungen zu fällen.

3.2 Preise iSd Preisprüfung

Grundsätzlich gilt, dass es dem Auftraggeber obliegt, die Angemessenheit der Preise zu überprüfen.²⁶ Das BVergG 2018 schränkt nicht ein, welche Preise auf Angemessenheit zu prüfen sind. Zunächst gilt es zu überlegen, welche Preise und welche Aufteilung der Preise in den Angeboten überhaupt vorhanden sein können. Dabei hilft § 29 und § 103 BVergG 2018.

Als Preise werden in § 29 BVergG 2018 Einheitspreise, Pauschalpreise und Regiepreise aufgezählt, zu denen auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen ist. Angeboten werden können diese Preise laut § 29 BVergG 2018 im Preisangebotsverfahren oder im Preisauf- bzw Preisabschlagsverfahren. Die Aufteilung der Preise ist abhängig davon, welche Leistungsbeschreibung zufolge § 103 BVergG 2018 der Auftraggeber vorsieht. Ist eine konstruktive Leistungsbeschreibung nach § 105 BVergG 2018 vorgesehen, muss bei umfangreicheren Leistungen ein Leistungsverzeichnis vom Auftraggeber mit einzelnen Positionen erstellt werden. Bei der funktionalen Leistungsbeschreibung nach § 128 BVergG wird vom Bieter ein dementsprechendes Leistungsverzeichnis erstellt werden, in dem Teilpreise zu finden sind.

Der Auftraggeber kann bzgl prüfbarer Preise in den Angeboten also entweder Gesamtpreise oder Einzelpreise vorfinden, die als Pauschalpreise, Einheitspreise oder Regiepreise angeboten sein können. Bestätigt wird dies, wenn auf § 137 Abs (3) Z 2 BVergG 2018 geblickt wird, worin gerade auf diese Art von Einzelpreisen verwiesen wird.

Deutschmann und Heid halten fest, dass Preise in einzelnen Positionen in Hinblick auf Preisangemessenheit zu überprüfen sind und die Prüfmöglichkeit nicht auf wesentliche Positionen beschränkt ist.²⁷

Auch aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage geht hervor, dass nach dem System der Vergaberichtlinien und des BVergG 2018 die Prüfung der Preisangemessenheit im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich stattzufinden hat und keine Einschränkung der Prüfmöglichkeit des Auftraggebers auf sogenannte wesentliche Positionen besteht. Dabei wird auf Rechtssprechung des EuGH verwiesen.²⁸

Bzgl prüfbarer Preise zeigt sich, dass bei Angeboten die Preisprüfung sowohl Gesamtpreis, als auch Einzelpreise (Einheitspreise, Pauschalpreise, Regiepreise) umfassen kann. Eine allfällige Kennzeichnung der Position als wesentlich ist unbeachtlich. Ob und wann durch allfällige Einzelpreise ein Ausscheidensgrund verwirklicht wird, soll in Kapitel Kapitel 5.4 erörtert werden.

Hinsichtlich der wesentlichen Positionen ist es aus Sicht des Autors verwunderlich, dass diese noch

²⁶Vgl ua VwGH 5.11.2010, 2006/04/0245; 1.2.2017, Ra 2016/04/0054; 16.5.2018, Ra 2017/04/0152.

²⁷D. Deutschmann, S. Heid; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer; § 137 RZ 3 und 15.

²⁸Erläuterungen zur Regierungsvorlage des BVergG 2018; 69 BlgNR 26; S 153; mit Verweis auf EuGH Rs C-568/13, Data Medical Services.

im Gesetzestext und den Erläuterungen zum BVerG 2018²⁹ zur Preisprüfung erwähnt werden. Wurde in § 79 Abs (4) BVerG 2006³⁰ noch vorgesehen, dass der Auftraggeber wesentliche Positionen in der Ausschreibung festlegen kann, findet sich im BVerG 2018 keine solche Bestimmung mehr und auch aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage geht keine weitere Information über wesentliche Positionen hervor. Wenn nun im BVerG 2018 Regelungen für eine Preisprüfung von wesentlichen Positionen getroffen werden, aber keine konkreten Angaben darüber gemacht werden, wie diese Positionen zu verstehen sind bzw festgelegt werden, sorgt die explizite Erwähnung in der Preisprüfung für unnötige Verwirrung. Für die weitere Diskussion wird an dieser Stelle ebenfalls auf Kapitel 5.4 verwiesen.

Bevor die Auseinandersetzung mit der Preisprüfung beginnt, soll zunächst noch der Frage nachgegangen werden, ob das BVerG 2018 ein gewisses Schema für Unternehmen vorgibt, wie Preise zu ermitteln sind bzw ob gewisse Kalkulationsvorschriften von den Bietern einzuhalten sind.

3.3 Kalkulationsvorschriften im BVerG

Öhler und Schramm geben zum BVerG 2006 zu verstehen, dass grundsätzlich keine detaillierten Regelungen für die Kalkulation von Angebotspreisen vorgesehen sind.³¹

Auch Wohlgemuth schreibt, dass die Preisbildung prinzipiell dem Bieter überlassen ist. In der Preisbildung wird der Bieter erst dadurch beschränkt, dass er sich an die Regelungen der vertieften Angebotsprüfung halten muss, um nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden zu werden. Weiter führt er an, dass durch die Verbindlicherklärung einer Kalkulationsnorm³² der Bieter in seiner Kalkulationsfreiheit eingeschränkt werden kann.³³

Gleichermaßen sieht Gölles indirekte Preisbildungsvorschriften in den Regelungen betreffend der vertieften Angebotsprüfung. Diese sind von den Bietern einzuhalten, andersfalls müssen sie ausgeschieden werden.³⁴

Hofstadler schreibt, dass es den Bietern grundsätzlich freisteht, wie ihr Angebotspreis gestaltet ist. Unterschiedliche Leistungswerte oder Einschätzungen zur Produktivität oder der Einsatz innovativer Bauverfahren können unter anderem dafür sorgen, dass Kalkulationsansätze individuell sind. Allfällige Preisgestaltungsvorschriften scheint aber auch er zu sehen, wenn er festhält, dass den Intentionen des BVerG zu folgen ist und die Gesamtpreiszusammensetzung jedenfalls plausibel sein muss. Weiter geht auch er davon aus, dass iSd vertieften Angebotsprüfung bestimmte Kostenanteile in den dafür vorgesehenen Positionen einzukalkulieren sind.³⁵ Ergänzend hebt er weiter hervor, dass freie Kalkulationsannahmen, die die Bieter zu treffen haben, dafür verantwortlich sind, dass angebotene Einheitspreise unvergleichbarer werden und nachteilig für eine systematische Auftragsvergabe sind.³⁶

²⁹Erläuterungen zur Regierungsvorlage des BVerG 2018; 69 BlgNR 26; S 153.

³⁰BVerG 2006, StF: BGBl. I Nr. 17/2006; idF BGBl. I Nr. 7/2016.

³¹M. Öhler, J. Schramm; Ausscheiden von Angeboten; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 129 RZ 32 FN 53.

³²IdR wird bei Bauaufträgen die ÖNORM B2061 vereinbart.

³³M. Wohlgemuth; Die vergaberechtliche Preisangemessenheit von Bauleistungen; 2008; in ÖGEBAU; S 503.

³⁴H. Gölles; Vorgehen bei der Prüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 123 RZ 11.

³⁵C. Hofstadler; Vertiefte Angebotsprüfung - Einheitspreisvertrag (Teil I); 2017; in ZVB 5/17; S 5f.

³⁶C. Hofstadler; Vertiefte Angebotsprüfung - Einheitspreisvertrag (Teil I); 2017; in ZVB 5/17; S 15.

Kropik geht grundsätzlich davon aus, dass der Individualität der Kostenrechnung keine Grenzen gesetzt sind.³⁷ In den Regelungen des BVergG 2006 betreffend der vertieften Angebotsprüfung sieht er aber Kalkulationsvorschriften für Bieter. So erkennt er im Prüfmaßstab der vertieften Angebotsprüfung Vorgaben für Angebotsgestaltung, insbesondere für die Kalkulation und die Preisbildung.³⁸

Ein Auszug aus ergangener Rsp zeigt:

E0: Ziel der vertieften Angebotsprüfung ist die Beurteilung der Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit. (VwGH 16.05.2018, Ra 2017/04/0152)

E1: Der Auftraggeber hat bei der vertieften Angebotsprüfung unter Berücksichtigung der ihm zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen, wobei im Einzelnen die in § 125 Abs 4 Z 1 bis 3 BVergG 2006 (Vgl § 137 Abs 3 Z 1 bis 3 BVergG 2018) genannten Kriterien maßgeblich sind. (VwGH 15.09.2004, 2004/04/0032; 05.11.2010, 2006/04/0245; 20.01.2016, Ra 2015/04/0091; 21.12.2016, Ra 2016/04/0132)

E2: Richtschnur für den Bieter ist es, die Preise sachkundig, nach den Regeln der Betriebswirtschaft zu ermitteln. Ob der Bieter tatsächlich zu betriebswirtschaftlich sachgerecht ermittelten Preisen anbietet, bleibt allerdings im Rahmen seiner Angebotsstrategie ihm überlassen. (BVA 06.11.2006, N/0079-BVA/11/2006-18)

E3: Ganz allgemein ist die Kalkulation auch der sonstigen Kostenbestandteile des Angebots Sache des jeweiligen Bieters. (BVA 02.10.2001, N-80/01-19)

E4: Angebote unterliegen der freien Preisbildung. (UVS OÖ 21.04.2005, VwSen-550206/17/Kl/Pe)

E5: Die ÖNORM B 2061 gilt nicht aus sich heraus (st Rspr zB OGH 29.10.1969, 5 Ob 278/69). Als ÖNORM muss sie bei Vergabeverfahren von der Auftraggeberin ausdrücklich als anwendbar erklärt werden. (BVwG 06.06.2016, W131 2124054-2)

Mit Blick auf bisher angeführte Literatur und Judikatur, scheint festzustehen, dass das BVergG 2006 bzw 2018 keine direkten Preisbildungsvorschriften vornimmt. Erst durch die Regelung zur vertieften Angebotsprüfung kommen indirekte Festlegungen für die Preisgestaltung des Bieters ins Spiel. Bieter die den Zuschlag erhalten wollen, müssen sich bei der Kalkulation an den Prüfungsmaßstab halten, um nicht ausgeschieden zu werden.

Bei Betrachtung der VwGH Entscheidungen (E0, E1) und mit Blick auf den Gesetzestext zeigt sich, dass Kalkulationsvorschriften insbesondere darin bestehen, dass Positionspreise alle direkt zuordenbaren Kosten beinhalten müssen und die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie Personalkosten in den Preisen nachvollziehbar sein müssen. Weiter muss der Einheitspreis für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten werden, als für geringerwertige Leistungen und die Aufgliederung der Preise (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar sein. Sprich die Preisgestaltung hat den Prüfungsmaßstäben der vertieften Angebotsprüfung gerecht zu werden. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit diesen Anforderungen findet in Kapitel 5

³⁷ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel; § 125 RZ 41.

³⁸ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 10.

statt.

Interessant ist, dass das BVA (E2) darauf verweist, dass es iSd Preisprüfung essentiell ist, ob der Preis nach betriebswirtschaftlichen Regeln ermittelt wurde. Wie in einem späteren Kapitel diskutiert wird, kennt die Betriebswirtschaft den Begriff der „direkt zuordenbaren Kosten“, so wie er sich aus dem BVergG 2018 auslegen lässt, nicht. Dieser Rsp des BVA sollte daher nicht leichtfertig gefolgt werden, da nach den Prüfmaßstäben der vertieften Angebotsprüfung gerade die „direkt zuordenbare Kosten“ in den Preisen enthalten sein müssen (siehe Kapitel 5.2.2).

Die anderen erstinstanzlichen Erkenntnisse sollten auch nicht unkommentiert bleiben. Mit Blick auf weitere Rsp des BVA (E3), können Bieter zwar allgemein Kostenbestandteile zuordnen wie sie wollen, werden aber ihre Kalkulation nicht ohne weiteres willkürlich gestalten, sondern die Kalkulationsvorschriften beachten müssen, wenn sie kein Ausscheiden riskieren möchten.

Weiter ist auch zu hinterfragen, ob Angebote tatsächlich einer freien Preisgestaltung unterliegen (E4). Prinzipiell hängen Kosten zwar nicht zwingend mit Preisen zusammen, aber durch das BVergG scheint ein zwingender Zusammenhang hergestellt zu werden. Die unternehmerische Geschäftsführung wird demnach bei der Preisfestsetzung für öffentliche Aufträge darauf achten müssen, dass zu mindestens die geforderten Kostenbestandteile in den jeweiligen Preisen enthalten sind.

Nach der Judikatur (E5) und erwähnter Literatur können für das Vergabeverfahren, abgesehen von den indirekten Preisbildungsvorschriften des BVergG, weitere Kalkulationsnormen vereinbart werden, wie bspw die ÖNORM B2061:1999³⁹. Bei einer eventuellen Bindung an die ÖNORM B2061:1999, sollte aber nicht außer Acht gelassen werden, dass in den darin abgefassten Vorbemerkungen ausgeführt wird, dass es sich bei den präsentierten Kalkulationsvorschriften lediglich um ein Kostenzuordnungsschema handelt, an das sich Bieter halten *können*.⁴⁰ Außerdem scheint es zwischen der Preisermittlung nach der ÖNORM B2061 und dem BVergG Unterschiede zu geben, die eine Preisprüfung erschweren (siehe Kapitel 5.2.2).

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass nach herrschender Ansicht das BVergG durch die Regelungen zur vertieften Angebotsprüfung indirekte Kalkulationsvorschriften setzt. Wie diese im Detail aussehen und ob es weitere Kalkulationsvorschriften gibt, wird in Kapitel 5 weiter analysiert.

3.4 Detailgrad der Preisprüfung

Die Preisprüfung ist ein zeitlich und fachlich anspruchsvolles Prozedere.⁴¹ Nach § 134 BVergG 2018 ist die Angebotsprüfung nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen dafür erfüllen. Im Sinne des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und des Effizienzgedankens wird es bei Projekten mit geringer Auftragswertsumme nicht angebracht sein, aufwändige Preisprüfungen zu betreiben,⁴² da auch die Verfahrenskosten für das Vergabeverfahren in einem wirtschaftlichen Rahmen gehalten werden müssen.

Mit Blick auf die Genauigkeit von Preisprüfungen soll ein detaillierterer Ansatz für eine möglichen

³⁹ÖNORM B2061, 1999-09-01: Preisermittlung für Bauleistungen.

⁴⁰ÖNORM B2061, 1999-09-01: Preisermittlung für Bauleistungen; S 3.

⁴¹A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel; § 125 RZ 1.

⁴²A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 6.

Prüfverlauf von Hofstadler erwähnt werden. Er bezieht sich auf Bewehrungsarbeiten und führt vor, wie für die vertiefte Angebotsprüfung durch probabilistische Methoden eine Untergrenze von plausiblen Preisen gefunden werden kann. Diese probabilistisch ermittelten Vergleichswerte würden repräsentativ sein und eine darauf basierende vertiefte Angebotsprüfung wäre rechtlich haltbar.⁴³

Anders hält Opperl hingegen fest, dass die Anforderungen an eine Preisprüfung nicht überspannt werden sollten. Dem AG steht es aber frei so genau zu prüfen wie er möchte.⁴⁴

Mit Augenmerk auf den notwendigen Detailgrad der Preisprüfung geht aus rechtlichen Entscheidungen hervor:

E6: Die Richtlinien sehen nicht vor, dass jeder Preis in jedem Angebot zu überprüfen ist. Der AG hat aber allgemein die Seriosität und Verlässlichkeit der ihm zweifelhaft erscheinenden Angebote zu prüfen und gegebenenfalls Aufklärung zu verlangen. (EuGH 25.02.2003, T-4/01, Renco/Rat)⁴⁵

E7: Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG 2006 ist es Aufgabe des Auftraggebers, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen. (...) Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. (VwGH 17.09.2014, 2012/04/0016; uvm)

E8: Die vertiefte Angebotsprüfung hat so detailliert und umfangreich zu sein, dass eine ausreichend begründete Schlussfolgerung, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann, möglich ist. (LVwG NÖ 17.01.2018, LVwG-VG-14/002-2017)

E9: Mit anderen Worten hat die Vergabekontrollbehörde eine Grobprüfung der Plausibilität der Preisgestaltung vorzunehmen, nicht jedoch die gesamte Kalkulation zu überprüfen. (LVwG OÖ 13.10.2017 LVwG-840142/39/Kl, LVwG-840144/19/Kl)

E10: Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. (VwGH 14.09.2005, 2003/04/0143-6 - Ablehnungsbeschluss)

E11: Bei der Übertragung der Angebotsprüfung ist auf keine „einheitliche“ Fachkompetenz, sondern den für das jeweilige Prüfungsthema erforderlichen Sachverstand abzustellen (VwGH 12.09.2013, 2010/04/0149-8 - Ablehnungsbeschluss)

Die Ausführungen der Judikatur zeigen, dass es sich bei der gesamten Preisprüfung um eine Plausibilitätsprüfung handelt. Die Seriosität des Bieters und die Verlässlichkeit und der Leistungserbringung scheinen im Mittelpunkt zu stehen (E6 - E9).

Aus Sicht des Verfassers schießt eine probabilistische Methode zur Vergleichswertermittlung über

⁴³ C. Hofstadler; Vertiefte Angebotsprüfung - Einheitspreisvertrag (Teil II); 2017; in ZVB 7-8/17.

⁴⁴ A. Opperl; Preisangemessenheitsprüfung; 2013; in ZVB 6/13; S 262.

⁴⁵ Rindler; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2010; in Gast; § 125 RZ 20.

dieses Ziel hinaus. Im Sinne des Effizienzgedankens sollte der Aufwand für die Preisprüfung auf das Wesentlichste und rechtlich Notwendigste beschränkt werden. Probabilistische Methoden würden erst bei mehr oder weniger gleichbleibenden Leistungen mit konstanten Randbedingungen wirtschaftlich durchführbar sein. Bei ständig wechselnden Randbedingungen wird die Kalibrierung des statistischen Modells mit viel Aufwand und damit Verfahrenskosten verbunden sein. Außerdem wäre zu hinterfragen, ob eine Monte-Carlo Simulation vereinbar mit der Rsp des EuGH⁴⁶ wäre, die grundsätzlich kritisch gegenüber rein mathematischen Ausschlusskriterien eingestellt ist.

Jedenfalls angebracht wird es sein, bei der Preisprüfung Fachpersonal mit umfangreicher Expertise einzusetzen (E10, E11). Gerade dann, wenn die Prüfung als effiziente Plausibilitätsprüfung gesehen werden soll, muss sachverständiges Personal eingesetzt werden, um überhaupt zu erkennen wo detailliert und wo pauschaler zu prüfen ist. Insbesondere wird das mit der Prüfung betraute Personal neben Kenntnissen über technische Prozesse im jeweiligen Fachgebiet, vor allem betriebswirtschaftliche Kenntnisse (besonders über die Kosten- und Preisermittlungsgrundlagen) besitzen müssen. Daneben werden auch arbeitsrechtliche Kenntnisse (besonders über Kollektivverträge) eine Rolle spielen.

Beachtet werden sollte aber, dass das eingesetzte Personal bzw. beauftragte Sachverständige in Hinblick auf die Preisprüfung niemals die besseren Kalkulanten sein können, alleine durch den Umstand, dass ihnen die unternehmenseigene Kostenrechnung unbekannt ist.⁴⁷

3.5 Aufgliederung der Preisprüfung

Um die komplexe Preisprüfung zu erfassen und in der vorliegenden Arbeit strukturiert durchzuarbeiten, wird die Preisprüfung im folgenden Verlauf angelehnt an Kropik auf zwei Intensitätsstufen aufgeteilt betrachtet. Diese Intensitätsstufen sind:⁴⁸

1. Die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung
2. Die vertiefte Angebotsprüfung

Bei der gewählten Aufteilung ist zu beachten, dass nach § 137 Abs (2) BVergG 2018 die vertiefte Angebotsprüfung einen Sonderfall darstellt und nicht immer Teil der Preisprüfung sein muss. Die allgemeine Preisangemessenheit ist vom Auftraggeber laut § 135 Abs (2) Z 4 BVergG 2018 jedenfalls bei Angeboten durchzuführen, die für den Zuschlag in Betracht kommen.

Kropik führt aus, dass sich die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung im Außenverhältnis zum prüfenden Angebot abspielt.⁴⁹ Im Außenverhältnis wird Abstand von der Kalkulation des Bieters genommen. Erst im Zuge der vertieften Angebotsprüfung rückt die Prüfung auf die Ebene der individuellen Preiskalkulation vor. Bestätigt wird diese Sichtweise auch in anderer einschlägiger Literatur.⁵⁰ Wie sich in den folgenden Kapiteln zeigen wird, gehen auch die Gerichte indirekt

⁴⁶Vgl dazu: *D. Deutschmann, S. Heid*; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; in *Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer*; § 137 RZ 5, mit Verweis auf EuGH 15.05.2008, Rs C-147/06, C-148/06; EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99, C-286/99 und EuGH 22.06.1989, Rs C-103/88.

⁴⁷*A. Kropik*; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 90.

⁴⁸*A. Kropik*; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 10.

⁴⁹*A. Kropik*; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*; § 125 RZ 6.

⁵⁰Vgl dazu: *A. Oppel*; Preisangemessenheitsprüfung; 2013; in *ZVB* 6/13; S 262;

S. Dillinger, A. Oppel; Das neue BVergG 2018; 2018; S 353 RZ 6.83;

H. Küchli; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2015; in *Schwartz*; § 125 RZ 12;

davon aus, dass die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung eine Prüfung im Außenverhältnis ist, wenn von der Judikatur gerade Prüfinstrumente, die im Außenverhältnis stehen, für die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung als angebracht anerkannt werden. Konkret bestätigt das BVA auf die Ansicht von Kropik:

E12: Die Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs 2 leg cit erfolgt im Außenverhältnis des Angebotes, während erst die vertiefte Angebotsprüfung in die Kalkulation selbst vordringt (vgl. Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 125 Rz 9). (BVA 02.12.2010, N/0069-BVA/04/2010-71)

Um den Zusammenhang von allgemeiner Preisangemessenheitsprüfung und vertiefter Angebotsprüfung besser begreifen zu können, wird auf Rsp verwiesen:

E13: Es ist die Aufgabe des Auftraggebers, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen. (VwGH 05.11.2010, 2006/04/0245)

E14: Ziel der vertieften Angebotsprüfung ist die Beurteilung der Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit (VwGH 16.05.2018, Ra 2017/04/0152)

E15: Die Überprüfung (vertiefte Angebotsprüfung) der Preise setzt bei der (scheinbaren) Unangemessenheit eines Preises an.⁵¹ (BVwG 13.03.2015, W139 2016462-2)

E16: In die Prüfung der Angemessenheit der Preise hat die Frage, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind, einzufließen. Aus diesem Grund reicht es nicht aus, dass das Missverhältnis von Leistung und Preis sofort ins Auge fällt, ohne eine genaue Prüfung im Einzelnen vorzunehmen. (BVA 16.01.2004, 14N-97/03-58)

Wesentlich ist, dass in der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung angemessene Preise oder scheinbar unangemessene Preise festgestellt werden. Scheinbar unangemessene Preise fordern den Auftraggeber auf eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen (E15). Erst in der zweiten Intensitätsstufe, der vertieften Angebotsprüfung, werden die konkreten Ansätze und Kalkulationen des Bieters berücksichtigt. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung gerät dann die Preisangemessenheit in den Hintergrund und die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in den Vordergrund (E13, E14, E16). Sind die scheinbar unangemessenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar, handelt es sich um angemessene Preise.⁵²

Abseits von scheinbar unangemessenen Preisen steht es aber nach Ansicht des VwGH dem Auftraggeber frei, auch im Sinne der Privatwirtschaftsverwaltung eine vertiefte Angebotsprüfung einzuleiten:

E17: 137 Abs (2) Z 1 bis 3 zählt lediglich jene Fälle auf, in denen Angebote verpflichtend - soweit dies nach Art des Auftrages möglich ist - einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen sind. Diese Bestimmungen verbieten es dem öffentlichen Auftraggeber jedoch nicht, im Rahmen der privatwirtschaftlichen Durchführung des Vergabeverfahrens auch in anderen Fällen eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. (VwGH 29.03.2006, 2003/04/0181)

Folgend soll nun im Detail auf die erste Intensitätsstufe der Preisprüfung - die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung - eingegangen werden.

B. Elsner; Die vergaberechtliche Angebotsprüfung zur Beurteilung des angemessenen Preises; 2018; in Gallistel/Oswald/Raab/Szkopecz/Wallner; S 156.

⁵¹ „(Vertiefte Angebotsprüfung)“ vom Autor eingefügt.

⁵² Auf diesen Zusammenhang wird im Kapitel der vertieften Angebotsprüfung näher eingegangen.

Kapitel 4

Allgemeine Preisangemessenheitsprüfung

Die erste Stufe der Preisprüfung stellt die allgemeine Preisprüfung nach § 137 Abs (1) und (2) BVergG 2018 dar. Zunächst soll auf den Ablauf der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung eingegangen werden. Dabei wird immer wieder entsprechende Rsp eingearbeitet und allfällige Übereinstimmungen bzw Widersprüche werden aufgezeigt.

4.1 Preisangemessenheit - Prüfung und Maßstab

Bereits hinter dem ersten Absatz der Preisprüfung, § 137 Abs (1) BVergG 2018, verbirgt sich mehr als es den Anschein hat. Erst in Kombination mit den einleitenden Tatbeständen zur vertieften Angebotsprüfung in § 137 Abs (2) BVergG 2018 ergibt sich ein vollständiges Bild zu ergeben.

So soll in Abs (1) einerseits eine konkrete Prüfung gesehen werden. Dabei sind die Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, auf Angemessenheit zu prüfen.

Andererseits muss in Abs (1) der Maßstab für einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis¹ und der Maßstab für zu hohe und zu niedrige Einheitspreise gesetzt werden, die in Abs (2) gefordert werden.

Aus Sicht des Verfassers ist es wesentlich, dass § 137 Abs (1) BVergG 2018 einen Maßstab setzt und dieser Maßstab gerade der angemessene Preis am relevanten Markt sein soll. Hinsichtlich der Prüfungsschritte wird sich zeigen, dass sowohl für die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung nach Abs (1) und Abs (2) jeweils die Abweichung zum angemessenen Preis ausschlaggebend ist.

4.2 Randbedingungen der Preisangemessenheit

Um die Abweichungen zum angemessenen Preis beurteilen zu können, müssen zuerst die Randbedingungen für den angemessenen Preis gesetzt werden. Das passiert in § 137 Abs (1) BVergG.

Die Preisangemessenheit muss in Bezug auf die Leistung geprüft werden, die ausgeschrieben ist oder alternativ angeboten wird. Fink und Hofer beschreiben den Bezug zur Leistung mit anderen Worten. Der Gesetzestext sei so zu verstehen, dass stets zu beurteilen ist, ob der angebotene Preis als adäquat zur - der Ausschreibung zugrunde liegenden - Leistung angesehen werden kann.²

Mit dem Bezug zur Leistung hat sich auch der VwGH auseinandergesetzt:

¹Vgl A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 65.

²C. Fink, K. Hofer; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; in Heid/Preslmayr; RZ 1408.

E18: Die Angemessenheit der Preise muss in Bezug auf die „ausgeschriebenen“ Leistungen geprüft werden. (VwGH 25.01.2011, 2008/04/0082)

E19: Wenn es um kein Alternativangebot geht, ist die Preisangemessenheit jedenfalls in Bezug auf die „ausgeschriebene“ Leistung zu beurteilen (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011) und nicht etwa in Bezug auf einen (aus der Ausschreibung nicht hervorgehenden) bloß eingeschränkten Leistungsumfang. (VwGH 5.11.2010, 2006/04/0245)

Die Preisangemessenheit ist also immer mit Blick auf die ausgeschriebene Leistung zu beurteilen und muss im adäquaten Verhältnis dazu stehen. Eine isolierte Beurteilung der Preisangemessenheit auf einzelne, nicht klar in der Ausschreibung getrennte Leistungsteile, ist unzulässig.

Neben dem Bezug zur Leistung muss der Auftraggeber nach § 137 Abs (1) BVergG weiter alle Umstände der Leistungserbringung berücksichtigen. Im Gesetzestext heißt es dazu, dass die Angemessenheit der Preise unter Berücksichtigung *aller* Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu beurteilen ist. Eine Einschränkung auf spezielle Umstände wird nicht vorgenommen.

Kropik führt zur allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung § 137 Abs (1) BVergG konkrete Umstände der Leistungserbringung an. Bspw sind das Zufahrts- und Transportwege, Einflüsse aus Witterung bzw Höhenlage oder Risikoübernahmen aus dem Vertrag die für die Prüfung relevant sind. Zusätzlich sind auch gesetzliche und kollektivvertragliche Randbedingungen für die Preisangemessenheitsprüfung zu beachten.³ Weiter verweist er auf zusätzliche Umstände wie:

- die Wirtschaftlichkeit des Verfahrens der Leistungserbringung,
- die gewählte technische Lösung,
- außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt,
- die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung,
- die Einhaltung der arbeits-, sozial und umweltrechtlichen Bestimmungen
- die Einhaltung aller Verpflichtungen, die den Bieter bei einer Heranziehung von Subunternehmen treffen, sowie
- die Möglichkeit einer staatlichen Beihilfe an den Bieter.

Erkenntnisse die eine Aussage über die Umstände der Leistungserbringung treffen, lassen sich anführen zu:

E20: Individuelle Gegebenheiten eines Bieters, wie hier etwa in Form des Bestehens einer eigenen spezialisierten Wartungsabteilung oder der vorstehend angeführte Lieferantenrabatt, die im Ergebnis dazu führen, dass ein Bieter in der Lage ist, einen besonders kompetitiven Preis anzubieten, sind bei der Beurteilung der Preisangemessenheit eines konkreten Angebotes heranzuziehen. (BVA 15.03.2012, N/0016-BVA/09/2012-42)

E21: Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände der Leistungserbringung zu prüfen. Der AG muss Aufklärung über die Positionen des Angebots verlangen und vertieft prüfen, wenn nach

³A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 20.

Prüfung begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. (BVA 19.11.2008, N/0132-BVA/13/2008-24)

E22: Unter den bei der Preisangemessenheitsprüfung zu berücksichtigenden, einem Bieter zur Verfügung stehenden Möglichkeiten und den individuellen Umständen sind auch günstige Bezugsquellen zu verstehen, aufgrund derer ein Bieter in die Lage versetzt wird, eine Position zu einem wesentlich unter den handelsüblichen Gestehungskosten liegenden Preis anzubieten. (BVA 16.01.2004, 14N-97/03-58)

E23: Im Rahmen der Prüfung der Preisangemessenheit sind sämtliche individuellen Umstände und die Marktsituation zu berücksichtigen. (BVA 20.06.2003, 17N-46/03-34)

Durch Blick auf die angeführten Entscheidungen und Literatur wird deutlich, dass neben den für alle Bieter gleichen projektspezifischen Umständen auch *alle* individuellen Umstände der Bieter zu berücksichtigen sind. Wird davon ausgegangen, dass sich die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung im Außenverhältnis zum Bieter abspielt und die unternehmerische Kalkulation unberücksichtigt bleibt, wird es schwer möglich bzw unmöglich sein, eine abschließende Aussage über Preisangemessenheit zu treffen, da gerade sämtliche individuellen Umstände zu berücksichtigen sind.

Wenn bspw ein Preis deshalb niedrig ist, weil Lieferantenrabatte vom Bieter weiter gegeben werden, ist es unmöglich dies in einem Außenverhältnis zu erkennen. Beabsichtigt der AG nun einen unangemessen Preis festzustellen muss er sich erst mit dem Bieter in Kontakt setzen und aufklären, welche Gründe für den niedrigen Preis verantwortlich sind, da er alle Umstände bei der Beurteilung zu berücksichtigen hat. In E20 und E22 sind die individuellen Umstände bspw günstige Bezugsquellen.

An dieser Stelle wird klar, warum wie bereits vorab erwähnt wurde, die gesamte Preisprüfung, das Werkzeug sein muss, um eine Vergabe zu angemessenen Preisen abzusichern. Erst im Zuge der vertieften Angebotsprüfung wird Kontakt mit dem Bieter aufgenommen und seine Kalkulation betrachtet. Individuelle Ansätze des Bieters zur Preisgestaltung können überhaupt erst dort ersichtlich werden.

In der Literatur wird häufig darauf verwiesen, dass aus diversen Gründen eine abschließende Beurteilung der Preisangemessenheit im Außenverhältnis scheitert. Der wesentlichste Grund hierfür kann aus Sicht des Autors aber an dieser Stelle vorweg genommen werden. Eine abschließende Beurteilung der Preisangemessenheit im Außenverhältnis scheitert bereits durch die Berücksichtigung *aller* Umstände der Leistungserbringung. Wenn hier angeführt wird, dass eine abschließende Beurteilung der Preisangemessenheit im Außenverhältnis nicht möglich ist, handelt es sich nur um die abschließende Beurteilung von unangemessenen Preisen. Angemessene Preise können jedenfalls festgestellt werden.⁴

4.3 Maßstäbe der Preisangemessenheit

Wird nun die Preisangemessenheit im Außenverhältnis beurteilt, so soll sich der Auftraggeber bei der Beurteilung der Preisangemessenheit an vergleichbaren Erfahrungswerten *sowie* an sonstigen ihm vorliegenden Unterlagen orientieren. Auszugehen hat der AG bei der Prüfung von den jeweils

⁴Vgl A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 57 Abb 1.

relevanten Marktverhältnissen.

Kropik erwähnt, dass gegebenenfalls die Erfahrungswerte und die Vergleichswerte aus sonstigen Unterlagen den relevanten Marktverhältnissen bzw an die individuellen Umstände der Leistungserbringung anzupassen sind, um aussagekräftige Vergleichswerte zu erhalten.⁵ Aus Sicht des Verfassers wird eine Anpassung der Vergleichswerte des Auftraggebers an die individuellen Umstände der Leistungserbringung nur beschränkt möglich sein. Wie bereits einleitend erwähnt, kann Personal, das vom AG zur Prüfung herangezogen wird, niemals alle Umstände berücksichtigen, da diese Umstände von Unternehmen zu Unternehmen variieren und dem AG im Außenverhältnis unbekannt bleiben.

Konkrete Instrumente mittels denen der Maßstab der Preisangemessenheit festgemacht werden kann, finden sich in einschlägiger Literatur. So ist in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage beschrieben, dass der Auftraggeber für die Ermittlung der angemessenen Bandbreite von Preisen auf allgemein anerkannte Leitlinien, wissenschaftliche Publikationen oder standardisierte Kalkulationshilfen zurückgreifen kann.⁶

Dillinger und Oppel halten fest, dass die Beurteilung der Preisangemessenheit nach § 137 Abs (1) BVergG 2018 unter objektiven Gesichtspunkten durchzuführen ist und verweisen für die Preisangemessenheitsprüfung auf einen Vergleich mit früheren Angebotspreisen für gleiche Leistungen, auf einen Vergleich mit dem geschätzten Auftragswert und auf einen Vergleich mit den Preisen der Mitbieter.⁷

Kropik führt unter anderem weitere Instrumente an und ordnet diese den gesetzlich vorgesehen Maßstäben der Preisangemessenheit zu (vgl Tab. 4.1):⁸

Tab. 4.1: Prüfinstrumente die auf Erfahrungswerten, sonstigen Unterlagen und/oder relevanten Marktverhältnissen basieren

| Prüfinstrument | Erfahrungswert | sonstige Unterlagen | rel Marktverhältnisse |
|--------------------------|----------------|---------------------|-----------------------|
| geschätzter Auftragswert | X | | |
| Angebotspreisvergleich | | X | X |
| Preisspiegel | | X | X |
| Preisdatenbank | X | X | |
| Richtpreise | | X | |
| Literaturwerte | | X | |
| Preislisten | | X | |
| Eigene Abschätzung | X | | X |

Mit Blick auf die Judikatur wird bestätigt, dass der Maßstab der Preisangemessenheit durch bestimmte Instrumente festgelegt werden kann:

E24: Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist gemäß § 125 Abs. 2 BVergG 2006 von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011)

⁵ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 21.

⁶ Erläuterungen zur Regierungsvorlage des BVergG 2018; 69 BlgNR 26; S 153.

⁷ S. Dillinger, A. Oppel; Das neue BVergG 2018; 2018; S 349 RZ 6.82.

⁸ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 24.

E25: Ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. (VwGH 22.05.2012, 2009/04/0187)

E26: Jedenfalls dann, wenn der Gesamtpreis des Angebots im Verhältnis zur Kostenschätzung des Auftraggebers und den Preisen der Mitbieter auffallend niedrig ist, muss eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt werden. Diese Überlegung lässt sich auch auf Teilpreise übertragen. (BVwG 01.07.2014, W187 2008224-2)

E27: Im Vergleich mit der anderen Bieterin gab alleine der Preisspiegel bereits Anlass, die Preise zu hinterfragen, da sie gerade in diesen Positionen deutlich von einander abweichen. Die Auftraggeberin war (...) zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet. (BVwG 28.06.2017, W187 2157457-2)

E28: Diese Voraussetzungen sind, dass entweder Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen oder begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen. Maßstab dafür können die Schätzungen des Auftraggebers, Erfahrungen des Auftraggebers mit vergleichbaren Ausschreibungen, der Vergleich der Angebotspreise (VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011, VwSlg 18.160 A/2011) oder Auskünfte über die Marktsituation sein, da weder die Richtlinie (EuGH 18.12.2014, C-568/13, Data Medical Service, Rn 49) noch das Gesetz eine bestimmte Grenze dafür enthalten. (BVwG 02.12.2016, W187 2137295-2)

E29: Bei einer Ausschreibung nach dem Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren gemäß § 20 Z. 26 BVergG bietet sich für die Prüfung gemäß § 93 Abs. 1 BVergG primär der Vergleich mit den in der Ausschreibung enthaltenen - im gegenständlichen Fall sachverständig ermittelten - Bezugspreisen an. Auch ein Vergleich mit Preisen von früheren Angeboten für gleiche Leistungen („Erfahrungswerte“) ist zulässig (vgl Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002, RZ 9 zu § 93) ebenso ein Vergleich mit den Preisen der Mitbieter. (VwGH 30.04.2008, 2006/04/0065)

E30: Da die Preisangemessenheit - wie oben ausgeführt - immer in Bezug auf die „ausgeschriebenen“ Leistungen geprüft werden muss (vgl. die obzitierten hg. Erkenntnisse vom 5. November 2010 und vom 25. Jänner 2011), ist es im Verhandlungsverfahren daher durchaus zulässig, anhand der unverändert gebliebenen Zuschlagskriterien und anhand der Änderungen des Leistungsinhaltes im Verhandlungsverfahren zu beurteilen, ob auf Grund einer im Verhandlungsverfahren erfolgten ungewöhnlich hohen Preisreduktion im Letztangebot ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegt. (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011)

Der VwGH hat jedenfalls bestätigt, dass ein Vergleich mit dem geschätzten Auftragswert und ein Angebotspreisvergleich angebrachte Instrumente für die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung sind (E25).

Wenn der Erkenntnis des VwGH ein Angebotspreisvergleich im Bereich der Gesamtpreise jedenfalls angebracht ist, wird aus Sicht des Verfassers auch ein Vergleich der Einzelpreise über einen Preisspiegel nicht abwegig sein, da es sich dabei mehr oder weniger auch um einen umfangreicheren Angebotspreisvergleich auf Einzelpreisebene handelt. Bestätigt scheint dies durch die angeführte Rsp des BVwG zu werden (E26, E27).

In Hinblick auf das Preisangebotsverfahren hält das BVwG mit Verweis auf eine hg Erkenntnis

fest, dass weiter Erfahrungswerte aus vergleichbaren Ausschreibungen für die Prüfung Vergleichswerte darstellen können (E28).⁹

Bzgl dem Preisauflschlag- und Preisabschlagverfahren wurde vom VwGH bestätigt, dass zeitlich zurückliegende Angebotspreise und eigene kalkulatorische Überlegungen als Maßstab für die Preisangemessenheitsprüfung angebracht sein können (E29).

Bei Verhandlungsverfahren scheint durch den VwGH bestätigt zu sein, dass auch das voranstehende Angebot des Bieters Maßstab für die Prüfung sein kann (E30).

Zusammenfassend scheint vom VwGH auf Gesamtpreisebene jedenfalls eine Kostenschätzung, die Gesamtpreise der Mitbewerber und vergleichbare zurückliegende Angebotspreise als Maßstab für die Preisangemessenheit tauglich zu sein. Hinsichtlich des Verhandlungsverfahren kann auch der zuvor angebotene Angebotspreis Vergleichsbasis sein. Auf Einzelpreisebene hat sich der VwGH mit der Bestätigung von Prüfinstrumenten noch zurückgehalten. Nach dem BVwG scheint aber ein Preisspiegel für die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung angebracht zu sein. Außerdem wird vom BVwG erwähnt, dass Ansätze für Gesamtpreise grundsätzlich auf Teilpreise übertragbar sind. Nach Ansicht der Literatur scheinen weiter auch Literaturwerte, Richtpreise und Preislisten für die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung brauchbar zu sein.

4.3.1 Maßstäbe der Preisangemessenheit auf Gesamtpreisebene

Sowohl Gesamtpreise und Einzelpreise müssen angemessen sein. Im folgenden Abschnitt soll auf die einzelnen Instrumente eingegangen werden, die einen Maßstab für die Gesamtpreisangemessenheit setzen können.

4.3.1.1 Geschätzter Auftragswert als Maßstab der Gesamtpreisangemessenheit

Der Auftraggeber wird in §§ 12 ff BVergG 2018 verpflichtet, vor Einleitung des Vergabeverfahrens eine Auftragswertschätzung durchzuführen. Der geschätzte Auftragswert dient prinzipiell dazu, die Einordnung des Auftrags in Oberschwellenbereich oder Unterschwellenbereich möglich zu machen.¹⁰

Budischowsky hält fest, dass die Berechnung des Auftragswertes in umsichtiger und sachkundiger Weise vorzunehmen ist. Der Auftraggeber hat sich einen Überblick über den Markt zu verschaffen und darauf aufbauend über betriebswirtschaftliche Überlegungen einen Auftragswert zu schätzen. Er hat zu prognostizieren, zu welchem Preis die Leistung unter Wettbewerbsbedingungen beschafft werden kann.¹¹

Erwähnt werden muss, dass für den geschätzten Auftragswert im BVergG bestimmte Vorgaben gelten. Der geschätzte Auftragswert ist zwar eine Form der Kostenermittlung, aber der AG muss bei der Auftragswertsschätzung nach dem BVergG verschiedene Aspekte berücksichtigen, die iSd Preisprüfung eine Auftragswertschätzung als Maßstab für die Preisangemessenheit unbrauchbar machen. Daher muss der AG die Auftragswertschätzung vor Vergleich bereinigen

⁹Mit Blick auf das hg Erkenntnis des VwGH (2011/04/0011, VwSlg 18.160 A/2011) im RIS, ist es aber aus Sicht des Autors nicht ohne Weiteres verständlich, wie der BVwG (01.07.2014, W187 2008224-2) darauf schließt, dass ein Vergleich mit Erfahrungswerten aus ähnlichen Ausschreibungen zulässig sei.

¹⁰M. Holoubek, C. Fuchs, K. Holzinger; Vergaberecht; 2018; S 135.

¹¹J. Budischowsky; Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 13 RZ 14.

bzw anpassen. Beispielsweise muss der geschätzte Auftragswert auf die tatsächlich vergebenen Leistungen angepasst werden. Auch stellt sich die Frage ob, der maßgebliche Zeitpunkt der Auftragswertschätzung, nämlich der Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung, bei längeren Verfahren nicht unpassend ist. Nach Kropik sollte unter Umständen sogar eigens für die Preisprüfung der geschätzte Auftragswert neu berechnet werden, um realistischere Vergleichswerte zu erhalten.¹²

Weiter muss, wenn von einer Kostenermittlung die Rede ist, immer auf die damit verbundene Genauigkeit geachtet werden. Mit Blick auf das Bauwesen, kann eine Kostenermittlung nur so genau sein, wie die Planung fortgeschritten ist. In Hinblick auf die Auftragsvergabe spielt dies deshalb eine wichtige Rolle, weil bei der gängigen Praxis der baubegleitenden Planung, der Detailgrad der Planung während des Vergabefahrens und der Ausführung stetig ansteigt. Die ÖNORM B1801-1:2015¹³ gibt dem Auftraggeber Informationen darüber, welche Form von Kostenermittlung welchem Planungsschritt zuzuordnen ist und auf welcher Ebene die Kosten zu ermitteln sind.¹⁴ Abhängig von der Form und des Detailgrads der Planung bzw Kostenermittlung können Ober- und Untergrenzen der Auftragswertschätzung stark variieren.

Auch die verwendeten Richtwerte spielen in Hinblick auf die Genauigkeit eine wesentliche Rolle. Eine Kostenermittlung, die auf nicht bzw falsch valorisierten Richtwerten beruht, wird geringe Aussagekraft haben.

Relevante Informationen über die Auftragswertschätzung im Zusammenhang mit der Preisprüfung geht auch aus Rsp hervor:

E31: Daneben ist bei der gebotenen Überprüfung des Gesamtpreises auch die Kostenermittlung durch die Auftraggeberin (vgl. § 13 Abs. 3 BVergG 2006) in Betracht zu ziehen. Insofern kommt den Erwägungen der belangten Behörde, die Kostenermittlung sei anhand von Erfahrungswerten vorgenommen und vom Landesrechnungshof überprüft und genehmigt worden, wesentliche Bedeutung zu. (VwGH 22.05.2012, 2009/04/0187)

E32: Eine aus bauwirtschaftlicher und statistischer Sicht korrekt geführte Preisdatenbank auf Basis einer Standardleistungsbeschreibung mit bauwirtschaftlich vernünftig differenzierten Standardpositionen und mit korrekter Valorisierung der Preise stellt eine taugliche, nicht ausschließliche Quelle für die Beurteilung des Preisniveaus auf einem gegebenen Markt dar. Dabei sind fünf erfasste Ausschreibungen jedenfalls zu wenig (BVA 20. 6. 2003, 17N-46/03-34). Die Preisdatenbank der vergebenden Stelle erfasst eine weit höhere Anzahl von Ausschreibungen. Damit verwendet sie Erfahrungswerte und aktuelle Informationen zur Ermittlung des geschätzten Auftragswertes. Auch der Vergleich mit gleichartigen Leistungen, die sie etwa zeitgleich ausschreibt, ergänzt die Methode zur Ermittlung des geschätzten Auftragswertes in einer verwendbaren Art. Daher ist die Schätzung des Auftragswertes, der sich aus der verwendeten Preisdatenbank ergibt, verbunden mit der Erhebung aktueller Marktwerte und dem Vergleich mit aktuellen Ausschreibungen gleichartiger Leistungen eine taugliche Methode zur Ermittlung des geschätzten Auftragswertes. (BVwG 30.04.2014, W187 2005633-1)

E32: Vor diesem Hintergrund ist nicht zu bemängeln, dass die in der Vorperiode für vergleichbare Leistungen erzielten Angebotspreise als Richtschnur dienen. Die Schätzkosten

¹²Vgl A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 35.

¹³ÖNORM B1801-1, 2015-12-01: Bauprojekt- und Objektmanagement, Teil 1: Objektterrichtung.

¹⁴A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 11.

für die Vorgängerausschreibung (Rahmenvertrag 2012) lagen erheblich über den damaligen Angebotspreisen. Es war daher naheliegend, dass nicht die geschätzten Kosten der Vorperiode, sondern die tatsächlichen damaligen Angebotspreise die Basis für die Kostenschätzung des gegenständlichen Rahmenvertrages bildeten. (Vgl. B***, wonach es zutreffender ist, die Angebotspreise aus dem letzten Jahr heranzuziehen, da es sich hierbei um die tatsächlich beauftragten Preise handelt). (BVA 04.02.2013, N/0117-BVA/14/2012-34)

E33: Dabei ist es naheliegend, zur Orientierung in kostenmäßiger Hinsicht eine gleichartige, in jüngster Vergangenheit getätigte Beschaffung heranzuziehen (BVA 04.02.2013, N/0117-BVA/14/2012-34).

E34: Primärer Maßstab für die Höhe des geschätzten Auftragswertes ist jener Wert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Sache veranschlagen würde. (BVA 11.04.2008, N/0023-BVA/03/2008-26)

E35: Es liegt im Wesen eines geschätzten Auftragswertes, dass dieser von den Angebotspreisen sowohl unter- als auch überschritten werden kann. Bei der Kostenschätzung handelt es sich also um eine Prognose. (BVA 06.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74)

E36: Die Angemessenheit der Höhe des geschätzten Auftragswertes ist nicht an den Preisen der abgegebenen Angebote zu messen, sondern an den zum Zeitpunkt der Erstellung der Kostenschätzung vorliegenden auf Erfahrungswerten/Kostenkennwerten des Auftraggebers beruhenden Preisen, die sich an der Marktlage orientieren (BVA 10.05.2007, N/0007-BVA/15/2007-67).

Zusammenfassend zur Auftragswertschätzung lässt sich anführen, dass diese jedenfalls sachkundiges Personal durchzuführen hat. Bei der Auftragswertschätzung handelt es sich um eine Prognose, an die gewisse Genauigkeitsansprüche gesetzt werden. Im Zuge der Preisprüfung darf der geschätzte Auftragswert von den eingelangten Angebotspreisen über- und unterschritten werden (E35).

Wird der geschätzte Auftragswert vor der Preisprüfung neu berechnet, so darf diese Auftragswertschätzung nicht ausschließlich anhand der zu prüfenden Angebotspreise valorisiert werden (E36). Das erscheint verständlich, denn eine solche Vorgangsweise würde doch in die falsche Richtung gehen. Auch wenn in angegebener Literatur davon gesprochen wird, die Auftragswertschätzung speziell für die Preisprüfung anzupassen, muss aus Sicht des Autors angemerkt werden, dass dies nur solange zulässig sein kann, wie gewährleistet ist, dass die Kostenermittlung als Maßstab für den angemessenen Preis dient und nicht umgekehrt.

Der VwGH hat bestätigt, dass für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes, Erfahrungswerte aus eigenen Ausschreibungen herangezogen werden können. Besondere Bedeutung als Maßstab für die Preisangemessenheitsbeurteilung erlangt die Auftragswertschätzung, wenn sie vom Rechnungshof bestätigt wird (E31). Einleuchtend ist, dass, wenn Erfahrungswerte aus vergangenen Vergabeverfahren als Basis für die Auftragswertschätzung verwendet werden, sich diese Erfahrungswerte auf die damals tatsächlich eingelangten Angebotspreise beziehen und nicht auf vergangene Auftragswertschätzungen (E32).

Wenn Budischowsky schreibt und von der Rsp bestätigt wird (E34), dass der AG sich für die Valorisierung der Auftragswertschätzung einen Überblick über den Markt zu verschaffen und Wettbewerbspreise zu prognostizieren hat, sollte aus Sicht des Autors nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass somit auch die *tatsächlich* relevanten Marktverhältnisse in die Auftragswertschätzung einfließen. Bei der Auftragswertschätzung wird es sich auch bei Berücksichtigung der Marktverhältnisse trotzdem meist um eine Schätzung auf Basis von Erfahrungswerte handeln, da der tatsächliche Wettbewerb und die relevanten Marktverhältnisse erst im gegenständlichen Vergabeverfahren generiert werden. Dieser Umstand wird besonders bei Auftraggebern relevant sein, die vereinzelt Aufträge in verschiedenen Märkten vergeben.

4.3.1.2 Gesamtpreise der Mitbieter als Maßstab der Gesamtpreisangemessenheit

So wie die Kostenschätzung muss auch ein Vergleich der Gesamtpreise ohnehin im Vergabeverfahren durchgeführt werden, da eine Bieterreihung vorgenommen werden muss. Die Gesamtpreise der Mitbieter können iSd der Preisprüfung Aufschlüsse über die Wettbewerbssituation und damit über die jeweils relevanten Marktverhältnisse bieten.¹⁵

Bei der Bieterreihung werden sich verschiedene Bietergruppen finden lassen. Aus Literatur geht hervor, dass sich grundsätzlich drei Bietergruppen bilden. Mit dem preislich erstgereihten Angebot als Bezug werden sich sehr interessierte Bieter (100% - 105%), interessierte Bieter (105% - 115%) und weniger interessierte Bieter (>115%) im Preiswettbewerb finden.¹⁶

Wenn nun die Gesamtpreise der Mitbieter als Maßstab für die Preisangemessenheit herangezogen werden, gilt es zu überlegen, welche Preise der Bieter Rückschlüsse auf den angemessenen Preis zulassen. Kropik führt an, dass aussagekräftige Gesamtpreise neben dem billigsten Gesamtpreis noch jene Gesamtpreise der „ernsthaften Konkurrenzangebote“ sind. Wie viele Angebote als ernsthafte Konkurrenzangebote anzusehen sind, ergibt sich aus der Anzahl der vorliegenden Angebote und vom Abstand zum jeweiligen vorgereihten Angebot.¹⁷

Ein Blick auf die Rechtsprechung verdeutlicht, dass für den Maßstab der Gesamtpreisangemessenheit alle möglichen Vergleiche zwischen Gesamtpreisen durchgeführt werden:

E37: Der Abstand des Gesamtpreises des Angebots der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung zum zweitgereihten Angebot ist auch im Bereich der Instandhaltungskosten für sich genommen nicht auffallend groß, sodass kein Anlass für eine vertiefte Angebotsprüfung besteht. (BVwG 02.12.2016, W187 2137295-2)

E38: In dieser Leistungsgruppe betrage das Angebot der Antragstellerin lediglich 34 % des Angebotsmittelwertes dieser Leistungsgruppe über alle Bieter. (BVwG 14.04.2014, W138 2003084-1)

E39: Im vorliegenden Vergabeverfahren liegen die Angebotspreise zwischen dem billigsten und dem teuersten Bieter derart weit auseinander (vgl. Feststellungen), dass der Auftraggeber jedenfalls angehalten gewesen wäre, die Preisplausibilität der einzelnen Angebote zu überprüfen. (BVwG 19.12.2014, W123 2013963-2)

¹⁵ VwGH 22.05.2012, 2009/04/0187.

¹⁶ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 13.

¹⁷ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 66.

E40: Im Anlassfall lag der relevante Grund dafür, dass die Antragsgegnerin zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet war, darin, dass das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin deutlich billiger war als das Angebot der Antragstellerin, als die Angebote alle anderen Bieter und als der geschätzte Auftragswert. (VGW 07.05.2015, VGW-123/077/3888/2015)

E41: Im vorliegenden Fall kommt kein Angebot an den von der Teilnahmeberechtigten für Obergruppe 03 angebotenen Preis heran. Bereits die zweit- und drittgerihten Angebote bewegen sich preislich im Rahmen des auf der Musterkalkulation beruhenden Preises, alle weiteren angebotenen Preise sind wesentlich höher. (VGW 02.06.2014, VGW-123/072/10276/2014)

Die Entscheidungen zeigen, dass Vergleiche zwischen dem billigsten Angebot und dem zweitgerihten Angebot (E37, E40), sowie einzelne Vergleiche zwischen dem billigsten Angebot und den restlichen Angeboten (E38) von den Gerichten anerkannt werden. Auch Vergleiche zwischen dem billigsten Angebot und dem teuersten Angebot (E39) und Vergleiche zwischen dem billigsten Angebot und einem Mittelwerte der restlichen Angebote (E41) scheinen nach Ansicht der Gerichte angebracht zu sein.

Aus Sicht des Autors sollte Acht gegeben werden, welche Gesamtpreise für die Beurteilung der Preisangemessenheit herangezogen werden. So wird ein alleiniger Vergleich zwischen dem billigsten und dem teuersten Gesamtpreis nicht ausreichen, um auf Preisangemessenheit zu schließen. Häufig wird es vorkommen, dass sich Bieter am Vergabeverfahren beteiligen, die nicht darauf aus sind einen Vertrag abzuschließen, sondern nur die Marktsituation beobachten wollen. Diese Bieter stellen keine seriöse Kalkulation hinter ihre Angebote und verzerren das Bild. Findet nun ein Angebotspreis zwischen diesen unseriösen Angeboten und dem Billigstangebot statt, wird vor allem bei komplexeren Aufträgen eine sehr hohe Abweichung vorliegen. Die Abweichung sagt in diesem Fall aus Sicht des Autors jedoch mehr über die Unangemessenheit des teuersten Angebots, als über die Preisangemessenheit des billigsten Angebots aus, da das teuerste Angebot nicht in Bezug zur Leistung steht.

Relative Abweichungen

Da in diesem Zusammenhang erstmals Erkenntnisse wiedergegeben wurden in denen relative Vergleiche zwischen Wertepaaren durchgeführt werden, soll auf die „Gefahr“ von relativen Betrachtungen aufmerksam gemacht werden.

Bei Betrachtung der bisheriger und späterer Erkenntnisse zeigt sich, dass es wichtig ist bei Rechnungen in Prozenten auf den korrekten Wortlaut und auf den Bezug der Prozentwerte zu achten. Aus dem gesamten Entscheidungstext des BVwG (E38) geht bspw hervor, dass das in Frage stehende Angebot nur 34% des Durchschnittspreises ausmacht. Keinesfalls, darf dies nun so verstanden werden, dass die Abweichung vom Durchschnittspreis zum preislich günstigsten Angebot auch 34% ausmacht. Auch ist der Durchschnittspreis keinesfalls 34% teurer als das billigste Angebot. Ein einfaches Rechenbeispiel soll das verdeutlichen:¹⁸

Der Durchschnittspreis der Gesamtpreise soll im gegenständlich Fall 100.000 EUR betragen.

Damit ergibt sich das preislich günstigste Angebot zu:

$$100.000 \text{ EUR} * 0,34 = 34.000 \text{ EUR}$$

¹⁸Evtl erscheint, der Hinweis als trivial. Wie sich später aber zeigen wird, werden oftmals enorm hohe Prozentsätze angeführt, die aber nach kurzen Umrechnungen - in Hinblick auf Vergleichswerte - nicht mehr so extrem sind.

Die absolute Abweichung vom Mittelwert des preislich günstigsten Angebot beträgt:
 $100.000 \text{ EUR} - 34.000 \text{ EUR} = 66.000 \text{ EUR}$

Die relative Abweichung vom Mittelwert beträgt:
 $66.000 \text{ EUR} / 100.000 \text{ EUR} = 0,66 = 66 \%$

Relativ teurer als das billigste Angebotspreis ist der Durchschnittspreis hingegen um:
 $100.000 \text{ EUR} / 34.000 \text{ EUR} = 2,94 = 294 \%$

Wenn die gegebene Abweichung mit Vergleichsabweichungen aus Literatur oder anderen Quellen gegenübergestellt wird, muss in beiden Abweichungen der gleiche Vergleich durchgeführt werden und auch der Bezug der Abweichung der gleiche sein. In einem späteren Kapitel, in dem Bandbreiten bestimmter Abweichungen wiedergeben werden, wird sich zeigen, dass die Bezugsbasis ständig wechselt bzw statt der relativen Abweichung andere prozentuellen Betrachtungen zur Anwendung kommen. An dieser Stelle wird darauf hingewiesen, dass in Literatur sehr häufig von der *relativen Abweichung des in Frage stehenden Angebotspreises vom geschätzten Auftragswert oder Durchschnittsgesamtpreis*¹⁹ gesprochen wird.

4.3.2 Maßstäbe der Preisangemessenheit auf Einzelpreisebene

Neben dem Gesamtpreis müssen auch die Einzelpreise, die als Einheitspreise, Pauschalpreise oder Regiepreise vorliegen können, angemessen sein.

Mit Blick auf die angeführten Prüfinstrumente kann der Maßstab für angemessene Einzelpreise mit einem Preisspiegel und anhand von Richtwerten aus Preislisten und Preisdatenbanken festgelegt werden. Unter Umständen kann der Auftraggeber selbst eine eigene Kalkulation durchführen oder diese in Auftrag geben, um brauchbare Vergleichswerte zu erhalten. Im Folgenden soll auf einzelne Instrumente der Preisangemessenheitsprüfung bzgl Einzelpreise eingegangen werden.

4.3.2.1 Einheitspreise der Mitbieter als Maßstab der Preisangemessenheit (Preisspiegel)

Mit einem Preisspiegel, wie er in Abbildung 4.1 dargestellt ist, erhält man einen positionsweisen Überblick über die angebotenen Einzelpreise. Um einen aussagekräftigen Preisspiegel zu generieren, werden statistische Auswertungen vorgenommen und diese dargestellt.

In dem angeführten Preisspiegel ist die relative Abweichung des jeweiligen EHP zum jeweils am billigsten angebotenen EHP, zum EHP des Billigstbieters und zum durchschnittlichen EHP aller Bieter (exkl billigsten und teuersten EHP) angeführt.

Wird der Beispielpreisspiegel betrachtet, so zeigt sich, dass eine Betrachtung der Einzelpreise essentiell ist. Sollten Gesamtpreise nur gering voneinander abweichen, so sind trotzdem idR größere Abweichungen auf Einzelpreisebene vorzufinden.²⁰ Bei Blick auf den Preisspiegel in Abbildung 4.1 zeigt sich, dass eine Abweichung des billigsten Gesamtpreises (B5) vom Durchschnittsgesamtpreis von -6% vorliegt. Beim gleichen Vergleich auf Einheitspreisebene beträgt die Abweichung hingegen -25%. Wenn nun der Positionspreis 4% des Gesamtpreises (bezogen auf die Durchschnittswerte)

¹⁹ Beim Durchschnittsgesamtpreis ist weiter darauf zu achten, wie sich der Durchschnitt genau zusammensetzt und ob Angebote in der Berechnung unberücksichtigt bleiben.

²⁰ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 44.

| Bieter | | B1 | B2 | B3 | B4 | B5 | B6 | Ø (exkl. billigsten u. teuersten Preis) | |
|---|-------------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|---|---------------------------------|
| Gesamtpreis (GP) | EUR | 211.179,52 | 198.736,33 | 215.779,13 | 227.175,90 | 194.708,13 | 198.735,33 | 206.107,58 | |
| Abw. d. jew. GP zum GP d. Billigstbieters | % | 8% | 2% | 11% | 17% | 0% | 2% | 6% | |
| Abw. d. jew. GP zum Ø-GP | % | 2% | -4% | 5% | 10% | -6% | -4% | 0% | |
| Pos.1: | 3.500,00 m | | | | | | | | |
| Einheitspreis (EHP) | EUR/EH | 2,50 | 2,90 | 2,00 | 1,50 | 1,70 | 3,10 | 2,28 | |
| Positionspreis (PP) | EUR | 8.750,00 | 10.150,00 | 7.000,00 | 5.250,00 | 5.950,00 | 10.850,00 | 7.962,50 | Anteil des Ø-PP am Ø-GP: 3,86 % |
| Abw. d. jew. EHP zum billigsten EHP | % | 67% | 93% | 33% | 0% | 13% | 107% | 52% | |
| Abw. d. jew. EHP zum EHP d. Billigstbieters | % | 47% | 71% | 18% | -12% | 0% | 82% | 34% | |
| Abw. d. jew. EHP zum Ø-EHP | % | 10% | 27% | -12% | -34% | -25% | 36% | 0% | |

Abb. 4.1: Beispiel für einen Preisspiegel mit Gesamtpreisen, Einheitspreisen, Positionspreisen und verschiedenen Abweichungen.

ausmacht, dürfen die Einzelpreise in der Preisprüfung nicht unbeachtet bleiben.²¹

Vor dem Hintergrund, dass große Abweichungen in den Einzelpreisen stets zu erwarten sind und sämtliche angebotenen Preise, auch Einzelpreise, auf Angemessenheit zu prüfen sind, erscheint folgende Erkenntnis des BVA unverständlich:

E42: Ein offenkundiges Missverhältnis von Preis und Leistung ist nur dann anzunehmen, wenn die erhebliche Abweichung vom angemessenen Preis ohne Weiteres ins Auge fällt, wobei immer der Gesamtpreis, nicht aber die Einzelpreise maßgeblich sind. (BVA 12.09.2008, N/0105-BVA/02/2008-24)

Kropik hält fest, dass hohe Abweichungen auf Positionsebene die Ursache von großen Kalkulationsunsicherheiten auf Bieterseite sind. Je komplexer die Leistung, umso höher die Fertigungs- und Kalkulationsrisiken und je weniger transparent der Markt ist, desto größer ist die Kalkulationsunsicherheit im Einzelnen ist.²² Dem Auftraggeber muss dies aber nicht unbedingt Sorgen bereiten. Vielmehr sollte der Auftraggeber achtsam werden, wenn Einzelpreise gerade nicht voneinander abweichen und in einer Bandbreite von bis zu 5% liegen. In einem freien Wettbewerb ist solch ein Preisbild nicht erwartbar und Preisabsprachen könnten vorliegen.²³

Wird der Preisspiegel verwendet um einen Maßstab für angemessene Einzelpreise zu finden, gilt es wie bei dem Preisvergleich auf Gesamtpreisebene zu beachten, dass auch die Preise im Preisspiegel auf individuellen Absichten der Bieter beruhen. Bewusst hoch angesetzte Angebote von Bietern die den Zuschlag nicht erhalten wollen, können das Bild des angemessenen Preises verzerren.²⁴

Aus einem Preisspiegel können zusätzliche brauchbare Informationen gewonnen werden, die vergaberechtlich relevant sind:²⁵

²¹ Welche Folgen bei unangemessenen Einzelpreisen mit gewissem Anteil am Gesamtpreis stattzufinden haben, wird in Kapitel 5.4 beschrieben.

²² A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 45.

²³ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 45 und 46.

²⁴ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 47.

²⁵ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 47.

- Hohe Abweichungen von Einzelpreisen können auf eine undeutliche oder fehlerhafte Ausschreibung hindeuten, bei welcher einzelne Bieter die Leistung oder die Risiken unterschiedlich verstanden haben.
- Sind unwesentliche Leistungen billig und Hauptleistungen (wenige Positionen betreffend) teuer angeboten, kann dies auf eine Quasi-Pauschalierung der Leistung durch den Bieter hindeuten.
- Preisliche Abweichungen bei einzelnen Positionen nach unten, sowie bei anderen, substituierbaren Positionen, nach oben, können auf spekulative Angebote (Mengenspekulation) hindeuten.

4.3.2.2 Richtwerte aus Preislisten, Literatur und Preisdatenbanken als Maßstab der Preisangemessenheit

Vergibt der Auftraggeber häufig gleiche oder ähnliche Aufträge, so können eigene Preisdatenbanken, die Preise aus vorangegangenen Projekten für bestimmte Leistungen enthalten, für die Preisangemessenheitsprüfung angebracht sein. Dabei ist jedoch zu beachten, dass vertragliche und technische Randbedingungen zwischen den Vergleichsobjekten möglichst übereinstimmen sollten.²⁶ Besonders im Baubereich werden sich Aufträge nur bedingt miteinander vergleichen lassen, da zum Beispiel etwa die technischen Randbedingungen von Projekt zu Projekt verschieden sind.²⁷ Fehlende Vergleichbarkeit kann sich aus folgenden Gründen ergeben²⁸:

- Markteinflüsse, Preisniveau, Zielsetzung der Bieter,
- unterschiedliche Gegebenheiten bzgl der Leistungserbringung,
- unterschiedliche Vertragsverhältnisse, wie Risikoübernahmen und Zahlungszielen,
- Plausibilität der ausgeschriebenen Mengen,
- Unterschiede in den zu erbringende Mengen,
- unterschiedlicher Geräteeinsatz und Produktionsverfahren,
- unterschiedliche Umlageverfahren bei der Preisbildung.

Sollten Preislisten existieren, können diese Anhaltewerte liefern, sollten aber zur Preisangemessenheitsbeurteilung jedenfalls mit Bedacht herangezogen werden. So enthalten bspw Materialpreise aus Preislisten von Materiallieferanten keine Rabatte bzw Sonderkonditionen. Diese sind mit hoher Wahrscheinlichkeit von Unternehmen zu Unternehmen verschieden und können in beträchtlicher Höhe liegen.

Eigene Kalkulation des Auftraggebers

Besitzt der Auftraggeber bauwirtschaftliche Kompetenz oder hat er die Möglichkeit Fachpersonal für kalkulatorische Überlegungen bzgl des Auftrags zu beauftragen, kann eine Musterkalkulation in Verbindung mit einer vernünftigen Massenermittlung, durchaus ein Instrument darstellen, die Rückschlüsse auf die Preisangemessenheit eingehender Angebote geben können. Sowohl auf Einzelpreisebene als auch in Hinblick auf Gesamtpreise.²⁹

²⁶ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 20.

²⁷ W. Oberndorfer, H. Schwarz; Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen; 2001; in ZVB 5/01; S 148.

²⁸ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 20.

²⁹ M. Vogler; Das Bundesvergabegesetz 2006; 2009; Diplomarbeit; Technische Universität Wien; S 92.

4.4 Ergebnis der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung § 137 Abs (2)

Wie bereits erwähnt, gilt es im Zuge der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung die angebotenen Preise auf Angemessenheit zu überprüfen. Zeigen sich bei den zu überprüfenden Preisen im Verhältnis zu den gesetzten Maßstäben Auffälligkeiten, so kann ein scheinbar unangemessener Preis vorliegen. Der Gesetzesgeber erachtete es nun für nötig, bestimmte Fälle scheinbarer Unangemessenheit besonders hervorzuheben. Diese drei Fälle sind nach § 137 Abs (2) BVergG 2018:

1. Ein im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis.
2. Zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen.
3. Sonstige begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise.

4.4.1 Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis

Der erste Tatbestand, der durch eine allgemeine Preisangemessenheitsprüfung festgestellt werden kann, ist der ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis. Nach dem BVergG 2018 ist zu prüfen, ob im Verhältnis zum angemessenen Preis der Leistung ein Angebot mit einem ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis vorliegt.³⁰

Eine Frage, die gestellt werden kann ist, ob unter dem Tatbestand „begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise“ auch ein scheinbar unangemessen niedriger Gesamtpreis fällt. Aus Sicht des Verfassers, ersetzt der ungewöhnlich niedrige Gesamtpreis den scheinbar unangemessen niedrigen Gesamtpreis. Auch mit Blick auf die Ausführungen von Kropik, zeigt sich, dass unter Abs (2) Z 3 bzgl des Gesamtpreis nur mehr scheinbar unangemessen *hohe* Gesamtpreise fallen.³¹

Wenn auf die Rsp geblickt wird, zeigt sich, dass bzgl niedriger Gesamtpreise Uneinigkeit herrscht bzw wenig Wert auf die Zuordnung gelegt wird. Häufig wird nur ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis qualifiziert (E43), teilweise findet eine Zuordnung zu beiden Tatbeständen statt (E44) oder es werden bloß begründete Zweifel an der Preisangemessenheit gesehen (45):³²

E43: Ein ca. 16 % unter dem aufgrund der Musterkalkulation ermittelten Preis liegendes Angebot eines Bieters weist daher im Hinblick auf die bisherige Judikatur der Nachprüfungsbehörden und des Verwaltungsgerichtshofes einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf, der von der Auftraggeberin hinsichtlich seiner Preisangemessenheit überprüft werden muss. (VGW 02.06.2014, VGW-123/072/10239/2014)

E44: Im Anlassfall war der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis rund 37% günstiger als der geschätzte Auftragswert und signifikant günstiger als die Angebotspreise der nächstgereihten Bieter, sodass die Antragsgegnerin gemäß § 125 Abs. 3 Z 1 und Z 3 BVergG 2006 zu einer vertieften Angebotsprüfung sogar verpflichtet war. (VGW 17.07.2014, VGW-123/077/26442/2014)

³⁰ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 65.

³¹ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 85.

³² Weitere Erkenntnisse mit entsprechender Zuordnung werden in Kapitel 4.5.1 dargestellt.

E45: Wie die Antragsteller in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz richtigerweise darlegen, liegt die Kostenschätzung des Auftraggebers und das Angebot der Antragsteller weit über dem seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Gesamtpreis. Zweifel an der Preisangemessenheit im Sinne des § 125 Abs. 3 BVergG lagen somit evident vor. (BVwG 31.07.2018, W123 2196006-2)

Eine weitere Frage, die bei Blick auf die Ausführungen zum ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis von Kropik auftauchen kann ist, ob durch die bisherige Prüfung überhaupt bereits ein „ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis“ qualifiziert wird. So sieht er davon ab, bereits einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis zu sprechen und verwendet für das Prüfungsergebnis der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung den Begriff des „unverhältnismäßig niedrigen Gesamtpreises“.³³ Der VwGH scheint aber jedenfalls davon auszugehen, dass als Prüfungsergebnis der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung bereits ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann. Als Beispiel soll folgende hg Erkenntnis wiedergegeben werden:³⁴

E46: Dass im Verhandlungsverfahren für die Beurteilung der Frage, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis gemäß § 125 Abs. 3 Z. 1 BVergG 2006 vorliegt, auch ein Vergleich der im Verhandlungsverfahren angebotenen Gesamtpreise zulässig ist, ergibt sich schon aus der Natur dieses Verfahrens:

Mit Blick auf die Vergaberichtlinie zeigt sich, dass dort in einem ersten Prüfungsschritt von „ungewöhnlich niedrig erscheinenden“ Preisen ausgegangen wird. Erst nach einer Rücksprache mit dem Bieter und einer Bewertung dessen beigebrachter Unterlagen kann ein „ungewöhnlich niedriges Angebot“ abschließend festgestellt werden.³⁵ Nach den Vergaberichtlinien muss also im ersten Schritt eine Annahme getroffen und in einem zweiten Prüfungsschritt aufgeklärt werden, ob die Annahme zur Tatsache wird oder zu verwerfen ist. Nach dem Gesetzestext des BVergG 2018 und der Ansicht des VwGH wird im ersten Prüfungsschritt bereits ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis festgestellt und nicht nur angenommen. Im zweiten Prüfungsschritt gilt es diese Feststellung zu bestätigen oder zu verwerfen. Mag es für den Prüfverlauf keinen Unterschied machen, so entspricht es nicht der Logik, dass zuerst eine Feststellung getroffen wird und diese erst anschließend hinterfragt wird. Einen gleichen Verlauf sieht das BVergG 2018 bei Einheitspreisen in wesentlichen Positionen vor. Nur bei der Auffangregelung nach § 137 Abs (2) Z 3 BVergG 2018 wird von „begründeten Zweifeln“ gesprochen und somit die Annahme der Tatsache vorangestellt.

Vor diesem Hintergrund scheint klar zu werden, warum Kropik ausführt, dass nach der allgemeinen Prüfung noch kein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis endgültig festgestellt wird, sondern bloß die Möglichkeit des Vorliegens eines ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises besteht.³⁶ Ob es sich nicht nur um eine Möglichkeit handelt, gilt es sodann in der vertieften Angebotsprüfung aufzuklären.

Wie nach Literatur und Judikatur ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis zu qualifizieren ist, wird in Kapitel 4.5.1 aufgezeigt.

4.4.2 Zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen

Als nächstes werden vom BVergG 2018 (scheinbar) unangemessene Einheitspreise in wesentlichen Positionen explizit erfasst. So verpflichten zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen

³³ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 64 bis 75.

³⁴ Weitere hg Erkenntnisse dazu finden sich unter Kapitel 4.5.1

³⁵ Artikel 69; VergabeRL 2014/24/EU.

³⁶ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 74.

Positionen den Auftraggeber zur vertieften Angebotsprüfung.

Die vorliegende Regelung zielt vorwiegend darauf ab, spekulative Absichten des Bieters zu vermeiden oder Lohn- und Sozialdumping zu identifizieren.³⁷ Spekulationen wirken sich meist im Gesamtpreis nicht dahingehend aus, dass dieser ungewöhnlich niedrig ist. So kann dem Auftraggeber ein Angebot erst spekulativ erscheinen, wenn die Einheitspreise untersucht werden.³⁸

Wie bereits erwähnt, wurde in § 79 Abs (4) BVergG 2006 noch vorgesehen, dass der Auftraggeber wesentliche Positionen in der Ausschreibung festlegen kann. Im BVergG 2018 findet sich bemerkenswerterweise keine solche Bestimmung mehr. Auch im restlichen BVergG 2018 finden sich keine weiteren Hinweise darauf, ob weiterhin wesentliche Positionen vorab festgelegt werden können bzw welche Kriterien für eine Position erfüllt werden müssen, damit diese als wesentliche Position gilt (siehe dazu noch Kapitel 5.4).

Eine konkrete Auseinandersetzung mit der Beurteilung von Einheitspreisen findet in Kapitel 4.5.3 statt.

4.4.3 Zweifel an der Angemessenheit von Preisen

Mit dem letzten Tatbestand werden alle restlichen Fälle von scheinbar unangemessenen Preisen aufgefangen. Ergeben sich nach der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung § 137 Abs (1) BVergG 2018 irgendwelche Zweifel, an der Preisangemessenheit, die nicht bereits über Abs (2) Z 1 und Z 2 abgedeckt sind, muss eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt werden.

Mit Blick auf die Tatbestände „ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis“ und dem Tatbestand „zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen“ gilt es zu überlegen, warum überhaupt noch der gegenständliche Tatbestand im BVergG vorgesehen ist.

Zweifel an der Gesamtpreisangemessenheit nach unten schienen bereits durch die Regelung zu ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreisen ersetzt. Nach oben sorgt einerseits der Wettbewerb dafür, dass Überpreise nicht für den Zuschlag in Betracht kommen, andererseits hätte der Auftraggeber bei Überpreisen ohnehin das Recht, das Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn die Preise nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln.³⁹ Dazu auch der BVwG:

E47: Eine Überschreitung der marktüblichen Preise um 20 % (OGH 3. 2. 2000, 2 Ob 20/00f), der Schätzkosten um 24 % (UVS OÖ 13. 10. 2006, VwSen-550288), 30 % (VKS Wien 2. 2. 2012, VKS-11555/11) oder 39,8 % (BVA 4. 2. 2013, N/0117-BVA/14/2013-34) rechtfertigen den Widerruf der Ausschreibung. Auch bei nicht sorgfältiger Kostenschätzung kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren widerrufen, wenn die Angebotspreise die Schätzkosten bei Weitem überschreiten (BVA 21. 4. 2009, N/0108-BVA/07/2009-26). (BVwG 30.04.2014, W187 2005633-1)

Der Zugang über begründete Zweifel an der Preisangemessenheit zur vertieften Angebotsprüfung wird deutlich sichtbar, wenn auf Einheitspreise geblickt wird. Wie bereits erwähnt lautet die Rechtsprechung des EuGH, dass die Prüfmöglichkeit des Auftraggebers nicht auf wesentliche

³⁷ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 74.

³⁸ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 32 und 33.

³⁹ Erläuterungen zur Regierungsvorlage des BVergG 2018. 69 BlgNR 26, S.160.

Positionen beschränkt werden darf.⁴⁰ Über den Auffangtatbestand soll ein Auftraggeber auch die Möglichkeit haben, nicht wesentliche Positionen in die vertiefte Angebotsprüfung miteinzubeziehen.⁴¹

Kropik führt außerdem an, dass über den Auffangtatbestand Fälle in die vertiefte Angebotsprüfung übergeleitet werden können, bei denen einerseits Zweifel am ausgewogenen Verhältnis der Preisanteile bestehen (insb die Anteile Lohn und Sonstiges) oder andererseits Fälle bei denen die Marktmechanismen bezweifelt werden.⁴²

Zusammenfassend dient der Auffangtatbestand § 137 Abs (2) Z 3 also dazu, folgende Fälle in eine vertiefte Angebotsprüfung zu überführen:

- Scheinbar zu hohe Gesamtpreise.
- Scheinbar zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise.
- Preise mit einem scheinbar unausgewogenen Verhältnis der Preisanteile.
- Sonstige Zweifel an den Marktmechanismen.

4.5 Preisbeurteilung iSd allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung

Nach der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung ist der Maßstab auf Gesamtpreisebene durch die Kostenermittlung des Auftraggebers bzw die Gesamtpreise der Bieter gesetzt. Auf Einzelpreisebene können Preisspiegel, Preisdatenbanken oder Richtwerte herangezogen werden, um Auskunft über die Preisangemessenheit zu gewinnen.

In diesem Kapitel wird darauf eingegangen, wie nach Ansicht von Literatur und Judikatur die Instrumente in der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung einzusetzen sind, bzw wie die Beurteilung der Einzel- und Gesamtpreise durchzuführen ist.

4.5.1 Beurteilung der Gesamtpreisangemessenheit

Durch die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung muss in Hinblick auf Gesamtpreise vor allem gewährleistet werden, dass kein ungewöhnlich (unverhältnismäßiger) niedriger Gesamtpreis vorliegt.⁴³

Ein Blick auf den Gesetzestext zeigt, dass vergleichbare Erfahrungswerte *und* sonst vorliegende Unterlagen als Maßstab für die Preisangemessenheit herangezogen werden sollten. In der Praxis wird der Maßstab für die Beurteilung des Gesamtpreises häufig durch die Auftragswert-schätzung und den Gesamtpreisen der Mitbieter gesetzt.

Kropik weist nun darauf hin, dass ein alleiniger Vergleich des Gesamtpreises des Angebots

⁴⁰Erläuterungen zur Regierungsvorlage des BVerfG 2018; 69 BldNR 26; S 153; mit Verweis auf EuGH Rs C-568/13, Data Medical Services.

⁴¹H. Küchli; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2014 in Schwartz; § 125 RZ 17; mit Verweis auf VwGH 28.09.2011, 2007/04/010.

⁴²A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 85.

⁴³A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 26.

mit einer Auftragswertschätzungen nicht ohne weiteres für die Beurteilung der Preisangemessenheit herangezogen werden sollte, besonders dann nicht, wenn die angewandte Berechnungsmethode große Abweichungen vermuten lässt.⁴⁴

Ob ein alleiniger Gesamtpreisvergleich der Bieter ausreicht um auf die Preisangemessenheit zu schließen, scheint in der Literatur ebenfalls bezweifelt zu werden. So äußert sich Wohlgemuth kritisch dazu, wenn er schreibt, dass ein Nivellieren der Angebote im Wettbewerb stehender Bieter durch Vergleiche untereinander gerade das Gegenteil von Wettbewerb ist.⁴⁵

Auch Kropik sieht eine abschließende Qualifikation als Unterangebot ausschließlich durch einen Angebotspreisvergleich als fehl am Platz, da es nicht der vergebenden Stelle obliegt, einen Preiswettbewerb zu verhindern. Darüber hinaus würde ein Ausscheiden zufolge eines bloßen Angebotspreisvergleichs das Sachlichkeitsgebot verletzen.⁴⁶ Bezüglich der Qualifizierung eines ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises hält er fest, dass sowohl die Gesamtpreise der Mitbewerber als auch der geschätzte Auftragswert für die Beurteilung heranzuziehen sind.⁴⁷

Bestätigt wurde Kropik in der hg Rsp des VwGH und in erstinstanzlichen Entscheidungen:

E48: Die Voraussetzung des ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises ist in § 125 Abs. 3 Z. 1 BVerG 2006 angeführt. Ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. In der Literatur werden folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) (vgl. Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006- Kommentar (2009) Rz. 28 zu § 125). (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011, 22.05.2012, 2009/04/0187)

E49: Ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung der Auftraggeberin sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote (Hinweis E vom 22. Juni 2011, 2011/04/0011). Ausgehend davon kommt es nicht allein darauf an, ob der Angebotspreis der Zuschlagsempfängerin weit unter dem aus den Angeboten anderer Bieter errechneten Durchschnittspreis gelegen ist. Es ist aber zuzugestehen, dass der Vergleich der Gesamtpreise der einzelnen Angebote Rückschlüsse auf die Wettbewerbssituation und damit auf die jeweils relevanten Marktverhältnisse geben kann. (vgl. § 125 Abs. 2 BVerG 2006; in diesem Sinn auch A. Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, a.a.O., Rz. 13 zu § 125). Daneben ist bei der gebotenen Überprüfung des Gesamtpreises auch die Kostenermittlung durch die Auftraggeberin (vgl. § 13 Abs. 3 BVerG 2006) in Betracht zu ziehen. (VwGH 22.05.2012, 2009/04/0187)

E50: Ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis gem. § 268 Abs. 2 Z. 1 BVerG 2006 vorliegt, ergibt sich im Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. (...) Aufgrund der Erfahrung und Marktkenntnis der Auftraggeberin besteht kein Zweifel daran, dass die Auftraggeberin in der Lage war, den Auftragswert richtig einzuschätzen. Der Gesamtpreis des Angebotes der XXXX weicht nur

⁴⁴ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 12.

⁴⁵ M. Wohlgemuth; Die vergaberechtliche Preisangemessenheit von Bauleistungen; 2008; in ÖGEBAU; S 503.

⁴⁶ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 15.

⁴⁷ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 67.

gering vom geschätzten Auftragswert ab. Der Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote ergibt eine tolerierbare Abweichung. (...) Eine vertiefte Angebotsprüfung war daher nicht erforderlich. (BVwG 25.04.2018, W134 2187887-2)

Wenn nun die Beurteilung eines ungewöhnlich niedriger Gesamtpreises betrachtet wird, scheint ein großer Teil der erstinstanzlichen Rsp (siehe unten) in eine falsche Richtung zu gehen und die bestehende VwGH falsch bzw unvollständig aufzunehmen. Aus den VwGH Erkenntnissen (E48, E49) geht eindeutig hervor, dass jedenfalls eine Überprüfung durch *Kombination* aus Gesamtpreisvergleich und Vergleich mit Kostenermittlung vorzunehmen ist, um einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis zu qualifizieren bzw Zweifel an der Gesamtpreisangemessenheit festzustellen. Auch Kropik, auf den der VwGH Bezug nimmt, hält eindeutig fest, dass erst über eine Kombination der Instrumente eine Aussage über den Gesamtpreis getroffen werden sollte.⁴⁸

Oppel schreibt ebenfalls zur allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung und über die Gesamtpreisbeurteilung. Ihm kann aber nicht gefolgt werden, wenn er Bezug auf Kropik nimmt und anführt, dass einerseits eine Kombination der Beurteilungsmaßstäbe für die Prüfung notwendig ist, aber andererseits bei bloßen Auffälligkeiten im Angebotspreisvergleich bereits eine vertiefte Angebotsprüfung stattzufinden hat.⁴⁹

Die Zweifel an der Angemessenheit des Gesamtpreises ergeben sich daraus, dass dieser deutlich niedriger ist als die Kostenschätzung des AG und die Gesamtpreise der anderen Angebote. In der Literatur wird für das Vorliegen einer groben Abweichung, die eine vertiefte Angebotsprüfung erforderlich macht, ein Wert ab etwa 15 %, gerechnet zum Mittelwert der zwei bis vier nächstteureren Angebote, angegeben.

Ähnlich auch Gruber G und Gruber T, wenn sie sich auf die angeführte Rsp des VwGH berufen, aber angeben, dass der Maßstab für ein ungewöhnlich niedriges Angebot bloß durch Kostenermittlung oder Gesamtpreise der Mitbewerber gesetzt werden kann.⁵⁰

Ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des AG sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. Beide Vergleiche geben einen Überblick, ob ein unverhältnismäßig niedriger Gesamtpreis vorliegen könnte. Ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis liegt bereits dann vor, wenn die Differenz zwischen der Kostenermittlung des AG bzw der Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote über 15 % ("grobe Abweichung") beträgt.

Elsner erwähnt, dass in Literatur und in der Rsp teilweise die Erkenntnis (E48) des VwGH falsch aufgenommen wird. Es sind nicht alleine die Gesamtpreise der Mitbieter maßgebend, sondern auch die Auftragswertschätzung des AG soll in die Beurteilung einfließen.⁵¹

Auch im Wortlaut des Gesetzestextes ist aus Sicht des Verfassers eindeutig vorgegeben, dass Erfahrungswerte *und* relevante Marktverhältnisse in die Prüfung einzubeziehen sind. Wiederholt werden soll, dass die Kostenermittlung meistens nur auf Erfahrungswerten basiert, da der tatsächlich relevante Markt erst mit dem entsprechenden Vergabeverfahrensbeginn entsteht und eine Anpassung der Auftragswertschätzung an eingelangten Angeboten zu hinterfragen ist.

⁴⁸ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 28.

⁴⁹ A. Oppel; Preisangemessenheitsprüfung; 2013; in ZVB 6/13; S 262.

⁵⁰ G. Gruber, T. Gruber; Wann ist eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen?; 2016; in ZVB 2/16; S 60.

⁵¹ B. Elsner; Die vergaberechtliche Angebotsprüfung zur Beurteilung des angemessenen Preises; 2018; in Gallistel/Oswald/Raab/Szkopecz/Wallner; S 148.

Wenn nun nach Ansicht des VwGH beide Maßstäbe für die Beurteilung heranzuziehen sind, wären folgende erstinstanzlichen Erkenntnisse in Frage zu stellen. Diese sehen den Maßstab für die Gesamtpreisangemessenheit eindeutig nur durch ein Instrument gesetzt (die Höhe der Abweichungen soll an dieser Stelle unkommentiert bleiben und wird erst im nächsten Kapitel behandelt):

E51: Da es somit bei allen 3 gegenständlichen Losen - soweit relevant - lediglich zu geringen Abweichungen (bis 5%) bei der Preisdifferenz des erstgereihten zum zweitgereihten Angebot und zu tolerierbaren Abweichungen (bis 15%) bei der Preisdifferenz des erstgereihten zum siebent- bzw. zehntgereihten Angebot gekommen ist, enthalten die Angebote der beiden präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerinnen keine ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreise. (BVwG 17.04.2019, W134 2214311-2)

E52: Nach Lehre und Judikatur ist für die Beantwortung der Frage, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, auch ein Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote zulässig (siehe A. Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg.] Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar § 125 Rz 28; VwGH 30.04.2008, 2006/04/0065). Die Auftraggeberin hat im Zuge der Prüfung der Angebote insbesondere auch einen Preisspiegel der vier vorangereichten Bieter erstellt, aus dem ersichtlich ist, dass der Abstand zwischen erstgereihtem Angebot (= präsumtive Zuschlagsempfängerin) und zweitgereihtem Bieter lediglich 3,23% beträgt. Der Abstand zum drittgereihten beträgt 5,54% und sogar der Abstand zum viertgereihten Angebot (= jenes der Antragsteller) liegt bei einem (vergleichsweise) geringfügigen Prozentsatz von 8,98%. (BVwG 10.04.2019, W123 2214305-2)

E53: Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist dann eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen, wenn sich aus der Gegenüberstellung einzelner Preise oder Preisgruppen mit den Angeboten der Mitbewerber oder mit den Erfahrungen des Auftraggebers am allgemeinen Markt große Differenzen ergeben. Dabei sind insbesondere auch große Preisdifferenzen bei einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses zu beachten, da dies einen Hinweis auf einen spekulativen Preis geben kann. (BVwG 17.08.2016, W149 2126179-2)⁵²

E54: Der geschätzte Auftragswert betrug Euro 1,956.044 ohne USt. Das billigste Angebot hat einen Angebotspreis von Euro 1,297.949,48 ohne USt. Er macht somit nur 66 % des geschätzten Auftragswerts aus. Damit weist das Angebot im Lichte der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis iSd § 125 Abs 3 Z 1 BVergG auf. (BVwG 24.04.2015, W187 2101270-2)

E55: Im vorliegenden Vergabeverfahren liegen die Angebotspreise zwischen dem billigsten und dem teuersten Bieter derart weit auseinander (vgl. Feststellungen), dass der Auftraggeber jedenfalls angehalten gewesen wäre, die Preisplausibilität der einzelnen Angebote zu überprüfen. Bereits die Differenz zwischen dem zweitbilligsten Angebot (= präsumtive Zuschlagsempfängerin) und dem preislich nächstgereihten Angebot beträgt ca. 300 %. Der Auftraggeber hätte - angesichts der fundamental auseinanderdriftenden Angebotspreise - jedenfalls schriftlich festhalten müssen, warum keine begründeten Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestanden haben. (BVwG 19.12.2014, W123 2013963-2)

E56: Der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liegt deutlich unter dem Ge-

⁵²Mit Verweis auf VKS Wien 23.07.2009, VKS-5506/09.

samtpreis der zweitgereihten Antragsstellerin und aller danach gereihten Bieter. Die Differenz beträgt mehr als ein Drittel. In concreto liegt das zweitgereichte Angebot der Antragstellerin rund 59% über dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, (...). (VGW 22.07.2019, VGW-123/046/7416/2019)

E57: Die Antragstellerin lag mit einem preislichen Abstand von 22,29% (Gesamtpreis) an zweiter Stelle. Ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis liegt bereits dann vor, wenn die Differenz zwischen der Kostenermittlung des Auftraggebers bzw. dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote über 15 % (grobe Abweichung) beträgt (Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 125 RZ 28). Die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung liegt nicht im Ermessen des Auftraggebers. (LVwG Stmk 21.06.2016, LVwG 44.16-364/2016)

E58: Angesichts des angebotenen Preises und des Preisabstandes zur Kostenschätzung von ca 26% ist die Notwendigkeit einer vertieften Angebotsprüfung anzunehmen (UVS OÖ 10.07.2007, VwSen-550343/17/Wim/Jo)⁵³

E59: Begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen liegen jedenfalls dann vor, wenn zwischen dem billigsten und dem teuersten Angebot mehr als 100% Preisdifferenz besteht. (BVA 20.06.2006, N/0032-BVA12/2006-19)

E60: Ein Angebot ist überhöht und damit nicht preisangemessen, wenn der Preisunterschied gegenüber der Kostenschätzung 30% beträgt. (B-VKK 27.11.2003, S-18/03 und BVA 07.04.2005, 06N-04/05-31)⁵⁴

Wird eine VwGH Entscheidung zum Preisauf- und Preisabschlagverfahren ins Auge gefasst, scheint die Kostenermittlung in Form einer Musterkalkulation eine besondere Bedeutung als Prüfungsinstrument zu erlangen und als alleiniger Maßstab auszureichen:

E61: Bei einer Ausschreibung nach dem Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren gemäß § 20 Z. 26 BVergG bietet sich für die Prüfung gemäß § 93 Abs. 1 BVergG primär der Vergleich mit den in der Ausschreibung enthaltenen - im gegenständlichen Fall sachverständig ermittelten - Bezugspreisen an. (VwGH 30.04.2008, 2006/04/0065)

Bzgl einem Verhandlungsverfahren entschied der VwGH dahingehend, dass auch die bloße Heranziehung von Angebotspreisen desselben Bieters zur Beurteilung des Gesamtpreises angebracht ist.⁵⁵

E62: Da die Preisangemessenheit - wie oben ausgeführt - immer in Bezug auf die „ausgeschriebenen“ Leistungen geprüft werden muss (vgl. die obzitierten hg. Erkenntnisse vom 5. November 2010 und vom 25. Jänner 2011), ist es im Verhandlungsverfahren daher durchaus zulässig, anhand der unverändert gebliebenen Zuschlagskriterien und anhand der Änderungen des Leistungsinhaltes im Verhandlungsverfahren zu beurteilen, ob auf Grund einer im Verhandlungsverfahren erfolgten ungewöhnlich hohen Preisreduktion im Letztangebot ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegt. Eine Preisreduktion des Angebotspreises im last and best offer gegenüber dem vorangegangenen Zweitangebot von ca 60% verpflichtet zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung aufgrund eines ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises. (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011)

⁵³ P. Rindler; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2010; in Gast; § 125 RZ 33.

⁵⁴ P. Rindler; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2010; in Gast; § 125 RZ 39.

⁵⁵ Der VwGH weist in der Entscheidung aber explizit darauf hin, dass dies stets in Relation zur vorgenommenen Änderung des Leistung zu setzen ist.

4.5.2 Bandbreite der Gesamtpreisangemessenheit

Bis jetzt wurde die Höhe der Abweichungen in den Vergleichen außer Acht gelassen. Einleitend wurde bereits erwähnt, dass ein exakter Wert der Abweichung nicht festlegbar ist und nur eine Bandbreite einer zulässigen Abweichung angegeben werden kann. Auch die Bandbreite selbst ist wiederum nach oben und unten nicht klar festlegbar.⁵⁶

Aus den Erläuterung zur Regierungsvorlage geht hervor, dass es Sache des Auftraggebers ist, wie die Ungewöhnlichkeitsschwelle für ein „ungewöhnlich niedriges Angebot“ zu errechnen bzw wo sie wertmäßig anzusetzen ist. Weiters wird angeführt, dass dies etwa über einen maximalen Differenzprozentsatz (zB 10%) im Vergleich zum zweitgereihten Bieter vorgenommen werden kann.⁵⁷

Kropik hält fest, dass Abweichung vom geschätzten Auftragswert bis 15% tolerierbar sind. Eine Abweichung des Gesamtpreises vom geschätzten Auftragswert von über 15% kann als grobe Abweichung bezeichnet werden kann. Solche Abweichungen bedürfen weiterer Analysen. Unter Umständen sollte auch die eigene Kostenermittlung kontrolliert werden.⁵⁸

Auffällige Abweichungen vom Mittelwert der Gesamtpreise der Mitbewerber sieht Kropik ebenfalls ab 15% gegeben. Darunter sind die Abweichungen wieder als tolerierbar anzusehen. Zu beachten ist, dass für diese relative Differenz jedenfalls nur die ernsthaften Gesamtpreise der Mitbieter in Betracht gezogen werden. Gehen die Abweichungen über 15% hinaus, so sind weitere Untersuchungen notwendig.⁵⁹

Wird der in Frage stehende Gesamtpreis wie es der VwGH (E48, E49) vorsieht nun über eine Kombination aus Gesamtpreisvergleich und Vergleich mit der Kostenermittlung beurteilt, so liefert Kropik eine Matrix, über die das Preisniveau beurteilt werden kann. Für die Beurteilung fließt die Abweichung des billigsten Gesamtpreises zum geschätzten Auftragswert und die Abweichung des billigsten Gesamtpreises zum Mittelwert der zwei bis fünf nächstteureren Angebote ein.⁶⁰ Eine Abweichung von über 15% im bloßen Vergleich mit den Gesamtpreisen der Mitbewerber oder der Auftragsschätzung alleine führt nicht dazu, dass bereits von einem ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis ausgegangen werden muss. Liegt der in Frage stehende Gesamtpreis über der Auftragswertschätzung, jedoch deutlich unter dem Durchschnittsgesamtpreis, so stützt die Auftragswertschätzung die Angemessenheit des Preises.⁶¹

Oppel führt an, dass die Schwäche einer solchen relativen Beurteilung darin liegen kann, dass sowohl der geschätzte Auftragswert als auch die Angebote anderer Bieter ebenfalls zu niedrig sein können und ein fixer Prozentsatz, der für Straßenbauarbeiten gut geeignet ist, nicht zwangsläufig auch für Unternehmensberatungsleistungen passen muss.⁶²

Folgend soll aktuelle Rsp wiedergegeben werden, aus der hervorgeht, ab welcher Abweichung die Gerichte eine vertiefte Angebotsprüfung als notwendig erachten:

⁵⁶ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 13.

⁵⁷ Erläuterungen zur Regierungsvorlage des BVergG 2018; 69 BlgNR 26; S 153.

⁵⁸ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 68.

⁵⁹ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 69.

⁶⁰ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 68.

⁶¹ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 72.

⁶² A. Oppel; Es ist Sache des öff AG, die Methode zur Identifizierung ungewöhnlich niedriger Angebote festzulegen; 2018; in ZVB 6/18; S 273.

E63: Wie die Antragsteller in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz richtigerweise darlegen, liegt die Kostenschätzung des Auftraggebers (400.000 EUR) und das Angebot der Antragsteller (298.518 EUR) weit über dem seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Gesamtpreis (142.047 EUR). Zweifel an der Preisangemessenheit im Sinne des § 125 Abs. 3 BVergG lagen somit evident vor. (BVwG 31.07.2018, W123 2196006-2)

E64: Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass der Gesamtpreis des Angebotes der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin rund 40% unter der Kostenermittlung der Auftraggeberin, 12% unter dem Gesamtpreis der zweitgereihten Antragstellerin und 15% unter dem Mittelwert der Angebotspreise liegt. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote, ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann (etwa VwGH 22.05.2012, 2009/94/0187). Unter den aufgezeigten Umständen ist die Auftraggeberin folglich aufgrund der Preisdifferenz zu ihrer Kostenschätzung zu Recht davon ausgegangen, eine vertiefte Angebotsprüfung vornehmen zu müssen. (BVwG 23.08.2017, W139 2158106-2)

E65: Im gegenständlichen Fall beträgt der geschätzte Auftragswert ohne USt Euro 5.682.000. Der Gesamtpreis ohne USt im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beträgt Euro 3.955.809,92. Sowohl die Gesamtpreise der Antragstellerin als auch der weiteren zwei Bieter liegen über dem geschätzten Auftragswert. Da somit bereits der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ca. 30 % unter dem geschätzten Auftragswert liegt handelt es sich um eine grobe Abweichung im Sinne des oben genannten VwGH Erkenntnisses, weshalb die Auftraggeberin zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 268 BVergG 2006 verpflichtet gewesen wäre. (BVwG 08.08.2017, W134 2163019-2)

E66: Angesichts des im Sachverhalt wiedergegebenen großen Preisunterschieds zwischen dem Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin von Euro 187.470 ohne USt und dem Angebot der zweitgereihten Antragstellerin von Euro 364.000 ohne USt sowie dem geschätzten Auftragswert von Euro 298.352 ohne USt jeweils für ein Jahr war die Auftraggeberin daher verpflichtet, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. (BVwG 13.05.2016, W187 2123993-2)

E67: Wenn nach Kropik bereits bei einer Abweichung des Gesamtpreises zwischen erst- und zweitgereihtem Angebot von über 15% eine vertiefte Angebotsprüfung notwendig ist, dann trifft dies umso mehr auf den gegenständlich zu beurteilenden Sachverhalt zu, in welchem der Angebotspreis der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung den geschätzten Auftragswert sowie den Gesamtpreis der Antragstellerin um ca 30% überschreitet. (BVwG 28.09.2015, W123 2112845-2)

E68: Im Anlassfall war der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis rund 37% günstiger als der geschätzte Auftragswert und signifikant günstiger als die Angebotspreise der nächstgereihten Bieter, sodass die Antragsgegnerin gemäß § 125 Abs. 3 Z 1 und Z 3 BVergG 2006 zu einer vertieften Angebotsprüfung sogar verpflichtet war. (VGW 17.07.2014, VGW-123/077/26442/2014)

Die hier zitierte Rsp (E62 - E68) zeigt, dass bei Fällen in denen eine vertiefte Angebotsprüfung eingeleitet wird, oft eine beträchtliche Abweichung zu Auftragswertschätzung und Gesamtpreisen

der Mitbieter vorliegt. Um eine zulässige Bandbreite finden zu können soll auch auf die Fälle geblickt werden, wo keine vertiefte Angebotsprüfung eingeleitet werden musste:

E69: Weicht der Angebotspreis eines Angebots bloß um 6,7% vom Angebotspreis des zweitgereihten Bieters ab, ist eine vertiefte Angebotsprüfung nicht verpflichtend. (VfGH B1211/01, RPA 2003,342)

E70: Da es somit bei allen 3 gegenständlichen Losen - soweit relevant - lediglich zu geringen Abweichungen (bis 5%) bei der Preisdifferenz des erstgereihten zum zweitgereihten Angebot und zu tolerierbaren Abweichungen (bis 15%) bei der Preisdifferenz des erstgereihten zum siebent- bzw. zehntgereihten Angebot gekommen ist, enthalten die Angebote der beiden präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerinnen keine ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreise. (BVwG 17.04.2019, W134 2214311-2)⁶³

E71: Bei einem Vergleich der Angebote betragen die Abweichungen in allen Vergleichen weniger als 15%, im Großteil der Fälle weniger als 10%. Daraus ergibt sich, dass keine Zweifel an den Preisen im Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung entstanden sind und die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Die Auftraggeberin war daher nicht verpflichtet, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. (BVwG 02.12.2016, W187 2137295-2)

E72: Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beträgt Euro XXX (exkl. USt). Der Angebotspreis der Antragstellerin beträgt Euro XXX (exkl. USt). Die zwischen den beiden Angebotspreisen bestehende Differenz von Euro 2,314.123,09 oder 10,2% ist, gemessen an der Höhe des vom Auftraggeber geschätzten Auftragsvolumens von Euro 32,7 Mio und der durchaus gestreuten Staffelung der Preise der insgesamt vorliegenden 11 konkurrierenden Angebote mit Preisdifferenzen bis zu maximal 31,7%, als nicht auffallend einzustufen. Ein Anlassfall zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung iSd § 268 Abs. 2 BVergG lag somit gar nicht vor. (BVA 12.09.2008, N/0105-BVA/02/2008-24)⁶⁴

E73: Dieser Bestimmung ist eindeutig zu entnehmen, dass der Auftraggeber erst dann zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet ist, wenn der Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint. Nach dem Inhalt der Vergabeakten war die Antragsgegnerin zu einer derartigen vertieften Angebotsprüfung nicht veranlasst. Allein die Tatsache, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen im vorangegangenen Verfahren einen Angebotspreis von Euro 242.942,25 angeboten hat, im gegenständlichen Verfahren jedoch sein Angebot einen um 27 % geringeren Preis enthält, begründet noch nicht die Verpflichtung des Auftraggebers zu einer vertieften Angebotsprüfung. Beim angemessenen Preis handelt es sich um eine Bandbreite, innerhalb derer sich ein für den Auftraggeber im Sinne der Vergabevorschriften anzunehmender Preis bewegt. Aus den Vergabeakten, insbesondere der Angebotsprüfung, ist eindeutig ersichtlich, dass das Angebot der *** innerhalb einer Bandbreite von 20% zu den internen Kostenschätzungen der Auftraggeberin liegt. Der Preisabstand zum Angebot der Antragstellerin liegt bei rund 15%. (VKS Wien 09.07.2004, VKS-4610/04)⁶⁵

Die Erkenntnisse des VfGH (E69), des BVwG (E70, E71) und des BVA (E72) bestätigen, dass nach einem bloßen Gesamtpreisvergleich die Preisangemessenheit nicht zwingend bezweifelt

⁶³Die Preisdifferenz des erstgereihten zum zweitgereihten Angebot betrug in den 3 Losen: 3,36%, 4,98% und 0,65%.

⁶⁴Im gegenständlichen Fall war die Antragstellerin zweitgereiht.

⁶⁵Im gegenständlichen Fall war die Antragstellerin zweitgereiht.

werden muss. Eine Abweichung von 6,7% des erstgereihten Angebots zum zweitgereihten Angebot verpflichtet jedenfalls nicht zu einer vertieften Angebotsprüfung. Die Rsp des VKS (E73) in Verbindung mit den Fällen in denen eine vertiefte Angebotsprüfung eingeleitet wurde (E62 - E68) zeigt, dass eine Bandbreite für angemessene Preise bei einer Abweichung von 15 - 20% zur Kostenschätzung sowie einer Abweichung von 15 - 20% zu dem Angebotspreis des zweitgereihten Bieters liegen könnte. Anzumerken ist aber, dass zu wenige Fälle im kritischen Bereich gefunden wurden, um die Bandbreite tatsächlich auf dieses Niveau einschränken zu können.

Hinsichtlich des Preisauf- und Preisabschlagverfahren wurde bereits festgehalten, dass der Kostenermittlung höhere Aussagekraft unterstellt werden kann. Mit Blick auf die Abweichungen zeigt sich:

E74: Ein mehr als 20% unter dem aufgrund der Musterkalkulation ermittelten Preis liegendes Angebot eines Bieters weist daher im Hinblick auf die bisherige Judikatur der Nachprüfungsbehörden und des Verwaltungsgerichtshofes einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf, der von der Auftraggeberin hinsichtlich seiner Preisangemessenheit überprüft werden muss. (VGW 02.06.2014, VGW-123/072/10276/2014)

E75: Ein ca. 16% unter dem aufgrund der Musterkalkulation ermittelten Preis liegendes Angebot eines Bieters weist daher im Hinblick auf die bisherige Judikatur der Nachprüfungsbehörden und des Verwaltungsgerichtshofes einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf, der von der Auftraggeberin hinsichtlich seiner Preisangemessenheit überprüft werden muss. (VGW 02.06.2014, VGW-123/072/10239/2014)

Zusammenfassend kann zur Beurteilung des Gesamtpreises festgehalten werden, dass es nicht klar ist, ob für die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung sowohl Kostenermittlung als auch die Gesamtpreise der Mitbieter als Maßstab heranzuziehen sind oder bereits ein Instrument ausreicht. Die Situation scheint zu sein, dass bei höheren Abweichungen (vgl Werte in E51 - E60) in einem Vergleich, bereits von einem scheinbar unangemessenen Gesamtpreis ausgegangen wird, ohne den zweiten Maßstab in Betracht zu ziehen. Bestehen geringere Abweichungen, werden beide Maßstäbe herangezogen. Werden beide Instrumente verwendet zeigt sich, dass Bedenken aufkommen sollten, wenn die Abweichungen⁶⁶ zu beiden Maßstäben größer als 15% sind (vgl Werte in E63 - E68, E73).

Beim Preisauf- bzw Preisabschlagverfahren kommt der Kostenermittlung (Musterkalkulation) eine größere Bedeutung zu (E61). Bei einer Abweichung des infrage stehenden Angebots zur Musterkalkulation größer 15% soll eine vertiefte Angebotsprüfung eingeleitet werden (E74, E75).

4.5.3 Beurteilung der Einzelpreisangemessenheit

Wesentliches Prüfungsinstrument auf Einzelpreisebene ist der Preisspiegel. Kropik hält dazu fest, dass es mithilfe des Preisspiegels möglich wäre, eine Preisprüfung im Sinne einer Plausibilitätsprüfung durchzuführen. Der Preisspiegel lässt es aber nicht zu eine Aussage über direkt zuordenbare Kosten zu treffen. Daher ist eine Preisspiegelanalyse nur für den ersten Schritt der Preisprüfung aussagekräftig.⁶⁷ Hinzu kommt, dass der Preisspiegel ein rein mathematisches Werkzeug ist und ein Ausscheiden, das zufolge einem solchen Werkzeug vorgenommen wird, ist nicht mit der unionsweiten Rsp vereinbar ist.⁶⁸

⁶⁶ Abweichung zur Kostenschätzung und zum zweitgereihten Angebot.

⁶⁷ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 47.

⁶⁸ D. Deutschmann, S. Heid; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer; § 137 RZ 5.

Gölles führt dazu an, dass weder eine bloße Betrachtung der Preise über den Preisspiegel noch ein bloßer Vergleich der Preise mit früheren Angebotspreisen ausreicht, um ein ungewöhnliches Missverhältnis auf Einzelpreisebene festzustellen.⁶⁹

Anders aber G. Gruber und T. Gruber, wenn sie schreiben, dass eine vertiefte Angebotsprüfung jedenfalls erforderlich ist, wenn sich bereits bei der Gegenüberstellung einzelner Preise oder Preisgruppen mit den Angeboten der Mitbewerber große Differenzen ergeben.⁷⁰

Auch nach Ansicht des BVwG ist eine bloße Preisspiegelanalyse ausreichend, um scheinbar unangemessene Einzelpreise zu qualifizieren:

E76: Im Vergleich mit der anderen Bieterin gab alleine der Preisspiegel bereits Anlass, die Preise zu hinterfragen, da sie gerade in diesen Positionen deutlich von einander abweichen. Die Auftraggeberin war (...) zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet. (BVwG 28.06.2017, W187 2157457-2)

E77: Schon aufgrund der auffallend niedrigen Preise in den in der Ausscheidensentscheidung genannten Positionen und des hohen Ansatzes des Verkaufswertes für bituminöses Fräsgut in der Position 031620C war die Auftraggeberin daher nicht zuletzt angesichts der Reihung des Angebots der Antragstellerin an erster Stelle nach der Angebotsöffnung zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet. (BVwG 16.04. 2014, W187 2003334-1/25E)

E78: In der vorliegenden Konstellation war der Auftraggeber aufgrund des vergleichsweise hohen Einheitspreises in der als wesentlich gekennzeichneten Position 90 06 02F zu einer entsprechend vertieften Prüfung des Preises nicht nur nicht berechtigt, sondern hierzu auch gemäß § 125 Abs 3 Z 3 BVergG 2006 bei auffälligen Preisen in einer wesentlichen Position verpflichtet. (BVwG 16.04. 2014, W187 2003334-1/25E)

Wenn nun vom VwGH auf Gesamtpreisebene gefordert wird, einen Vergleich mit Mitbewerbern und eigener Kostenermittlung durchzuführen, um einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis zu qualifizieren, ist es nach Ansicht des Autors aber verwunderlich, warum nach dem BVwG auf Einzelpreisebene ein ähnlicher - evtl umfangreicherer - Vergleich unter Mitbewerbern ausreicht, um eine Beurteilung vorzunehmen. So zeigt weitere Rsp des BVwG, dass die Überlegungen auf Gesamtpreisebene auch auf Teilpreise zutreffen:

E79: Jedenfalls dann, wenn der Gesamtpreis des Angebots im Verhältnis zur Kostenschätzung des Auftraggebers und den Preisen der Mitbieter auffallend niedrig ist, muss eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt werden. Diese Überlegung lässt sich auch auf Teilpreise übertragen. (BVwG 01.07.2014, W187 2008224-2)

Konkret stellt der LVwG OÖ die Forderung, dass neben den Einheitspreisen der Mitbieter die eigene Kostenermittlung als Vergleichsbasis herangezogen werden soll:

E80: Nach den maßgeblichen, zitierten Rechtsgrundlagen besteht das Erfordernis der sachkundigen Prüfung der Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durch den

⁶⁹ H. Gölles; Judikaturüberblick zum angemessenen, plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis, dessen Verhältnis zur Leistung nicht ungewöhnlich (niedrig) ist; 2002; in ZVB 49/02. Bestätigt wird Gölles durch Rsp: BVA 16.01.2004, 14N-97/03-58, LVwG NÖ 17.01.2018, LVwG-VG-14/002-2017, uvw.

⁷⁰ G. Gruber, T. Gruber; Angemessenheit und Plausibilität von Angebotspreisen für ÖBA-Leistungen; 2016; in ZVB 11/16.

Auftraggeber unter Berücksichtigung der Kostenschätzung des AG und sämtlicher weiterer Umstände. Maßgeblich sind der geschätzte Auftragswert laut Kostenschätzung der AG im Verhältnis zu den Gesamtpreisen in allen ausgewiesenen Angeboten sowie eine Berücksichtigung der Positionspreise/Einzelpreise in den einzelnen Angeboten der Bieter. (LVwG NÖ 17.01.2018, LVwG-VG-14/002-2017)

Hinsichtlich Preisdatenbanken verweist Gölles auf Rechtssprechung aus Deutschland und führt an, dass ein bloßer Vergleich mit Preisen aus früheren Ausschreibungen nicht ausreicht, um ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung zu dokumentieren.⁷¹

Auch Rindler schreibt, dass es unzulässig ist, die Prüfung der Preisangemessenheit auf einen bloßen Vergleich mit Preisen von in der Vergangenheit gelegten Angeboten zu beschränken.⁷²

So wohl auch nach dem BVwG, wenn festgehalten wird, dass es für die Beurteilung des Preisniveaus nicht ausreicht, isoliert auf einen Vergleich mit der Preisdatenbank zu blicken, auch wenn diese einwandfrei ist:

E81: Eine aus bauwirtschaftlicher und statistischer Sicht korrekt geführte Preisdatenbank auf Basis einer Standardleistungsbeschreibung mit bauwirtschaftlich vernünftig differenzierten Standardpositionen und mit korrekter Valorisierung der Preise stellt eine taugliche, nicht ausschließliche Quelle für die Beurteilung des Preisniveaus auf einem gegebenen Markt dar. (BVwG 30.04.2014, W187 2005633-1)

4.5.4 Bandbreite der Einzelpreisangemessenheit

Bezüglich der Höhe von Abweichungen ab denen begründete Zweifel an der Preisangemessenheit aufkommen sollten, geht aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage hervor, dass eine Ungeöhnlichkeitsschwelle für Preise vom Auftraggeber selbst festgelegt werden muss. Diese könne bei Positions-, Pauschal- oder Regiepreis durch Festlegung eines maximalen Differenzprozentsatzes (zB 15%) zum Mittelwert der entsprechenden Preise eingeführt werden.⁷³

Wie bereits erwähnt, werden bei geringen Abweichungen auf Gesamtpreisebene trotzdem hohe Abweichungen auf Einzelpreisebene vorliegen. Aus Sicht des Autors erscheinen die in den EBRV empfohlenen 15% sehr gering. Kropik weist darauf hin, dass es in der Baubranche durchaus häufig vorkommt, dass sich Abweichungen bei einzelnen Einheitspreisen zum billigsten Einheitspreis von mehr als 100% einstellen können.⁷⁴ Eine Abweichung von einzelnen EHP zum Mittel der EHP aller Bieter (ohne Teuersten und Billigsten in der betreffenden Position) in der Bandbreite von -50% bis +250% kann noch angemessen sein.⁷⁵

Ein Judikaturüberblick bzgl der Höhe von Abweichungen auf Einzelpreisebene zeigt:

E82: Der VwGH hat die Behandlung einer Beschwerde abgelehnt, weil der UVS Stmk im angefochtenen Bescheid mit der Rechtsansicht, dass ein Angebotspreis (Stundenbruttopreis

⁷¹ H. Gölles; Judikaturüberblick zum angemessenen, plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis, dessen Verhältnis zur Leistung nicht ungewöhnlich (niedrig) ist; 2002; in ZVB 49/02. Mit Verweis auf Vergabeüberwachungsausschuss Bund (VÜ 12/98 vom 01.10.1998).

⁷² P. Rindler; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2010; in Gast; § 125 RZ 6. Mit Verweis auf BVA 20.06.2003, 17N-46/03-34.

⁷³ Erläuterungen zur Regierungsvorlage des BVergG 2018; 69 BlgNR 26; S 153.

⁷⁴ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 45.

⁷⁵ A. Kropik, T. Oswald, J. Raab; Vertragsgestaltung und Vergabemanagement - Teil Vergabemanagement; 2019; Skriptum TU Wien; S 64.

iHv EUR 16,62 für Reinigungsleistungen), der bloß um 6,7% vom Angebotspreis des zweitgereihten Bieters, um 7,67% vom Durchschnittspreis und um 7,76% vom Erfahrungswert der Auftraggeberin abwich nicht zur vertieften Angebotsprüfung verpflichtet hat, nicht von der Rsp des VwGH abgewichen ist und keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen hat. (VwGH 10.12.2009, 2009/04/0296-3 - Ablehnungsbeschluss)⁷⁶

E83: Selbst der Stückpreis für Semmeln ist im Angebot, das für den Zuschlag ausgewählt wurde, mit € 0,114 nicht so auffallend unter jenem in den übrigen Angeboten (der Antragsteller etwa hat zum Stückpreis von €0,140 angeboten), dass von einem ungewöhnlich niedrigen Preis gesprochen werden könnte. (VwGH 13.06.2005, 2004/04/0090)⁷⁷

E84: Die Auftraggeberin hat demgegenüber eine vertiefte Angebotsprüfung hinsichtlich der Position 2 1.1.3 gänzlich unterlassen. Dies trotz des Umstandes, dass die Einheitspreise zwischen den beiden Angeboten teilweise um 15% auseinanderliegen (39,50 versus 27,50). Insgesamt beträgt die Preisdifferenz bei dieser Position EUR -121.215,00. Der Senat erachtet die teils gravierenden Differenzen zwischen den angebotenen Einheitspreisen als Umstand, der die Auftraggeberin auch bei der Position 2 1.1.3 verpflichtet hätte, (...) eine verbindliche schriftliche Aufklärung über einzelne Positionen zu verlangen. (BVwG 28.09.2015, W123 2112845-2)

E85: Auch der Mittelpreis kann einen Hinweis auf die Angemessenheit der Preise in einzelnen Positionen geben. Wie der Preisspiegel der Auftraggeberin ergeben hat, weichen sowohl im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin als auch im Angebot der Antragstellerin einige Positionspreise um mehr als 50 % vom Mittelpreis in diesen Positionen ab. Dabei mag es sich um wesentliche Positionen oder andere Positionen handeln. (...) Die Voraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs 3 Z 1, 2 und 3 BVergG liegen somit vor. Die Auftraggeberin hätte daher eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen. (BVwG 24.04.2015, W187 2101270-2)

E86: Begründete Zweifel an der Preisangemessenheit müssen nach Ansicht der Judikatur jedoch auch bei alleiniger Betrachtung von Einzelpreisen aufkommen. Nach dem BVA sind begründeten Zweifel an der Angemessenheit einzelnen Positionspreise jedenfalls angebracht, wenn der kalkulierte Gesamtpreis 40% unter dem rechnerischen Durchschnittsgesamtpreis liegt und auch einzelne Teilpositionen zum zweitbilligsten Angebot um 30% bzw 31% nach unten abweichen bzw zum Durchschnitt um 35% und 48%. (BVA 10N-57/04-34, 03.09.2004)⁷⁸

Festgehalten werden kann, dass eine alleinige Preisspiegelanalyse oft Basis für die Beurteilung der Preisangemessenheit ist. Wie bereits erwähnt, bedarf es aber Klarstellung, warum auf Gesamtpreisebene ein solches Vorgehen nach dem VwGH unzulässig ist, jedoch die Fragestellung auf EHP-Ebene nicht beantwortet bzw die Rsp des VwGH nicht auf EHP-Ebene ausgelegt wird.

Das Ausmaß der Abweichung, ab welcher Zweifel aufkommen müssen, scheint bei EHP noch weniger eindeutig zu sein, als auf Gesamtpreisebene. Im Vergleich zur Beurteilung von Gesamtpreisen findet sich auch deutlich weniger Rsp, die eindeutige zuordenbare Aussagen bzgl EHP trifft. Das BVwG verlangt jedenfalls bereits bei einer 15%-igen Abweichung des in Frage stehenden EHP zum EHP des zweitgereihten eine vertiefte Angebotsprüfung (E84). Damit steht das BVwG mit

⁷⁶ K. Moik, A. Gföhler; BVergG 2018; 2018; § 137 E 55.

⁷⁷ Im gegenständlichen Fall war die Antragstellerin zweitgereiht.

⁷⁸ P. Rindler; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2010; in Gast; § 125 RZ 36.

dem Erkenntnis des VwGH im Widerspruch, dass bei einer relativen Abweichung von rund 19% keine vertiefte Angebotsprüfung für notwendig erachtete (E83). Auch der UVS Stmk hielt fest, dass bei einer 6,7%-igen Abweichung eine vertiefte Angebotsprüfung nicht notwendig ist. In Literatur wird darauf hingewiesen, dass deutlich höhere Abweichungen in der Praxis vorkommen und auch durchaus angemessen sein können.

Zusammenfassend kann zur Beurteilung von Einzelpreisen festgehalten werden, dass weniger Rsp vorliegt als auf Gesamtpreisebene. Der Rsp des VwGH ist lediglich zu entnehmen, dass bei einer bloße Abweichung von rund 19% zum Einheitspreis des Mitbieters keine vertiefte Angebotsprüfung notwendig ist. Ob grundsätzlich eine Beurteilung von Einzelpreisen alleine durch Preisspiegel vorgenommen werden kann oder auch die Kostenermittlung in Betracht gezogen werden muss, lässt sich nicht eindeutig sagen. Hinsichtlich Richtpreisen und Preisdatenbanken lässt sich aber anmerken, dass diese alleine nicht ausreichen, um auf eine scheinbare Unangemessenheit zu schließen.

4.5.4.1 Anteil der Positionen am Gesamtpreis

Einleitend wurde bereits festgehalten, dass sämtliche Preise in den Angeboten für die Preisprüfung relevant sind. Jedoch muss nicht jeder Preis vom AG überprüft werden. An späterer Stelle der vorliegenden Arbeit wird darauf eingegangen, unter welchen Umständen im Zuge der vertieften Angebotsprüfung durch Einzelpreise Ausscheidensgründe verwirklicht werden. Unter anderem sorgt der Anteil der Position am Gesamtpreis für Diskussionsstoff.

An dieser Stelle wird auf Kapitel 5.4 verwiesen, wobei hier erwähnt wird, dass in der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung der Ausgangspunkt für die vertiefte Angebotsprüfung liegt. Werden durch Einzelpreise mit gewissen Anteil am Gesamtpreis Ausscheidenstatbestände verwirklicht, wirkt sich das auch auf den Umfang der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung aus. Die spätere Diskussion ist daher auch auf die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung übertragbar. Werden keine Ausscheidenstatbestände verwirklicht, so könnte der Auftraggeber unbedeutende Positionen im Zuge der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung vernachlässigen. Im Sinne einer Plausibilitätsprüfung wird sich gerade bei umfangreichen Leistungsverzeichnissen die Frage stellen, auf welche Positionen in Hinblick auf die Preisgestaltung besonders Wert zu legen ist bzw welchen Positionen weniger Aufmerksamkeit geschenkt werden kann.

4.5.4.2 Nullpositionen und negative Einheitspreise

Mit Blick auf die Angemessenheit von Einzelpreisen stellt sich auch die Frage, wie mit Nullpositionen (Positionen die einen Einheitspreis von 0 EUR/EH aufweisen) bzw negativen Einheitspreisen (Positionen die einen Einheitspreis von kleiner 0 EUR/EH aufweisen) umgegangen werden soll.

Bei Nullpositionen ist nach Ansicht des VwGH von zweifelhafter Preisangemessenheit auszugehen:

E86: Hat die Bieterin im Leistungsverzeichnis einige nicht als wesentlich gekennzeichnete Positionen mit einem Preis von EUR 0,- angeboten, kann das Angebot nicht bereits deshalb ausgeschlossen werden, sondern ist zu klären, ob diese Positionen wirtschaftlich erklärbar sind. (VwGH 27.06.2007, 2006/04/0106)⁷⁹

⁷⁹ K. Moik, A. Gföhler; BVergG 2018; 2018; § 137 E 47.

E87: Wurden die in der Ausschreibung verlangten Hilfsarbeiter-Regiestunden (einzeln und gesamt) um EUR 0,- angeboten, besteht ein Anlass, Aufklärung über die Angemessenheit der Preise zu verlangen. (VwGH 06.04.2005, 2004/04/0040)⁸⁰

E88: Bereits die auffallend hohe Reduktion dieses Aufschlages bis hin zur Auspreisung mit einem Wert von Euro 0 wie auch ein Vergleich dieser Positionen mit dem für die Zurverfügungstellung der Uniformen von der Antragstellerin angebotenen Preis lassen begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise aufkommen. (BVwG 31.01.2017, W139 2141722-2)

E89: Da die Preisposition betreffend die Alarmaufschaltung beim BG Leopoldstadt bestandfest als eine wesentliche Position festgeschrieben worden war, hatte die BBG bei dem im Angebot ersichtlichen Null - Preis iSd § 125 BVergG 2006 vertieft zu prüfen. (BVwG 09.04.2019, W131 2216444-2)

Auch bei negativen Einheitspreisen ist nach Ansicht der Judikatur grundsätzlich von Zweifeln am Preis auszugehen:

E90: Mit der belangten Behörde ist daher davon auszugehen, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht schon alleine aufgrund des Umstandes auszuschneiden war, dass dieses in fünf Positionen negative Einheitspreise (Minuspreise) enthielt. Vielmehr hatte die belangte Behörde, was im Folgenden näher zu beleuchten sein wird, vertieft zu prüfen, ob die in Rede stehenden negativen Einheitspreise (§ 125 Abs. 3 Z. 2 BVergG 2006) betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind (§ 125 Abs. 4 leg. cit.) und im Falle der Verneinung zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen, die die Ausscheidung des Angebotes der Zuschlagsempfängerin nach sich ziehen hätte müssen (§ 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006). (VwGH 22.06.2011, 2007/04/0076)

E91: Grundsätzlich führen auch negative Einheitspreise nicht schlechthin zum Ausscheiden des Angebots, sondern sind möglicherweise erklärbar (VwGH 22. 6. 2011, 2007/04/0076).

Eine relative klare Einstellung hat der VwGH zu den Extremfällen der negativen Einheitspreise und zu Nullpositionen. So ist bei Nullposition und negativen Einheitspreisen jedenfalls von scheinbar unangemessen Einzelpreisen auszugehen.

4.6 Übergang zur vertieften Angebotsprüfung

Bis jetzt wurde der erste Abschnitt der Preisprüfung, nämlich die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung behandelt. Einmal mehr soll wiederholt werden, dass sich diese Prüfung nach hA im Außenverhältnis zum Bieter abspielt.

Den Zusammenhang von allgemeiner Preisprüfung zur vertieften Angebotsprüfung beschreibt der BVwG wie folgt:

E92: Die Überprüfung (vertiefte Angebotsprüfung) der Preise setzt bei der (scheinbaren) Unangemessenheit eines Preises an.⁸¹ (BVwG 13.03.2015, W139 2016462-2)

Mithilfe der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung lässt sich beurteilen ob Preise angemessen oder scheinbar unangemessen sind. Scheinbar unangemessene Preise iSd BVergG 2018 sind:

⁸⁰ K. Moik, A. Gföhler; BVergG 2018; 2018; § 137 E 49.

⁸¹ „(Vertiefte Angebotsprüfung)“ vom Autor eingefügt.

1. ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis,
2. zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentliche Positionen oder
3. Preise bei denen sonstige begründete Zweifel an der Preisangemessenheit bestehen.

Die vertiefte Angebotsprüfung muss sodann in einem kontradiktorischen Verfahren stattfinden.⁸² Das heißt, dass der öffentliche AG zunächst vom Bieter Aufklärung über die Preise verlangen muss. Das Verfahren ist erst dann abgeschlossen, wenn entweder die Auffälligkeit trotz klarer und bestimmter - erforderlichenfalls auch mehrfacher - Nachfrage nicht aufgeklärt werden kann oder die Ursache für die preisliche Auffälligkeit gefunden wird.⁸³

⁸²VwGH 29.03.2006, 2003/04/0181.

⁸³S. Dillinger, A. Oettel; Das neue BVergG 2018; 2018; S 354 RZ 6.94.

Kapitel 5

Vertiefte Angebotsprüfung

Wird ein Grund aus § 137 Abs (2) BVergG 2018 durch das Angebot des Bieters erfüllt, so muss eine vertiefte Angebotsprüfung nach § 137 Abs (3) BVergG 2018 durchgeführt werden. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss überprüft werden, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind.

5.1 Preisangemessenheit iSd der vertieften Angebotsprüfung

Ein Grundsatz des BVergG ist die Vergabe zu angemessenen Preisen. Durch die gesamte Preisprüfung, also auch die vertiefte Angebotsprüfung muss gewährleistet werden, dass Preise angemessen sind. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung ist der Prüfgegenstand aber nicht die Preisangemessenheit ist, sondern die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit. Deshalb soll erst ein Zusammenhang der beiden Begriffe hergestellt werden.

Diesbezüglich heißt es in Literatur zum BVergG 2006:¹

Gegenstand der vertieften Angebotsprüfung ist die Prüfung der Angemessenheit des Preises durch Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Gesamtpreises sowie der Positions- und Einheitspreise.

In aktueller Literatur zum BVergG 2018 wird ausgeführt:²

Kann eine betriebswirtschaftliche Erklärung für die auffälligen Preise gefunden werden, so ist von einem angemessenen Preis auszugehen. Können die Preise betriebswirtschaftlich nicht erklärt werden, so sind sie - auch wenn die Preise nur einzelne Positionen und nicht das gesamte Angebot betreffen - unangemessen.

Auch die Rechtsprechung des BVwG stellt eine Verbindung zwischen Preisangemessenheit und betriebswirtschaftlicher Erklär- und Nachvollziehbarkeit her:

E93: Damit ist es (...) Aufgabe der Auftraggeberin, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen. (BVwG 13.05.2016, W187 2123993-2)

Wird zufolge der allgemeinen Preisvorstellungen des Marktes, die Preisangemessenheit bezweifelt (allgemeine Preisangemessenheitsprüfung), muss auf die individuelle Preisbildung des Unternehmers geblickt werden (vertiefte Angebotsprüfung).³ Dazu auch der VwGH:

¹M. Öhler, J. Schramm; Ausscheiden von Angeboten; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 129 RZ 28.

²D. Deutschmann, S. Heid; Prüfung der Angemessenheit der Preise; in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer; § 137 RZ 15.

³A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 95.

E94: Ziel der vertieften Angebotsprüfung ist die Beurteilung der Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit. (VwGH 16.05.2018, Ra 2017/04/0152)

Nach Kropik gilt es den scheinbar unangemessenen Preis zu erklären, wenn sich ein Unternehmer in zweifelhaftem Preisniveau bewegt. Kann die Preisbildung aus betriebswirtschaftlicher Sicht erklärt und nachvollzogen werden, wird der scheinbar unangemessene Preis zum angemessenen Preis.⁴

Zusammenfassend scheint zu gelten, dass ein betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbarer Preis ein angemessener Preis ist und ein betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbarer Preis ein unangemessener Preis ist.

Um das vollständige Bild der vertieften Angebotsprüfung begreifen zu können, wird an dieser Stelle erwähnt, dass neben der Preisangemessenheit vor allem die Plausibilität der Preise eine wichtige Rolle spielt, da gerade über die Plausibilität des Gesamtpreises entschieden wird, ob das Angebot auszuschneiden ist oder nicht. Um an dieser Stelle nicht zu viele unbestimmte Begriffe miteinander verbinden zu müssen, wird die Behandlung von Gesamtpreisplausibilität bzw Einzelpreisplausibilität an späterer Stelle (Kapitel 5.4) durchgeführt. Zunächst wird auf den Gegenstand der vertieften Angebotsprüfung eingegangen werden.

5.2 Gegenstand der vertieften Angebotsprüfung

Gegenstand der vertieften Angebotsprüfung ist die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preisgestaltung. Außerdem soll im Zuge der vertieften Angebotsprüfung untersucht werden, ob ein Unternehmer die Leistung zu den angebotenen Preisen erbringen kann:

E95: Ziel der vertieften Angebotsprüfung ist die Beurteilung der Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit. (VwGH 16.05.2018, Ra 2017/04/0152)

E96: Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (vgl. VwGH 17.9.2014, 2012/04/0016, mwN). (VwGH 16.05.2018, Ra 2017/04/0152)

Um ein Verständnis für die vorliegende Wortwahl des Gesetzesgebers zu gewinnen, wird auf Literatur und Rsp geblickt, da der Begriff der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit, abhängig von der Sichtweise unterschiedlich sein kann. So ist mit Blick auf die Gewinnmaximierung, welches ein anerkanntes und unternehmerisches Ziel in der Marktwirtschaft darstellt, eine spekulative Gestaltung des Preises durchaus betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar.

Nach Öhler und Schramm sollte der Begriff der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit eng gesehen werden und mit den Grundsätzen eines ordentlichen Unternehmers vereinbar sein. Es ist ein objektiver Maßstab anzulegen und Angebote die auf falschen Preisannahmen basieren oder Angebote die der Bieter irrtümlich zu niedrig (oder zu hoch) kalkuliert hat, sollten als nicht erklär- und nachvollziehbar angesehen werden.⁵

⁴A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 95.

⁵M. Öhler, J. Schramm; *Ausscheiden von Angeboten*; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 129, RZ 29.

Wird Kropik gefolgt, müssen nach der Grundregel der vertieften Angebotsprüfung, die vom Bieter offen gelegten Kalkulationsunterlagen spätestens jedoch die Aufklärung derer bzw die Aufklärung der Preisgestaltung eine betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbare Preisermittlung ergeben. Eine betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbare Preisbildung hat auf betriebswirtschaftlichen Fakten aufzubauen und muss dem Unternehmer grundsätzlich wirtschaftlich auskömmliche Preise garantieren. Wirtschaftlich auskömmliche Preise sind aber nicht mit vollkostendeckenden Preisen gleichzusetzen.⁶

Mit Blick auf die Rsp des VwGH zeigt sich, dass die Maßstäbe für die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit insbesondere im Gesetzestext des BVergG gesetzt werden. Außerdem gibt es weitere Kriterien die für eine betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit sprechen können:

E97: Die Beurteilung der Preisgestaltung ist auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit unter der Beachtung der Kriterien des § 125 Abs. 4 Z 1 bis 3 BVergG 2006 vorzunehmen. Diese Kriterien sind nur deklarativ aufgezählt (vgl. VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0132, mwN). Auf welche Weise das Vorliegen dieser Kriterien zu beurteilen ist, wird im Gesetz nur für die Z 3 ausgeführt, wonach die Aufgliederung der Preise „aus der Erfahrung“ erklärbar sein muss. Es ergibt sich jedoch kein Hinweis, dass die Erklärbarkeit aus der Erfahrung nicht auch bei der Beurteilung des Vorliegens der anderen Kriterien, somit auch jenes gemäß § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG 2006 herangezogen werden kann. (...) Es ist kein vernünftiger Grund zu sehen, warum glaubwürdig dargelegte Erfahrungen bei dieser Prüfung nicht berücksichtigt werden dürfen. (VwGH 16.05.2018, Ra 2017/04/0152)

Aus dieser Entscheidung lässt sich entnehmen, dass die Maßstäbe für die vertiefte Angebotsprüfung bzw die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in § 137 (3) Z 1 bis 3 BVergG definiert sind.⁷ Um die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit festzustellen, soll der Auftraggeber daher insbesondere untersuchen ob:

- im Preis alle direkt zuordenbaren Kosten enthalten sind,
- die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind,
- die Personalkosten in Hinblick auf die Kollektivverträge nachvollziehbar sind,
- der Einheitspreis, Pauschalpreis oder Regiepreis für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringwertigere Leistungen und
- die Aufgliederung der Preise wie gefordert, aus der Erfahrung erklärbar ist.

Wesentlich ist, dass nach der oben angeführten hg Erkenntnis (E97) abweichend zum Gesetzestext die Erklärung des Bieters über die Preisgestaltung in sämtlichen aufgelisteten Kriterien auf Erfahrungen basieren kann und nicht nur bei der Preisauflösung eine Rolle spielt. Außerdem ist die Auflistung der Kriterien nicht abschließend. Gerade die im BVergG aufgezählten Punkte sollten aber ins Auge gefasst werden.

Bevor nun im Detail auf die einzelnen Kriterien eingegangen wird, sollen Kostenbegriffe aus der Betriebswirtschaft näher erläutert werden, da sich die spätere Auslegung der Begriffe aus dem BVergG ansonsten nicht nachvollziehen lassen würde.

⁶ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 91 und 96.

⁷ Dazu auch: D. Deutschmann, S. Heid; Ausscheiden von Angeboten; in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer; § 137 RZ 16.

5.2.1 Kostenbegriffe

Abhängig von der Betrachtungsweise können sich Kosten unterschiedlich verhalten bzw einen anderen Charakter haben. So lassen sich Kosten unter anderem in fixe und variable, direkte und indirekte oder ausgabenwirksame und nicht ausgabenwirksame Kosten einteilen. Die folgende Beschreibung der verschiedenen Kostenbegriffe basiert auf Grimscheid/Motzko⁸ bzw Kropik⁹

Fixe und variable Kosten

Eine Betrachtung von Kosten kann sich auf ihre Struktur beziehen. Die Struktur der Kosten gibt die Abhängigkeit der Gesamtkosten zu einer Kosteneinflussgröße wieder. Typische Betrachtungen sind bspw die Betrachtung der Gesamtkosten bei Beschäftigungs- oder Kapazitätsänderung.

Fixe Kosten sind dadurch gekennzeichnet, dass sie von der Kosteneinflussgröße unabhängig sind. Ändert sich bspw die Beschäftigung bleiben die Kosten konstant.

Sprungfixe Kosten bleiben innerhalb von Intervallen konstant. Wird bspw die Kapazität auf einer Baustelle für den Betoneinbau durch Aufbau einer zusätzlichen Betonpumpe erhöht, steigen die Fixkosten für den Betoneinbau sprunghaft auf ein neues Niveau.

Variable Kosten sind von der Kosteneinflussgröße abhängig. Je nachdem welche Abhängigkeit besteht, können variable Kosten unterschiedliche Verläufe, wie bspw einen progressiven oder degressiven Verlauf, annehmen.

Wesentlich für die spätere Arbeit ist, dass die Struktur von Kosten - also ob die Kosten fix oder variabel sind - eine unveränderliche Eigenschaft von Kosten ist.

Ausgabenwirksame und nicht ausgabenwirksame Kosten

Die Teilung in ausgabenwirksame und nicht ausgabenwirksame Kosten bezieht sich auf den Zusammenhang von Kosten und dem Abfluss von Zahlungsmitteln (Ausgabe) innerhalb einer bestimmten Periode. So können Kosten unmittelbar oder in absehbarer Zukunft zu einer Ausgabe führen (bspw Löhne, Gehälter). Die Ausgabe kann aber auch bereits stattgefunden haben (bspw kalkulatorische Abschreibung) oder die Kosten werden überhaupt nie zur Ausgabe (bspw kalkulatorische Zinsen für das Eigenkapital).

Kosten die innerhalb einer festgelegten Periode zur Ausgabe werden, bezeichnet man als ausgabenwirksame Kosten.

Kosten die innerhalb einer festgelegten Periode nicht zur Ausgabe führen, bezeichnet man als nicht ausgabenwirksame Kosten.

An dieser Stelle notwendig festzuhalten ist, dass ausgabenwirksame bzw nicht ausgabenwirksame Kosten nichts über die Struktur von Kosten aussagen. So können sowohl ausgabenwirksame Kosten als auch nicht ausgabenwirksame Kosten aus fixen und variablen Kostenanteilen bestehen.

Direkte und indirekte Kosten

Eine weitere Unterscheidung von Kosten, die auch die Basis für bauwirtschaftliche Kostenkalkulationen schafft, ist die Unterscheidung in direkte Kosten und indirekte Kosten bzw Einzelkosten

⁸G. Grimscheid, C. Motzko; Kalkulation, Preisbildung und Controlling in der Bauwirtschaft; 2013.

⁹A. Kropik; Baukalkulation und Kostenrechnung; 2016.

und Gemeinkosten.¹⁰ Eine Unterscheidung der Kosten in diese Begriffe, sagt etwas über die Zuordnung von Kosten aus.

Direkte Kosten bzw Einzelkosten sind Kosten, die direkt einem Objekt zugeordnet werden können. Als Objekt können Kostenstelle, Kostenträger oder ein anderes Kalkulationsobjekt in Frage kommen. Kostenträger sind Leistungen denen Kosten zugerechnet werden. Ein Kostenträger kann bspw eine Absatzleistung gegenüber den Kunden, aber auch eine innerbetriebliche Leistung sein. Kostenstellen können Bereiche innerhalb eines Unternehmens sein, in denen Kosten anfallen.

Indirekte Kosten bzw Gemeinkosten sind Kosten, die nicht einzelnen Objekten wie Kostenträgern, Kostenstellen oder anderen Kalkulationsobjekten zuordenbar sind. Diese Gemeinkosten sind unabhängig von der Leistungserstellung den Kostenträgern zuzuordnen. Hinsichtlich Bauleistungen können Gemeinkosten weiter in projektbezogene Gemeinkosten (bspw Baustellengemeinkosten) und unternehmensbezogene Gemeinkosten (bspw Geschäftsgemeinkosten) geteilt werden.

Bezüglich der Kostenstruktur von Einzelkosten und Gemeinkosten ist anzumerken, dass sowohl Einzelkosten als auch Gemeinkosten fixe und variable Kostenbestandteile beinhalten können. Hinsichtlich der Ausgabenwirksamkeit können sowohl Teile der Einzelkosten als auch Teile der Gemeinkosten innerhalb einer gewissen Periode ausgabenwirksam sein.

Außerdem ist es wichtig, dass es abhängig vom einzelnen Unternehmen ist, welche Kosten als Gemeinkosten oder Einzelkosten in Frage kommen. Der Grund dafür ist, dass die Zuordnung von Einzelkosten und Gemeinkosten nicht eindeutig ist und Einzelkosten bzw Gemeinkosten erst in der Kostenrechnung des Unternehmens entstehen. Auf diesen Punkt soll in Folge näher eingegangen werden.

5.2.1.1 Die (Un)eindeutigkeit der direkten bzw indirekten Kosten

Um auf das Thema der Kosten und deren Zuordnung genauer einzugehen, soll anhand der Baustellengemeinkosten aufgezeigt werden, welche Situation sich bei der Zuordnung ergeben kann.

Baustellengemeinkosten, Geschäftsgemeinkosten oder Einzelkosten?

In der allgemeinen Betriebswirtschaftslehre stellen Baustellengemeinkosten, Gemeinkosten der Fertigung dar. Im Wesentlichen sind Baustellengemeinkosten die Bereitschaftskosten für die Produktion der Leistung und bestehen zum Großteil aus Fixkosten.¹¹ Baustellengemeinkosten sind in Hinblick auf den Kostenträger „Absatzleistung“ indirekte Kosten. In Hinblick auf eine Kostenstellenzuordnung sind Baustellengemeinkosten aber direkte Kosten für ein Unternehmen, da sie sich der jeweiligen Baustelle eindeutig zuordnen lassen.

Weiter lassen sich Baustellengemeinkosten in zeitgebundene und einmalige Kosten unterteilen. Die zeitgebundenen Kosten überwiegen in ihrer Gesamtheit meist und sind grundsätzlich von den gewählten Bauverfahren abhängig (bspw Kräne). Die einmaligen Kosten hingegen fallen fallweise an und bestehen zum Großteil aus Kosten für die Baustelleneinrichtung und -räumung.

Einleitend wurde bereits erwähnt, dass grundsätzlich der Unternehmer in seiner Kostenkalkulation frei ist und keine Regeln beachten muss. Wird eine Preisermittlungsnorm vereinbart,

¹⁰Der Begriff Einzelkosten ist ein Synonym für direkte Kosten. Der Begriff Gemeinkosten ein Synonym für indirekte Kosten

¹¹A. Kropik, M. Niebauer; Die Baustellengemeinkosten; in ZVB 4/2012; 2012; S 168.

kann es zu Einschränkungen der Kostenkalkulationsfreiheit kommen. Im Bauwesen bietet aber auch die ÖNORM B2061:1999 dem Unternehmer bezüglich der Zuordnung von Kosten Spielraum. Kropik hält bzgl den Baustellengemeinkosten fest, dass Kosten der Baustellengemeinkosten auch den Geschäftsgemeinkosten und auch den Einzelkosten zugeordnet werden könnten.¹² Mit Blick auf die ÖNORM B2061:1999 soll auf diesen Umstand näher eingegangen werden.

Werden Personalkosten betrachtet, die durch die Bauleitung entstehen, so ergibt sich nach der Definition der ÖNORM B2061:1999 zu Baustellengemeinkosten bzw Geschäftsgemeinkosten bereits keine eindeutige Zuordenbarkeit von Kosten zur jeweiligen Kostenstelle.¹³

3.2 Baustellengemeinkosten

Kosten der Leistungserbringung, die den einzelnen Leistungspositionen nicht unmittelbar zugeordnet werden können. Die Kosten können auf der Baustelle oder auch im Unternehmen anfallen.

3.9 Geschäftsgemeinkosten

fixe und variable Kosten für den allgemeinen Betrieb der Unternehmung, soweit sie nicht einzelnen Bauvorhaben zugeordnet werden können.

In der Regel wird, bei kleineren Baustellen, ein Bauleiter mehrere Baustellen betreuen müssen. Dadurch fallen die Kosten bei mehreren Bauvorhaben an. Ob die Kosten für die Bauleitung nun in Hinblick auf die Kostenstelle „Baustelle“ für den gegenständlichen Auftrag direkt als Baustellengemeinkosten anfallen oder in der Kostenstelle „Büro“ indirekt als Geschäftsgemeinkosten erfasst werden, muss das Unternehmen entscheiden und dementsprechend auch den Aufwand für die Kostenüberlegungen tragen.

Nach Blick auf ältere Judikatur des VKS zum BVergG 2002 wird bestätigt, dass die Unternehmen selbst entscheiden können, ob Kosten als Baustellengemeinkosten oder Geschäftsgemeinkosten erfasst werden (Einschränkung: bei den fraglichen Kosten muss es sich zum Großteil um Fixkosten handeln):

E98: Bestehen Baustellengemeinkosten mehrheitlich aus Fixkosten, können diese je nach Unternehmensphilosophie zu einem Teil entweder in die sogenannten Geschäftsgemeinkosten eingerechnet werden oder in die entsprechenden Positionen der Baustellengemeinkosten. Werden sie vom Bieter in die Baustellengemeinkostenpositionen eingerechnet, dann folgt daraus, dass der Gesamtzuschlag entlastet und der Mittelohnpreis sowie die Materialpreise niedriger werden. (...) Diese Variation in der Kalkulation nach unternehmerischen Überlegungen ist jedenfalls zulässig und widerspricht daher auch nicht der plausiblen Zusammensetzung eines Angebots, zumal die Ausschreibungsbedingungen derartige Kalkulationen auch nicht ausschließen. (VKS Wien 31.05.2006, VKS-1359/06)

Nach Ansicht anderer Rsp scheint eine Umlage der zeitgebundenen Personalkosten, jedoch nur betreffend Aufsichtspersonal und Bauleitung angebracht sein. Die Kosten für das operative Personal müssen in den zeitgebundenen Baustellengemeinkosten enthalten sein, wenn sie ausgeschrieben sind:

E99: Im Lichte der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung bewertet das Gutachten vor allem die zeitgebundenen Baustellengemeinkosten als nicht entsprechend kalkuliert. Hinsichtlich der Aufsicht und technischen Leitung konnte in der mündlichen Verhandlung

¹²A. Kropik; Umlage der Baustellengemeinkosten; in ZVB 10/2012; 2012; S 389.

¹³ÖNORM B2061, 1999-09-01: Preisermittlung für Bauleistungen; S 5 und 6.

eine nachvollziehbare Begründung gegeben werden, so dass die Kalkulation in diesem Punkt betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist. In schlüssiger und nachvollziehbarer Weise führte der Sachverständige jedoch aus, dass bei der Kalkulation der zeitgebundenen Baustellengemeinkosten auch die Fixkosten des operativen Bereichs enthalten sein müssen, die auf das konkrete Baulos entfallen. Sie sind daher im Sinne von § 94 Abs. 3 Z 1 BVergG der Position direkt zuordenbar. Im Angebot der Antragstellerin ist diese Einrechnung jedoch nicht erfolgt, sodass in dieser als wesentlich gekennzeichneten Position der Preis nicht alle direkt zuordenbare Kosten enthält. (BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34)

Neben den Personalkosten, stellt sich weiter auch in Hinblick auf die Geräte, die Frage der Kostenzuordnung. Grundsätzlich werden Geräte in Leistungs- und Vorhaltegeräte unterschieden. Vorhaltegeräte werden nicht einzelnen Leistungen zugeordnet. Sie werden meist zur Erfüllung mehrerer Teilleistungen benötigt. Leistungsgeräte hingegen werden einer konkreten Absatzleistung zugeordnet.

Nach der Definitionen der ÖNORM B2061:1999 gibt es auch bzgl der Zuordnung von Gerätekosten Spielraum. Zu den Gerätekosten der Baustelle unter den Baustellengemeinkosten wird dazu angeführt:¹⁴

5.2 Baustellen-Gemeinkosten

5.2.4 Gerätekosten der Baustelle

Dazu gehören die Kosten für Abschreibung und Verzinsung sowie Instandhaltung (Reparatur) der Geräte, wenn diese Kosten nicht gemäß 5.1 in den Leistungspositionen erfasst sind.

Auch bei Gerätekosten bleibt es also dem Unternehmer überlassen, ob die Kosten als Einzelkosten oder Gemeinkosten berücksichtigt werden. Wird das Gerät nicht als Leistungsgerät direkt bei der Absatzleistung erfasst, soll es als Vorhaltegerät indirekt in den Baustellengemeinkosten berücksichtigt werden.

Außerdem wird aus Sicht des Verfassers auch eine Zuordnung von Gerätekosten in den Geschäftsgemeinkosten unter Umständen sinnvoll und verursachungsgerecht sein. Wird bspw Personal zu Wochenbeginn mit einem PKW zur Baustelle transportiert und am Wochenende wieder abgeholt, während das Fahrzeug unter der Woche unterschiedliche Baustellen mit Materialtransport bedient, wird die unkomplizierteste Berücksichtigung der Gerätekosten in den Geschäftsgemeinkosten sein.

Ein weiterer wesentlicher Punkt zu den Baustellengemeinkosten ist die Umlage derer, wenn keine entsprechenden Positionen ausgeschrieben sind. Nach der ÖNORM B2061:1999 sollten Baustellengemeinkosten in eigenen Positionen erfasst werden. Kropik erkennt in § 97 Abs (3) Z 1 BVergG 2006 eine Bestimmung nach der Baustellengemeinkosten in einzelnen Positionen auszuschreiben sind.¹⁵ Auch im BVergG 2018 findet sich unter § 102 Abs (2) eine sehr ähnliche Bestimmung. Außerdem wird in § 102 Abs (3) BVergG 2018 darauf verwiesen, dass bei der Erstellung von Leistungsverzeichnissen auf ÖNORMen und Standartleistungsbeschreibungen zurückgegriffen werden sollte.

Nach aktueller Rsp zum BVergG 2006, wo es um Fälle geht in denen Baustellengemeinkosten ausgeschrieben sind, zeigt sich für die Zuordnung von Kosten ein anderes Bild. Nach der

¹⁴ÖNORM B2061, 1999-09-01: *Preisermittlung für Bauleistungen*; S 9 und 10.

¹⁵A. Kropik; Umlage der Baustellengemeinkosten; in ZVB 10/2012; 2012; S 389.

Judikatur scheint es der Fall zu sein, dass sobald die Möglichkeit besteht, Kosten in den Baustellengemeinkosten zu erfassen, die Zuordnung der Kosten zu den Baustellengemeinkosten erfolgen muss:

E100: Unstrittig ist daher, dass die Antragstellerin in ihrem Leistungsverzeichnis die Preisannteile Lohn in den zeitgebundenen Kosten der Baustelle und Räumen der Baustelle nicht in den Positionen des Leistungsverzeichnisses der Hauptgruppe 03, 04 und 06 ausgewiesen hat, sondern ausschließlich in den Positionen der HG 02. (...) Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung verschiedener konkreter Leistungspositionen, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zwischen den Leistungspositionen vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist (Vgl. Pesendorfer im Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG § 106 RZ 13; BVA 03.09.2004, 10N-57/04-34, BVA N/0020 - BVA/09/2011-28). Da die Antragstellerin, wie sie selbst angibt, die Positionen der Baustellengemeinkosten (Zeitgebundene Kosten der Baustelle und Räumen der Baustelle) nicht in den HG 03, 04 und 06 ausgewiesen hat, sondern ausschließlich in HG 02, liegt ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor, welches zwingend nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden ist. (BVwG 30.01.2019; W138 2210940-1)

E101: Da die ASt - wie sie selbst angibt - die Baustellengemeinkosten sowie die Verrechnungseinheiten in die Leuchten-Einheitspreise eingerechnet hat, liegt auch ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor, welches zwingend nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden ist. Verstößt die Kalkulation gegen die Vorgaben der Ausschreibungunterlage, ist ein derartiges Angebot auszuschneiden (vgl BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-24). Ein solches Angebot ist sofort und ohne weitere Prüfung einer Behebbarkeit des in der Ausschreibungswidrigkeit liegenden Mangels auszuschneiden. (BVwG 12.12.2017; W131 2173580-2)

E102: Nicht zuletzt soll darauf hingewiesen werden, dass die Antragstellerin gemäß ihrem eigenen Vorbringen bzw. dem Inhalt der vorgelegten K-7 Blättern zu den Leistungspositionen 01 01 08 01 (Tauchpumpen Installation und Betrieb) sowie 05 01 01 02 (Zeitgebundene Kosten der Baustelle) entgegen den eindeutigen Vorgaben im Leistungsverzeichnis nicht sämtliche die Wasserpumpen betreffenden anfallenden Kosten – inklusive der Vorhaltekosten – in der Positionsnummer 01 01 08 01 kalkuliert, sondern die Fixkosten der Wasserhaltung, also die laufende Vorhaltung der Geräte in der Position 05 01 01 02 entsprechend veranschlagte. Dass die Kosten der Vorhaltung der Geräte nach den Ausschreibungsbestimmungen aber ebenfalls in der Positionsnummer 01 01 08 01 anzusetzen gewesen wären, ergibt sich aus dem unmissverständlichen Text des Leistungsverzeichnisses zu dieser Positionsnummer, wo die Installation, das Vorhalten, der Betrieb und der Wiederabbau von mobilen Tauchpumpen angeführt werden. Es liegt daher auch ein Verstoß gegen die Kalkulationsvorschriften in Form einer unzulässigen Kostenverlagerung von Leistungen einer Position in den Einheitspreis einer anderen Position vor (sog. „Mischkalkulation“), was ebenfalls einen zwingenden Ausscheidenstatbestand darstellt (vgl. z.B. BVwG 20.2.2014, W138 2000166-1). (VGW 25.05.2016; VGW-123/062/2355/2016)

E103: Bereits die Überschrift „Zus. Baustellengemeinkosten Winter“ weist darauf hin, dass hierunter gerade jene zusätzlichen Baustellengemeinkosten erfasst werden sollen, die spezifisch mit dem Winterbaubetrieb bzw. dem Winter in Zusammenhang stehen oder durch diesen verursacht werden. (...) Für den erkennenden Senat ist nicht nachvollziehbar, weshalb die mit dem Winterbetrieb in Zusammenhang stehenden Baustellengemeinkosten einschließlich der Betonarbeiten in einer anderen Leistungsposition als jener der Pos. 01 1307150 Z veranschlagt

werden sollten, wird doch gerade im 3. Satz der genannten Position explizit verdeutlicht, dass die Wintererschweris für Betonarbeiten in dieser Position zu kalkulieren ist. Dass sich diese Anlagen fix auf der Baustelle auf Baudauer befinden und somit nicht im Winter montiert und dann wieder demontiert werden - wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 28.1.2008 erläuterte - steht einer Kalkulation der Kosten unter der Position 01 13 07150 Z nicht entgegen. (...) Da die Antragstellerin die Kosten für die „Wintererschweris Beton“ somit unzutreffender Weise in der Grundposition 01 130205A Z anstelle in der Pos. 01 1307150 Z berücksichtigt hat, widerspricht das Angebot somit auch aus diesem Grund den Ausschreibungsbestimmungen (vgl. Pkt. A 10.1.6.1 Teil A der Ausschreibungsunterlagen), weshalb auf das weitere Vorbringen nicht mehr einzugehen war. (BVA 01.02.2008, N/0121-BVA/07/2007-41)

E104: Grundsätzlich sind jene Kosten, die konkreten Leistungen zuordenbar sind (Einzelkosten), getrennt von einmaligen Kosten (Gemeinkosten) auszuschreiben und anzubieten. Wenn die AG in ihrer Ausschreibung diesbezüglich Vorgaben gemacht hat, indem sie eigene Positionen für Baustelleneinkosten vorsieht sowie für Kosten der Sozialeinrichtungen, darf der Bieter nicht wahlweise diese Kosten als Kostenumlage auf die Leistungspositionen kalkulieren. (VKS 20.04.2006, VKS-1035/06)

Wird die angeführte Judikatur (E100 - E104) zur Berücksichtigung von Baustellengemeinkosten betrachtet, so ist das BVergG 2002 u 2006 strenger als die ÖNORM B2061:1999. Dem Unternehmer steht es - sofern Baustellengemeinkosten ausgeschrieben sind - nicht frei, selbst zu wählen, ob Kosten den Einzelkosten, Baustellengemeinkosten oder Geschäftsgemeinkosten zuzuordnen sind. Die Rsp scheint von einer eindeutigen Zuordenbarkeit auszugehen und verlangt, eine Berücksichtigung der Baustellengemeinkosten in den entsprechenden Positionen sofern eine Möglichkeit der Zuordnung besteht.

Mit Blick auf die weiter oben angeführte Rsp des VKS (E98) findet sich auch ein Widerspruch innerhalb der Judikatur. So weist der BVwG (E100) konkret darauf hin, dass zeitgebundene Kosten jedenfalls in den Positionen der Baustellengemeinkosten zu erfassen sind. Daher bleibt es zweifelhaft ob eine Berücksichtigung von dispositiven Personal in den Geschäftsgemeinkosten eine mit dem BVergG konforme Kalkulation ist.

Werden hingegen keine Baustellengemeinkosten ausgeschrieben, müssen sie trotzdem im Angebot berücksichtigt werden. Dies muss durch Umlagen geschehen, andernfalls entgeht dem Unternehmer seine Vergütung. Die ÖNORM B2061:1999 schlägt vier Arten der Umlage vor:¹⁶

1. Umlage der Anteile „Lohn“ und „Sonstiges“ der Baustellen-Gemeinkosten auf die entsprechenden Preisanteile der Einheits- und Pauschalpreise.
2. Umlage der zeitgebundenen Baustellen-Gemeinkosten auf den Preisanteil „Lohn“ der Einheits- und Pauschalpreise; für die restlichen Baustellen-Gemeinkosten existieren eigene Positionen im Leistungsverzeichnis.
3. Umlage aller Baustellen-Gemeinkosten auf den Preisanteil „Lohn“ der Einheits- und Pauschalpreise.
4. Umlage aller Baustellen-Gemeinkosten auf den Mittellohnpreis.

¹⁶ÖNORM B2061, 1999-09-01: Preisermittlung für Bauleistungen; S 12.

Diese Auflistung ist nicht abschließend und auch Mischvarianten sind zulässig. Gerade mit Blick auf die Vergütungssicherheit wird sich aus betriebswirtschaftlicher Sicht anbieten, zeitgebundene Baustellengemeinkosten auf den Baustellenumsatz zu beziehen, die einmaligen Kosten der Baustelleneinrichtung auf zeitlich früh zu erbringende Positionen zu beziehen und die Baustellenräumung auf zeitlich am Ende liegende Positionen umzulegen.¹⁷

Ob nach dem BVergG ein ähnliches Umlageverfahren der Baustellengemeinkosten zulässig ist, kann aufgrund fehlender Judikatur nicht beantwortet werden. Der Mangel an Judikatur könnte darauf zurückzuführen sein, dass das BVergG gewisse Regeln zum Erstellen eines Leistungsverzeichnisses vorgibt und sich daher eine Umlage der Baustellengemeinkosten erübrigt.

Nachdem festgelegt wurde, wie Kostenbegriffe zu verstehen sind und die Situation der Kostenzuordnung erklärt wurde, soll auf den ersten Punkt der vertieften Angebotsprüfung, die direkt zuordenbaren Kosten, geblickt werden.

5.2.2 Direkt zuordenbare Kosten

In Kapitel 3.3 wurde diskutiert inwiefern das BVergG Kalkulationsvorschriften enthält. Als Ergebnis wurde festgehalten, dass im BVergG indirekte Kalkulationsvorschriften vorhanden sind, die von Bieter zu beachten sind, andernfalls kann es zum Ausscheiden kommen. Im Zusammenhang mit den direkt zuordenbaren Kosten nach § 137 Abs (3) Z 1 BVergG 2018 zeigt sich eine erste ausformulierte indirekte Kalkulationsvorschrift im Gesetzestext. In den nächsten Absätzen soll der Zusammenhang von direkt zuordenbaren Kosten mit Begriffen aus der Betriebswirtschaft hergestellt werden.

5.2.2.1 Auslegung der direkt zuordenbaren Kosten iSd BVergG

Mit der Auslegung von direkt zuordenbaren Kosten setzt sich Kropik auseinander. Ausgangspunkt für ihn ist die Teilung der Kosten in direkte und indirekte Kosten. Er hält dazu fest, dass die Zuordnung der Kosten im Detail dem Unternehmer überlassen bleibt und ihren Ursprung in der betrieblichen Kostenrechnung hat.¹⁸ Als Beispiel wie Kosten aufgeteilt werden können führt er vor, wie eine Kreissäge, die auf der Baustelle benötigt wird, einerseits in den „anderen lohngebundenen Kosten“ als Kleingerät erfasst werden kann. Dadurch ergibt sich eine indirekte Berücksichtigung der Kosten für die Kreissäge. Auf der anderen Seite könnte ein Bieter die Kosten für die Kreissäge einer Leistungsposition, bspw. „Holzschalung herstellen“ zuordnen. Damit sind die Kosten für die Kreissäge als Einzelkosten bei der Absatzleistung berücksichtigt.¹⁹ Beide dieser Vorgangsweisen sind üblich.

Neben der Individualität der Kostenzuordnung auf Kostenträgerebene schreibt Kropik, dass auch die Verteilung der Kosten auf die einzelnen Kostenstellen nicht eindeutig ist. Wie ein Unternehmen die Kostenrechnung aufbaut und die Kostenstellen organisiert ist Teil des Wettbewerbs.²⁰ Dieser Umstand wurde bereits im vorherigen Kapitel beschrieben. Noch deutlicher wird die Situation aus Sicht des Verfassers bei Betrachtung eines weiteren Beispiels. Will ein Baukonzern mit großem Verwaltungsapparat einen Auftrag erhalten, so wird es notwendig sein, dass dieser die Kosten aus der Kostenstelle Verwaltung auf so viele Endkostenstellen wie möglich umlegt,

¹⁷ A. Kropik; Umlage der Baustellengemeinkosten; in ZVB 10/2012; 2012; S 389.

¹⁸ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmänn/Thienel; § 125 RZ 41.

¹⁹ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 91 und 96.

²⁰ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 106.

um die Zuschlagssätze für die Verwaltungskosten klein zu halten. Ansonsten wird der Konzern mit hoher Wahrscheinlichkeit im Wettbewerb KMUs ausgeliefert sein.

An dieser Stelle sollte klar werden, warum der Gesetzgeber mit direkt zuordenbaren Kosten nicht direkte Kosten iSd der Betriebswirtschaft meinen kann. Eine Überprüfung, ob alle direkten Kosten, die zuordenbar sind, im Preis der entsprechenden Leistungsposition enthalten sind, scheitert daran, dass die Zuordnung von direkten Kosten in der Kostenrechnung nicht so eindeutig ist wie es scheint. Außerdem würde eine solche Bestimmung den vereinfachenden Charakter der Zuschlagskalkulation in Frage stellen. Um beim oben angeführten Beispiel der Kreissäge zu bleiben, müsste der Bieter, der die Kosten für die Kreissäge als indirekte Kosten auf den Lohn aufschlägt ausgeschieden werden, obwohl die Kosten berücksichtigt sind, aber eben als Gemeinkosten. Wird das Beispiel weiter getrieben, so müssten schließlich auch Kosten der Sicherheitsschuhe in der Kalkulation als Einzelkosten zu finden sein, da auch Sicherheitsschuhe zum Herstellen einer Holzschalung notwendig sind und theoretisch direkt zuordenbar wären, da mit dem Herstellen der Schalung ein Verschleiß der Schuhe einhergeht und Kosten verursacht werden. Scheint eine direkte Zuordnung der Kreissäge noch vorstellbar zu sein, wirkt eine direkte Berücksichtigung der Schuhe kalkulatorisch absurd, da der Verschleiß der durch das Herstellen der Schalung stattfindet praktisch nur mit enormen Aufwand feststellbar ist.

Kropik zeigt den Unterschied der direkt zuordenbaren Kosten des BVergG zu den direkten Kosten der Kostenrechnung konkreter anhand des Wortlaut von § 137 Abs (3) Z 1 BVergG 2018 auf. Dort wird unter anderem gefordert, dass alle direkt zuordenbaren Kapitalkosten im Preis der Leistungsposition berücksichtigt werden. Kapitalkosten sind aber idR überhaupt nicht direkt zu einzelnen Positionen zuordenbar. Aus diesem Grund muss es sich bei direkt zuordenbaren Kosten nach dem BVergG 2018 um etwas anderes handeln, als um direkte Kosten in der Betriebswirtschaftslehre. Er legt den Begriff der direkt zuordenbaren Kosten daher so aus, dass darunter jene Kosten zu verstehen sind, die direkt durch die Produktion der geschuldeten Leistung ausgelöst werden.²¹

Weiter strengt Kropik den Vergleich zwischen den direkt zuordenbaren Kosten nach dem BVergG und den direkt zuordenbaren Kosten nach der ÖNORM A2050:2000 an. In der ÖNORM heißt es zur vertieften Angebotsprüfung, ähnlich zum aktuellen BVergG:²²

Es ist zu prüfen, ob im Preis einer wesentlichen Position alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind. Kalkulatorische Kosten (Abschreibung, Zinsen, Unternehmerlohn) können gegebenenfalls minimiert angeboten werden.

Aus dem Vergleich schließt Kropik, dass bei den direkt zuordenbaren Kosten gerade die kurzfristig ausgabenwirksamen relevant und zu beachten sind. Eine Untergrenze der Kosten würde also bei den kurzfristig ausgabenwirksamen Kosten liegen, die direkt durch die Produktion der Leistung entstehen. Die Deckung dieser Kosten sorgt in Unternehmen für Liquidität und sichert den kurz- und mittelfristigen Bestand des Unternehmens.²³

²¹ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 106.

²² ÖNORM A2050, 2000-03-01: Vergabe von Aufträgen über Leistungen, S 23.

²³ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 41.

Mit der vertieften Angebotsprüfung setzt sich auch Hofstadler auseinander und hält fest, dass „direkte Kosten“ iSd BVerG 2006 ausgabenwirksame direkte Kosten sind, wenn er schreibt:²⁴

Zumindest die "direkten Kosten lt § 125 BVerG sind das die primären ausgabenwirksamen Kosten wie Löhne, Gehälter, Materialien, Gerätereperaturen und Fremdleistungen - sollten abgedeckt sein. Dabei handelt es sich um größtenteils variable Kosten, die auf jeden Fall anfallen und die nicht über andere Leistungen oder Baustellen verdient werden können. Ein Unterpreis liegt regelmäßig unter den variablen Kosten. Der Verzicht des Ansatzes von nicht ausgabenwirksamen Kosten wie Abschreibung und Verzinsung von Geräten, Gemeinkosten (GK) oder Wagnis und Gewinn kann unterbleiben. In anderen Positionen darf man sie nicht einrechnen, das wäre eine Mischpreiskalkulation.

Die beiden angeführten Ansätze, zeigen bereits Widersprüche. Kropik sieht in den direkt zuordenbaren Kosten die Kosten, die direkt durch die beauftragte Leistung entstehen. Aus Sicht des Verfassers können dies sowohl Einzelkosten als auch Gemeinkosten sein. Wird Hofstadler gefolgt, so sind die direkt zuordenbaren Kosten mit ausgabenwirksamen Kosten gleichzusetzen, wobei aus dem angeführten Zitat aber entnommen werden kann, dass Gemeinkosten generell nicht zu berücksichtigen sind. So würde er direkt zuordenbare Kosten mit den ausgabenwirksamen direkten Kosten iSd Betriebswirtschaft gleichsetzen.

Im Zuge der Literaturrecherche wurden keine weiteren Erklärungsansätze zu direkt zuordenbaren Kosten, gefunden. Anders als Kropik und Hofstadler scheinen viele Autoren die Auslegung der direkt zuordenbaren Kosten zu überspringen und sich gleich mit dem Thema der Kostendeckung auseinander setzen.

5.2.2.2 Kostendeckung

Dass in der Literatur mehr zum Thema Kostendeckung zu finden ist, scheint daher zu kommen, dass in gerichtlichen Prozessen häufig die Frage auftaucht, ob Angebote bzw Einheitspreise denn „kostendeckend“ sind.²⁵ Welche Kosten (variable Kosten, direkte Kosten, direkt zuordenbare Kosten oder ausgabenwirksame Kosten) gedeckt sein müssen, scheint aber unklar zu sein.

Die Problematik der Kostendeckung entsteht dadurch, dass Unternehmer einerseits mittel- und langfristig keine Preise anbieten können, welche die Kosten nicht decken. Andererseits wird in einem funktionierenden Markt mit ausreichend Konkurrenz ein Preis weit über den Vollkosten nicht wettbewerbsfähig sein.²⁶

Öhler und Schramm beziehen sich auf den Gesetztestext zur vertieften Angebotsprüfung und geben an, dass das BVerG höchstens eine Deckung der direkt zuordenbaren Kosten kennt, jedoch auch die Deckung derer unter Umständen nicht gegeben sein muss. Welchen betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff sie unter direkt zuordenbaren Kosten verstehen ist aus vorliegender Literatur jedoch nicht erkennbar.²⁷

Dillinger und Ooppel gehen grundsätzlich davon aus, dass Angebote, die die Vollkosten nicht decken, grundsätzlich ausgeschlossen werden müssen. Durch betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Erklärungen können diese aber als zulässig bewertet werden. Eine Erklärung für den

²⁴ C. Hofstadler; Vertiefte Angebotsprüfung - Einheitspreisvertrag (Teil I); 2017; in ZVB 5/17; S 6.

²⁵ Vgl dazu bspw: BVA 02.03.2004, 03N-1/04/33; 13.06.2008, N/0052-BVA/06/2008-50, N/0052-BVA/06/2008-50.

²⁶ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 95.

²⁷ M. Öhler, J. Schramm; Ausscheiden von Angeboten; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 129 RZ 36.

niedrigen Preis die darauf beruht, dass teilkostendeckend kalkuliert wird, scheint in ihren Augen akzeptabel zu sein.²⁸ Welche Teilkostenrechnung nach Dillinger und Oppel aber genau als Erklärung herangezogen werden kann, ist nicht eindeutig zu erkennen.

Bezüglich einer Untergrenze der Kosten wurde bereits darauf hingewiesen, dass Kropik eine Untergrenze bei den kurzfristig ausgabenwirksamen, direkt durch die Produktion der Leistung entstandenen, Kosten sieht.²⁹

Auch Elsner, schreibt, dass sich die Kostendeckung auf die ausgabenwirksamen Kosten beschränken kann.³⁰

Nach Hofstadler scheint eine Untergrenze bei den primären ausgabenwirksamen Kosten zu liegen, wobei er, wie bereits erwähnt, nur die direkten Kosten als ausgabenwirksam ins Auge fasst und die ausgabenwirksamen Gemeinkosten ausklammert.³¹

Anders Wolkerstorfer wenn er anführt, dass das BVergG eine Untergrenze in der Deckung der variablen Kosten und der Erwirtschaftung eines Deckungsbeitrags kennt.³²

Mit Blick auf die Judikatur zeigt sich, dass die Vollkosten unterschritten werden können, wobei aber fraglich bleibt, welche Teilkosten genau zu decken sind:

E105: Aufgrund der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, RZ 123, wurden alle vom Bieter anzuführenden Angebotsbestandteile als wesentliche Positionen festgelegt. Die vertiefte Angebotsprüfung des Angebotes der Antragstellerin ergab richtigerweise, dass in den „Positionen mit negativen Deckungsbeiträgen“ nicht alle direkt zuordenbaren Personal-, Material- und Gerätekosten eingerechnet worden sind und sich daher Preise mit negativen Deckungsbeiträgen ergeben. Dies wird auch von der Antragstellerin nicht bestritten und wird - neben dem Gutachten der Auftraggeberinnen - auch durch das von der Antragstellerin in Auftrag gegebene Gutachten von Diplom-Ingenieur Kropik vom 07.09.2016 (siehe insbesondere die Tabelle auf Seite 6) bestätigt. Dies gilt für alle 5 Lose, da die Einheitspreise im Angebot der Antragstellerin bei allen 5 Losen in den „Positionen mit negativen Deckungsbeiträgen“ gleich sind. Die Preise im Angebot der Antragstellerin in den wesentlichen „Positionen mit negativen Deckungsbeiträgen“ der Lose 1-5 sind daher betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar. (BVwG 26.09.2016, W134 2133404-2)³³

E106: Nach den Feststellungen des Sachverständigen sind die ermittelten Kostenbestandteile (Geschäftsgemeinkosten und Zentralregie im Mittel, Abschreibung im Mittel, überkollektivvertraglicher Mehrlohn, Gewinn) wesentlich höher als der angebotene Nachlass im Angebot der präz.ZE im Ausmaß von € ***,-. Der Sachverständige hielt fest, dass der nichtausgabenwirksame Anteil der Geschäftsgemeinkosten, der überkollektivvertragliche Mehrlohn, die Abschreibung sowie der Gewinn den gewährten Nachlass decken. (...) Auf Grund des

²⁸ S. Dillinger, A. Oppel; Das neue BVergG 2018; 2018; S 351 bis 354.

²⁹ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 110 und 111.

³⁰ B. Elsner; Die vergaberechtliche Angebotsprüfung zur Beurteilung des angemessenen Preises; 2018; in Gallistel/Oswald/Raab/Szkopecz/Wallner; S 152.

³¹ C. Hofstadler; Vertiefte Angebotsprüfung - Einheitspreisvertrag (Teil I); 2017; in ZVB 5/17; S 6.

³² H. Wolkerstorfer; Preisprüfung lt BVergG 2006 im Kontext zur ÖNORM B2061; 2008; in ÖGEBAU; S 602.

³³ In Verbindung mit A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 114 wird ersichtlich, dass im gegenständlichen Fall bei den Deckungsbeiträgen um die Deckung der direkten Kosten iSd der Betriebswirtschaftslehre geht.

Inhaltes von Befund und Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen sah das erkennende Gericht selbst unter Zugrundlegung der ergänzenden Ausführungen des ASTV hinsichtlich Vollkostenkalkulation, Synergieeffekte und der Geräte- und Kapitalkostenkalkulation keinen Anlass, die Richtigkeit, Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit dieses Gutachtens in Frage zu stellen. (LVwG NÖ 17.01.2018, LVwG-VG-12/002-2017)

E107: Die Antragstellerin weist schließlich unter Berufung auf Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG², § 129 Rz 32, darauf hin, dass es den Bietern freistehe, ihre Geschäftsgemeinkosten mit der Ausführung anderer Aufträge zu verdienen. Es sei deshalb auf Grund dieser Kalkulationsfreiheit der Bieter nicht zulässig, von der Antragstellerin den rechnerischen Nachweis zu verlangen, dass der Kalkulationsfehler durch die Geschäftsgemeinkosten auf Lohn und Material abgedeckt wird. Aus dieser Argumentation ist für die Antragstellerin nach Ansicht des Senates insoweit nichts gewonnen, als damit ein Angebotspreis, der nicht einmal die ausgabenwirksamen Kosten deckt, nicht erklärt werden kann. (VGW 17.07.2014, VGW-123/077/26442/2014)

E108: Nach Ansicht des Senats musste die ASt zumindest diese ausgabenwirksamen (variablen) Kosten in Rechnung stellen. Dies ist darin begründet, dass diese Kosten aufgrund der Leistungserbringung anfallen und die Verrechnung zumindest der ausgabenwirksamen Kosten die preisliche Untergrenze bildet, zu der ein seriöser Unternehmer die Leistung allenfalls noch erbringen kann. Eine Leistungserbringung unter diesem Preis wäre für den Unternehmer bereits mit einem Verlust verbunden. (VGW 17.07.2014, VGW-123/077/26442/2014)

E109: Die vertiefte Angebotsprüfung muss ergeben, dass die vom AG vorgegebenen wesentlichen Positionen alle nach der Zuschlagskalkulation direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten. Weiters müssen bei diesen Positionen die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sein. Dh, dass die vom AG vorgegebenen wesentlichen Positionen die variablen Kosten enthalten und daher kostendeckend sein müssen. Vom AG ist vor allem das kalkulatorische Wagnis nicht zu beurteilen. (UVS OÖ 12.02.2007, VwSen-550313/15/Kü/Hu, VwSen-550315/11/Kü/Hu, VwSen-550316/7/Kü/Hu)

E110: Die K7-Blätter sind nachvollziehbar, wenn die variablen Kostenbestandteile nachvollziehbar kalkuliert worden sind und weiters der Kollektivvertrag weder bei Gewerbe noch bei Industrie unterschritten wurde. (BVA 07.09.2007, N/0026-VA/03/2007-60)

Wie in Literatur so auch in Judikatur findet sich keine eindeutige Linie bzgl der direkt zuordenbaren Kosten und der Kostendeckung. So wird teilweise eine Deckung der direkten Kosten iSd Betriebswirtschaft gefordert (E105) oder es wird verlangt, die variablen Kosten zu decken (E109, E110). In anderen Fällen wird eine Deckung der ausgabenwirksamen Kosten als notwendig erachtet (E106, E107) bzw Liquidität gefordert. Teilweise werden auch Kostenbegriffe als Synonyme gebraucht, die in Wirklichkeit keine sind (E108).

Prinzipiell ist aber festzuhalten, dass grundsätzlich eine Unterschreitung der Vollkosten aus betriebswirtschaftlichen Überlegungen zulässig ist und die Richtung dahin zu gehen scheint, dass eine Deckung der ausgabenwirksamen Kosten notwendig ist. Sowohl in Literatur als auch in Judikatur wird im Zusammenhang mit Kostendeckung mehrheitlich darauf verwiesen.

Wie bereits erwähnt zeigt sich in Literatur aber noch Uneinigkeit bzgl weiterer Unterschreitung der ausgabenwirksamen Kosten. So sieht Kropik eine Deckung der *ausgabenwirksamen*

Kosten, die direkt durch die geschuldete Leistung entstanden sind als notwendig an, während Hofstadler die Deckung der *ausgabenwirksamen direkten Kosten iSd Betriebswirtschaft* zu fordern scheint. Aus der Rsp E105 - E107 und dem dazugehörigen Sachverhalt geht hervor, dass für eine allfällige Kostenuntergrenze die ausgabenwirksamen Einzelkosten und die ausgabenwirksamen Gemeinkosten zu berücksichtigen sind.

5.2.2.3 Besondere Gründe für niedrige Preise

Mit Blick auf verschiedene Erklärungen des niedrigen Preises soll weiter untersucht werden, ob nach der Judikatur eine Unterschreitung der Vollkosten gerechtfertigt ist und wie weit eine Unterschreitung zulässig ist.

Markterschließung und Referenzprojekte

Das BVA hält fest, dass zu Markterweiterungszwecken bzw zur Erhöhung von Marktanteilen prinzipiell ein Preis unter den Selbstkosten zulässig ist:

E111: Auch eine unter den Selbstkosten erfolgte Kalkulation von Angebotspreisen kann eine Erklärung für ungewöhnlich niedrige bzw unangemessene Angebotspreise sein, wenn dies beispielsweise zur Eroberung eines neuen Marktes oder zur Erweiterung von Marktanteilen erfolgt. (BVA 03.09.2004, 10N-57/04-34)

Weiter verweist das BVA darauf, dass wegen Markterschließungszwecken mit dem angebotenen Preisen auch variable Kosten unterschritten werden können:

E112: Eine fehlende Abdeckung der variablen Kosten kann zu Markterschließungszwecken (bei Verneinung einer sittenwidrigen Kampfpfeisunterbietung iSd § 1 UWG) erklärlich sein. (BVA 01.06.2006, N/0028-BVA/05/2006-66)

Anders aber der VKS, wenn Liquidität auch im Hinblick auf Markteinführungsüberlegungen bzw Referenzprojekten gefordert wird:

E113: Selbst nicht kostendeckende Angebotspreise können aus Markteinführungsüberlegungen oder wegen großen Interesses an der Erlangung von Referenzprojekten oder zur Auslastung eines Unternehmens erklärbar sein, wobei jedoch eine Gefährdung der Liquidität des Unternehmens durch den ungewöhnlich niedrigen Preis nicht gegeben sein darf, weil dies im Widerspruch zum Gebot der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit der Preise stünde. (VKS Wien 22.02.2007, VKS-38/07; 07.11.2003, VKS-8242/03)

In Hinblick auf Referenzprojekte bzw Markterschließung ist es also fraglich, wo die untere Preisgrenze liegt. Einerseits wird Liquidität (E113) gefordert, andererseits können aber auch variable Kosten unterschritten werden, womit auch die Liquidität nicht mehr gegeben sein muss (E112).

Synergieeffekte

Hinsichtlich Synergieeffekten, wird eine Vollkostenunterschreitung als zulässig erachtet und die untere Preisgrenze von aktueller Rsp klar bei der Liquiditätsgefährdung bzw der Deckung der ausgabewirksamen Kosten gesehen:

E114: Die Auftraggeberin hat von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin eine verbindliche schriftliche Aufklärung ihrer Preise verlangt. Diese hat den Preisunterschied im Wesentlichen damit erklärt, dass sie eine Grenzkostenkalkulation und keine Vollkostenkalkulation vornehmen konnte, da sie bereits entsprechende Kurse betreibt, die die Orte anfahren, in denen die Finanzämter liegen, bei denen die zu transportierenden Kisten abgeholt werden

müssen, und daher kein Fahrzeug eigens in Betrieb gesetzt werden muss. Auf dieser Grundlage ist es betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar, eine Grenzkostenkalkulation zu betreiben, bei der lediglich die Zusatzkosten für die Manipulation und den Transport der im Rahmen des gegenständlichen Auftrags zu transportierenden Kisten kalkuliert werden. Der jeweilige Manipulationsaufwand ist mit einer halben Stunde pro abzuholender Kiste und 7 km Fahrstrecke pro anzufahrendem Finanzamt realistisch. Der angesetzte Lohn liegt über dem kollektivvertraglichen Mindestlohn. Daher hat die Auftraggeberin eine dem BVergG entsprechende vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt. Bei der inhaltlichen Prüfung ergibt sich, dass die von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise alle notwendigen Kostenanteile berücksichtigen, plausibel sowie betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Die unterschiedlichen kalkulatorischen Ansätze der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und der Antragstellerin, Grenzkostenkalkulation und Vollkostenkalkulation, erklären auch den hohen Preisunterschied zwischen diesen Angeboten. (BVwG 13.05.2016, W187 2123993-2)

E115: Auch kann die mitbeteiligte Partei bei den übrigen Kosten Synergieeffekte bzw. Vorteile aus dem Standort und der besonderen vorhandenen Unternehmensstruktur, die nachvollziehbar und schlüssig dargelegt wurden, nutzen und in sein Angebot einfließen lassen. Dies betrifft insbesondere die direkt zuordenbaren Kosten wie Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten sowie Aufwands- und Verbrauchsansätze. Eine Vollkostendeckung ist hingegen nicht erforderlich (Kropik in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar, 3. Band, § 125, RN 41ff). (...) Dabei kann sich die Prüfung auf die Deckung der ausgabenwirksamen Kosten durch die angebotenen Preise beschränken. (LVwG OÖ 26.07.2017, LVwG-840134/18/Kl/KaL, LVwG-840136/8/Kl/KaL)³⁴

Aus Sicht des Autors wird hinsichtlich Synergieeffekten zuallererst die Frage zu beantworten sein, in welchem Bereich die Vollkosten liegen. Synergieeffekte werden grundsätzlich dazu führen, dass die Vollkosten niedriger sind. Werden solche Effekte dazu hergenommen, um zu erklären, dass eine Vollkostenunterschreitung gerechtfertigt ist, scheinen Begriffe missverstanden zu werden. In wiedergegebener Judikatur scheint aber bestätigt zu werden, dass mit Blick auf Synergieeffekte zumindestens die ausgabenwirksamen Einzel- und Gemeinkosten zu decken sind.

Lieferantenrabatte

Hinsichtlich Lieferantenrabatten wird vom BVA mehrmals festgehalten, dass diese grundsätzlich einen scheinbar unangemessenen Preis erklären können:

E116: Individuelle Gegebenheiten eines Bieters, wie hier etwa in Form des Bestehens einer eigenen spezialisierten Wartungsabteilung oder der vorstehend angeführte Lieferantenrabatt, die im Ergebnis dazu führen, dass ein Bieter in der Lage ist, einen besonders kompetitiven Preis anzubieten, sind bei der Beurteilung der Preisangemessenheit eines konkreten Angebotes heranzuziehen (BVA 15.03.2012, N/0016-BVA/09/2012-42)

E117: Unter den bei der Preisangemessenheitsprüfung zu berücksichtigenden, einem Bieter zur Verfügung stehenden Möglichkeiten und den individuellen Umständen, sind auch günstige Bezugsquellen zu verstehen, aufgrund derer ein Bieter in die Lage versetzt wird, eine Position zu einem wesentlich unter den handelsüblichen Gestehungskosten liegenden Preis anzubieten. (BVA 16.01.2004, 14N-97/03-58)

E118: Preisnachlässe, die ein Bieter aus seiner bisherigen Geschäftsbeziehung mit seinem

³⁴Mit Verweis auf BVA 13.06.2008, N/0052-BVA/06/2008-50 und VKS Wien 10.06.2010, VKS-2942-10.

Lieferanten erhält und die dem Bieter die Erstellung eines besonders preisgünstigen Angebotes ermöglichen, sind demnach entgegen der Auffassung der Antragstellerin sehr wohl in die Preisangemessenheitsprüfung einzubeziehen. (...) Das Zustandekommen des günstigen Einkaufspreises und damit auch der in dieser Einzelposition von der Teilnahmeantragstellerin angesetzte Preis konnten nachvollziehbar dargelegt werden. (BVA 16.01.2004, 14N-97/03-58)

Kropik äußert sich kritisch darüber und weist darauf hin, dass damit nicht dem Grundsatz der Bietergleichbehandlung entsprochen wird. So müssten Unternehmen die scheinbar unangemessene Preise anbieten und die Leistungen in Eigenleistung erbringen vollständig erklären wie sich ihre Preise zusammensetzen, während Unternehmen die sich Sub-Unternehmen bedienen lediglich auf eine Preiszusage der Sub-Unternehmer berufen können.

In Hinblick auf Lieferantenpreise kommt aus Sicht des Verfassers ein weiteres Problem der Preisprüfung zu Tage. Werden von einem ordentlichen Unternehmer tatsächlich günstige Lieferantenpreise an den Auftraggeber weitergegeben, so kann seine Kalkulation so aufgebaut sein, dass seine Vollkosten gedeckt sind und der Preis trotzdem niedrig bleibt. Sind im Zuge der vertieften Angebotsprüfung unter anderem die Vollkosten gedeckt, wird sich ergeben müssen, dass das Angebot zuschlagsfähig ist. Wenn der Bieter aber nun zufolge von Ungleichbehandlung ausgeschieden wird, stellt sich die Frage, welche andere Möglichkeit dem Bieter bleibt, den Preis zu erklären. Muss er nun die Fremdleistung so kalkulieren, als würde er sie selbst erbringen? Würde er das machen, wäre das Angebot aber nicht mehr mit den Bestimmungen der vertieften Angebotsprüfung in Einklang. So müssen im Preis alle direkt zuordenbaren Fremdleistungskosten enthalten sein. Außerdem wird sich bei Leistungen, bei denen sich der Unternehmer ständig auf Lieferanten oder Subunternehmer stützt, eine eigene Kalkulation schwer durchzuführen sein.

Nach der Judikatur bzw der Literatur, ist es im Allgemeinen aber unklar, wie weit die Preise über eine Erklärung mittels Lieferantenpreisen abgesenkt werden können bzw ob eine Preiszusage von Lieferanten für die Vorleistung überhaupt akzeptabel ist.

5.2.2.4 Einkalkulieren von Einnahmen

Ein weiteres Thema, das an dieser Stelle behandelt werden soll, ist das Einkalkulieren von Erlösen. Dieser Sonderfall steht meist im Zusammenhang mit negativen Einheitspreisen, die bereits unter dem Thema der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung angesprochen wurden. Verkaufserlöse können bspw daraus resultieren, dass Bieter beabsichtigen Einnahmen aus Werbezwecken zu generieren oder Aushub- oder Abbruchmaterial zu verkaufen.

So setzte sich das BVwG in einem Fall damit auseinander, ob negative Einheitspreise ein Ausscheidensgrund sind. Der Bieter beabsichtigte, Schutznetze für Werbezwecke zu vermieten. Da in den Ausschreibungsbedingungen vorgesehen war, dass ohne besondere Vereinbarung zwischen AN und AG keine Werbung öffentlich sichtbar angebracht werden durfte, befand das BVwG, den negativen Einheitspreis als nicht erklärbar:

E119: Auch die Verwendung eines beliebigen Schutznetzes, das die Antragstellerin möglicherweise gerade auf Lager liegen hat, unterliegt denselben Beschränkungen, da das Ergebnis dasselbe ist. Es ist auf der Baustelle öffentlich sichtbar. Damit sind auch allfällige Aufdrucke wie etwa Werbung öffentlich sichtbar und nach Punkt 6.2.8.3 der ÖNORM B 2110:2013 ohne Vereinbarung mit der Auftraggeberin untersagt. Zweifellos trägt die Antragstellerin das Risiko, der Richtigkeit ihrer Kalkulation und muss bei Fehlern darin die entstehenden Verluste tragen. Ein negativer Einheitspreis beeinträchtigt jedoch den Wettbewerb, da er

- gerade in der ausgewiesenen Höhe - den Angebotspreis in einer Größenordnung ändert, die die Reihung zu beeinflussen vermag. Dieser negative Einheitspreis bedarf daher einer besonderen Rechtfertigung, die mit den Festlegungen der Ausschreibung übereinstimmt. Die Antragstellerin vermag - wie ausgeführt - auch auf diesem Weg nicht, ihre Kalkulation zu erklären. (BVwG 16.04.2014, W187 2003334-1)

Ein weiteres Mal setzte sich das BVwG mit ungewöhnlich niedrigen Einheitspreisen auseinander die aus einem Verkauf von Fräsgut herrührten:

E119: Die Antragstellerin beabsichtigt, das Fräsgut als Schüttmaterial im Straßenbau zu verkaufen. (...) Die Antragstellerin ist an der ARGE Recyclingbaustoffe Seyring (...) beteiligt. Diese Anlage nimmt Asphalt oder Betonfräsmaterial um ... Euro/t an und verkauft recyceltes gebrochenes Asphaltgranulat um ... Euro/t (Österreichischer Baustoff-Recycling Verband). Der Preis von 8 Euro/m³ erscheint daher plausibel. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Auftraggeberin davon ausgeht, dass dem Asphalt teilweise Schlacke beigemischt wurde und dieses Material nicht in einer Recyclinganlage wiederverwertet werden kann sondern deponiert werden muss. (...) Die Antragstellerin hat für den Fall der Deponierung des Fräsgutes den kalkulierten Verkaufserlös auf das Entgelt für die Deponierung aufgeschlagen, sodass im Fall der Deponierung die Kosten für das Abtragen und den Abtransport verbleiben. Da der Verkaufserlös realistisch erscheint und dieser auch bei Entfall der Verwertungsmöglichkeit kalkulatorisch eliminiert wird, erscheint der Preis in der Position nicht unplausibel. (BVwG 01.07.2014, W187 2008224-20)

Sehr ähnlich war auch ein Fall den der UVS Kärnten behandelte. Der Senat kam zum Schluss, dass der Verkaufserlös von Aushubmaterial in die betreffende Position eingerechnet werden kann, auch wenn noch kein Abnehmer bereit steht.

E120: Auch der Umstand, dass die präsumtive Bestbieterin bei der Kalkulation der Position 30.0401B (Deponiekosten Bodenaushubdeponie) davon ausgegangen ist, dass sie das anfallende Aushubmaterial gewinnbringend wiederverwerten kann, und dass sie das daraus resultierende Entgelt der Antragsgegnerin zugute kommen lässt, ist wirtschaftlich erklärbar. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die präsumtive Bestbieterin zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch über keinen Abnehmer verfügt hat. (UVS Kärnten, 20.07.2012, 1305/12/2012)

Auch das VGW hat sich konkret zu dem dem Einrechnen von Erlösen in Positionen geäußert:

E121: Die Preise der LG 30 – „Gärtnerische Pflege und Herstellung“ wurden im Aufklärungsgespräch am 13.03.2015 dahin erklärt, dass durch die asphaltierten Uferbegleitwege eine gute Zufahrt möglich sei, die Bäume sich im Uferbereich befänden und somit großes Gerät, wie von der Teilnehmereberechtigten im Angebot vorgesehen, eingesetzt werden könne. Auch in dieser Position werde die Restholzverwertung als Erlös kalkuliert. Die Teilnehmereberechtigte legte beim Aufklärungsgespräch und im Nachprüfungsverfahren Schreiben von Unternehmen vor, welche die kostenlose Abholung, den Ankauf und die Wiederverwertung zu bestimmten Mengen und Preisen zusagten. Die bezeichneten Schreiben und die Aussagen der Teilnehmereberechtigten in der mündlichen Verhandlung gaben für den Senat keinen Grund ab, an der Schlüssigkeit und Richtigkeit eben dieser zu zweifeln. (VGW, 12.5.2015, VGW-123/074/3881/2015-30)

Nach Blick auf die angeführten Rechtssprechung scheint grundsätzlich nichts dagegen zu sprechen, plausible Verkaufserlöse in die Positionspreise einzurechnen, wenn die Vertragsbestimmungen dem nicht ausdrücklich entgegensteht. Ob bereits eine Kaufvereinbarung zwischen Auftragnehmer und Drittem vorliegen muss um die Erlöse zu bestätigen, scheint nicht eindeutig verlangt zu werden.

5.2.3 Nachvollziehbare Aufwands- und Verbrauchsansätze

Neben dem Umstand, dass bei Preise für Leistungen mindestens die direkt zuordenbaren Kosten inbegriffen sind, müssen laut § 137 Abs (3) Z 1 auch die Aufwands- und Verbrauchsansätze plausibel sein. Aufwandswerte, Leistungswerte und Verbrauchsansätze sind wesentliche Elemente einer Kalkulation.

Der Aufwandswert in $\frac{Std}{LE}$ beschreibt, wieviele Lohnstunden (*Std*) zeitlich aufgewendet werden müssen, um eine Leistungseinheit (*LE*) herstellen zu können. Ist der leitende Produktionsfaktor die menschliche Arbeit wird der Aufwandswert verwendet.³⁵

$$\text{Aufwandswert} = \frac{\text{Lohnstunden}}{\text{Leistungseinheit}}$$

Geht die Produktion zu großen Teilen auf Maschineneinsatz zurück, wird in der Kalkulation auf den Leistungswert gesetzt. Der Leistungswert in $\frac{LE}{h}$ beschreibt, wieviele Leistungseinheiten (*LE*) je Zeiteinheit (*h*) ein Gerät oder eine Fertigungsgruppe herstellen kann.³⁶

$$\text{Leistungswert} = \frac{\text{Leistungseinheiten}}{\text{Zeiteinheit}}$$

Um die Angemessenheit eines Leistungswertes beurteilen zu können, ist es auch erforderlich die dahinter stehende Gerätegruppe zu kennen.³⁷ So wird der Leistungswert für die Gerätegruppe prinzipiell vom Gerät mit dem geringsten Leistungswert (Schlüsselgerät) bestimmt.

Aufwandswerte und Leistungswerte können aus:³⁸

- der persönlichen Erfahrung,
- einer systematischen ablaforientierten Überlegung des Kalkulanten entspringen,
- einer unternehmenseigenen Datenaufzeichnung entnommen werden oder
- Standardkalkulationen, Erfahrungswerte Fremder oder Literatur entnommen werden.

Auf persönliche Erfahrung können Kalkulanten zurückgreifen, die bereits vergleichbare Baustellen abgewickelt haben. Liegt eine Nachkalkulation zur betreffenden Baustelle vor oder gibt es firmenintern andere gut dokumentierte und bereits abgeschlossene Projekte mit entsprechenden Nachkalkulationen, lassen sich daraus Aufwandswerte entnehmen. Diese können für neue Projekte den Umständen entsprechend angepasst und in der Angebotskalkulation angesetzt werden. Aufwandswerte aus Literatur sind mit Vorsicht zu genießen, da im Gegensatz zu Nachkalkulationen oft nicht bekannt ist, unter welchen Umständen sie erbracht worden sind.³⁹

Die im Gesetz erwähnten Verbrauchsansätze finden sich hauptsächlich in den Produktdatenblättern der Produkthersteller (bspw Ziegel/m³ Mauerwerk) wieder oder gehen auf Erfahrungswerte (bspw Treibstoffverbrauch/Betriebsstunde) zurück.

³⁵ A. Kropik; Baukalkulation und Kostenrechnung; 2016; S 357ff.

³⁶ A. Kropik; Baukalkulation und Kostenrechnung; 2016; S 357ff.

³⁷ A. Kropik; Die vergaberechtliche Preisangemessenheit von Bauleistungen; 2008; in ÖGEBAU.

³⁸ A. Kropik; Baukalkulation und Kostenrechnung; 2016; S 357ff.

³⁹ A. Kropik; Baukalkulation und Kostenrechnung; 2016; S 357ff.

Ist im Angebot mit Einheitspreisen die Aufgliederung in Lohn und Sonstiges vorgenommen und liegt ein Mittellohnpreis (MLP) aus dem K3-Blatt vor, so kann über den Anteil Lohn auf die Aufwandswerte zurückgerechnet werden:

- Einheitspreis „Pos.01“ Bieter X:
- Lohnanteil: 100 EUR/EH
- Mittellohnpreis: 50 EUR/EH
- Aufwandswert: $100/50 = 2 \text{ Std/EH}$.

Ergeben sich sehr niedrige Aufwandswerte für bestimmte Tätigkeiten, können diese ein Indiz für Lohn- und Sozialdumping darstellen. Aufwandswerte sind dadurch nach unten beschränkt, dass es physische, arbeitsrechtliche, baubetriebliche, technologische umfeldspezifische und fertigungstechnische Grenzen gibt. Sollten diese Untergrenzen weit unterschritten werden und auch aus den projektspezifischen Gegebenheiten nicht nachvollziehbar sein, kann es der Fall sein, dass der Unternehmer bewusst oder unbewusst den Mittellohnpreis falsch eingerechnet hat (vgl dazu noch nachstehendes Kapitel).⁴⁰

Auch bei der Prüfung der Leistungswerte gibt es Obergrenzen, die technisch nicht überschreitbar sind. Die Obergrenzen werden durch Faktoren wie Witterung, Umwelt, Qualität, Quantität, Umfeld, Art, Form und Komplexität des Bauvorhabens beeinflusst.⁴¹

Für Auftraggeber und Auftragnehmer scheint die Rechtslage betreffend der Aufwands- und Verbrauchsansätze relativ klar zu sein. Bestätigt wird dies dadurch, dass keine relevante Judikatur dazu gefunden wurde.

5.2.4 Personalkosten in Hinblick auf die KV nachvollziehbar

Findet ein Vergleich von § 137 Abs (3) Z 1 BVergG 2018 mit § 125 Abs (4) BVergG 2006⁴² statt, so steht fest, dass der Gesetzgeber es für nötig empfand, verstärkt auf Lohn- und Sozialdumping hinzuweisen.⁴³ Entsprechend streng findet sich in § 138 Abs (5) BVergG 2018 ausformuliert, dass Angebote, die betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sind und arbeits-, sozial und umweltrechtliche Bestimmungen nicht einhalten, auszuschneiden sind.

Anzumerken ist, dass sich bei Beachtung der Norm ein verzerrtes Bild der Realität wiedergibt. Dem Auftraggeber wird es unmöglich sein, zu erkennen ob ein Bieter tatsächlich Lohn- und Sozialdumping betreibt. Der Auftraggeber kann anhand von Prüfungsergebnissen höchstens Vermutungen aufstellen. Ob tatsächlich Lohn- und Sozialdumping betrieben wird, hängt, spitz formuliert, von den Lohnzetteln der Arbeitnehmern ab und nicht von einem eingesetzten Wert in ein Formblatt.⁴⁴ Auch hinter einem unbedenklichen Lohnanteil in den Einheitspreisen, kann ein Unternehmen stecken, dass sich widerrechtlich bereichern möchte, lediglich die Größenordnung der Bereicherung wird eine andere sein.

Nichtsdestotrotz wird vom Gesetzgeber gefordert, die Personalkosten zu überprüfen. Die Überprüfung von Personalkosten bei Bauaufträgen erfolgt meistens über ein K3-Blatt (vgl Abbildung

⁴⁰ C. Hofstadler; Vertiefte Angebotsprüfung - Einheitspreisvertrag (Teil I); 2017; in ZVB 5/17; S 254.

⁴¹ C. Hofstadler; Vertiefte Angebotsprüfung - Einheitspreisvertrag (Teil I); 2017; in ZVB 5/17; S 254.

⁴² BVergG 2006; StF: BGBl. I Nr. 17/2006; idF BGBl. I Nr. 7/2016.

⁴³ Dazu auch: D. Deutschmann, S. Heid; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer; § 137 RZ 16.

⁴⁴ Dazu auch: A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 128.

5.1), das mit Angebotsabgabe oder im Zuge der vertieften Angebotsprüfung als Aufklärung verlangt wird.

Das K3-Blatt in Hinblick auf die Überprüfung der Personalkosten

| MITTELLOHNPREIS <input checked="" type="checkbox"/> | | Firma: | | FORMBLATT K 3 | |
|--|--|---|--|--|--------------|
| REGIELOHNPREIS <input type="checkbox"/> | | Musterkalkulation A | | Erstellt am: | Seite: |
| GEHALTPREIS <input type="checkbox"/> | | mit Umlage unprod. Personal (Zeile B) | | 01.05.2016 | |
| Bau: Wohnbau | | FÜR MONTAGE <input checked="" type="checkbox"/> | | Preisbasis: 01.05.2016 | |
| Angebot Nr.: 2016-A078 | | FÜR VORFERTIGUNG <input type="checkbox"/> | | Währung: € | |
| Beschäftigungsgruppe laut KV.: Bauindustrie und Baugewerbe | | | | Kalkulierte Beschäftigte | Anzahl: 8,00 |
| KV-Gruppe: / IIa / IIb / IIc / IV / / / | | | | Kalkulierte Wochenarbeits-Zeit | h: 39,0 |
| KV-Lohn: / 14,98 / 13,64 / 13,02 / 11,61 / / / | | | | | |
| Anzahl / 0,00 / 4,00 / 1,00 / 3,00 / 0,00 / | | | | Aufzahlung für Mehrarbeit: | |
| Anteil in % / 0,0% / 50,0% / 12,5% / 37,5% / 0,0% / | | | | = 100 %; % h / % h / % h | |
| | | | | % | Betrag |
| A Kollektivvertraglicher MITTELLOHN | | | | 100,00 | 12,80 |
| B Umlage unproduktives Personal % von A | | | | 10,00 | 1,28 |
| C Aufzahlungen aus Zusatzkollektivverträgen % von A + B (A + B = 14,08) | | | | 0,00 | 0,00 |
| D Überkollektivvertraglicher Mehrlohn % von A + B | | | | 12,50 | 1,76 |
| E Aufzahlung für Mehrarbeit % von A + B | | | | 0,00 | 0,00 |
| F Aufzahlung für Erschwernisse % von A + B | | | | 3,25 | 0,46 |
| G Andere abgabepflichtige Lohnbestandteile % von A + B | | | | 0,00 | 0,00 |
| H MITTELLOHN (% = Betrag H * 100 / Betrag A) (Betrag = A bis G) | | | | 127,34 | 16,30 |
| I Andere nicht abgabepflichtige Lohnbestandteile % von H | | | | 22,33 | 3,64 |
| J Direkte Lohnnebenkosten % von H | | | | 26,68 | 4,35 |
| K Umgelegte Lohnnebenkosten % von H | | | | 84,20 | 13,72 |
| L Andere lohngebundene Kosten % von H | | | | 16,75 | 2,73 |
| M MITTELLOHNKOSTEN (% = Bet. M * 100 / Bet. A) (Betrag = H bis L) | | | | 318,28 | 40,74 |
| Gesamtzuschlag in % auf: | | | | | |
| N Geschäftsgemeinkosten | | | | 10,00 | 15,00 |
| O Bauzinsen | | | | 1,25 | 1,25 |
| P Wagnis | | | | 3,00 | 3,00 |
| Q Gewinn | | | | 3,00 | 3,00 |
| R | | | | | |
| S Summe (%) N bis R | | | | 17,25 | 22,25 |
| T Gesamtzuschlag: S*100/(100-S) % | | | | 20,85 | 28,62 |
| U MITTELLOHNPREIS (% = Bet. U * 100 / Bet. A) (Betrag = M + T) | | | | 409,38 | 52,40 |

Abb. 5.1: Muster für K3-Formblatt⁴⁵

Da das K3-Blatt in Hinblick auf die Preisprüfung mehr oder weniger regelmäßig zum Einsatz kommt, soll detaillierter auf das Blatt und die einzelnen Bestandteile eingegangen werden. Anschließend wird auf ausgewählte Judikatur zu den Personalkosten eingegangen.

Kropik schreibt, dass die Berechnung des Mittellohnpreises im K3-Blatt progressiv aufgebaut ist. So werden auf den kollektivvertraglichen Lohn nach der Reihe verschiedene Kostenbestandteile

⁴⁵ A. Kropik; Mittellohnpreis Kalkulation; 2019.

aufgeschlagen, bis schließlich als Ergebnis der Mittellohnpreis vorliegt. Zu beachten ist, dass es neben der progressiven Personalkostenberechnung auch andere Berechnungsarten gibt. Häufig wird eine retrograde Berechnung durchgeführt, wo die Personalkosten aus der Kostenrechnung angepasst in die entsprechende Zeile des K3-Blatts übernommen werden.⁴⁶

Im K3-Blatt finden sich kaum fixe Werte bzw Prozentsätze, sondern auch dort sind individuelle Ansätze der einzelnen Bieter zu beachten. Gilt es laut Angebotsbestimmungen ein K3-Blatt vorzulegen so werden an den Bieter strenge formale Ansprüche gesetzt. Wesentlich ist, dass sich durch ein K3-Blatt genau ein Mittellohn (MLK bzw MLP), auf Basis eines bestimmten Kollektivvertrags berechnen lässt. Ein Mittellohn (hier MLK) ist das arithmetische Mittel der vorraussichtlich entstehenden Lohnkosten je Arbeitsstunde sämtlicher auf einer Baustelle oder in Teilbereichen einer Baustelle.⁴⁷

Um den Mittellohnpreis zu berechnen, werden wie erwähnt verschiedene Anteile aufgerechnet, die kurz beschrieben werden sollen (vgl dazu die Zeilen des K3-Blattes in Abbildung 5.1). Dabei wird Bezug auf das Schulungsheft der WKO⁴⁸ genommen.

Ausgangspunkt ist der kollektivvertragliche Mittellohn in (A), der von der Mannschaftszusammensetzung und dem zu Grunde liegenden Kollektivvertrag abhängt. In (A) findet sich das arithmetische Mittel der KV-Löhne der Mannschaft. Werden die Lohnkosten auf die produktive Stunde bezogen, so können Kosten für das unproduktive Personal, durch eine Umlage in (B) berücksichtigt werden. Der überkollektivvertragliche Mehrlohn in (D) wird unter anderem von der Konjunktur, dem Arbeitsmarkt und den Qualifikationen der betreffenden Arbeitnehmer abhängen. Die Aufzahlung für Mehrarbeit in (E) kann bspw von der der angesetzten Arbeitszeit abhängen. Die Aufzahlung für Erschwernisse (F) ist abhängig von der Art der zu erbringenden Leistung und den zu beachtenden Umständen. Die Anteile für andere abgabenpflichtige Lohnbestandteile (G) sind Anteile, die der Sozialversicherungspflicht unterliegen. Diese setzen sich bspw aus Anteilen der Dienstreisevergütungen (Taggeld, Übernachtungsgeld, Fahrtkostenvergütung, etc) zusammen. Dahingehend werden die Anteile für andere abgabenpflichtige Lohnbestandteile im Wesentlichen abhängig vom Ort der Bauleistung und dem Wohnort der Arbeitnehmer sein. Andere nicht abgabenpflichtige Lohnbestandteile (G) setzen sich ebenfalls aus Anteilen der Dienstreisevergütungen zusammen und werden daher auch abhängig vom Ort der Bauleistung und dem Wohnort der Arbeitnehmer sein. Nicht abgabenpflichtige Lohnbestandteile unterliegen nicht der Sozialversicherungspflicht. Direkte Lohnnebenkosten (J)⁴⁹ sind aktuell⁵⁰ mit 25,98% mehr oder weniger fix anzusetzen sein. Erst bei einer Überschreitung des monatlichen Mittellohns der Höchstbeitragsgrundlage von 5.220 EUR pro Monat⁵¹, wird sich der Prozentsatz vermindern. Acht zu geben ist auf die Zuordnung der Kommunalsteuer. Umgelegte Lohnnebenkosten (UNLK) in (K) hängen von einer Vielzahl an Faktoren ab. Im Prinzip entstehen umgelegte Lohnnebenkosten in der Kostenrechnung durch die Umlage von un stetig anfallenden Lohnkostenbestandteilen auf produktive Arbeitszeit. Die größten Bestandteile der ULNK machen der Urlaubszuschuss, das Weihnachtsgeld und die Lohnkostenfortzahlung bei bezahlten Ausfallzeiten aus. Abhängig von

⁴⁶ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 129.

⁴⁷ G. Grimscheid, C. Motzko; Kalkulation, Preisbildung und Controlling in der Bauwirtschaft; 2007; S 167.

⁴⁸ A. Kropik; Mittellohnpreis Kalkulation; 2019.

⁴⁹ Direkte Lohnnebenkosten (DLNK) setzen sich zusammen aus: Arbeitslosenversicherung, Insolvenzentgeltsicherung, Pensionsversicherung inkl Zusatzbeitrag (ASVG), Krankenversicherung inkl Zusatzbeitrag (ASVG), Unfallversicherung, Familienlastenausgleichsfonds, Wohnbauförderungsbeitrag, Schlechtwetterentschädigungsbeitrag.

⁵⁰ Am 14. August 2020.

⁵¹ Mit dem Stichtag 01.05.2019.

der Motivation der Mitarbeiter, den Ausfallszeiten der Arbeiter, etc werden sich die UNLK im K3-Blatt mit unterschiedlichen Werten in (K) wiederfinden. Andere lohnggebundene Kosten in (L) setzen sich aus Kleingerät, Nebenmaterialien, Arbeitskleidung usw zusammen. Welche Bestandteile hier berücksichtigt werden ist Sache des Unternehmers. Auch die Haftpflichtversicherung kann bspw dort angesetzt sein, wenn sie sich nicht in den Geschäftsgemeinkosten findet. Ebenfalls ist die Kommunalsteuer abhängig von der Zuordnung. Sie kann entweder hier oder in den DLNK berücksichtigt werden. Die Geschäftsgemeinkosten (N) entspringen der Kostenrechnung. Wie bereits erwähnt sind Gemeinkosten Kosten, die nicht direkt einem Kostenträger oder einer Kostenstelle zugeordnet werden können. Geschäftsgemeinkosten können Kosten sein die abseits der Kostenstelle „Baustelle“ anfallen. Abhängig von dem betriebsinternen Schlüssel zur Verteilung der Geschäftsgemeinkosten werden dem Kostenträger Personal im K3-Blatt unter (N) prozentuell Kosten aufgeschlagen. Kapitalkosten die im Wesentlichen aus Vorfinanzierung der Baustelle entstehen, werden unter den Bauzinsen in (O) zusammengefasst. Auch die Kapitalkosten die etwa durch den zeitlich bestimmten Eingang des Haftrücklasses und des Deckungsrücklass entstehen können, sind dadurch abgedeckt. Über den Zuschlag des Wagnisses (P), wird das spezifische Projektrisiko und das allgemeine Geschäftswagnis abgedeckt, dass das Unternehmen in Kauf nimmt und individuell bewertet. Auch der Zuschlag für Gewinn (Q) wird vom Unternehmer selbst festgelegt.

Personalkosten im K3-Blatt hängen von einer Vielzahl an Umständen ab und die einzelnen Ansätze sind zum Großteil individuell von den Bietern festzulegen. Die Freiheit die Unternehmen bei der Zuordnung von Kosten zukommt zeigt sich einerseits deutlich am Ansatz der Kommunalsteuer, andererseits zeigt sich die Wahlmöglichkeit auch bei der Zuordnung der lohnggebundenen Gemeinkosten. So kann der Unternehmer grundsätzlich wählen, ob diese in den anderen lohnggebundenen Kosten oder in den Geschäftsgemeinkosten berücksichtigt werden.

Aus der Rsp lassen sich nun folgende Erkenntnisse, die Rückschluss auf die Überprüfung der Personalkosten geben und im Zusammenhang mit dem K3-Blatt stehen, zitieren:

E122: Wird ein K3-Blatt geprüft, so bezieht sich dieses immer auf eine spezielle Mannschaftszusammensetzung. Bei verschiedenen Leistungen die von unterschiedlichen Mannschaften erbracht werden, gilt es bei Auffälligkeiten das richtige K3-Blatt bzw mehrere Blätter zu überprüfen. Ein K3-Blatt erklärt immer nur einen Mittellohn. (BVwG 25.04.2016, W123 2122272-1/34E)

E123: Es muss keine Aufzahlung für Mehrarbeit angesetzt werden, wenn diese kollektivvertragskonform innerhalb des Durchrechnungszeitraums ausgeglichen werden kann. Der Bieter hat somit im Rahmen seiner Kalkulation und im Rahmen der kollektivvertraglichen Bestimmungen einen Spielraum. (BVA 30.06.2011, N/0033-BVA/09/2011-37)

E124: Das K3-Blatt ist plausibel, wenn es vollständig ausgefüllt wurde und im Ergebnis der Mittellohn auskömmlich ist. (BVA 07.09.2007, N/0026-VA/03/2007-60)⁵²

E125: Die Darstellung der Kalkulation im K3- Blatt geht von einer sogenannten progressiven Kalkulation aus. Dies soll es dem Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung ermöglichen, die Ansätze, Zuschläge etc. nachzuvollziehen. Eine retrograde Kalkulation - ausgehend von einem Ziel-Mittellohnpreis - widerspricht daher der ÖNORM B2061. (BVA N/0037-BVA/09/2013-45).

⁵²Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass der Mittellohnpreis gemeint ist.

Nach dem BVwG erklärt ein K3-Blatt genau einen Mittellohn (E122). Verlangt der Auftraggeber in den Ausschreibungsbestimmungen, dass ein K3-Blatt abzugeben ist, wird sich für Bieter, die beabsichtigen unterschiedliche Partien für die Leistungserbringung einzusetzen, ergeben, dass die Bieter mehrere K3-Blätter abgeben müssen. Sie werden für jeden Einheitspreis mit unterschiedlichem Stundensatz, ein K3-Blatt abgeben müssen, um das Angebot zu erklären.

Das BVA hat sich dafür ausgesprochen, dass grundsätzlich keine Mehrarbeit einzukalkulieren ist, wenn beabsichtigt wird, dass die Mehrarbeit über einen Durchrechnungszeitraum ausgeglichen wird (E123). Auf jeden Fall muss dieses Vorgehen aber im Einklang mit dem entsprechenden Kollektivvertrag stehen.

Weiters könnte man meinen, dass nach dem BVA die Formansprüche nicht so gravierend sind, wie einleitend erwähnt. So wird lediglich gefordert, dass das Ergebnis des Mittelohnpreises auskömmlich ist (E124). In einer aktuelleren Rsp des BVA wird aber darauf verwiesen, dass nicht nur das Ergebnis des Mittellohns maßgebend ist, sondern auch an die Lohnkalkulation Anforderungen gestellt werden, die einzuhalten sind. So wird vom BVA explizit eine progressive Berechnung gefordert. In dieser Kalkulation müssen wiederum die einzelnen Ansätze und Zuschläge nachvollziehbar sein (E125). Kropik kritisiert diese Entscheidung und weist darauf hin, dass bspw Fehlbeträge bei den KV-Löhnen über den Ansatz für Gewinn abgedeckt sein könnten und viel mehr der auskömmliche Mittelpreis maßgebend ist, als die einzelnen Ansätze.⁵³

Zum K3-Blatt lässt sich zusammenfassen, dass die einzelnen Ansätze innerhalb des K3-Blattes zum Großteil individuell sind. Abhängig vom KV, der Partiezusammensetzung, der Arbeitszeiten, usw ergibt sich der Mittelohnpreis. Mit Blick auf die Judikatur zeigt sich bezüglich der Überprüfung des K3-Blattes aber ein uneinheitliches Bild. Einerseits wurde festgehalten, dass es bloß darum geht, dass der Mittelohnpreis auskömmlich ist. Andererseits wird gefordert, dass eine progressive Kalkulation durchgeführt wird und sämtliche Ansätze nachvollziehbar sein müssen.

Betreffend Lohn- und Sozialdumping ist ein weiterer Punkt maßgebend. So ist bei der Prüfung von Personalkosten zu berücksichtigen, dass nicht notwendigerweise österreichisches Arbeits- und Sozialrecht zum Tragen kommt. Wettbewerbsvorteile aus unterschiedlichen Lohnniveaus sind zulässig. Im Zuge eines Dienstleistungsauftrags betreffend Planungsleistungen wurde vom BVwG festgehalten:

E126: Bei dieser Prüfung war allerdings (...) zu berücksichtigen, dass die in Ansatz gebrachten Stundensätze nicht den österreichischen entsprechen müssen, sondern auch deutlich niedriger sein können, wenn ein Bieter seinen Sitz nicht in Österreich hat und in Österreich keine Leistungen erbringt. Diesen Umstand hat die Auftraggeberin einerseits an dem Vergleich der durchschnittlichen Lohnkosten allgemein und für Planungsarbeiten im Bereich von Eisenbahnen in Österreich und in der Slowakei nachvollziehbar dargestellt. Diese Prüfung kann vom Bundesverwaltungsgericht nachvollzogen und geteilt werden. Der Bieter kann aus den zwischen den jeweiligen Lohnniveaus bestehenden Unterschieden einen Wettbewerbsvorteil ziehen.(BVwG 19.12.2014, W187 2011321-2)⁵⁴

Liegen trotz kontrolliertem K3-Blatt und plausiblen Einheitspreisen Bedenken vor, dass Lohn- und Sozialdumping betrieben wird und der Verdacht besteht, dass der Bieter im K3-Blatt (un)bewusst falsche Werte wiedergibt, kann wie bereits im vorigen Kapitel erwähnt wurde, mit

⁵³Dazu auch: A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 129.

⁵⁴Verweis auf EuGH 18. 9. 2014, C-549/13, Bundesdruckerei.

gegebenen MLP auf den Aufwandswert zurückgerechnet werden und dieser auf Plausibilität untersucht werden. Eine solche Überprüfung lässt sich nach Hofstadler auch für Unternehmen mit Sitz im EU-Ausland durchführen. Er berechnet für unterschiedliche Herkunftsländer den arbeitsrechtlichen Mindestmittellohnpreis. Anhand derer und dem Lohnanteil wird auf die Aufwandswerte zurückgerechnet. Diese Aufwandswerte gilt es sodann nachzuvollziehen.⁵⁵

5.2.5 Preisverhältnis bei Qualitätsunterschieden

Der Gesetzgeber fordert den Auftraggeber in § 137 Abs (3) Z 2 BVergG 2018 auf, zu überprüfen ob höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten werden, als geringerwertigere Leistungen.

Nach Deutschmann und Heid ist die Absicht der vorliegenden Festlegung, dass Angebote „enttarnt“ werden, bei denen Preisbestandteile aufgrund spekulativer Überlegungen zwischen den Positionen verschoben werden.⁵⁶

Kropik verweist darauf, dass bereits im Gesetzestext durch den Zusatz „grundsätzlich“ vorgesehen ist, dass geringerwertige Leistungen nicht immer in preislich angemessener Relation zur höherwertigen Leistung stehen. So können betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbare Umstände wie günstige Beschaffungskonditionen des Bieters dazu führen, dass eine grundsätzlich höherwertig angesehene Leistung nicht mehr in angemessenen Verhältnis zur geringwertigeren Leistung steht.⁵⁷

Verdeutlicht wird die Regelung bei Entscheidungen des BVwG bzw des VKS:

E127: Schließlich hat die Antragstellerin eine Polierstunde (...) mit € 4,90 und eine Hilfsarbeiterstunde (...) mit € 42,00 angeboten. Damit hat sie eine geringerwertige Leistung teurer als eine höherwertige Leistung angeboten (...). (BVwG W187 2003334-1, 16.04.2014)

E128: Werden trotz doppeltem Aufwand weit weniger als der doppelte Lohnansatz kalkuliert oder wird in anderen Positionen weit mehr als das Doppelte kalkuliert obwohl höchstens ein doppelter Aufwand für die Erstellung dieser Leistungen (Verlegungen von 100 cm-Einlegerinnen verursacht keinen doppelt so hohen Aufwand wie 50 cm-Einlegerinnen) gegeben sein kann, sind die Lohnansätze nicht plausibel. (VKS Wien VKS-3860/07, VKS-4578/07, 23.08.2007)

5.2.6 Aufgliederung der Preise

Liegt eine Aufgliederung der Preise in dem Angebot vor, so gilt es diese Aufgliederung nach § 137 Abs (3) Z 3 BVergG 2018 „mittels Erfahrung“ zu überprüfen. Insbesondere sollen die Lohnanteile überprüft werden.

Wie bereits einleitend erwähnt, können die Preise als Einzelpreise oder Gesamtpreise vorliegen. Je nachdem welche Leistungsbeschreibung vorgesehen ist, wird eine unterschiedliche Aufgliederung vorliegen. Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung wird ein Leistungsverzeichnis vorgegeben sein, worin die Aufgliederung in die Preisanteile vom Auftraggeber festgelegt wird. Das BVergG 2018 führt unter § 105 Abs (2) für die Preisanteile Beispiele wie Lohn, Sonstiges,

⁵⁵ C. Hofstadler, N. Katz, M. Loik, N. Pantelic, M. Peterseil; Einfluss von Lohn- und Sozialdumping auf den Wettbewerb in der Bauwirtschaft; 2016; S 14ff.

⁵⁶ D. Deutschmann, S. Heid; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer; 2019; § 137 RZ 17.

⁵⁷ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 49.

Lieferung und Montage an. In der Praxis ist eine Aufgliederung in mehr als zwei Preisanteile (Lohn und Sonstiges) nicht üblich.⁵⁸

Laut § 128 Abs (2) BVergG 2018 obliegt es bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung dem Bieter das Leistungsverzeichnis zu erstellen. Auch bei funktionalen Leistungsbeschreibungen wird nach § 128 Abs (1) BVergG 2018 gefordert, dass es möglich ist, die Angebote auf die Angemessenheit der Preise zu überprüfen. Aus Sicht des Autors wird hier vom Bieter eine Aufgliederung in Preisanteile, insbesondere der Lohnanteile, vorgenommen werden müssen, um den Anforderungen des BVergG gerecht zu werden.

Nach Kropik können prinzipiell zwei Arten von Aufgliederung vorliegen. So können Preise vertikal oder horizontal gegliedert sein. Eine vertikale Gliederung lässt sich erkennen, wenn die einzelnen Positionspreise zueinander verglichen werden. Eine horizontale Gliederung beschreibt die Aufteilung einzelner Positionspreise in die Anteile Lohn- und Sonstiges. Eine Überprüfung kann beide Aufgliederungen betreffen und erweist sich beides Mal sinnvoll.⁵⁹

Sinn der horizontalen Aufgliederung ist es zum einen spekulative Ansätze eines Bieters zu erkennen. Sollten ein Vertrag mit veränderlichen Preisen vorliegen und der Bieter rechnet bei Angebotserstellung damit, dass ein Preisanteil einem höheren Preisanstieg unterworfen sein wird als der andere, kann er Preise umlegen und möglicherweise davon profitieren.⁶⁰ Zum anderen kann durch die horizontale Aufgliederung, wie schon mehrmals erwähnt wurde, nachvollzogen werden, ob Lohn- und Sozialdumping betrieben wird. Der Sinn der Überprüfung in Hinblick auf die vertikale Aufgliederung zeigt sich bereits im Schema der restlichen Preisprüfung.

Anschaulich wird die Regelung der horizontalen Preisaufgliederung durch eine Rsp des BVA:

E129: Eine Aufschlüsselung der Anteile des Einheitspreises in „Lohnkosten“ und „Sonstiges“ von 30% zu 70% für alle Positionen ist zumindest für die Positionen „Regiestunde Facharbeiter“ bzw „Regiestunde Hilfsarbeiter“ nicht plausibel und daher zu hinterfragen. (BVA 17N-22/04-34, 23.04.2004)

5.3 Ziel der vertieften Angebotsprüfung

Das Ziel der vertieften Angebotsprüfung liegt darin, festzustellen, ob durch das Angebot dem Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen nachgekommen wird, eine wirtschaftliche Vergabe gesichert ist und kein Ausscheidensgrund verwirklicht wird. Die in Betracht kommenden Ausscheidenstatbestände, die im Zusammenhang mit der vertieften Angebotsprüfung und insb dem Prüfgegenstand der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit stehen, sind:

- § 138 Abs (5) BVergG 2018: eine fehlende betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in Verbindung mit einer Verletzung von arbeits-, sozial- oder umweltrechtliche Bestimmungen.
- § 141 Abs (1) Z 3 BVergG 2018: eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises.
- § 141 Abs (1) Z 7 BVergG 2018: ein Widerspruch des Angebots zu den Ausschreibungsbestimmungen.

⁵⁸ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 50.

⁵⁹ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 133.

⁶⁰ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 51.

Einleitend zur vertieften Angebotsprüfung wurde bereits erwähnt, dass betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbare Angebote jedenfalls auszuschneiden sind, wenn damit eine Verletzung der arbeits-, sozial- oder umweltrechtlichen Bestimmungen einhergeht.

Der Ausscheidenstatbestand der zufolge einem Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen verwirklicht wird, zeigt sich insbesondere bei der Problematik der Kostenzuordnung. Anhand der Baustellengemeinkosten wurde aufgezeigt, dass das BVerG eine eindeutige Kostenzuordnung zu kennen scheint und diese zu befolgen ist. Ansonsten kann ein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen vorliegen und ein Ausscheiden wäre gerechtfertigt.

In der Rsp zeigt sich, dass der weitaus größte Teil der auszuschneidenden Angebote auf den Umstand der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises zurückzuführen ist. Wann genau ein solcher Tatbestand vorliegt soll im folgenden Kapitel näher betrachtet werden.

5.4 Nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises

Der Gesetzgeber sieht in § 141 (1) Z 3 BVerG 2018 vor, dass Angebote mit nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises - nach dem BVerG 2018 insbesondere Angebote mit spekulativer Preisgestaltung - auszuschneiden sind. Da der Prüfgegenstand der vertieften Angebotsprüfung die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise ist und nicht die Plausibilität, soll darauf eingegangen werden, wie diese beiden Begriffe zusammenhängen.

Von Öhler und Schramm wird angeführt, dass sowohl die „Plausibilität der Zusammensetzung des Gesamtpreises“ als auch die „betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit“ getrennt anzusehen sind und jeweils unbestimmte Rechtsbegriffe sind. Sie stellen den Zusammenhang so her, dass im Ausscheidenstatbestand der nicht plausiblen Gesamtpreiszusammensetzung angeführt wird, dass die Plausibilität über die vertiefte Angebotsprüfung festgestellt werden muss. Prüfgegenstand der vertieften Angebotsprüfung ist wiederum die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit. Daher kommen sie zum Schluss, dass immer dann, wenn die Preise betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sind, auch die Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht plausibel ist und umgekehrt.⁶¹

Auch eine ältere Entscheidung des VfGH scheint einen gleichen Zusammenhang herzustellen:

E130: Ein Ausscheiden eines Angebotes hat demnach dann zu erfolgen, wenn sich bei dieser Prüfung die Kalkulation des Angebots als betriebswirtschaftlich nicht erklärbar ("nicht plausibel") erweist (VfGH 22.09.2003, B1211/01).

Öhler und Schramm merken aber weiter an, dass nicht jeder betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbare Positions- oder Einheitspreis zwingend mit einer unplausiblen Gesamtpreisgestaltung einhergeht. Voraussetzung sei vielmehr auch die Beeinträchtigung des freien, ungehinderten und lautereren Wettbewerbs. Das ist dann der Fall, wenn der Einzelpreis einen nicht geringfügigen Anteil am Gesamtpreis ausmacht.⁶²

Ob ein nicht plausibler Gesamtpreis vorliegt und ein Ausscheiden notwendig ist, hat immer eine Einzelfallentscheidung zu sein. Ein Ausscheiden eines Angebotes ist nur dann gerechtfertigt, wenn

⁶¹ M. Öhler, J. Schramm; Ausscheiden von Angeboten; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 129 RZ 26.

⁶² M. Öhler, J. Schramm; Ausscheiden von Angeboten; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 129 RZ 26.

durch den ansonsten zu erfolgenden Zuschlag der freie, ungehinderte und lautere Wettbewerb beeinträchtigt wäre, wobei folgende Interessen abzuwiegen sind:⁶³

- die Kalkulationsfreiheit des Bieters,
- das Interesse des öffentlichen Auftraggebers an ordnungsgemäßer Auftragsdurchführung,
- der Schutz des öffentlichen Auftraggebers vor unvorhergesehenen Mehrkosten,
- die Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit,
- der Schutz eines langfristigen intakten Angebotsmarktes (Zahlung kostendeckender Preise) und
- der Schutz der Mitbieter (insb KMU) vor unlauterem Wettbewerb.

Der gleichen Ansicht sind Dillinger und Oppel und stellen klar, dass eine Voraussetzung für das gerechtfertigte Ausscheiden zufolge einer nicht plausible Gesamtpreiszusammensetzung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs sein muss.⁶⁴

Auch Eilmansberger und Fruhmann weisen konkret darauf hin, dass Ausscheidenstatbestände in Hinblick auf den Wettbewerbsgrundsatz auszulegen sind.⁶⁵

Weiter beruft sich Oppel auf den LVwG OÖ⁶⁶ und hält fest, dass das Fehlen der restlosen Nachvollziehbarkeit des Aufwandsatzes und der Personalkosten in einer wesentlichen Position⁶⁷ nicht in jedem Fall das Ausscheiden des betreffenden Angebots erfordert. Vielmehr muss beachtet werden, ob der Kalkulationsmangel wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat. Kein wesentlicher Einfluss liegt vor, wenn kein spekulatives Angebot vorliegt und die Kalkulationsmängel keine Auswirkungen auf die Bieterreihung haben.⁶⁸ Dahingehend darf sich die Preisprüfung aber auch nicht nur auf wesentliche Positionen⁶⁹ beschränken, da auch Kalkulationsmängel in Positionen die nicht als wesentlichen⁷⁰ gekennzeichnet sind, gravierend sein können.⁷¹

Wenn nun auf Rechtssprechung geblickt wird, gilt es eine vielzitierte hg Erkenntnis anzuführen, die eine Aussage über unplausible Teilpreise und deren Bezug zum Gesamtpreis macht:

E131: Was den letztgenannten Ausscheidungsgrund betrifft, so hat der Auftraggeber gemäß § 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 ein Angebot auszuschneiden, das eine durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweist. Wie die belangte Behörde zutreffend ausführt, ist dieser Tatbestand nach den betreffenden Gesetzesmaterialien auch dann erfüllt, wenn Teilpreise

⁶³ M. Öhler, J. Schramm; Ausscheiden von Angeboten; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 129 RZ 32.

⁶⁴ S. Dillinger, A. Oppel; Das neue BVergG 2018; 2018; S 351 RZ 6.90.

⁶⁵ T. Eilmansberger, M. Fruhmann; Grundsätze des Vergabeverfahrens; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 20 RZ 31.

⁶⁶ LVwG OÖ 13.10.2017 LVwG-840142/39/Kl, LVwG-840144/19/Kl; siehe nachstehende Erkenntnisse.

⁶⁷ Wesentliche Positionen iSd BVergG 2006.

⁶⁸ A. Oppel; Die nicht immer vollständige betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Kalkulation des Bestbieters muss nicht immer ein K.O.-Kriterium sein; 2018; in ZVB 4/18; S 159.

⁶⁹ Wesentliche Positionen iSd BVergG 2006.

⁷⁰ Wesentliche Positionen iSd BVergG 2006.

⁷¹ A. Oppel; Die nicht immer vollständige betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Kalkulation des Bestbieters muss nicht immer ein K.O.-Kriterium sein; 2018; in ZVB 4/18; S 165.

(§ 125 Abs. 3 Z 2 leg. cit.; somit Einheitspreise in wesentlichen Positionen) nicht plausibel sind, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen (RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85). (VwGH 28.09.2011, 2007/04/0102)

Der Entscheidung folgend müssen alle wesentliche Positionen⁷² plausibel sein, ansonsten ist der Gesamtpreis als nicht plausibel zusammengesetzt zu bewerten. Ob mit den unplausiblen Preisen in den wesentlichen Positionen auch eine tatsächliche Beeinflussung des Wettbewerbs einhergehen muss, scheint nebensächlich zu sein.

Deutschmann und Heid beziehen sich auf das BVergG 2018 und gehen weiter als der VwGH, wenn sie schreiben, dass bereits nicht plausible Teilpreise, ungeachtet der Positionskennzeichnung, zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen.⁷³

Auch aus einigen erstinstanzlichen Erkenntnissen zum BVergG 2006 geht hervor, dass für eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises eine betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit für alle Teilpreise, ungeachtet der Kennzeichnung und deren Anteil am Gesamtpreis notwendig ist:

E132: Wie sich aus den Materialien des BVergG 2006 zu § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 ergibt, ist durch die Wortfolge "nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises" das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise (§ 125 Abs 3 Z 2 BVergG 2006) erfasst, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen (vgl EBRV 1171 BlgNr XXII GP, 85). Im Ergebnis zieht sohin die Unangemessenheit einer Einzelposition die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises nach sich. (BVwG 05.12.2018, W139 2206369-2)

E133: Dass die Positionen nicht als wesentliche Positionen festgelegt wurden, ändert nichts daran, dass die Preise betriebswirtschaftlich erklärbar sein müssen. Die vertiefte Angebotsprüfung macht im eigentlichen Prüfungsvorgang gemäß § 125 Abs 5 BVergG keinen Unterschied zwischen wesentlichen und anderen Positionen. (BVwG 31.01.2017, W139 2141722-2)

E134: Gegenstand der Prüfung sind alle Teilpreise. Auf ihre Kennzeichnung oder ihren Anteil am Gesamtpreis kommt es nicht an. Auch eine nicht plausible Zusammensetzung von Teilpreisen kann zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen. (BVwG 02.12.2016, W187 2137295-2)

E135: Jeder Bieter muss bei Vorliegen der Voraussetzungen mit einer Prüfung aller Preise rechnen. Die Preise sind im Verhältnis zur ausgeschriebenen Leistung zu beurteilen (...). Preise müssen nicht nur der Gesamtpreis sein, sondern können auch Preise in einzelnen Positionen sein, die nicht als wesentlich gekennzeichnet sind (...). Schließlich beeinflussen sie die Zusammensetzung des Gesamtpreises und allenfalls in weiterer Folge die Abrechnungssumme. (BVwG 01.07.2014, W187 2008224-2)

E136: Es liegt gemäß § 79 Abs 4 BVergG in der Freiheit des Auftraggebers, wesentliche Positionen in der Ausschreibung festzulegen. Unterlässt er das, fehlt zwar eine "Hervorhebung" bestimmter Positionen, allerdings ändert das nichts daran, dass die Preise betriebswirtschaftlich erklärbar sein müssen. Die vertiefte Angebotsprüfung macht im eigentlichen Prüfungsvorgang gemäß ... keinen Unterschied zwischen wesentlichen und anderen Positionen.

⁷² Wesentliche Positionen iSd BVergG 2006.

⁷³ D. Deutschmann, S. Heid; Ausscheiden von Angeboten; in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer; § 141 RZ 6.

Dem Bieter ist deshalb keine Freiheit eingeräumt, auf die betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit von Preisen verzichten zu können. Auf europäischer Ebene besteht diese Unterscheidung nicht. (BVwG 16.04.2014, W187 2003334-1)

Andere erstinstanzliche Rechtsprechung zum BVergG 2006 zeigt aber, dass nicht alle Mängel in Einzelpositionspreisen - auch wesentliche - relevant sind bzw dadurch nicht immer einen Ausscheidensgrund verwirklichen:

E137: Nur auffallend niedrige Einzelpositionspreise, die auch eine Auswirkung auf den Gesamtpreis haben, sind beachtlich. (LVwG NÖ 17.01.2018, LVwG-VG-14/002-2017)

E138: In rechtlicher Hinsicht war daher bei einer wesentlichen Position (320111B) gemäß § 125 Abs. 3 Z 2 und Abs. 4 Z 1 BVergG 2006 eine restlose Nachvollziehbarkeit des Aufwandsansatzes und der Personalkosten aus den Unterlagen und Erklärungen nicht zur Gänze gegeben; Erfahrungswerte wurden glaubwürdig dargelegt, reichen aber nicht aus (...). Hinsichtlich der übrigen genannten Positionen, die keine wesentlichen Positionen darstellen, war aus den dem Prüfbericht angeschlossenen Unterlagen eine Plausibilität der Aufgliederung der Preise nicht erklärbar, aufgrund der zu den handschriftlichen Vermerken des Prüfers in der mündlichen Verhandlung gegebenen Erläuterungen und Ausführungen im Hinblick auf seine dazu gemachten Erfahrungen war teilweise die Erklärbarkeit gegeben, teilweise aber blieb die Preisbildung ungeklärt. Es waren demnach Rechtswidrigkeiten bei der Preisangemessenheitsprüfung festzustellen. (...) Es konnte daher eine Rechtsverletzung und ein daraus abgeleiteter wesentlicher Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinn des § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 nicht festgestellt werden. Entsprechend war daher der Nachprüfungsantrag als unbegründet abzuweisen. (LVwG OÖ 13.10.2017 LVwG-840142/39/KI, LVwG-840144/19/KI)

Festzustellen ist, dass trotz der hg Erkenntnis (E131) keine gerade Linie bei den erstinstanzlichen Gerichten verfolgt wird, wie mit wesentlichen Positionen umzugehen ist und mit unplausiblen Einzelpreise zu verfahren ist. Auf der einen Seite wird Plausibilität in sämtlichen Einzelpreisen gefordert (E132 - E136), auf der anderen Seite wird Plausibilität nur in wesentlichen Positionen gefordert (E131). Dazwischen steht die Forderung zu plausiblen Preisen bei Positionen, die Einfluss auf den Wettbewerb haben (E137, E138).

Wie bereits erwähnt, können Kalkulationsmängel in nicht wesentlichen Positionen⁷⁴ auch gravierenden Einfluss auf das Vergabeverfahren haben.⁷⁵ Ebenfalls wurde bereits erwähnt, dass im BVergG 2018 nicht mehr geregelt ist, wie wesentliche Positionen festgelegt werden. Dahingehend schreibt Kropik zum BVergG 2018, dass unter wesentlichen Positionen nun Positionen zu verstehen sind, die einen hohen Anteil am Gesamtpreis erwarten lassen. Zu beachten ist bei der Bestimmung des Anteils, dass jeweils die Mittelwerte aller Bieter maßgebend sind. Die Höhe des Anteils schlägt er mit 1,5% - 2,0% vor. Außerdem könne der AG selbst weitere wesentliche Positionen bestimmen.⁷⁶

Durch den Gesetztestext des BVergG 2018 hat sich die Situation zur Beurteilung von Positionen geändert. Wird der unter diesem Kapitel angeführten Judikatur und Literatur gefolgt, sind plausible Preise so auszulegen, dass damit eine betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbare Preisgestaltung einhergehen muss. Wenn nun auf § 125 Abs (4) Z 1 BVergG 2006 geblickt wird, heißt es:

⁷⁴ Wesentliche Positionen iSd BVergG 2006.

⁷⁵ A. Oppel; Die nicht immer vollständige betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Kalkulation des Bestbieters muss nicht immer ein K.O.-Kriterium sein; 2018; in ZVB 4/18; S 165.

⁷⁶ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 76.

im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;

Unter § 137 Abs (3) Z 1 BVergG 2018 findet man:

im Preis von Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind,

Fand sich im BVergG 2006 explizit der Hinweis, dass insbesondere alle Preise in wesentlichen Positionen betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein müssen, sieht das BVergG 2018 insbesondere die betriebswirtschaftlich Erklär- und Nachvollziehbarkeit von Preisen in Positionen vor. In der aktuellen Fassung des BVergG 2018 findet keine Einschränkung mehr auf wesentliche Positionen statt. Daher ist aus Sicht des Autors davon auszugehen, dass eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises nur mit der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit aller Preise einhergehen kann.⁷⁷ Auch Elsner fällt dies auf und er weist darauf hin, dass aktuell davon auszugehen ist, dass sämtliche Positionen alle direkt zuordenbaren Kosten enthalten müssen, damit ein plausibler Gesamtpreis vorliegt.⁷⁸

Zusammenfassend zeigt sich zum Ausscheidenstatbestand, ein verworrenes Bild. Nach hA scheint aber immerhin zu gelten, dass betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehe Preise nicht plausible Preise sind. Wird aber auf den Zusammenhang von plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises und plausiblen Einzelpreisen geblickt, so gibt es sowohl in Literatur als auch in der Judikatur Widersprüche. Die einschlägige Literatur geht mehrheitlich dahin, dass unplausible Teilpreise eine Auswirkung auf den Wettbewerb haben müssen, damit der Ausscheidenstatbestand erfüllt wird. Besteht die Gefahr, dass durch die fehlende Plausibilität die Bieterreihung gestört wird, so erscheint ein Verbleib im Wettbewerb als ungerechtfertigt.

Vom VwGH wurde zum BVergG 2006 gefordert, dass wesentliche Positionen jedenfalls plausibel sein müssen. Die Entscheidungen der erstinstanzlichen Gerichte fallen unterschiedlich aus. Auf einer Seite wird die Plausibilität bei allen Einzelpreisen, auch bei nicht wesentlichen Positionen, gefordert. Auf der anderen Seite reicht es aus, dass die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit bei den Einzelpositionspreisen gegeben ist, die auch eine Auswirkung auf den Gesamtpreis haben oder sich auf den Ausgang des Vergabeverfahrens auswirken. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Positionen wesentlich sind oder nicht.

Ist davon auszugehen, dass die VwGH Rsp (E131) auf das BVergG 2018 übertragbar ist, so würde sich aus Sicht des Verfassers durch den Ansatz von Kropik eine elegante Lösung für das Problem ergeben. Wenn nämlich weiterhin nur Preise in wesentlichen Positionen betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar (plausibel) sein müssten und sich wesentliche Positionen durch den Anteil am Gesamtpreis bestimmen lassen, würde einerseits auf unkomplizierte Art und Weise der Forderung nach Wettbewerbsbeeinträchtigung nachgekommen und gleichzeitig das Vergabeverfahren effizienter gestaltet.

⁷⁷ Anm: Interessant ist es, warum der Gesetzesgeber im Zuge der Novellierung des BVergGs wesentliche Positionen in § 137 Abs (2) Z 2 noch beibehalten hat und im Text zur vertieften Angebotsprüfung bewusst entfernt hat.

⁷⁸ B. Elsner; Die vergaberechtliche Angebotsprüfung zur Beurteilung des angemessenen Preises; 2018; in Gallistel/Oswald/Raab/Szkopecz/Wallner; S 152.

Spekulationen

Unter § 141 Abs (1) Z 3 BVergG 2018 liest sich, dass der Tatbestand der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises besonders dazu dienen soll, dass Spekulationen vermieden werden. Spekulation in der Bauwirtschaft bezeichnet eine:⁷⁹

Angebotslegung, die auf Gewinne aus zukünftigen Veränderungen der ausgeschriebenen Mengen oder der sonstigen Vertragsgrundlagen abzielt.

Daraus geht bereits hervor, dass Spekulation vorwiegend bei Einheitspreisverträgen relevant sein wird. Grund hierfür ist, dass in einem Einheitspreisvertrag zwischen den Geschäftspartner als Abrechnungsgrundlage eben nur der Einheitspreis als verbindlich erklärt wird. Die ausgeschriebenen Mengen sind mehr oder weniger nebensächlich. Daher kann der Angebotspreis vom tatsächlich abgerechneten Preis abweichen.⁸⁰ Ein weiterer wesentlicher Faktor der Spekulation möglich macht, ist die unterschiedliche Beurteilung der Unsicherheit von AG und AN die bei Vertragsabschluss besteht.⁸¹

Einmal mehr soll wiederholt werden, dass Spekulationen auch ein Ergebnis von unvollständigen Verträgen insbesondere Ausschreibungsunterlagen sind.⁸² Beispiele für spekulative Überlegungen wurden bereits in im einleitenden Kapitel zur Preisangemessenheit angeführt (siehe Kapitel 3.1.1).

Wie bereits zum Ausscheidenstatbestand der nicht plausiblen Zusammensetzung ausgeführt, geht aus einschlägiger Literatur hervor, dass immer die Beeinflussung des Wettbewerbs gesehen werden sollte. Diesbezüglich weisen auch Eilmansberger und Fruhmann konkret darauf hin, dass Ausscheidenstatbestände in Hinblick auf den Wettbewerbsgrundsatz auszulegen sind. Bestehende Lücken sollten durch die Beurteilung, ob wettbewerbsverfälschende Umstände vorliegen, gefüllt werden.⁸³

Hinsichtlich spekulativer Preise und der Beeinflussung des Wettbewerbs ist Folgendes festzuhalten: Täuschen Spekulationen im Angebot meist unmittelbar einen niedrigeren Angebotspreis vor, so muss sich die Spekulation im Endeffekt nicht direkt auf den Wettbewerb auswirken. So kann ein spekulativer Angebotspreis auch nach aufgegangener Spekulation des Bieters in Hinblick auf die tatsächlich abgerechneten Preise noch das billigste Angebot sein. Kropik⁸⁴ schreibt diesbezüglich, dass der Einfluss auf den Wettbewerb über die Stabilität der Reihenfolge der Angebote mittels einem fiktiven Angebotspreis überprüft werden kann. In einer listenartigen Berechnung ergibt sich dieser fiktive Angebotspreis folgendermaßen:

$$\begin{array}{r}
 \text{tatsächlicher Angebotspreis} \\
 - \text{fiktive Mengenminderung} * \text{spekulativ niedriger Einheitspreis} \\
 + \text{fiktive Mengenerhöhung} * \text{spekulativ hoher Einheitspreis} \\
 \hline
 = \text{fiktiver Angebotspreis}
 \end{array}$$

⁷⁹ A. Kropik; Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit; 2001; S 151.

⁸⁰ M. Öhler, J. Schramm; Ausscheiden von Angeboten; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 129, RZ 40.

⁸¹ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 144. Unsicherheit kann weiter in Risiko (wenn Eintrittswahrscheinlichkeit gegeben ist) und Ungewissheit (wenn keine Eintrittswahrscheinlichkeit gegeben ist) geteilt werden.

⁸² G.S. Ølykke, J.Nyström; Defining Abnormally Low Tenders: A Comparison between Sweden and Denmark; 2017; in Journal of Competition Law & Economics 13/4

⁸³ T. Eilmansberger, M. Fruhmann; Grundsätze des Vergabeverfahrens; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 20 RZ 31.

⁸⁴ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 57.

Mittels dem fiktiven Angebotspreis kann untersucht werden, ob sich durch Mengenänderungen eine veränderte Bieterreihenfolge ergeben würde. Führt eine Mengenänderung zum Bietersturz, kann eine eventuell vorgenommene Spekulation des Bieters direkt Einfluss auf den Wettbewerb haben. Hierzu ist aber jedenfalls zu beachten, dass eine Betrachtung des fiktiven Angebotspreis nur eine Hilfestellung für die Prüfer sein kann und alleine dadurch keinesfalls ein Ausscheiden vorgenommen werden darf. So sieht es auch der Gesetzgeber vor, wenn in § 141 Abs (1) Z 3 BVergG 2018 geschrieben steht, dass spekulative Preise durch die vertiefte Angebotsprüfung festzustellen sind. Zeigt eine Ermittlung des fiktiven Angebotspreis auf, dass keine Stabilität in der Bieterreihenfolge gegeben ist, wird die vertiefte Angebotsprüfung aber wesentlich bedeutsamer und es muss untersucht werden, ob der Verbleib eines entsprechenden Angebots im Wettbewerb gerechtfertigt ist.⁸⁵

Schlussendlich wird in der vertieften Angebotsprüfung wieder die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise überprüft. Insbesondere die bereits angeführten Kriterien gilt es auch bei spekulativen Angeboten zu berücksichtigen. Anzumerken ist aber, dass der Bieter iSd lauterer Wettbewerbs fehlerhafte Ausschreibungsunterlagen durch Umlagen der Preise nicht ausnützen sollte.⁸⁶

Dillinger und Ooppel⁸⁷ führen an, dass eine spekulative Preisgestaltung in der Praxis häufig als Mischkalkulation bzw Kostenverlagerung vorkommt. Dabei werden Kosten an anderer Stelle kalkuliert, als dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist. Diesbezüglich verweisen sie darauf, dass bei der Ausschreibung von Bauleistungen idR festgelegt ist, dass Angebote nach der ÖNORM B2061:1999 zu erstellen sind. Verlagert ein Bieter nun Kosten im Sinne einer spekulativen Preisgestaltung um und hält sich nicht an die Kalkulationsvorgaben der ÖNORM, so liegt grundsätzlich bereits ein Angebot vor, dass nicht den Ausschreibungsbestimmungen entspricht und nach § 141 Abs (1) Z 7 BVergG auszuschneiden wäre. Dahingehend hat auch das BVA entschieden, wenn eine Mischkalkulation aufgrund von „Kostenverlagerung“ vermutet wird:

E139: Nach der Aufklärung bzw den Angaben des Ing. P*** in der mündlichen Verhandlung (VH-Schrift Seite 5, 6 und 7), hat die Antragstellerin die Preise für die Baustellengemeinkosten und die Verrechnungseinheiten in die Einheitspreise der Leuchten "miteingerechnet". Dies widerspricht jedoch der ÖNORM B2061 und damit den bestandsfesten Kalkulationsvorgaben der Ausschreibung. Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung verschiedener konkreter Leistungspos, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zw den Leistungspos vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist (vgl Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG § 106 Rz 13, BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34). Da die Antragstellerin - wie sie selbst angibt - die Baustellengemeinkosten sowie die Verrechnungseinheiten in die Leuchten-Einheitspreise eingerechnet hat, liegt auch ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor, welches zwingend nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden ist. (BVA 21.04.2011, N/0020-BVA/09/2011-28; 03.09.2004, 10N-57/04-34)

Mit Blick auf das bereits angeführte Kapitel zu direkten und indirekten Kosten zeigt diese Entscheidung ein weiteres Mal, dass nach dem BVergG strenge Zuordnungsvorschriften bzgl

⁸⁵ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel; § 125 RZ 57.

⁸⁶ A. Kropik; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; RZ 144.

⁸⁷ S. Dillinger, A. Ooppel; Das neue BVergG 2018; 2018; S 353 RZ 6.92.

Baustellengemeinkosten herrschen. Sind diese ausgeschrieben, gilt es jedenfalls, zuordenbare Kosten dort einzurechnen.

Zur spekulativen Angebotsgestaltung ist zusammenzufassen, dass diese grundsätzlich nach dem BVergG 2018 unter dem Tatbestand der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden sind. Dies gilt es im Zuge der vertieften Angebotsprüfung festzustellen. Zeigt sich bspw über eine Berechnung des fiktiven Angebotspreises eine Gefährdung der Bieterreihung so ist bei der vertieften Angebotsprüfung besonders Acht auf Umlagen zu geben, die spekulative Hintergründe haben können. Stehen die Umlagen von Kostenanteilen im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen scheint nach der Rsp auch ein Ausscheiden zufolge § 141 Abs (1) Z 7 BVergG 2018 gerechtfertigt zu sein.

Kapitel 6

Ergebnisse

6.1 Zusammenfassung

Nachdem nun die Auseinandersetzung mit den einzelnen Schritten der Preisprüfung stattgefunden hat und gewisse Problemstellungen hervorgehoben wurden, sollen die einleitend erwähnten Fragen zur Preisprüfung nach dem BVergG beantwortet werden.

Welches Bild besteht bezüglich des Aufbaus der Preisprüfung?

Die Preisprüfung stellt prinzipiell ein zweistufiges Prüfverfahren dar. Nach hA in der Literatur und auch teilweise von der Rsp bestätigt, lässt sich sagen, dass der erste Prüfschritt eine Prüfung im Außenverhältnis zum Bieter darstellt. Erst im zweiten Prüfschritt beschäftigt sich die Prüfung mit der Kalkulation des Bieters.

Im ersten Prüfschritt, der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung, werden die Preise der Bieter anhand des relevanten Marktes für die Leistung unter Berücksichtigung aller Umstände der Leistungserbringung auf Preisangemessenheit beurteilt. Sind die Preise angemessen, kann aus Sicht der Preisprüfung der Zuschlag erfolgen. Zeigt sich nach diesem Prüfschritt aber, dass scheinbar unangemessene Preise vorliegen (bspw ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis), so ist ein zweiter Prüfschritt vorzunehmen.

Im zweiten Prüfschritt, der vertieften Angebotsprüfung, wird die Preisgestaltung des Bieters untersucht, da der Bieter in der Lage sein muss, die angebotene Leistung zu den angebotenen Preisen zu erbringen. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung geht die Preisangemessenheit in die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise über. Diese Erklär- und Nachvollziehbarkeit gilt es in der vertieften Angebotsprüfung über verschiedene Kriterien festzustellen. Können die scheinbar unangemessenen Preise betriebswirtschaftlich erklärt werden, handelt es sich wieder um angemessene Preise, zu denen zugeschlagen werden kann. Sind die Preise in einem Angebot nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar, muss festgestellt werden, ob ein Ausscheiden stattzufinden hat. In der Praxis wird die fehlende betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit häufig mit dem Ausscheidenstatbestand der fehlenden Plausibilität der Gesamtpreiszusammensetzung in Verbindung gebracht.

Welche Instrumente können Auftraggeber im Zuge der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung einsetzen, um die Gesamtpreise zu überprüfen?

Der Blick auf die Rsp zeigt, dass der Maßstab für angemessene Preise vor allem mithilfe einer Kostenermittlung des Auftraggebers, der Gesamtpreisen der Mitbieter oder durch Erfahrungswerte von vorausgegangenen Ausschreibungen gesetzt werden kann. Vom VwGH wurde jedenfalls bestätigt, dass ein Vergleich mit Kostenermittlung und ein Gesamtpreisvergleich der Bieter angebracht ist. In Verhandlungsverfahren können nach dem VwGH außerdem die vorausgehenden Angebote Auskunft über die Preisangemessenheit geben.

Wie sind die Instrumente der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung auf Gesamtpreisebene einzusetzen?

Die ersten großen Auffälligkeiten hinsichtlich der Preisprüfung zeigen sich, bei der Beurteilung von Gesamtpreisen iSd der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung. So besteht sowohl in Literatur als auch in Judikatur kein einheitliches Bild, wie die Instrumente der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung auf Gesamtpreisebene einzusetzen sind. Grundsätzlich wurde vom VwGH mehrmals, auch mit unterschiedlichem Wortlaut (vgl E48, E49), festgelegt, dass sowohl Kostenermittlung als auch die Gesamtpreise der Mitbieter in Betracht zu ziehen sind, um den Maßstab für Preisangemessenheit zu setzen. Vom VwGH wird die Aussage auch nicht auf eine gewisse Höhe der Abweichung beschränkt. In Literatur und erstinstanzlicher Judikatur wird die Entscheidung des VwGH häufig zitiert und dazu verwendet die ausschließliche Anwendung *eines* Prüfinstrumentes für die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung zu rechtfertigen. Teilweise wird in anderer Literatur aber bereits darauf hingewiesen, dass die Rsp des VwGH falsch bzw unvollständig aufgegriffen wird und jedenfalls eine Prüfung durch Kombination der Prüfinstrumente durchzuführen ist.

Mit Blick auf die vorliegende Arbeit zeigt sich, dass auf der einen Seite viel erstinstanzliche Rsp in die Richtung geht, dass bereits bei einer bloßen Abweichung zu einem Maßstab von einem scheinbar unangemessenen Preis ausgegangen wird. Auf der anderen Seite steht aber erstinstanzliche Rsp, die jedenfalls beide Instrumente für die Prüfung als notwendig erachtet. Zusätzlich wird durch den Gesetzestext, der sowohl die Einbindung von relevanten Marktverhältnissen als auch Erfahrungswerten für die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung fordert, aus Sicht des Autors bestätigt, dass beide Instrumente ungeachtet der Höhe der Abweichung anzuwenden sind. Kostenermittlungen werden zum Großteil nur Erfahrungswerte widerspiegeln können und der Gesamtpreisvergleich kann relevante Marktverhältnisse aufzeigen.

Die Bandbreite von zulässigen Abweichungen lässt sich aufgrund der Uneinigkeit schwer festmachen, wobei die Richtung dahin gehen zu scheint, dass bei einer Abweichung des in Frage stehenden Gesamtpreises von >15% zur Kostenschätzung *in Verbindung* mit einer Abweichung von >15% zum zweitgerihten Angebot, jedenfalls von einem scheinbar unangemessener Gesamtpreis ausgegangen werden soll. Dabei sollten aber mehrere ernstzunehmende Angebote vorliegen.

Hinsichtlich Preisauf- und Preisabschlagverfahren scheint die Kostenermittlung, in Form einer Musterkalkulation, nach dem VwGH aber besondere Bedeutung zu erhalten. In den vergleichsweise wenigen Fällen zeigt sich hier in erstinstanzlicher Rsp eine eindeutige Linie die dem VwGH folgen und eine Preisbeurteilung bloß mittels Musterkalkulation anerkennen.

Welche Instrumente können Auftraggeber im Zuge der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung auf Einzelpreisebene einsetzen, um die Preise zu überprüfen?

Auf Einzelpreisebene kann der Maßstab für Einzelpreisangemessenheit durch Einzelpreise der Mitbewerber (Preisspiegel), Preisdatenbanken, Richtwerte, Preislisten oder anderen Werten aus der Literatur gesetzt werden. Eine konkrete Bestätigung der Instrumente auf Einzelpreisebene bleibt durch den VwGH bisher aber aus, wobei der VwGH in einem Fall selbst eine Beurteilung des Preises über einen Einzelpreisvergleich durchgeführt hat.

Wie sind die Instrumente der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung auf Einzelpreisebene einzusetzen?

Wie auch auf Gesamtpreisebene gibt es auch bei der Beurteilung der Preise auf Einzelpreisebene Uneinigkeiten in Literatur und Judikatur. In dem entsprechenden Kapitel der vorliegenden Arbeit zeigt sich, dass der Preisspiegel häufig zur Beurteilung von Einheitspreisen eingesetzt wird. Ob der

Preisspiegel aber als alleiniges Prüfinstrument ausreicht, scheint nicht klar zu sein. Auf der einen Seite wird in der Literatur darauf verwiesen, dass auch auf Einzelpreisebene Erfahrungswerte einfließen sollen, andererseits wird angegeben, dass ein bloßer Vergleich der Einzelpreise der Bieter untereinander ausreicht, um die Preise zu beurteilen.

Auch in der Judikatur liegt ein ähnliches Bild vor. So wird teilweise gefordert, die Überlegungen betreffend Gesamtpreisebene auf Einzelpreisebene umzulegen bzw neben den Einzelpreisen der Mitbieter auch die Kostenschätzung ins Auge zu fassen. Andere Rsp geht aber davon aus, dass eine alleinige Beurteilung der Einheitspreise über den Preisspiegel aussagekräftig genug ist.

Anders als bei Gesamtpreisen findet diese Diskussion aber nur hinsichtlich des Preisspiegels (Einzelpreisvergleich der Mitbieter) statt. Bei Richtwerten und Preisdatenbanken wird sowohl in Literatur als auch in Judikatur eindeutig darauf verwiesen, dass weitere Instrumente notwendig sind, um die Preise zu beurteilen.

Wird die Preisangemessenheit nur über einen Preisspiegel beurteilt, so gehen bezüglich der Höhe der Abweichungen die Meinungen auseinander. So wird teils in Literatur darauf verwiesen, dass Abweichungen des in Frage stehenden Einheitspreis von -50% bis +250% zum gemittelten Einheitspreis der Mitbieter (alle Einheitspreise Bieter, ohne teuersten und billigsten Einheitspreis) noch angemessen sein können. In anderer Literatur wird aber darauf verwiesen, dass bereits bei einer Abweichung von 15% zum Mittelwert Bedenken bzgl der Einzelpreisangemessenheit aufkommen sollten.

In Judikatur wurde vom VwGH jedenfalls festgehalten, dass eine Abweichung der Einheitspreise von rund 19% des erstgereihten Bieters zum zweitgereihten Bieter unbedenklich ist.

Wo besteht neben den bisherigen Fragen Eindeutigkeit bzw Uneindeutigkeit im Zuge der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung?

Neben dem Umstand, dass im Zuge der allgemeinen Preisangemessenheit nicht eindeutig feststeht, wie Prüfinstrumente anzuwenden sind scheint die Judikatur die Zuordnung zu den Tatbeständen der scheinbaren Unangemessenheit auf Gesamtpreisebene mehr oder weniger willkürlich vorzunehmen. Wirkt es als wäre der Gesamtpreis unangemessen niedrig, geht ein Teil der Rsp dahin, dass ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis qualifiziert wird. Ein anderer Teil der Rsp ordnet den gleichen Sachverhalt dem Tatbestand der sonstigen Zweifel an der Preisangemessenheit zu. Ein weiterer Teil der Rsp entscheidet sich nicht und ordnet den Sachverhalt beiden Tatbeständen zu. Diese Uneindeutigkeit mag zwar im eigentlichen Prüfschema nicht stören, untermauert aber, wie komplex das Schema der Preisprüfung auch für die zuständigen Gerichte ist.

Außerdem werden in Judikatur beim Gesamtpreisvergleich bzw beim Vergleich von Einzelpreisen ständig unterschiedliche Werte als Vergleichsbasis herangezogen. So findet teilweise ein Vergleich des Gesamtpreises des erstgereihten Angebots mit dem Gesamtpreis des letztgereihten Angebots genauso statt, wie ein Vergleich des erstgereihten Gesamtpreises mit dem Mittelwert der Gesamtpreise der Mitbieter. Mit Blick auf die unterschiedlichen Absichten der Bieter sollte jedoch darauf geachtet werden, welche Preise als Vergleichsbasis dienen.

Setzt das BVergG Kalkulationsvorschriften an die Bieter? Wenn ja, wie werden welche Kalkulationsvorschriften gestellt?

Grundsätzlich gibt das BVergG keine direkten Kalkulationsvorschriften vor. Nach hA in der Literatur finden sich aber indirekte Vorschriften an die Kalkulation in den Festlegungen zur Preisprüfung insbesondere in den Regelungen zur vertieften Angebotsprüfung. Dadurch, dass

im Preis von Positionen gewisse Kostenbestandteile enthalten sein müssen, wird ein zwingender Zusammenhang zwischen Preis und Kosten hergestellt. Möchte ein Bieter einen Auftrag erlangen, wird es sich an diese Vorschriften halten müssen, andernfalls wird ein Ausscheiden riskiert. Nach dem Gesetzestext müssen im Preis vor allem die direkt zuordenbaren Kosten im Preis enthalten sein, die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten in Hinblick auf die Kollektivverträge nachvollziehbar sind. Außerdem sollten grundsätzlich höherwertige Leistungen höher angeboten werden als geringwertigere Leistungen und die Aufgliederung der Preise sollte aus der Erfahrung erklärbar sein.

Neben diesen Vorschriften, die zwar auslegungsbedürftig sind, aber zu mindestens im Gesetzestext formuliert sind, scheint die Judikatur weitere Kalkulationsvorschriften an die Bieter zu setzen, die sich im Gesetzestext nicht finden lassen. Werden Kosten hinsichtlich ihrer Zuordnung betrachtet, so bleibt es nach den Regeln der Betriebswirtschaft alleine dem Unternehmen überlassen, wie diese Zuordnung stattfindet, schließlich ist die Kostenverteilung auch Teil des Wettbewerbs. Im Zuge der vorliegenden Arbeit wurde anhand der Baustellengemeinkosten gezeigt, dass auch wenn die ÖNORM B2061:1999 ins Spiel kommt, der Unternehmer weiterhin gewissen Spielraum hat, ob Kosten als direkte Kosten oder indirekte Kosten berücksichtigt werden bzw zu welchen Kostenträgern diese zugeordnet werden. Ausgewertete Judikatur über Fälle zur Zuordnung von Baustellengemeinkosten zeigen aber, dass diese Freiheit dem Unternehmen bei öffentlichen Vergabeverfahren scheinbar genommen wird. Es wirkt so als würde das BVergG von einer eindeutigen Kostenzuordnung ausgehen, die von den Unternehmern einzuhalten ist. Am Beispiel der Baustellengemeinkosten hat sich gezeigt, dass sobald diese ausgeschrieben sind, die Kosten jedenfalls in diesen Positionen zu erfassen sind, ansonsten wird eine unzulässige Kostenumlagerung vermutet und ein Ausscheiden hat stattzufinden.

Ob in Hinblick auf die Personalkosten weitere Vorschriften an die Kalkulation gesetzt werden, ist aus der Rsp nicht eindeutig zu entnehmen. Mit Blick auf die Kalkulation im K3-Blatt wird teilweise gefordert, dass tatsächlich eine progressive Kalkulation stattzufinden hat und sämtliche Kostenbestandteile nachvollziehbar sein müssten. Werte aus der Kostenrechnung zu übernehmen und daraus den Mittelohnpreis retrograd zu berechnen wäre unzulässig. Andere Rsp legt wiederum weniger Wert auf die Kalkulation selbst und verweist darauf, dass lediglich der Mittelohnpreis auskömmlich zu sein hat. Wie Auftraggeber bei der Prüfung vorzugehen haben bzw wie Auftragnehmer ihre Preisgestaltung vornehmen haben, ist in Hinblick auf die Personalkosten nicht eindeutig zu erkennen.

Wie sind direkt zuordenbare Kosten iSd BVergG zu verstehen?

Grundsätzlich wurde festgestellt, dass der Auslegung von direkt zuordenbaren Kosten sowohl in Literatur als auch in Judikatur wenig Aufmerksamkeit zukommt. Vielmehr wird das Thema meist übersprungen und über eine allfällige Kostendeckung diskutiert. Wie sich aber gezeigt hat, besteht in Literatur kein einheitliches Bild bzgl direkt zuordenbarer Kosten und ob diese grundsätzlich noch weiter unterschritten werden könnten. Auf der einen Seite sollten unter direkt zuordenbaren Kosten die Kosten gesehen werden, die direkt durch die Produktion der geschuldeten Leistung ausgelöst werden. Diese könnten wiederum weiter unterschritten werden und auf die ausgabenwirksamen Kosten, die direkt durch die Produktion der geschuldeten Leistung ausgelöst werden, reduziert sein. Auf der anderen Seite wird in anderer Literatur bereits davon ausgegangen, dass direkt zuordenbare Kosten jedenfalls eine Untergrenze darstellen und diese gerade die ausgabenwirksamen direkten Kosten (direkt iSd Betriebswirtschaft) sind.

Die beiden Standpunkte unterscheiden sich aber fundamental: Werden unter direkt zuordenbaren

Kosten diese Kosten verstanden, die direkt durch die Produktion geschuldeten Leistung ausgelöst werden, können sowohl direkte als auch indirekte Kosten darunter fallen. Nach diesem Standpunkt würden die Bieter zunächst diese Kosten zu kalkulieren haben. Durch betriebswirtschaftliche Erklärungen könnten diese direkten und indirekten Kosten dann weiter auf die ausgabenwirksamen Anteile reduziert werden. Mit Blick auf die individuellen Kostenrechnungen der Bieter wäre dies aus Sicht des Autors eine logische Auslegung.

Werden nach anderer Ansicht unter direkt zuordenbaren Kosten die ausgabenwirksamen direkten Kosten verstanden, könnten Bieter ohne Erklärung und lediglich mit Verweis auf das BVergG im Preis nur die ausgabenwirksamen direkten Kosten kalkulieren. Gemeinkosten würden nebensächlich sein. Wird diese Auslegung verfolgt, so tritt erneut das Problem auf, dass die Zuordnung von direkten und indirekten Kosten nicht immer eindeutig ist und direkte Kosten für den einen Bieter indirekte Kosten für den anderen Bieter sein können.

Bzgl der Auslegung von direkt zuordenbaren Kosten wurde keine aktuelle aussagekräftige Rsp gefunden, die einen Zusammenhang mit definierten Kostenbegriffen macht. Wie bereits erwähnt, werden betriebswirtschaftliche Kostenbegriffe meistens erst in Verbindung mit der Kostendeckung gebracht.

Welche Kostendeckung ist iSd BVergG maßgebend?

Große Differenzen gibt es im Zuge der Preisprüfung, wenn auf die Problemstellung der Kostendeckung geblickt wird. Erwähnt wurde bereits, dass in der Literatur nicht eindeutig ist, ob die direkt zuordenbaren Kosten jedenfalls die Untergrenze darstellen oder diese noch weiter unterschritten werden können. In der Judikatur wird bei der Diskussion über Kostendeckung häufig der Begriff der direkt zuordenbaren Kosten außen vor gelassen und betriebswirtschaftliche Begriffe werden verwendet. Daher ist auch die Auslegung der direkt zuordenbaren Kosten erschwert. Im Zuge der Arbeit wurde aber aufgezeigt, dass grundsätzlich eine Teilkostenrechnung auf Grund von betriebswirtschaftlichen Überlegungen zulässig ist, aber keine eindeutige Linie vorliegt, welche Teilkosten damit gemeint sind. So ist einerseits die Rede davon, dass zu mindestens ausgabewirksamen Kosten gedeckt sein müssen. Andererseits wird in Rsp auf die variablen Kosten verwiesen oder es wird auf die Deckung der direkten Kosten iSd Betriebswirtschaft verwiesen. Zusätzlich werden in der Rsp teilweise Synonyme für Kostenbegriffe verwendet, die keine sind.

Die Mehrheit der aktuellen Rsp scheint aber dahin zu gehen, dass zumindestens die ausgabenwirksamen Einzelkosten und ausgabenwirksamen Gemeinkosten zu decken sind bzw über die angebotenen Preise die Liquidität des Unternehmens gewährleistet sein muss.

Bei besonderen Erklärungsgründen des Preises, wie bspw der Markterschließung oder zur Erlangung von Referenzprojekten liegt ein noch undeutlicheres Bild der Preisuntergrenze vor, wobei auch hier teilweise auf die Sicherung der Liquidität des Unternehmens verwiesen wird und die ausgabenwirksamen Einzel- und Gemeinkosten gedeckt sein sollten.

Wann führen unplausible Einzelpreise zu einer unplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises?

Die Preisprüfung endet damit, dass eine Aussage darüber getroffen werden kann, ob die Preise im Angebot betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind oder nicht. Bei Preisen die betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sind, muss weiter beurteilt werden, ob ein Ausscheidenstatbestand erfüllt wird. Nach hA in der Literatur sind betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbare Preise unplausible Preise. Heftige Diskussionen fanden zum BVergG 2006 darüber statt, ob durch unplausible Einzelpreise auch eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises einhergeht. Nach einer VwGH Entscheidung müssen jedenfalls Preise in wesent-

lichen Positionen plausibel sein. Ist dies nicht der Fall, muss das Angebot ausgeschieden werden. In der erstinstanzlichen Rsp wurde die Entscheidung des VwGH unterschiedlich aufgegriffen. So ging ein Großteil der Rsp dahin, dass sämtliche Preise in Positionen, ungeachtet der Kennzeichnung, plausibel sein mussten, damit das Angebot im Rennen bleibt. Nach anderer Rsp musste aber auch ein Angebot mit unplausiblen Preise in wesentliche Positionen nicht ausgeschieden werden.

Bei Betrachtung des BVergG 2018, ist zuerst fraglich ob die Entscheidung des VwGH noch gilt, da darin explizit auf wesentliche Positionen verwiesen wird. Sollte die Rsp weiter haltbar sein, dürfte es aktuell so sein, dass sämtliche Einzelpreise plausibel sein müssen, da sich der Gesetzestext zur vertieften Angebotsprüfung geändert hat, wobei in aus der Literatur deutlich den Ruf zu vernehmen ist, dass der Gesamtpreis solange plausibel sein sollte, bis durch die unplausiblen Einzelpreise der Wettbewerb gefährdet wird bzw der Wettbewerb tatsächlich beeinflusst wird.

6.2 Resümee

Die Preisangemessenheitsprüfung und die vertiefte Angebotsprüfung, gemeinsam unter Preisprüfung subsumiert, sorgt sowohl bei Auftraggeber als auch bei Auftragnehmer häufig für Ratlosigkeit. Neben AG und AN, die direkt durch die Bestimmungen betroffen sind, zeigt die vorliegende Arbeit, dass auch in der einschlägigen Literatur und in der Judikatur Meinungsverschiedenheiten betreffend der Preisprüfung vorliegen. Außerdem kann festgehalten werden, dass durch die Regelungen zur Preisprüfung im BVergG Kalkulationsvorschriften an die Bieter gesetzt werden, die dazu führen, dass die eigentliche Individualität der unternehmensinternen Kostenrechnung verloren geht.

6.2.1 Meinungsverschiedenheiten betreffend der Preisprüfung

Nach hA in der Literatur stellt der erste Prüfschritt der Preisprüfung, die sogenannte Preisangemessenheitsprüfung, eine Prüfung im Außenverhältnis zum Bieter dar. Erst im zweiten Prüfschritt, der vertieften Angebotsprüfung, beschäftigt sich die Prüfung mit der Kalkulation des Bieters.

Im Zuge des ersten Prüfschrittes wurde vom VwGH bzgl des Preisangebotverfahrens bestätigt, dass der Maßstab für den angemessenen Preis auf Gesamtpreisebene durch eine Kostenermittlung und durch die Gesamtpreise der Mitbieter gesetzt sein kann.

Grundsätzlich wurde vom VwGH bereits mehrmals, auch mit unterschiedlichem Wortlaut, festgelegt, dass der in Frage stehende Gesamtpreis erst durch Vergleich mit der Kostenermittlung *und* den Gesamtpreisen der Mitbieter auf Angemessenheit beurteilt werden soll. Die hg Rsp wird aber in Literatur und erstinstanzlicher Judikatur unterschiedlich aufgegriffen und so wird häufig darauf verwiesen, dass bereits eine bloße Abweichung zur Kostenermittlung bzw eine bloße Abweichung zu den Gesamtpreisen der Mitbieter einen scheinbaren unangemessenen Gesamtpreis qualifiziert.

Weiter findet man unterschiedlichste Ansichten in der Rsp, wenn isoliert auf den Gesamtpreisvergleich der Bieter geblickt wird. Dazu werden in der Judikatur unterschiedlichste Ansichten vertreten, welche Bietergruppen für den Maßstab des angemessenen Preises relevant sind. Fraglich ist, ob Vergleiche der Preise der letztgereihten Bieter mit den Preisen der erstgereihten Bieter angebracht sind. Häufig befinden sich Angebote auf den letzten Plätzen, die den Unternehmen nur dazu dienen, eine Auskunft über die Marktsituation zu erhalten. Die Preise dieser Angebote stehen oft nicht im Bezug zur Leistung und können daher keinen Maßstab für angemessene Preise setzen. Von dieser Kritik müssen aber solche Vergleiche ausgenommen werden, bei denen geringer Wettbewerb im Vergabeverfahren herrscht bzw wenige Angebote eingelangt sind.

Neben den unterschiedlichen Auffassungen zur Beurteilung von Gesamtpreisen findet sich auch bzgl der Beurteilung von Einzelpreisen keine eindeutige Linie. Auf der einen Seite wird in Literatur und Judikatur davon gesprochen, dass bloße Auffälligkeiten bei einem Vergleich der Einzelpreise untereinander ausreichen, um scheinbar unangemessene Einzelpreise zu qualifizieren, auf der anderen Seite steht Rsp die neben dem Vergleich der Einzelpreise der Bieter untereinander auch den Vergleich der Einzelpreise mit der eigenen Kostenermittlung fordert.

Aus Sicht des Verfassers zeigt sich bereits im Gesetzestext zur Preisangemessenheitsprüfung, dass sowohl auf Gesamtpreisebene als auch auf Einzelpreisebene die eigene Kostenermittlung *und* die Einzel- bzw Gesamtpreise der Mitbieter in Betracht zu ziehen sind. Der AG wird in § 137 Abs (1) BVergG 2018 aufgefordert Erfahrungswerte *und* relevante Marktverhältnisse in die Prüfung einfließen zu lassen. Relevante Marktverhältnisse werden hauptsächlich über die

Preise der Bieter in die Prüfung einfließen können. Eine Kostenermittlung wird zum Großteil nur Erfahrungswerte widerspiegeln können, da der tatsächlich relevante Markt abhängig vom gegenständlichen Vergabeverfahren ist.

Blickt man auf den zweiten Prüfschritt, die vertiefte Angebotsprüfung, so zeigt sich, dass in der Literatur und der Judikatur größte Verwirrung betreffend des Begriffs der direkt zuordenbaren Kosten herrscht. In Literatur findet man dazu unterschiedliche Auslegungen. So wird teilweise davon ausgegangen, dass darunter die ausgabenwirksamen Kosten verstanden werden sollen, die direkt durch die Produktion der geschuldeten Leistung ausgelöst werden. Das können Einzelkosten und/oder Gemeinkosten sein. Ein anderer Ansatz widerspricht dem aber, wenn die direkt zuordenbaren Kosten als die ausgabewirksamen direkten Kosten iSd Betriebswirtschaft verstanden werden sollten. In der Judikatur zeigt sich ein ähnlich verworrenes Bild, wenn in Hinblick auf die direkt zuordenbaren Kosten unterschiedlichste Kostenbegriffe verstanden werden. So wird teilweise eine Deckung der direkten Kosten iSd Betriebswirtschaft gefordert oder es wird verlangt, die variablen Kosten zu decken. In anderen Fällen wird eine Deckung der ausgabenwirksamen Kosten als notwendig erachtet bzw. Liquidität gefordert. Teilweise werden auch Kostenbegriffe als Synonyme verwendet, die in Wirklichkeit keine sind.

Aus Sicht des Autors werden für die Auslegung der direkt zuordenbaren Kosten in der Rsp die verschiedenen Kostenbegriffe der Betriebswirtschaft zu leichtfertig verwendet. So sind fixe bzw. variable Kosten, die etwas über die Struktur von Kosten aussagen, vollkommen anders zu verstehen als Gemeinkosten bzw. Einzelkosten, die etwas über die Zuordnung von Kosten aussagen. Weiter sagt die Struktur bzw. die Zuordnung der Kosten nichts darüber aus, ob die Kosten auch ausgabewirksam werden.

6.2.2 Abkehr von der Individualität der Kostenrechnung

Ein zweiter im Zuge der vorliegenden Diplomarbeit zu Tage getretener Aspekt ist, dass durch die Gesetzgebung und teilweise durch die Judikatur die Lehren der Betriebswirtschaftslehre in den Hintergrund gedrängt werden. Wie ein Unternehmen iSd der innerbetrieblichen Kostenrechnung mit seinen Kosten umgeht und welcher Aufwand für den Umgang mit Kosten angedacht ist, entscheidet grundsätzlich niemand anderes als das Unternehmen selbst. Lassen sich durch geschicktes Kostenmanagement im Unternehmen Prozesse kostengünstiger bzw. effizienter gestalten, kann dies ein Innovationstreiber sein und einen Wettbewerbsvorteil darstellen. Um tatsächlich wettbewerbsfähige Preise anbieten zu können, werden aber auch die Kosten für das Kostenmanagement selbst in Grenzen gehalten werden müssen, da diese wieder über die Preise abgedeckt sind.

Für den langfristigen Unternehmensfortbestand ist es wesentlich, dass mit der Angebotskalkulation alle Kosten, die für die Erbringung der Leistung in Kauf genommen werden, über die Preise der Absatzleistung abgebildet werden. Kurzfristig können die Preise die Kosten auch aus betriebswirtschaftlichen Überlegungen nicht decken, solange das Unternehmen liquide bleibt. Dadurch können bspw. Prestigeprojekte gewonnen und umgesetzt werden oder Mitarbeiter bei schlechter Auftragslage gehalten werden.

Nach der Betriebswirtschaftslehre sind Unternehmen in ihrer Kostenrechnung nicht beschränkt. Prinzipien wie das Kostenverursachungsprinzip, das Kostentragfähigkeitsprinzip oder das Kostenverrechnungsprinzip stellen Anhaltspunkte für das Schema der Kostenrechnung dar, die sich über Jahre bewährt haben. Mit Blick auf das ausführende Baugewerbe stellt die Zuschlagskalkulation ein häufig verwendetes Kalkulationsverfahren dar, dass sich zum überwiegenden Teil an dem

Kostenverursachungsprinzip orientiert.

Entscheidet sich ein Unternehmen dafür, die anfallenden Kosten mittels Zuschlagskalkulation zu erfassen, so wird es dem Kostenverursachungsprinzip insbesondere mit der Teilung der Kosten in direkte und indirekte Kosten nachkommen. Stark vereinfacht werden bei dieser Kalkulationsart zuerst die direkten Kosten einzelner Absatzleistungen ermittelt. Anschließend werden alle Kosten, die nicht alleine der Absatzleistung oder der konkreten Baustelle zugeordnet werden, für die Leistungserbringung aber notwendig sind, als indirekte Kosten gesammelt. Diese indirekten Kosten werden dann wieder der verrechenbaren Absatzleistung, über sogenannte Zuschlagssätze, zugerechnet. Nach der Zurechnung spricht man von Selbstkosten, die das Unternehmen bei entsprechender Leistungserstellung zu tragen hat. Die Höhe der Selbstkosten sowie die Zusammensetzung der Selbstkosten aus direkten und indirekten Kosten ist abhängig von dem produzierenden Unternehmen. Kosten für eine bestimmte Leistungserbringung können von einem Unternehmer als direkt angesehen werden und von anderem Unternehmer als indirekt.

Unternehmen können sich durch Bindung an eine Preisermittlungsnorm, an gewisse Kalkulationsvorschriften binden. Im Bauwesen ist dies idR die ÖNORM B2061. In dieser Norm wird ein Schema für die Zuschlagskalkulation vorgegeben. Dadurch werden sich Unternehmen zwar an die Kalkulation mittels Zuschlagskalkulation binden müssen, aber auch dort wird nicht davon ausgegangen, dass die Zuordnung von Kosten eindeutig ist. Daher können fallweise Kosten als Gemeinkosten (Baustellengemeinkosten, Geschäftsgemeinkosten, andere lohngelundenen Kosten etc) oder als Einzelkosten berücksichtigt werden und sich in den entsprechenden Preisen finden.

Betrachtet man nun weiter die Rechtslage zum BVergG 2002 - 2018, so zeigt sich, dass bei öffentlichen Bauaufträgen weitere Kalkulationsvorschriften einzuhalten sind und die grundsätzlich freie Kostenerfassung weiter in den Hintergrund gerückt wird. Die Ursache dafür liegt vor allem in den indirekten Kalkulationsvorschriften die in §§ 137, 138 und 141 BVergG 2018 gesetzt werden.

Als erstes fällt auf, dass durch die Regelungen in § 137 Abs (3) Z 1 BVergG 2018 ein zwingender Zusammenhang zwischen Kosten und Preis hergestellt wird, welcher in der Betriebswirtschaft allgemein nicht besteht. Nach dem BVergG 2018 wird die unternehmerische Geschäftsführung demnach bei der Preisfestsetzung für öffentliche Aufträge darauf achten müssen, dass zu mindestens die geforderten Kostenbestandteile, in den Preisen der jeweiligen Position enthalten sind, ansonsten wird ein Ausscheiden riskiert.

Mit Blick auf den Wortlaut in § 137 Abs (3) Z 1 BVergG 2018 folgt der Gesetzgeber dem Kostenverursachungsprinzip, wenn gerade die „direkt zuordenbaren Kosten“ in den Preisen enthalten sein sollten. Aus Sicht des Verfassers ist es aber höchst problematisch, dass ein undefinierter, auslegungsbedürftiger Begriff in den Raum gestellt wird, an den sich Bieter halten zu haben. Der Gesetzgeber gibt hier eine unbestimmte Kalkulationsvorschrift vor, die in der Praxis bei allen Beteiligten zu großen Meinungsverschiedenheiten führt.

Weitere Einschränkungen der Kalkulation im Bauwesen treten auf, wenn eine konstruktive Leistungsbeschreibung vorliegt und der Zusammenhang zu § 141 Abs (1) Z 7 BVergG 2018 bzw der ergangenen Rechtssprechung gesehen wird. Die vorliegende Arbeit zeigt, dass durch die aktuelle Situation bei öffentlichen Vergaben von einer eindeutigen Kostenzuordnung ausgegangen wird. Werden etwa Baustellengemeinkosten ausgeschrieben und besteht die Möglichkeit einer Zuordnung müssen entsprechende Kosten dort erfasst werden, ansonsten wird ein Ausscheiden riskiert. Dadurch kommt es zu einer Art Zuordnungszwang und es wird nebensächlich, ob diese

Kosten für einen Bieters tatsächlich Baustellengemeinkosten darstellen oder vom Bieter als Einzelkosten oder Geschäftsgemeinkosten angesehen werden, scheint nebensächlich zu sein.

Wenn der Gesetzestext zur vertieften Angebotsprüfung folgender hg Rsp gegenübergestellt wird, ergibt sich aus Sicht des Autors ein unverständliches Gesamtbild der Anforderungen an die Preisermittlung:

Ziel der vertieften Angebotsprüfung ist die Beurteilung der Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit. (VwGH 16.05.2018, Ra 2017/04/0152)

Da es sich hiebei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (vgl VwGH 17.9.2014, 2012/04/0016, mwN). (VwGH 16.05.2018, Ra 2017/04/0152)

Nach dem VwGH liegt das primäre Ziel der vertieften Angebotsprüfung also darin, zu überprüfen ob die Preise betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind. Weiter ist wesentlich, ob die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbracht werden können. Aus Sicht des Verfassers geht diese Rsp in die richtige Richtung und verlangt lediglich betriebswirtschaftlich anerkannte Ansätze der Preisermittlung. Solange diese betriebswirtschaftlichen Ansätze nicht weiter eingeschränkt werden, kann davon ausgegangen werden, dass ordentliche und individuelle Ansätze in den innerbetrieblichen Kostenrechnungen nicht in Frage gestellt werden müssen. Wenn aber § 137 Abs (3) Z 1 bis 3 BVergG 2018 in Verbindung mit genannter erstinstanzlichen Rsp zu verstehen gibt, dass Preise direkt an Kosten gekoppelt sind und Kosten eindeutig zuordenbar wären, kommt es zu einer Einschränkung der betriebswirtschaftlichen Ansätze. Demnach wären nur besondere Ansätze aus einem umfangreichen Fachgebiet für die Kalkulation von Preisen für öffentliche Aufträge zulässig.

Ist diese Einschränkung tatsächlich Absicht des Gesetzgebers, so reicht nach Sicht des Autors die Präzisierung der Anforderungen an die Kalkulation bei weitem nicht aus und sorgt unter den Betroffenen für große Verwirrung betreffend dem Begriff der direkt zuordenbaren Kosten. Sollte diese Einschränkung unbewusst entstanden sein, liegt die Ursache darin, dass die Abstraktion der Anforderungen in § 137 Abs (3) Z 1 bis 3 BVergG 2018 zu detailliert ist. Es würde ausreichen, wenn der Gesetzestext wie auch der VwGH auf die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit hinweist und keine weiteren Anforderungen festlegt. Ob die Preise wirklich nach betriebswirtschaftlichen Prinzipien ermittelt wurden, müsse sodann durch sachverständiges Personal festgestellt werden.



Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Diplomarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Literaturverzeichnis

Beiträge in Sammelwerken

- 1 - *D. Deutschmann, S. Heid*; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019; in: BVerG 2018; herausgegeben von D. Deutschmann, S. Heid, B. Hofbauer, H. Reisner; 1. Auflage; Verlag Österreich.
- 2 - *B. Elsner*; Die vergaberechtliche Angebotsprüfung zur Beurteilung des angemessenen Preises; 2018; in Festschrift zum 60. Geburtstag von Univ.Prof. Dipl.Ing. Dr. Andreas Kropik; herausgegeben von U. Gallistel, T. Oswald, J. Raab, D. Szkopecz, T. Wallner; TU Verlag Wien.
- 3 - *T. Eilmansberger, M. Fruhmann*; Grundsätze des Vergabeverfahrens; 2009; in Bundesvergabe-gesetz 2006, Kommentar; herausgegeben von J. Schramm, J. Aicher, M. Fruhmann, R. Thienel; SpringerWienNewYork.
- 4 - *J. Budischowsky*; Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes; 2009; in Bundesvergabe-gesetz 2006, Kommentar; herausgegeben von J. Schramm, J. Aicher, M. Fruhmann, R. Thienel; SpringerWienNewYork.
- 5 - *H. Gölles*; Vorgehen bei der Prüfung; 2009; in Bundesvergabe-gesetz 2006, Kommentar; her-ausgegeben von J. Schramm, J. Aicher, M. Fruhmann, R. Thienel; SpringerWienNewYork.
- 6 - *A. Kropik*; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2009; in Bundesvergabe-gesetz 2006, Kommentar; herausgegeben von J. Schramm, J. Aicher, M. Fruhmann, R. Thienel; SpringerWienNewYork.
- 7 - *M. Öhler, J. Schramm*; Ausscheiden von Angeboten; 2009; in Bundesvergabe-gesetz 2006, Kommentar; herausgegeben von J. Schramm, J. Aicher, M. Fruhmann, R. Thienel; Sprin-gerWienNewYork.
- 8 - *M. Wohlgemuth*; Die vergaberechtliche Preisangemessenheit von Bauleistungen; 2008; in Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der Öster-reichischen Gesellschaft für Baurecht; herausgegeben von Österreichische Gesellschaft für Baurecht, Österreichisches Institut für Baurecht; MANZ Verlag.
- 9 - *H. Wolkerstorfer*; Preisprüfung lt BVerG 2006 im Kontext zur ÖNORM B2061; 2008; in Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der Öster-reichischen Gesellschaft für Baurecht; herausgegeben von Österreichische Gesellschaft für Baurecht, Österreichisches Institut für Baurecht; MANZ Verlag.
- 10 - *A. Kropik*; Zur Bedeutung der K-Blätter bei Angebotsprüfung und Vertragsfortschreibung; 2008; in Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht; herausgegeben von Österreichische Gesellschaft für Baurecht, Österreichisches Institut für Baurecht; MANZ Verlag.

- 11 - *P. Rindler*; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2010; in Bundesvergabegesetz, Leitsatzkommentar; herausgegeben von G. Gast; 1. Auflage; LexisNexis.
- 12 - *H. Küchli*; Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung; 2014; in Bundesvergabegesetz 2006, BVergG 2006; herausgegeben von W. Schwartz; 2. Auflage; MANZ Verlag.
- 13 - *C. Fink, K. Hofer*; 2010; in Handbuch Vergaberecht; herausgegeben von Heid Schiefer Rechtsanwälte, Preslmayr Rechtsanwälte; 3. Auflage; LexisNexis.

Monographien

- 14 - *M. Holoubek, C. Fuchs, K. Holzinger*; Vergaberecht; 2018; 5. Auflage; Verlag Österreich.
- 15 - *W. Oberndorfer, M. Kukacka*; Preisbildung & Preisumrechnung von Bauleistungen; 2002; MANZ Verlag.
- 16 - *S. Dillinger, A. Oppel*; Das neue BVergG 2018; 2018; MANZ Verlag.
- 17 - *K. Moik, A. Gföhler*; BVergG 2018; 2018; MANZ Verlag.
- 18 - *G. Grimscheid, C. Motzko*; Kalkulation, Preisbildung und Controlling in der Bauwirtschaft; 2013; 2. Auflage; Springer Vieweg.
- 19 - *A. Kropik*; Baukalkulation und Kostenrechnung; 2016; 1. Auflage; Eigenverlag.
- 20 - *A. Kropik*; Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit; 2001; 2. Auflage; Österreichischer Wirtschaftsverlag.

Beiträge in Zeitschriften

- 21 - *W. Oberndorfer, H. Schwarz*; Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen; 2001, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, Ausgabe 5/01.
- 22 - *H. Gölles*; Judikaturüberblick zum „angemessenen, plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis, dessen Verhältnis zur Leistung nicht ungewöhnlich (niedrig) ist“; 2002, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, Ausgabe 49/02.
- 23 - *C. Hofstadler*; Vertiefte Angebotsprüfung - Einheitspreisvertrag (Teil I); 2017, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, Ausgabe 5/17.
- 24 - *C. Hofstadler*; Vertiefte Angebotsprüfung - Einheitspreisvertrag (Teil II); 2017, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, Ausgabe 7-8/17.
- 25 - *A. Oppel*; Preisangemessenheitsprüfung; 2013, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, Ausgabe 6/13.

- 26 - *A. Oppel*; Es ist Sache des öff AG, die Methode zur Identifizierung ungewöhnlich niedriger Angebote festzulegen; 2018, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, Ausgabe 6/18.
- 27 - *A. Oppel*; Die nicht immer vollständige betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Kalkulation des Bestbieters muss nicht immer ein K.O.-Kriterium sein; 2018, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, Ausgabe 4/18.
- 28 - *G. Gruber, T. Gruber*; Wann ist eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen; 2016, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, Ausgabe 2/16.
- 29 - *G. Gruber, T. Gruber*; Angemessenheit und Plausibilität von Angebotspreisen für ÖBA-Leistungen; 2016, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, Ausgabe 11/16.
- 30 - *G. Gruber, T. Gruber*; Angemessenheit und Plausibilität von Angebotspreisen für ÖBA-Leistungen; 2016, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, Ausgabe 11/16.
- 31 - *A. Kropik*; Umlage der Baustellengemeinkosten; 2012, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, Ausgabe 10/12.
- 32 - *A. Kropik, M. Niebauer*; Die Baustellengemeinkosten; 2012, Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, Ausgabe 4/12.
- 33 - *G.S. Ølykke, J.Nyström*; Defining Abnormally Low Tenders: A Comparison between Sweden and Denmark; 2017; Journal of Competition Law & Economics, 13/4.

Berichte und Arbeitsdokumente

- 34 - *J. Bröthaler, L. Plank*; Methodische Grundlagen und empirische Ermittlung des gesamten Beschaffungsvolumens und öffentlicher Auftragsvergaben; 2017; Endbericht; TU Wien, Fachbereich Finanzwissenschaft und Infrastrukturpolitik.
- 35 - *C. Hofstadler, N. Katz, M. Loik, N. Pantelic, M. Peterseil*; Einfluss von Lohn- und Sozialdumping auf den Wettbewerb in der Bauwirtschaft; 2016 Projektkurzfassung; TU Graz, Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft.
- 36 - *G. L. Albano*; Competition in Public Procurement Markets; 2017 Arbeitsbericht; OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs.
- 37 - *A. Kropik*; Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung; 2019, Arbeitsdokument.

Normen und Gesetze

- 38 - Bundesvergabegesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018); StF: BGBl I Nr. 65/2018, idF: BGBl II 91/2019.

- 39 - Bundesvergabegesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006); StF: BGBl I Nr. 17/2006, idF: BGBl I 7/2016.
- 40 - ÖNORM B1801-1: Bauprojekt- und Objektmanagement, Teil 1: Objekterrichtung; Ausgabe 2015-12-01.
- 41 - ÖNORM B2061: Preisermittlung für Bauleistungen; Ausgabe 1999-09-01.
- 42 - ÖNORM A2050: Vergabe von Aufträgen über Leistungen; Ausgabe 2000-03-01.