

## Angemessener Preis vs spekulativer Preis

Die Angemessenheit des Preises zählt zu den fundamentalen Grundsätzen des Vergabeverfahrens gemäß § 19 BVergG. Weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre findet sich eine einheitliche Definition des angemessenen Preises. Im Folgenden wird ein Überblick über die Angemessenheit des Preises aus vergaberechtlicher Sicht, die Rechtsfolgen spekulativer Preisgestaltung und der dazu ergangenen Judikatur gegeben.

Artikel | 6. Juni 2012 - 1:07 | Von Bernhard Kall



### Angemessener Preis im Vergaberecht

Der öffentliche Auftraggeber (AG) ist gemäß § 19 BVergG verpflichtet, einen öffentlichen Auftrag an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Der öffentliche AG ist gemäß § 123 Abs 2 Z 4 BVergG auch zur Prüfung

der Preisangemessenheit verpflichtet. Was genau als angemessener Preis zu verstehen ist, findet man im BVergG allerdings nicht. Die Preisangemessenheit lässt sich lediglich aus § 125 BVergG ableiten: *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 (Abs 1). Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen (Abs 2).*

**Was daher unter einem angemessenen Preis zu verstehen ist, wird im BVergG durch die durchzuführende Preisangemessenheitsprüfung definiert.** Bei der Preisangemessenheitsprüfung sind zwei Stufen zu unterscheiden:

- Prüfung einer allgemeinen Preisangemessenheit, etwa durch den Vergleich der angebotenen Preise mit jenen der weiteren Bieter (auf Positionsebene und Gesamtpreis) und
- eine vertiefte Angebotsprüfung bei Vorliegen der Kriterien des § 125 Abs 3 BVergG.

### Prüfung der allgemeinen Preisangemessenheit

Im Rahmen der Prüfung der allgemeinen Preisangemessenheit ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von den relevanten Marktverhältnissen unter Berücksichtigung der ausgeschriebenen oder alternativ angebotenen Leistung und der Umstände der Leistungserbringung auszugehen. Hilfreich ist in diesem Zusammenhang die Erstellung eines Preisspiegels. Dabei ist zu beachten, dass es dem Bieter grundsätzlich frei steht, wie er seinen Preis gestaltet, die Zusammensetzung des Gesamtpreises muss aber jedenfalls plausibel sein (Gölles, Die Beschränkung der Kalkulationsfreiheit der Bieter durch das BVergG, ZVB 2007/58,241). Diese Freiheiten in der Kalkulation können dazu führen, dass Bieter unterschiedliche Erfahrungswerte in die Kalkulation einfließen lassen. Ergibt die allgemeine Preisangemessenheitsprüfung keine Anhaltspunkte dafür, dass der Preis

nicht angemessen ist, ist der AG nicht zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet.

### Vertiefte Angebotsprüfung

Zur vertieften Angebotsprüfung ist der AG gemäß § 125 Abs 3 BVergG nur dann verpflichtet, wenn

- Angebote im Verhältnis zur Leistung einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen
- Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen oder
- begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise auf Grundlage von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen oder von den jeweils relevanten Marktverhältnissen bestehen.

Ob der Gesamtpreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig ist, kann sich aus einem Vergleich mit der Kostenermittlung des AG oder anhand der Angebotspreise der anderen Bieter ergeben. Bei dieser Prüfung ist kein zu enger Maßstab anzulegen. So hat der VfGH in B1211/01 z.B. ausgesprochen, dass ein Abweichen des Angebotspreises um bloß 6,7 % vom Angebotspreis des zweitgereihten Bieters keine Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung auslöst. Das Vorliegen zu hoher oder zu niedriger Einheitspreise in wesentlichen Positionen kann durch einen Vergleich mit den Einheitspreisen der weiteren Bieter (Preisspiegel) oder mit den Werten aus einer Preisdatenbank oder sonstigen Richtwerten erfolgen. § 125 Abs 3 Z 2 BVergG bezieht sich aber lediglich auf Einheitspreise in wesentlichen Positionen, die entweder in der Ausschreibung näher definiert oder im Leistungsverzeichnis gekennzeichnet sind. § 125 Abs 3 Z 3 BVergG stellt hingegen einen Auffangtatbestand dar. Es kann auf Basis dieser Regelung zum Beispiel auch die fragwürdige Preisangemessenheit von unwesentlichen Positionen zu einer vertieften Angebotsprüfung führen, genauso wie ein Ungleichgewicht der Preisanteile (Lohn und Sonstiges).

### Betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit

Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. **Die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit ist die wesentlichste Komponente bei der vertieften Angebotsprüfung.** Erst auf dieser Stufe kommen die Kalkulationen der Bieter ins Spiel. Sollte der Bieter bereits mit seinem Angebot die Kalkulation übergeben haben, kann der AG diese auch vorerst ohne Hinzuziehung der Bieter überprüfen. **Was letztendlich als betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar zu qualifizieren ist, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab.** Geprüft werden kann insbesondere, ob

- im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;
- der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;
- die Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

Bei der Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit soll es sich um eine **Plausibilitätsprüfung** handeln, so dass zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen sondern nur grob geprüft werden muss, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (VwGH 2003/04/0181). Ein Preis kann z.B. aus nachfolgenden Gründen betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein:

- der Bieter wählt ein wirtschaftliches Fertigungs- oder Bauverfahren

- der Bieter wählt eine technisch andere Lösung
- der Bieter verfügt bei der Erbringung der Leistung über außergewöhnlich günstige Bedingungen
- Auch eine bewusst 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 10N-57/04-34).

Hingegen liegt zum Beispiel ein spekulativer Preis vor, wenn

- Ein Hilfsarbeiter-Regiestundenlohn um EUR 0,00 angeboten wird (VwGH 2004/04/0040).
- der Gesamtpreis auf einen im Angebot genannten Preis für Drittleistungen beruht, wenn diesem Preis kein verbindliches Angebot eines Dritten zugrunde liegt (UVS Tirol 2006/27/1493-13).

### Aufklärung im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung

**Der Bieter hat einen Anspruch darauf, bereits im Zuge der vertieften Angebotsprüfung zu erfahren, welche Einzelpositionen aus welchem Grund unplausibel, nicht nachvollziehbar oder unangemessen erscheinen**, weil er nur auf diese Weise in die Lage versetzt wird, eine sachgerechte Aufklärung zu geben (BVA 06N-84/04-22). Ein kontradiktorisches Verfahren ist daher jedenfalls dann erforderlich, wenn der AG aufgrund einer von ihm festgestellten Unangemessenheit von Preisen das Angebot des Bieters ausscheiden will. Ein Ausscheiden eines Bieters wegen nicht angemessenen Preisen, ohne ihm die Möglichkeit zu geben, vorher dazu Stellung zu nehmen (aus Gründen der Nachweisbarkeit am besten schriftlich), würde diese Ausscheidungsentscheidung mit einer Rechtswidrigkeit belasten.

### Verpflichtung zum Ausscheiden des Angebots

Wenn sich im Rahmen der Angebotsprüfung herausstellt, dass ein unangemessener Preis vorliegt, hat der AG das Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden. Er hat **kein Wahlrecht**, das Gesetz sieht **einzwingendes Ausscheiden** vor. Dies soll auf der einen Seite den Grundsatz, nur zu angemessenen Preisen zu vergeben, verwirklichen und andererseits so vor einem ausufernden Preiskampf, verbunden mit einem hohen Insolvenzrisiko, schützen.

### Fazit

Die Prüfung der Angemessenheit des Preises erfolgt immer einzelfallbezogen. Eine allgemein gültige Formel, wonach ein bestimmter Preis (Einzel- oder Gesamtpreis) noch angemessen ist, gibt es nicht. Die Grenze ist vom Gesetz durch die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit mehr oder weniger klar vorgegeben.

#### ZUGEHÖRIGER INHALT:

Editorial 2012|07

Der Baurägervertrag und die möglichen Folgen einer mangelhaften Bau- und Ausstattungsbeschreibung

Über den Autor



**Bernhard Kall**

*Willheim Müller Rechtsanwälte*

**VERWANDTE BEGRIFFE:** Vergaberecht Fachartikel