willheim | müller
rechtsanwälte

WILLHEIM MÜLLER RECHTSANWÄLTE NAGLERGASSE 2 TOP 11, A 1010 WIEN,
TEL: +43 (1) 535 8008, FAX: +43 (1) 535 8008 / 50, MAIL: OFFICE@WMLAW.AT, WWW.WMLAW.AT

ISSUE 12 / OKTOBER 2008

Newsletter

Information

UNTERPREISIGKEIT ALS AUSSCHEIDUNGSGRUND?

Bei öffentlichen Vergabeverfahren gilt, dass Aufträge zu angemessenen Preisen vergeben werden müssen. Wann ist aber ein angebotener Preis noch ein angemessener Preis im Sinne des Vergaberechts und wann liegt Unterpreisigkeit (Spekulationspreis) vor, die das Ausscheiden des Angebots zur Folge hat? Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem Angebotspeis und dem Preis einzelner Positionen.

Die Prüfung der Preisangemessenheit des Angebotspreises hat unter Verwendung von Hilfsmitteln wie z.B. Preisspiegeln und Preisdatenbanken global zu erfolgen. In der bauwirtschaftlichen Literatur hat sich das Konzept entwickelt, wonach ein Angebotspreis, der grundsätzlich kostendeckend ist, als angemessener Preis gilt. Als untere Grenze dieser Bandbreite gelten die auftragsabhängigen Kosten, als obere Grenze ein voll kostendeckender Preis, der auch einen Gewinn enthält.

Die Frage der Angemessenheit einzelner Positionen hängt aufgrund der wesentlich größeren Schwankungsbreiten insbesondere davon ab, ob der angesetzte Preis einer einzelnen Position plausibel erklärt werden kann. Davon ist auszugehen, wenn die Kalkulation betriebswirtschaftlich erklärbar ist. Nach der Rechtsprechung können selbst nicht kostendeckende Angebote eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen. So können etwa niedrigere Preise aus einer für den Bieter schlechten Auftragslage heraus erklärbar sein, die den Bieter zumindest zur Fixkostendeckung zwingt. Auch die Überlegung, mit dem Auftrag einen neuen Markt erschließen oder einen wichtigen Referenzkunden erlangen zu wollen, rechtfertigt Preise, die nicht gänzlich kostendeckend sind. Bei der Prüfung, ob ein Unterpreis vorliegt, ist daher darauf abzustellen, ob ein Bieter gemessen an den ihm konkret zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kostendeckend kalkuliert hat. Ein Unterangebot liegt jedenfalls dann vor, wenn eine Gefährdung der Liquidität des Unternehmens durch den ungewöhnlich niedrigen Preis gegeben ist.

Wird daher vom Auftraggeber im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens das Argument der Unterpreisigkeit aufgegriffen, so besteht für Bieter die Möglichkeit, den Beweis zu erbringen, dass der angebotene Preis aufgrund der konkreten Umstände als angemessen im Sinne des Vergaberechtes zu qualifizieren ist.

Bernhard Kall, Willheim/Müller RAe

NEWS +++ Frau Birgit Grubmüller verstärkt ab 06.10.2008 das Team von Willheim Müller Rechtsanwälte +++ Katharina Müller und Bernhard Kall tragen am 5.12.2008 bei ARS zum Thema „Gewerberechtliche Tücken in Vergabeverfahren" vor. Bitte beachten Sie den Referentenrabatt bei Anmeldung. +++ Am 30.10.2008 findet der ARS-Baurechtstag statt. Mehr Info unter www.wmlaw.at/newslounge. +++

Praxis

MEHR MUT ZUR BEKÄMPFUNG VON AUSSCHREIBUNGSBEDINGUNGEN

Grundsätzlich besteht für jeden Unternehmer der an einer öffentlichen Ausschreibung teilnehmen will, die Möglichkeit, die Ausschreibung als Ganzes oder einzelne Bestimmungen zu bekämpfen. Wie die Praxis zeigt, wehren sich immer mehr Unternehmer gegen vergaberechtswidrige Ausschreibungsbedingungen öffentlicher Auftraggeber. Allein im letzten Jahr wurden mehrere größere Rahmenverträge von der Stadt Wien als öffentlicher Auftraggeber, die im Wege eines Zu- und Abschlagsverfahrens ausgeschrieben wurden, bekämpft. In all diesen Verfahren wurden die Ausschreibungsbedingungen aufgehoben.

Der Vergabekontrollsenat Wien (VKS Wien) hat als Nachprüfungsbehörde erneut ausdrücklich klargestellt, dass öffentliche Auftraggeber zur Verwendung von standardisierten Leistungsbeschreibungen sowie ÖNORMEN verpflichtet sind. Abweichungen sind nur dann gerechtfertigt, wenn dafür eine entsprechende Begründung in den Ausschreibungsbedingungen enthalten ist. Weiters hat der VKS Wien erneut ausdrücklich klargestellt, dass den Bietern bei der Kalkulation der Preise keine unkalkulierbaren Risken überbunden werden dürfen. Konkret hat der VKS Wien die ausreichende Beschreibung der zu erbringenden Leistung, die Darstellung des Auftragsvolumens sowie die Angabe des Leistungsumfangs je Leistungsposition als Kriterien für die Kalkulierbarkeit angeführt. Die fehlende Angabe von Mengen stellt daher ein unkalkulierbares Risiko dar (vgl. VKS – 3664/06-VKS 3675/06). Konkret hat die Stadt Wien als öffentlicher Auftraggeber im Leistungsverzeichnis keine Mengen angegeben. Nach dem VKS Wien ist die Angabe von Mengen aber eine Voraussetzung für die Kalkulation, um Preise ohne Übernahme unkalkulierbarer Risken zu kalkulieren.

Das vielfach von Unternehmen gegen die Bekämpfung von Ausschreibungen herangezogene Argument, man möchte mit dem Auftraggeber nicht schon vor Vertragsabschluss streiten, muss vor allem in Fällen der Überwälzung unkalkulierbarer Risken in den Hintergrund treten. vergaberechtswidrige Ausschreibungsbedingungen mit unkalkulierbaren Risken können den wirtschaftlichen Ruin eines Bieters zur Folge haben, wenn sich das Risiko im Zuge des Ausführung verwirklicht. Unternehmen müssen sich daher schon bei der Kalkulation mit der Frage beschäftigen, ob der gegenständliche Auftrag bzw. einzelne Positionen überhaupt kalkulierbar sind. Wie die jüngere Rechtsprechung zeigt, machen immer mehr Unternehmen diesen richtigen Schritt und bekämpfen erfolgreich vergaberechtswidrige Ausschreibungsbedingungen.
Katharina Müller, Willheim/Müller RAe