

Vergabekammer Westfalen zu Preissteigerungen wegen des Ukraine-Krieges

Kostenschätzung kann aktualisiert werden

In der Entscheidung der Vergabekammer Westfalen (VK 3-24/22 vom 12. Juli 2022) ging es um die Frage, ob die Preissteigerungen wegen des Ukraine-Krieges ein ungewöhnliches Wagnis darstellen. Der Auftraggeber schrieb Rohbauarbeiten mit einer Angebotsfrist bis zum 4. März 2022 auf der Basis einer Kostenschätzung vom November 2021 offen aus. Das preisgünstigste Angebot der Antragstellerin lag etwa 20 Prozent niedriger als das nächsthöhere. Am 14. März 2022 teilte die Antragstellerin mit, dass sie aufgrund der mit dem Ukraine-Krieg verbundenen Preissteigerungen nur indexbasierte Preise auf Monatsbasis von ihren Lieferanten erhalte und bat um ein „Aufklärungsgespräch“. Daraufhin hielt der Auftraggeber im Vergabevermerk fest, dass seine bisherige Kostenschätzung nicht mehr zutrefte. Die Submission fand sechs Arbeitstage nach Beginn des Ukraine-Krieges statt. Aufgrund der im Anschluss verhängten Sanktionen stiegen in den folgenden Tagen die Kosten vieler Baustoffe sowie die Energiekosten extrem.

Zudem zeichnete sich ab, dass die Materialverfügbarkeit sich verknappen würde und somit eine weitere Verteuerung zu erwarten sei. Aufgrund dessen entschied der Auftraggeber, das Leistungsverzeichnis neu zu bepreisen. Die im März 2022 erfolgte Kostenschätzung fiel um mehr als 50 Prozent höher aus als die aus dem November 2021. Über das Vergabeportal wurden die Bieter daher gebeten, die Auskömmlichkeit ihres Angebots schriftlich zu bestätigen. Nachdem die Antragstellerin dem nicht nachkam, kam ihr Angebot nicht in die engere Wahl mit der Begründung, es weise einen unangemessen niedrigen Preis auf. Die Antragstellerin rügte dies unter Verweis auf ein Ministerialschreiben des Landes Nordrhein-Westfalen vom 19. April 2022 sowie auf einen Erlass des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen vom 25. März 2022. Danach seien laufende Vergabeverfahren, bei denen noch kein Zuschlag erteilt worden sei, in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen und mit Stoffpreisgleitklauseln zu versehen.

Keine Relevanz

Nachdem der Auftraggeber der Rüge nicht abhalf, beantragte die Antragstellerin erfolgreich die Nachprüfung. Zwar – so die Vergabekammer – könne die Antragstellerin nach § 160 Abs. 2 GWB keine Verletzung der Vorschriften aus dem Ministerialschreiben beziehungsweise dem Erlass geltend machen. Wenn ungeachtet ihres Inhalts entfalteten inneradministrativ wirkende Vorschriften wie Rundschreiben und Erlasse keine vergaberechtliche Relevanz in einem Nachprüfungsverfahren. Denn es handle sich um rein verwaltungsinterne Anweisungen, die allenfalls auf dem allgemeinen Verwaltungsrechtsweg überprüfbar seien. Jedoch sei die zweite Kostenschätzung des Auftraggebers nicht geeignet, die Angemessenheit der Angebotspreise zu prüfen. Bei der Beurteilung der Unangemessenheit eines Angebotspreises könne die Kostenschätzung des Auftraggebers herangezogen werden, wenn bei ihrer Aufstellung die vorliegenden und erkennbaren Daten vertretbar gewürdigt worden seien und die Schätzung des Auftragswerts der Tag sei, an dem die Auftragsbekanntmachung abgesendet oder das Vergabeverfahren auf sonstige Weise eingeleitet worden sei. Allerdings sei der Auftraggeber verpflichtet, die Kostenschätzung im laufenden Vergabeverfahren zu aktualisieren. Insbesondere bei einer langen Angebotsphase oder bei unvorhersehbaren Auswirkungen auf die Preise zeitigen Ereignissen könne sonst die ursprüngliche Kostenschätzung kein belastbarer Indikator für



Um die Vergabe von Rohbauarbeiten gab es Streit.

FOTO: DPA/BERND WEISSBROD

sehr hohe oder niedrige Preise sein. Die Schätzung müsse vor Eingang der Angebote durchgeführt worden sein, weil andernfalls erhebliches Missbrauchspotenzial bestünde, wenn der öffentliche Auftraggeber anhand einer nachträglich durchgeführten Kostenschätzung und mit dem Wissen um einzelne Angebotspreise „unliebsame“ Bieter leichter ausschließen könne.

Maßgebliche Kostenschätzung

Der Auftraggeber habe für die Prüfung, inwieweit das Angebot der Antragstellerin unangemessen niedrig sein könnte, eine Kostenschätzung herangezogen, die etwa zweieinhalb Wochen nach Angebotsabgabe erstellt worden sei. Bereits dieses Vorgehen ist nach Ansicht der Vergabekammer vergaberechtswidrig. Gerade der Umstand, dass zu Beginn des Konflikts Preissteigerungen wöchentlich, teils täglich zu verzeichnen gewesen seien, verdeutliche, warum die maßgebliche Kostenschätzung vor Angebotsabgabe erstellt sein müsse. Andernfalls sei eine realistische Bewertung der Angebotspreise nicht möglich. Aber selbst, wenn die vom Auftraggeber in Bezug genommene Kostenschätzung vergaberechtl. Anforderungen entspräche, sei vorliegend die durchgeführte Preisprüfung und Preisauflklärung nicht vergaberechtskonform. Können nach Ansicht des Auftraggebers ein unangemessen niedriges Angebot vorliegen, müsse er in die Preisprüfung eintreten. Sei die Preisprüfung anhand der vorliegenden Unterlagen nicht durchführbar, müsse er gemäß § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A vom Bieter Aufklärung über die Preis- oder Kostenermittlung für die Gesamtleistung verlangen.

Weiche das günstigste vom zweitgünstigsten Angebot oder der Kostenschätzung um mindestens 20 Prozent ab (sogenannte prozentuale Aufgreifschwelle), indiziere dies einen unangemessen niedrigen Angebotspreis und verpflichte den Auftraggeber zur Aufklärung. Allerdings folge aus einer Differenz von über 20 Prozent nicht, dass ein Preis unangemessen und das Angebot zwingend auszuschließen sei. Vielmehr sei der Auftraggeber verpflichtet, in die Preisprüfung einzutreten und gegebenenfalls Erläuterungen beim Bieter einzuholen. Nach § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A sei der Ausschluss eines Angebots erst nach erfolgter Aufklärung über die Ermittlung der Preise und Kosten für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen möglich. Der EuGH habe klargestellt, dass den Bietern vor Angebotsausschluss wegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebotsprei-

ses die Möglichkeit zur weiteren Erläuterung der Seriosität ihres Angebots gegeben werden müsse.

Vorliegend habe ausweislich der Vergabeunterlagen schon keine zureichende Preisprüfung des Angebots der Antragstellerin stattgefunden. So fänden sich in der Vergabeakte keine Angaben zu einer dezidierten Angebotspreisprüfung. Vielmehr werde der Eindruck erweckt, der Auftraggeber leite unmittelbar aus der Differenz zwischen Angebotspreis und Kostenschätzung ab, eine Preisauflklärung ohne vorangegangene Preisprüfung durchführen zu können.

Doch auch die durchgeführte Preisauflklärung erfülle nicht die vergaberechtl. Anforderungen. Der Auftraggeber habe insoweit lediglich gefordert, dass die Bieter die Auskömmlichkeit ihrer Angebote bestätigen. Zunächst die Vergabekammer darauf hin, dass aus der Unauskömmlichkeit eines Angebots nicht zwingend ein unangemessen niedriger Angebotspreis folge oder Unauskömmlichkeit und Unangemessenheit gleichzusetzen seien.

Unangemessener Preis

So liege ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis vor, wenn es preislich deutlich vom marktüblichen Preisniveau abweiche. Demgegenüber sei ein Angebot unauskömmlich, wenn der betreffende Bieter damit keinen Gewinn erziele. Ein solches Angebot müsse aber nicht zwingend erheblich vom ermittelten marktüblichen Preisniveau abweichen. Bereits eine geringe Abweichung könne dazu führen, dass ein Gewinn ausbleibe und damit das Angebot insgesamt unauskömmlich, nicht aber unangemessen niedrig sei.

Eingedenk dieser Überlegungen erfülle die Abfrage der Auskömmlichkeitsbestätigung die Anforderungen an eine Preisauflklärung i.S.d. § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A nicht. Für den Auftraggeber sei es anhand der mitgeteilten Information, das jeweilige Angebot sei auskömmlich oder nicht auskömmlich, nicht möglich, die Angebotspreise auf Unangemessenheit zu prüfen. Der Auftraggeber lasse sich insoweit nicht Positionen erörtern, sondern gehe schlicht von der unzutreffenden Annahme aus, dass eine erklärte Unauskömmlichkeit einer Unangemessenheit entsprechen würde.

Unbeachtlich sei insoweit auch, dass die Antragstellerin ihre Auskömmlichkeit nicht erklärt habe. Wäre aufgrund einer vom Bieter erklärten Unauskömmlichkeit die Preisprüfung abgeschlossen mit dem Ergebnis, dass ein unangemessen niedriger Preis vorliegen würde, hätten Bieter nach Ange-

botsabgabe und während der festgelegten Bindefrist jederzeit die Möglichkeit, sich durch die Mitteilung der Unauskömmlichkeit ihres Angebots von diesem zu lösen. Dies widerspräche dem vergaberechtl. Grundsatz, dass nur bis zum Ablauf der Angebotsfrist Angebote zurückgezogen werden können (vgl. § 10a EU Abs. 7 VOB/A).

Zudem bürde der Auftraggeber der Antragstellerin ein ungewöhnliches Wagnis auf und verletze somit das bieterschützende Gebot gemäß § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Einem Auftragnehmer dürfe kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss habe und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus abschätzen könne.

Nicht in den Anwendungsbereich des § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A fielen hingegen gewöhnliche Wagnisse, wie die Beschaffenheit und Finanzierbarkeit von Materialien oder Preis- und Kalkulationsrisiken, die dem Bieter in einem jeweiligen Marktsegment typischerweise obliegen. Erst wenn das aufgebürdete Wagnis über übliche Risiken hinausgehe, sich nicht abschätzen lasse und demzufolge eine Kalkulation unmöglich mache, könne gegen das Gebot des § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A verstoßen worden sein.

Unzumutbar sei eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation, wenn Preis- und Kalkulationsrisiken über das Maß, das Bietern typischerweise obliege, hinausgin-

gen. § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gelte nicht nur für die Leistungsbeschreibung, sondern allgemein für Vertragsverhandlungen und den Vertragsabschluss. Dazu zählten auch Risiken, die erst nach Zuschlagserteilung im Rahmen der Leistungserbringung entstünden, in den Vergabeunterlagen jedoch schon begründet seien. Denn die Regelung schütze den Auftragnehmer vor unangemessenen Vertragsbedingungen. Ob eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation daran gemessen unzumutbar sei, sei unter Abwägung aller Interessen der Bieter und des öffentlichen Auftraggebers im Einzelfall zu ermitteln.

Kalkulatorischer Ausgleich

Vorliegend ergebe eine Abwägung der beteiligten Interessen, dass der Antragstellerin eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation nicht zumutbar gewesen sei. Der fehlende kalkulatorische Ausgleich belaste die Antragstellerin mit Kalkulationsrisiken, die über das typischerweise einem Bieter obliegende Maß hinausgehen. Denn im Falle der Zuschlagserteilung müsse sie das Risiko von erheblichen Preissteigerungen infolge der Kampfhandlungen tragen, deren Umfang bei Angebotsabgabe nicht ermittelbar gewesen sei.

Zwar hätten zwischen Beginn der Kampfhandlungen und der Angebotsabgabe etwas weniger als sechs volle Arbeitstage gelegen,

aber auch innerhalb dieser Zeit habe die Antragstellerin nicht vernünftig kalkulieren können. Denn die Preise für Baustoffe seien nicht unmittelbar mit dem Ausbruch der Kampfhandlungen „sprunghaft“ und „einmalig“ gestiegen, sondern infolge der Sanktionspakete und des Andauerns der Kampfhandlungen insgesamt stetig und in erheblichem Umfang. Zudem hätten die Preise in dieser Zeit kein Plateau erreicht, sondern in den Folgewochen immer neue „Höchstmarken“ erzielt.

Kein nachprüfbares Gebot

Daher sehe der Erlass vor, dass Vergabeverfahren im Stand nach Angebotsöffnung in den Stand vor Angebotsabgabe zurückversetzt und mit einer Stoffpreisgleitpreisklausel versehen werden. Zwar entfalte dieser Aspekt kein vergaberechtl. und nachprüfbares Gebot, jedoch spreche die Intention dahinter für das Vorliegen eines ungewöhnlichen Wagnisses.

Darüber hinaus zeige auch das Ergebnis der zweiten Kostenschätzung, dass in der Zeit zwischen Ausbruch der Kampfhandlungen und Ende der Angebotsfrist keine kaufmännisch vertretbaren Angebote, die die Preissteigerungen prognostizierten, erstellt werden konnten. So heiße es im Vergabevermerk, dass die Materialverfügbarkeit sich verknappen und somit eine weitere Verteuerung zu erwarten sei. Damit bestätige auch der Auftraggeber, dass die Preissteigerungen nicht nur kurzfristig und von singulärer Natur, sondern längerfristig und stetig ausfallen. Auch dass der Auftraggeber einige Zeit nach Beginn der Kampfhandlungen eine weitere Kostenschätzung durchgeführt habe, die erheblich höher ausgefallen sei als die Kostenschätzung im November 2021, verdeutliche die erhebliche Preissteigerung infolge der Kampfhandlungen und Sanktionen, die nicht einmalig, sondern sprunghaft verlaufen sei.

Für die Kammer stehe daher fest, dass die Risiken der Preiskalkulation nicht mehr den typischen Wagnissen einer Angebotskalkulation entsprechen. Das Interesse des Auftraggebers, an seinen Vergabeunterlagen festzuhalten und keinen kalkulatorischen Ausgleich zu schaffen, trete hinter dem Interesse der Antragstellerin an einer realistischen Angebotskalkulation zurück. Es sei ihm möglich und zumutbar, dem Interesse der Antragstellerin an einer dem typischen Risiko unterliegenden Angebotskalkulation durch die Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln Rechnung zu tragen. > FV

Ausschreibungen in Bayern

Das eVergabe-Portal

DER eSERVICE FÜR AUSSCHREIBER UND BEWERBER

BayVeBe
Anbindung

www.staatsanzeiger-eservices.de

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH, Arnulfstraße 122, 80636 München
Telefon: (+49) 89/290142-30, E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de

Für Ausschreiber

- Editier- und speicherbare Formulare
- Schnittstellen zu allen relevanten Plattformen und der Bayerischen Staatszeitung
- Zertifiziert und vergaberechtskonform
- Komplette Vergabe-Abwicklung online
- für öffentlich, freihändig oder beschränkt

Für Bewerber

- Gezielte Suche nach Aufträgen
- Öffentliche und private Ausschreibungen
- Größtes Angebot in Bayern
- Download von Vergabeunterlagen
- Upload Ihrer Angebotsabgabe
- GAEB online



Staatsanzeiger
eServices

Ein Unternehmen der Bayerischen Staatszeitung