ibr-online

IBR 2022, 32

Spekulativer Preis ist nicht der "geforderte" Preis!

1. Ein Angebot kann ausgeschlossen werden, wenn zwar eine Preisangabe vorhanden ist, diese aber inhaltlich nicht der "geforderten" Preisangabe entspricht.
2. Bei offenkundig unrealistischen Preisangaben oder bei Feststellung einer Konnexität zwischen Ab- und Aufpreisungen besteht eine vom Bieter widerlegbare Vermutung für das Vorliegen einer Preisverlagerung.

OLG Naumburg, Urteil vom 15.01.2021 - **7 U 39/20**

BGB § **241** Abs. 2, § **280** Abs. 1, 3, §§ **282**, **311** Abs. 2 Nr. 1; VOB/A 2012 § **13** Abs. 1 Nr. 3, § **16** Abs. 1 Nr. 1

Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) schrieb einen Neubau aus. Für die Versendung der Angebotsunterlagen wurde ein Beitrag von 77 Euro erhoben, dessen Entrichtung bei Abforderung der Vergabeunterlagen nachzuweisen war. Bieter A bot - ohne die Vergabeunterlagen abgefordert und den Beitrag hierfür bezahlt zu haben - die Leistungen zu einer Nettoauftragssumme von 917.916,23 Euro an. Der AG schloss das Angebot mit der Begründung aus, dass die Verdingungsunterlagen nicht abgefordert und die Gebühr hierfür nicht entrichtet worden seien. A rügte dies und entrichtete nachträglich die Gebühr. Die Nachprüfungsstelle bestätigte den Angebotsausschluss. A erhob Klage auf Schadensersatz. Das Landgericht wies die Klage ab. Das Angebot sei wegen unzulässiger Preisangaben auszuschließen.

Entscheidung

Zu Recht! Es kann nicht festgestellt werden, dass A den Zuschlag auf sein Angebot hätte erhalten dürfen und müssen. Im Vergabeverfahren wird ein vorvertragliches Schuldverhältnis begründet. Dieses entstand vorliegend durch die Einreichung des Angebots des A. Der AG hat seine vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten verletzt, indem er das Angebot des A wegen der fehlenden Abforderung der Vergabeunterlagen und der Nichtzahlung der Gebühr, eines nicht in der enumerativen Aufzählung des § **16** Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2012 enthaltenen Ausschlussgrunds, ausgeschlossen hat. A hätte aber auch dann, wenn sein Angebot nicht vergaberechtswidrig ausgeschlossen worden wäre, den Zuschlag nicht erhalten dürfen und können. Das Angebot hätte nach § **16** Abs. 1 Nr. 1 c i.V.m. § **13** Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012 ausgeschlossen werden müssen. Die Vorschrift verlangt, dass das Angebot **"die geforderten Preisangaben"** enthält. Hieran fehlt es in den Fällen der **unzulässigen Preisverlagerung**. Die Feststellungs- und damit die Beweislast für das Vorliegen einer inhaltlich unvollständigen oder unzutreffenden Preisangabe liegt zwar bei der Vergabestelle. Für **besonders auffällige Preisgestaltungen** greift jedoch eine - vom Bieter widerlegbare - **Vermutung für das Vorliegen der Preisverlagerung**. Das Angebot ist in solchen Fällen auszuschließen, wenn der niedrige Preis nicht zufriedenstellend aufgeklärt werden kann und aus Sicht des Auftraggebers eine einwandfreie Ausführung und Haftung für Gewährleistungsansprüche nicht gesichert erscheint. Vorliegend hat das Landgericht in nicht zu beanstandender Weise in mindestens fünf Leistungspositionen **inhaltlich unzutreffende niedrige Preisangaben** und in neun Leistungspositionen damit **korrelierende unzutreffend hohe Preisangaben** festgestellt. Die sich hieraus ergebende Vermutung von unzulässigen Preisverlagerungen widerlegte A nicht.

Praxishinweis

Das OLG Naumburg setzt die vom BGH begonnene Linie fort, wonach der Bieter zur Widerlegung der Vermutung einer Mischkalkulation die von ihm angebotenen Preise dann näher begründen muss, wenn sehr niedrige Preise mit sehr hohen Preisen korrelieren (**IBR 2018, 638**). Es stellt sich allerdings die Frage, ob eine Mischkalkulation für die Vertragsabwicklung in Zukunft überhaupt noch bedeutsam ist. Dies, wenn - wie vom BGH (**IBR 2019, 536**) für Mengenmehrungen geurteilt - auch für geänderte oder zusätzliche Leistungen der neue Preis im Falle einer fehlenden Einigung der Parteien nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für AGK sowie Wagnis und Gewinn zu ermitteln ist. Eine Entscheidung des BGH hierüber ist im Zuge der Revision gegen das Urteil des OLG Köln vom 20.03.2021 (**IBR 2021, 171**) in naher Zukunft zu erwarten.

RAin und FAin für Bau- und Architektenrecht Dr. Birgit Franz, Köln

© id Verlag