

Kalkulationsfehler im Vergabeverfahren – alles aus?

VERGABERECHT. Unser Rechtsexperte erklärt, welche Kalkulationsfehler bei Vergabeverfahren immer wieder auftreten und welche Konsequenzen damit verbunden sind.



Wo kalkuliert wird, passieren Fehler

Eine kurz bemessene Angebotsfrist, ein Leistungsverzeichnis mit mehreren 100 Seiten und zig freiformulierte Z-Positionen ... genau diese stressige Situation dürfte vielen Bauunternehmern aus der Ausschreibungspraxis nur zu gut bekannt sein. Unter diesen ungünstigen Bedingungen kann es – trotz fortschreitender Automatisierung – bei der Befüllung von Leistungsverzeichnissen immer wieder zu Fehlern kommen. Sollten einem Bieter diese Fehler bis zum Ende der Angebotsfrist nicht selbst auffallen, kann dies eine ganze Reihe an negativen Konsequenzen haben. Dieser Beitrag versucht aufzuzeigen, welche Konsequenzen bei Kalkulationsfehlern drohen und welche Möglichkeiten für betroffene Bieter bestehen, um einen Zuschlag auf ein fehlerhaft kalkuliertes Angebot ggf. zu vermeiden.



Dominik König ist Rechtsanwalt mit jahrelanger Erfahrung im Vergaberecht und seit 2017 Mitglied der Praxisgruppe Vergaberecht von Wolf Theiss.

Er betreut regelmäßig Vergabeverfahren betreffend die Beschaffung von Bauleistungen und baunahen Dienstleistungen sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Bieterseite und vertritt in Vergabekontrollverfahren.

Der „bloße“ Rechenfehler

Der vergaberechtlich am wenigsten kritische Kalkulationsfehler ist der bloße Rechenfehler. Das Problem dabei ist allerdings, dass das Bundesvergabegesetz Rechenfehler zwar grundsätzlich anerkennt und auch die Konsequenzen regelt, aber in keiner Weise definiert, was ein Rechenfehler ist. In der Praxis wird daher immer wieder versucht, alles Mögliche als Rechenfehler zu qualifizieren. Demgegenüber ist die Rechtsprechung jedoch sehr streng, was das Vorliegen eines Rechenfehlers betrifft. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs handelt es sich bei einem Rechenfehler um eine „mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters“. Im Schrifttum wird als Rechenfehler jeder Fehler angesehen, welcher im Rechengang, ausgehend vom angebotenen Einheitspreis und der ausgeschriebenen Menge, zu einer Änderung des Gesamtpreises führt. Dabei kommt es allerdings nicht (nur) auf die mathematische Richtigkeit des Rechengangs an. Auch das rechnerisch korrekte (irrtümliche) Mitaddieren oder Mitübertragen von (nach dem klaren, sonstigen Inhalt des Angebotes nicht mitzuaddierenden) Eventualpositionen stellt einen solchen Rechenfehler dar. Als Voraussetzung für das Vorliegen eines Rechenfehlers wird demnach das Vorliegen einer dem Auftraggeber aus dem Angebot evident erkennbaren Rechenoperation gefordert, sei diese nun

rechnerisch richtig oder falsch. Demgegenüber sind Fehlinterpretationen der Ausschreibungsvorgaben, sonstige Verständnisfehler bzw. falsche Kosteneinschätzungen nicht als Rechenfehler anzusehen, sondern „klassische“ Kalkulationsirrtümer (siehe sogleich unten).

Mit Rechenfehler behaftete Angebote sind vergaberechtlich insofern weniger kritisch, da sie gemäß § 138 Abs. 7 BVergG nur dann nicht weiter zu berücksichtigen sind, wenn dies in den Ausschreibungsunterlagen explizit festgehalten wird und der Richtigstellungsbetrag 2 % oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ausmacht. Ohne entsprechende Festlegung in der Ausschreibung können Rechenfehler daher jederzeit mathematisch richtiggestellt werden. Von der mathematischen Richtigstellung zu unterscheiden ist jedoch die Frage eines möglichen Vorreihens im Zuge der Richtigstellung. Diesbezüglich regelt das BVergG, dass dies nur zulässig ist, wenn die Ausschreibung ein Vorreihen erlaubt. Wie mit Rechenfehlern daher umzugehen ist, wird i. d. R. abschließend in den jeweiligen Ausschreibungsunterlagen geregelt.

Der „tatsächliche“ Kalkulationsirrtum

Vom Rechenfehler zu unterscheiden ist der auf unzutreffenden Annahmen des Bieters beruhende „materielle“ Kalkulationsirrtum. Dieser führt zu einer ungewollt von den Festlegungen der Ausschreibung abweichenden Kalkulation und bewirkt damit im Ergebnis ein ausschreibungswid-



riges Angebot. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Bieter die Ausführungsvorgaben einer Z-Position falsch versteht und dementsprechend eine abweichende Leistung kalkuliert. Als Kalkulationsirrtümer können daher alle Fehler in der Kalkulation definiert werden, welche keine bloßen Rechenfehler sind.

Kalkulationsirrtümer sind, sofern sie vom Auftraggeber entdeckt werden, keiner Mängelbehebung zugänglich. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs dürfen Mängelbehebungen nämlich niemals den Zweck verfolgen, aus einem ausschreibungswidrigen Angebot ein ausschreibungskonformes Angebot zu machen. Bei (entdeckten) Kalkulationsirrtümern droht daher stets ein Ausscheiden des betroffenen Angebots.

Möglichkeiten nach Ablauf der Angebotsfrist

Sollte ein Kalkulationsirrtum vom Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung nicht entdeckt werden, ist dies nicht zwingend positiv für den betroffenen Bieter. Dies insbesondere dann, wenn die Leistung zum kalkulierten Preis nicht erbracht werden kann. Mit Abgabe des Angebots bestätigt der Bieter gemäß § 127 Abs. 2 BVerfG, dass er die Leistungen zu den angebotenen Preisen gemäß den Bestimmungen der Ausschreibung erbringen wird. Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Bestimmung sind die Möglichkeiten einer nachträglichen Mehrkostenforderung schon

grundsätzlich stark eingeschränkt. Darüber hinaus sieht auch die i. d. R. für Bauaufträge zur Anwendung gelangende ÖNORM B 2110 (i. d. F. 2023) unter Punkt 7.2.2 explizit vor, dass das Kalkulationsrisiko in der Sphäre des AN liegt. Der Versuch, einen Kalkulationsirrtum nach Zuschlagserteilung durch eine Mehrkostenforderung zu beheben, wird daher in der Regel zum Scheitern verurteilt sein.

Da ein Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist für die Dauer der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden ist und er dieses weder zurücknehmen noch ändern darf, stellt sich die Frage nach möglichen Handlungsalternativen für Bieter, welche den Zuschlag auf ein mit einem Kalkulationsirrtum behaftetes Angebot verhindern wollen.

Sollte dem Auftraggeber im Rahmen der Angebotsprüfung ein Kalkulationsirrtum eines Bieters entgangen sein, bleibt dem Bieter grundsätzlich nur mehr die Möglichkeit, den Auftraggeber während der Zuschlagsfrist auf den Kalkulationsirrtum und die damit einhergehende Ausschreibungswidrigkeit seines Angebots hinzuweisen. Daraufhin wäre der Auftraggeber zwingend verpflichtet, das Angebot einer vertieften Prüfung zu unterziehen. Im Falle eines Kalkulationsirrtums kann das Ergebnis dieser vertieften Angebotsprüfung nur sein, dass die Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht plausibel und das Angebot dementsprechend auszuschneiden ist. Auf diese Weise könnte der Bieter daher das Ausscheiden des eigenen Angebots „erzwingen“.

Sollte der Auftraggeber das Angebot jedoch – aus welchen Gründen auch immer – nicht ausschneiden, stellt sich die Frage, ob der betroffene Bieter die Zuschlagserteilung durch Anfechtung der zu seinen Gunsten ergangenen Zuschlagsentscheidung verhindern könnte. Hierzu wird in der Rechtsprechung jedoch die Position vertreten, dass einem präsumtiven Zuschlagsempfänger durch eine Zuschlagserteilung kein Schaden droht und ihm daher auch keine Antragslegitimation zur Stellung eines Nachprüfungsantrages zukommt. Anfechtungen der „eigenen“ Zuschlagsentscheidungen wurden bisher daher i. d. R. zurückgewiesen.

Dem Bieter grundsätzlich die Antragslegitimation abzusprechen, falls dieser den Zuschlag auf ein aufgrund eines Kalkulationsirrtums nicht kostendeckendes Angebot verhindern möchte, ist durchaus kritisch zu betrachten. Dies insbesondere in jenen Fällen, in denen der Auftraggeber infolge eines Hinweises durch den Bieter positive Kenntnis von dem Kalkulationsirrtum (und sohin der Ausschreibungswidrigkeit des Angebots) hatte. In derartigen Fällen ist u. E. ein positiver Schaden des Bieters (mangelnde Kostendeckung) zu bejahen und die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung ergibt sich daraus, dass das ausschreibungswidrige Angebot korrekterweise auszuschneiden gewesen wäre. //



Praxistipps

// Bei Unklarheiten in der Kalkulation sollten **keine „Ersatzannahmen“** durch einen Bieter erfolgen. Zur Verhinderung von Kalkulationsfehlern empfiehlt es sich, stets **klarstellende Bieterfragen** an den Auftraggeber zu übermitteln.

// Oftmals kann es zu **Regelungswidersprüchen** zwischen Ausschreibungsunterlagen (z. B. Vertrag und Leistungsverzeichnis) kommen, welche eine ordnungsgemäße Kalkulation erschweren. Ausschreibungsunterlagen sollten daher nicht nur isoliert geprüft werden (Vertrag durch Rechtsabteilung, Leistungsverzeichnis durch Kalkulant), sondern in einer **Zusammenschau**. Sich dabei ergebende Widersprüche sind durch den Auftraggeber klarzustellen.

// Viele Fehler bei der Erstellung von Angeboten sind oftmals einem selbst verursachten **Zeitdruck** geschuldet. Mit der Erstellung von Angeboten sollte daher frühzeitig begonnen werden, sodass etwaige Fehler in der Kalkulation noch behoben werden können.