



C.-ADOBE STOCK

Blackboxen und andere Vergabemythen

VERGABERECHT. Der Mythos, dass Subunternehmer-Angebote in der Kalkulation nicht aufzuschlüsseln wären, hält sich hartnäckig. Ebenso wird immer noch häufig kolportiert, dass EUR-0-Positionen immer zum Ausscheiden des Angebotes führen müssen. Unsere Vergabeexperten durchleuchten diese Kalkulationsmythen.



RA Mag. **Wolfgang Lauchner**, LL.M. ist Partner bei Wolf Theiss im Bereich Vergaberecht und auf Infrastruktur- und IT-Vergaben spezialisiert.



Mag. **Martin Ungerböck** ist Rechtsanwaltsanwärter im Vergaberechtsteam von Wolf Theiss und regelmäßig mit der Abwicklung von Vergabeverfahren befasst.

Eine bei Bietern beliebte Antwort auf Aufklärungsersuchen eines Auftraggebers ist der Verweis auf Subunternehmerleistungen. Die Argumentation ist dann zumeist, dass das Sub-Angebot ein Pauschalangebot und daher nicht weiter aufzugliedern sei. Können sich Unternehmen tatsächlich so einfach einer näheren Angebotsprüfung entziehen? Die Antwort ist klar: Nein! Alle Positionen, auch Subunternehmerleistungen, sind entsprechend den Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen auszuweisen. Das Bundesvergabegesetz (BVergG) verpflichtet Bieter ausdrücklich, Preise entsprechend den Anforderungen der Ausschreibungsunterlage aufzugliedern (§ 127 Abs 1 Z 4). Entsprechend fordern Leistungsverzeichnisse in der Regel eine Gliederung nach Lohn und Sonstigem; diese Gliederungsvorgabe ist sohin einzuhalten – unabhängig davon, ob es sich um Subunternehmer-Leistungen handelt oder nicht. Auch nach der Kalkulations-ÖNORM B 2061 ist eine preisanteilsge-rechte Aufgliederung von Fremdleistungen in die Preisanteile „Lohn“ und „Sonstiges“ erforderlich. Die ÖNORM B 2061 ist

zwar nicht automatisch Ausschreibungsgrundlage (sie muss vielmehr vereinbart werden); in der weit überwiegenden Zahl der Bauausschreibungen wird diese aber zugrunde gelegt und verlangt eine entsprechende Aufgliederung.

Vor diesem Hintergrund sollten Bieter von ihren Subunternehmern also stets fordern, ihre Sub-Angebote entsprechend den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses aufzugliedern (was in der Praxis angesichts der Zeit und der Anzahl an Subunternehmern naturgemäß nicht immer einfach ist). Wird das Subunternehmerangebot nicht aufgeschlüsselt, dann sollte der Bieter zumindest selbst einen Ansatz für Lohn und Sonstiges (auf Basis von plausiblen Erfahrungswerten) treffen, um hier Auspreisungsfehler zu vermeiden.

Was tun, wenn's nicht zusammenpasst?

In diesem Zusammenhang stellt sich oft aber auch eine andere Problematik bei Sub- oder Lieferantenangeboten: Häufig „passt“ das Angebot des Subunternehmers oder Lieferanten schlicht nicht in die Ausschreibungssystematik, weil sich die ange-

botene Leistung nicht entsprechend den LV-Positionen aufgliedern lässt. Zu denken ist hier an Elemente oder Komponenten, die fertig zusammengesetzt gekauft bzw. angeliefert werden; hier ist es folglich nicht möglich, die Elemente „auseinanderzuidividieren“ und als Preise pro Position anzubieten. Dann muss der Bieter das Element fast zwangsweise in die „Hauptposition“ (z. B. Beton) kalkulieren und die „verwaisten“ Positionen (z. B. Bewehrung), die getrennt im LV angeführt sind, mit einem Preis von EUR 0 oder 1 Cent ausweisen. Ist das Angebot dann zwingend auszuschneiden, weil es „Nullpreise“ aufweist?

Nein, solche Preise führen nicht „automatisch“ zum Ausschneiden! Der (öffentliche) Auftraggeber hat sich aus vergaberrechtlicher Sicht angesichts derartiger Preisangaben vorerst nur die Frage zu stellen, ob die Preise angemessen bzw. betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind (vgl. § 137 Abs 3 BVergG). Hegt er Zweifel an der Plausibilität des angebotenen Gesamtpreises bzw. angebotener Positionspreise, hat er eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Die wesentliche Frage dabei ist, ob die Auspreisung (mit EUR 0 oder 1 Cent) betriebswirtschaftlich erklärbar ist.

Dies wurde auch bereits höchstgerichtlich vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt: In dem dort entscheidungsrelevanten Sachverhalt hat ein Subunternehmer seine Leistungen dem Bieter gegenüber nicht aufgeschlüsselt, sondern in Form einer Gesamtleistung angeboten, was vom Bieter übernommen wurde; die verbliebenen Positionen preiste der Bieter mit EUR 0,00 bzw 0,01 aus. Der Auftraggeber beurteilte dies als nachvollziehbar, weil das Vorgehen im Anlassfall schlüssig mit der Übernahme von Preisen aus dem Angebot eines Subunternehmers erklärt werden konnte, was von den Gerichten in der Folge bestätigt wurde.

Essenziell: Erklärung für die Kalkulation

Anzumerken ist dabei, dass dieser Fall unwesentliche Positionen betroffen hat (nicht mit „W“ gekennzeichnet). Fraglich bleibt daher, ob die Gerichte den Sachverhalt allenfalls anders beurteilt hätten,

wenn wesentliche Positionen von diesen Umlagerungen betroffen gewesen wären. Aus Sicht der Autoren sollte es hier keine abweichende Beurteilung geben: Ob eine Kalkulation(-sansatz) betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist, ist nicht davon abhängig, ob eine Position wesentlich ist oder nicht. Auch ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass Angebote mit unplausiblen Preisen oder unzulässiger Mischkalkulation auszuschneiden sind, und zwar unabhängig von ihrem Wert (folglich auch bei unwesentlichen Positionen). Der einzige Unterschied ist, dass bei wesentlichen Positionen die Prüfpflichten des Auftraggebers für eine vertiefte Angebotsprüfung schon früher ansetzen; für die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit kann dies aber wohl keinen Unterschied machen.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang jedenfalls, dem Auftraggeber auch tatsächlich eine Erklärung für die Kalkulation zu liefern. Die bloße Bestätigung, dass der Preis für den Bieter auskömmlich ist, stellt – ohne nähere Erläuterung – keine hinreichende Aufklärung dar! Dabei stellt sich allgemein oft die Frage, was ein Auftraggeber alles zur Kalkulation fordern darf und ob der Bieter jeder Aufforderung nachkommen muss. Sofern die Forderung aus den Ausschreibungsbestimmungen oder der ÖNORM B 2061 (sofern vereinbart) abzuleiten ist, hat der Bieter jedenfalls die entsprechende Aufklärung zu leisten bzw. die Kalkulation offenzulegen. Was darüber hinausgeht, ist ein gewisser Graubereich, in dem der Bieter aber am „kürzeren Ast“ sitzt: Den Bieter trifft stets das Risiko, dass ihn der Auftraggeber – wenn er die geforderte Aufklärung nicht erstattet – aufgrund unvollständiger bzw. nicht nachvollziehbarer Aufklärung aus dem Vergabeverfahren ausschneidet. Im Sinne einer Kosten-Nutzen-Betrachtung ist hier der weitergehenden Aufklärung im Zweifel daher stets der Vorzug zu geben (gegenüber der gerichtlichen Bekämpfung einer Ausscheidensentscheidung infolge unvollständiger Aufklärung).

Zusammengefasst lässt sich für die vergaberrechtliche Praxis festhalten: Die Übernahme von Subunternehmerpreisen kann eine nicht positionsgetreue Preis-

darstellung bzw Angabe eines Preises von EUR 0,00 oder EUR 0,01 in einzelnen LV-Positionen sachlich rechtfertigen. Hierdurch kann im Einzelfall die Vermutung einer spekulativen Preisgestaltung bzw. unzulässigen Mischkalkulation entkräftet werden. Öffentliche Auftraggeber sind nicht schon aufgrund derartiger Preisangaben zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung oder einem „automatischen“ Ausschneiden eines Angebotes verpflichtet. Oberste Prüfmaxime bleibt die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Preises bzw der Kalkulation in Gesamtsicht. //



Praxistipps

- // (Auch) **Subunternehmerleistungen** sind entsprechend den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen aufzugliedern. Wird in der Ausschreibung auf die ÖNORM B 2061 verwiesen, hat die Gliederung den dortigen Vorgaben zu entsprechen (Aufgliederung nach Preisanteilen „Lohn“ und „Sonstiges“).
- // Bieter sollten eine Aufgliederung der Preise durch ihre Subunternehmer (**Subunternehmerangebote**) im Gleichklang mit den Ausschreibungsunterlagen fordern, um Problemen im Rahmen der Preisprüfung vorzubeugen (auch wenn dies in der Praxis nicht immer einfach ist).
- // Eine **Umlage von Leistungen** in andere Positionen ist vergaberrechtlich kritisch (Stichwort: unzulässige Mischkalkulation); eine Umlage sollte daher nur ausnahmsweise und nur bei betriebswirtschaftlicher Erklär- und Nachvollziehbarkeit dieser Umlagerung erfolgen.
- // Die Auspreisung von Positionen mit 1 Cent oder EUR 0 ist nicht per se unzulässig bzw. muss nicht zwingend zum Ausschneiden des Angebots führen; der Preis bzw. die Kalkulation muss aber jedenfalls **betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar** sein, widrigenfalls ein Ausschneiden des Angebots droht.