



An die
Landkreise
in Sachsen-Anhalt

Vergaberecht
Az.: 600-53/kö
Tel.: 0391/56531-40
weiss@landkreistag-st.de

24. März 2017

Rundschreiben Nr. 128/2017

BGH-Beschluss zur Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote

Kurzfassung:

Mit Beschluss vom 31. Januar 2017 (Az.: X ZB 10/16) hat der Bundesgerichtshof im Rahmen eines Divergenzverfahrens entschieden, dass jeder Bieter von der Vergabestelle die Prüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots verlangen kann. Dabei ist ausreichend, dass Umstände dargelegt werden, die die Unangemessenheit des Preises indizieren. Auf die zusätzliche Darlegung einer „Marktverdrängungsabsicht“ des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters oder der Gefahr, dass dieser den Auftrag aufgrund der niedrigen Preisgestaltung nicht zu Ende ausführen könne, komme es für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags nicht an. Nach § 60 Abs. 3 VgV sei die Ablehnung des Zuschlags „grundsätzlich geboten“, wenn der Auftraggeber verbleibende Ungewissheiten durch die Prüfung der Preisbildung nicht zufriedenstellend aufklären könne.

In dem vom Bundesgerichtshof (BGH) zu beurteilenden Nachprüfungsverfahren ging es schwerpunktmäßig um die Gestellung von Notärzten für definierte Versorgungsgebiete in Berlin. Der Beschluss hat jedoch über den Bereich der Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen hinaus grundsätzliche Bedeutung.

Die Antragstellerin hatte im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht, für ein Versorgungsgebiet (Gebietslos) habe ein Angebot den Zuschlag erhalten, das ungewöhnlich niedrig gewesen sei und deshalb hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Antragstellerin war insoweit die mit einer Preisdifferenz von über 30% zweitbeste Bieterin.

Die Vergabekammer hatte den Nachprüfungsantrag als unzulässig abgelehnt, da die Regelung zur Überprüfung ungewöhnlich niedriger Angebote (§ 16 Abs. 6 VOL/A 2009) im Streitfall keine drittschützende Wirkung entfalte und die Antragstellerin deshalb nicht in eigenen Rechten verletzt sei.

Albrechtstr. 7
39104 Magdeburg

Tel. (0391) 56 53 1 - 0
Fax (0391) 56 53 1 - 90

verband@landkreistag-st.de
<http://www.kommunales-st.de>

Stadtparkasse Magdeburg
IBAN: DE98 8105 3272 0037 0030 87
BIC: NOLADE21MDG

Das Kammergericht Berlin wollte die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde zurückweisen, sah sich daran aber durch einen Beschluss des OLG Saarbrücken zu einer im Wesentlichen inhaltsgleichen Vorschrift in der VOB/A (§ 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A a.F.) gehindert und legte deshalb dem BGH im Rahmen des sog. Divergenzverfahrens nach § 179 Abs. 2 GWB vor.

In dem als **Anlage** beigefügten Beschluss vom 31. Januar 2017 stellt der BGH nun klar, dass die Regelungen zur Prüfung und zum möglichen Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote in §§ 16 d, 16 d EU VOB/A oder in § 16 Abs. 6 VOL/A bzw. jetzt in § 60 VgV bieterschützende Wirkung haben.

Für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags sei es ausreichend, die Umstände darzulegen, die die Unangemessenheit des Preises indizierten. Regelmäßig seien dies die Höhe des beanstandeten Preises und der Abstand zum eigenen bzw. nächstgünstigsten Angebot, möglich sei aber auch ein augenfälliges Abweichen von erfahrungsgemäß verlangten Preisen.

Ob im Anschluss an die in der Rechtsprechung vertretenen unterschiedlichen Aufgreifschwelen ein Preisabstand von 20 % als unverrückbare Untergrenze anzusehen sei oder ob besondere Umstände auch bei geringeren Abständen einen Aufklärungsbedarf indizierten, lässt der BGH dabei offen, da jedenfalls im Streitfall die Preisdifferenz von 30% Anlass für eine Angemessenheitsprüfung gegeben habe.

Darüber hinaus habe ein Antragsteller nur darzulegen, ob er die Vergabe zu dem fraglichen Preis gerügt, wie sich der Auftraggeber dazu ggf. vorprozessual gestellt und inwieweit dies die vorgebrachten Bedenken ausgeräumt habe (Rn. 16).

Weitgehende Anforderungen an die Darlegung einer Rechtsverletzung könnten für den Zugang zum Nachprüfungsverfahren dagegen nicht gestellt werden. Damit lehnt der BGH die vom Kammergericht Berlin zunächst präferierte Rechtsprechung anderer Vergabesenate ab, die der § 16 Abs. 6 VOL/A 2009 entsprechenden Vorschrift in § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A 2009 eine bieterschützende Wirkung nur beimessen, wenn das ungewöhnlich günstig erscheinende Angebot zugleich auch „Ausdruck wettbewerbswidriger Praktiken“ ist, denen der Auftraggeber keinen Vorschub leisten dürfe.

Diese Voraussetzung sollen Angebote dabei nur erfüllen, wenn der unangemessen niedrige Preis als „*Mittel zur zielgerichteten Verdrängung anderer Bieter aus dem Markt*“ eingesetzt werde oder wenn der die niedrige Preisgestaltung den Auftragnehmer voraussichtlich in so erhebliche Schwierigkeiten bringen werde, dass er „*den Auftrag nicht zu Ende ausführen*“ könne und die Ausführung abbrechen müsse.

Derlei Darlegungen überspannen nach dem Beschluss des BGH die Anforderungen an den Zugang zum Nachprüfungsverfahren und könnten vom Antragsteller nicht verlangt werden, zumal er hierzu regelmäßig nichts Konkretes vortragen könne (Rn. 17 ff).

Kann der Auftraggeber die geringe Höhe des angebotenen Preises nicht zufriedenstellend aufklären, „darf“ er nach § 60 Abs. 3 VgV den Zuschlag auf dieses Angebot ablehnen. Der BGH stellt insoweit allerdings klar, dass es sich bei der Ablehnung ungewöhnlich niedriger Angebote um ein rechtlich gebundenes Ermessen handelt.

Die Verwendung des Verbs „dürfen“ in § 60 Abs. 3 VgV bedeute nicht, dass es im Belieben des Auftraggebers stehe, einem Angebot trotz weiterbestehender Ungeheimheiten gleichwohl den Zuschlag zu erteilen.

Die Ablehnung des Zuschlags sei vielmehr „grundsätzlich geboten“, wenn der Auftraggeber verbleibende Ungewissheiten nicht zufriedenstellend aufklären könne. Bei der Beurteilung der Anforderungen an eine zufriedenstellende Aufklärung habe der Auftraggeber „Art und Umfang der im konkreten Fall drohenden Gefahren für eine wettbewerbskonforme Auftrags erledigung“ zu berücksichtigen (Rn. 31).

Im Streitfall konnte der BGH nicht nachvollziehen, ob die Vergabestelle die Preisbildung des günstigsten Angebots in der gebotenen Weise (vgl. Anlage, Rn. 25 ff.) aufgeklärt hatte und forderte die Vergabekammer zur erneuten Entscheidung unter Beachtung seiner Rechtsauffassung auf. Dabei führt der BGH auch im Einzelnen aus, wie zu verfahren ist, soweit im Nachprüfungsverfahren für die zur Aufklärung des Preises benötigten Informationen der Schutz als Geschäftsgeheimnis begehrt wird (Rn. 37 ff.).



Theel

Anlage
(**nur** digital)