


Anmerkung zu:	<b><u>BKartA Bonn 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 06.06.2023 - VK 1 - 39/23</u></b>
Autor:	<b>Dr. Christopher Wolters, RA</b>
Erscheinungsdatum:	<b>15.12.2023</b>
Quelle:	<b>JURIS</b>
Normen:	<b><u>§ 56 VgV 2016, § 122 GWB, § 97 GWB, § 119 GWB, § 128 GWB ... mehr</u></b>
Fundstelle:	<b>jurisPR-Compl 6/2023 Anm. 4</b>
Herausgeber:	<b>Prof. Dr. Norbert Nolte, RA</b>
Zitervorschlag:	<b>Wolters, jurisPR-Compl 6/2023 Anm. 4 </b>

## **Anforderungen an die Dokumentation der vergaberechtlichen Preisprüfung**

### **Leitsätze**

- 1. Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, die Gründe für die Auswahlentscheidung nach Überprüfung der Kalkulation zu dokumentieren.**
- 2. Die Bieter sind in der Kalkulation ihrer Preise grundsätzlich frei. Es ist den Bietern daher nicht schlechthin verwehrt, zu einem Gesamtpreis anzubieten, der lediglich einen Deckungsbeitrag zu den eigenen Fixkosten verspricht (Unterkostenangebote).**
- 3. Der öffentliche Auftraggeber ist bei Unterkostenangeboten allerdings gehalten, sorgfältig zu prüfen, ob eine einwandfreie Ausführung und Haftung für Gewährleistungsansprüche gesichert ist, und seine für die abschließende Entscheidung maßgeblichen Erwägungen so dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, wie die Überprüfung der Kalkulation vorgenommen wurde.**
- 4. Die Begründung muss alle Informationen enthalten, die notwendig sind, um die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nachvollziehen zu können.**

### **A. Problemstellung**

Neben einer formalen Prüfung (§ 56 Abs. 1 VgV) und der Eignungsprüfung des Angebots (§ 122 GWB) beurteilt der Auftraggeber im Vergabeverfahren die wirtschaftliche Angemessenheit der Angebotspreise unter dem Gesichtspunkt möglicherweise unangemessen niedriger Angebote, § 60 Abs. 1 VgV. Um dem Grundsatz der Transparenz (§ 97 Abs. 1 Satz 1 GWB) zu genügen, muss er auch diese Prüfung in ausreichender Weise dokumentieren (§ 8 Abs. 1 VgV). Der Beschluss der VK Bund setzt sich mit den Anforderungen an diese Pflichten auseinander.

### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die öffentliche Auftraggeberin und Antragsgegnerin schrieb in einem europaweiten offenen Verfahren nach § 119 Abs. 3 GWB und § 15 VgV einen Rahmenvertrag über Gebäudereinigungen aus. Nach einer Vertragsbedingung sollte das Unternehmen eine den Reinigungsarbeiten vorstehende Reinigungskraft stellen. Daneben wies die Auftraggeberin darauf hin, dass die Kosten, die durch den Einsatz dieser Vorarbeitskraft entstehen, und die Zahlung des Tariflohns im angebotenen Preis mit eingerechnet sein sollen. In einem Formblatt musste ein bietendes Unternehmen diese Kosten aufschlüsseln.

Die Antragstellerin beteiligte sich mit einem Angebot, unterlag aber und erreichte den vierten Platz in der Wertung der Angebote. Daraufhin rügte sie, dass die Preisberechnung des beigeladenen Unternehmens, dessen Angebot den Zuschlag erhalten sollte, nicht den gesetzlichen Mindestbedingungen und dem Rahmentarifvertrag für das Gebäudereiniger-Handwerk entspreche. Nach-

dem die Antragsgegnerin die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen erneut geprüft hatte, kam sie dennoch zu dem Schluss, sie werde der Rüge nicht abhelfen.

Dagegen beantragte die Antragstellerin, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Sie sah die Antragsgegnerin insbesondere verpflichtet, den Zuschlag nach § 60 Abs. 3 Satz 2 VgV abzulehnen. Denn die Preise der Beigeladenen seien nur deswegen niedrig, weil sie gegen Auftragsausführungsbestimmungen i.S.v. § 128 Abs. 1 GWB verstoße. Sie missachte gesetzliche Mindestbedingungen und geltendes Tarifrecht.

Im Ergebnis hält die VK Bund den Nachprüfungsantrag für begründet. Ein Auftraggeber müsse die Einhaltung der zwingenden Verpflichtungen i.S.d. § 128 Abs. 1 GWB prüfen, wenn der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu den zu erbringenden Leistungen ungewöhnlich niedrig nach § 60 Abs. 1 VgV erschienen. In materieller Hinsicht enthält die Entscheidung nichts Neues. Bemerkenswert sind jedoch die Ausführungen zum Umfang der Dokumentationspflichten eines öffentlichen Auftraggebers.

Eingangs stellt die VK Bund klar, dass ein Auftraggeber verpflichtet sei, die Gründe der Auswahlentscheidung zu dokumentieren. Mit Verweis auf Rechtsprechung von OLG Düsseldorf (Beschl. v. 16.10.2019 - VII-Verg 6/19) und BGH (Beschl. v. 04.04.2017 - X ZB 3/17) führt sie aus, dass ein öffentlicher Auftraggeber die für die abschließende Entscheidung maßgeblichen Erwägungen so zu dokumentieren habe, dass (für sie) nachvollziehbar ist, wie die Überprüfung der Kalkulation vorgenommen wurde. Die Begründung müsse alle Informationen enthalten, die notwendig sind, um die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers plausibel zu machen. Der Willensbildungsprozess der Antragsgegnerin müsse ausreichend in der Vergabeakte nachgezeichnet sein. Insgesamt könne die Vergabekammer die Entscheidungsfindung der Antragsgegnerin vorliegend aber dementsprechend nicht nachvollziehen. Die VK Bund beanstandet im Anschluss ausführlich die Dokumentation der Antragsgegnerin über die Prüfung des Vorliegens eines unzulässigen ungewöhnlich niedrigen Angebots der Beigeladenen.

- Erstens gehe aus der Vergabeakte nicht hervor, wie die Antragsgegnerin die Berechnungsunterschiede in den Angeboten der Antragstellerin und der Beigeladenen einordne. Die in der Vergabeakte enthaltenen, handschriftlichen Kommentierungen, mit denen die Antragsgegnerin die Kalkulation der Beigeladenen versah, ließen keine näheren Schlüsse darauf zu.
- Zweitens lege die Antragsgegnerin nicht die Schlussfolgerungen dar, die sie aus der erneuten Prüfung der Angebote ableite. Die Ergebnisse der Prüfung gingen nicht aus der Vergabeakte hervor. Es sei dementsprechend auch nach der erneuten Prüfung weiterhin unklar, ob die Antragsgegnerin davon ausgehe, dass es sich beim Angebot der Beigeladenen nach der Aufklärung um ein auskömmliches Angebot handle oder – sofern ein Unterkostenangebot vorliege – dieses hinreichend aufgeklärt worden sei. Der Akte sei allein zu entnehmen, dass an der Zuschlagsentscheidung festgehalten werde.
- Schließlich bemängelt die VK Bund zudem, dass ein abschließender, zusammenfassender Vermerk fehle, der sich mit den ausführlichen Äußerungen der Beigeladenen zu ihrer Preisberechnung auseinandersetze.

Die Antragsgegnerin habe, so stellt die VK Bund fest, die fehlenden Angaben auch nicht im Nachprüfungsverfahren nachgereicht. Weder im Rügeabhilfes Schreiben gegenüber der Antragstellerin noch in einem entsprechenden Vortrag während des Nachprüfungsverfahrens habe die Antragsgegnerin das Dokumentationsdefizit beseitigt.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung fügt sich hinsichtlich der materiellen Prüfung von § 60 VgV nahtlos in die bisherige Rechtsprechung ein. Ein Auftraggeber gewinnt seine Erkenntnisse zur Unangemessenheit des niedrigen Preises oder der niedrigen Kosten aus einem Vergleich des fraglichen mit den anderen eingegangenen Angeboten oder auf Grundlage von Erfahrungswerten bei der wettbewerblichen Preisbildung oder seiner eigenen Auftragswertschätzung (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.05.2020 - Verg 26/19). Hält er eine Preisprüfung für geboten oder ist er dazu – insbesondere, wenn das niedrigste Angebot in gewissem Umfang vom nächsthöheren abweicht – gezwungen, veranlasst er ein Zwischenverfahren, in welchem er dem fraglichen Bieter jedenfalls dann die Möglichkeit zur Stellungnahme gibt, wenn er diesen auszuschließen beabsichtigt (anerkannt seit EuGH, Urt. v. 27.11.2001 - C-286/99 „Mantovani“). Im Zwischenverfahren darf er den fraglichen Bieter jedoch nicht nur allgemein zu einer Rechtfertigung seiner Preis- und Kostenberechnung auffordern, sondern muss konkrete und zielgerichtete Fragen stellen (Dicks in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, 2. Aufl. 2021, § 60 Rn. 18; vgl. auch VK Bund, Beschl. v. 15.11.2021 - VK 1 - 112/21; OLG

Düsseldorf, Beschl. v. 29.05.2020 - Verg 26/19). Denn antwortet ein Bieter auf unspezifische Fragen unspezifisch, darf der öffentliche Auftraggeber ihn nicht aufgrund verbleibender Zweifel gemäß § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV ausschließen.

Die Ausführungen der Vergabekammer zu den Dokumentationspflichten eines Auftraggebers nach § 8 Abs. 1 VgV sind hingegen bemerkenswert. Denn sie bekräftigen die auch bezüglich der Preisprüfung bestehenden Pflicht öffentlicher Auftraggeber, eine nachvollziehbare und damit ausführliche Dokumentation sicherzustellen. In der bisherigen Rechtsprechung ist das so noch nicht festgestellt worden. Die Notwendigkeit einer ausführlichen Dokumentationspflicht ist bislang insbesondere bei Entscheidungen eines Auftraggebers ausdrücklich anerkannt, die einen großen Ermessensspielraum eröffnen. Das betrifft etwa die Prüfung qualitativer Zuschlagskriterien (BGH, Beschl. v. 04.04.2017 - X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.03.2021 - VII-Verg 34/20), die Festlegung von Eignungskriterien (OLG Jena, Beschl. v. 02.08.2017 - 2 Verg 2/17) oder auch die Wahl der Verfahrensart (VK München, Beschl. v. 12.10.2020 - 3194.Z3-3 01-20-31).

Die VK Bund hat diese Pflichten nunmehr – folgerichtig – auch für die Preisprüfung im Allgemeinen und das Zwischenverfahren im Besonderen explizit herausgestellt. Das kommt freilich nicht überraschend, befindet sich diese Erkenntnis auf einer Linie mit dem Schrifttum (Koenigsmann-Hölken in: Heuvels/HöB/Kuß/Wagner, Vergaberecht, 2. Aufl. 2021, § 8 VgV Rn. 12; vgl. auch Schubert in: Willenbruch/Wiedekind/Hübner, Vergaberecht, 5. Aufl. 2022, § 8 VgV Rn. 12). Die inhaltlichen Anforderungen an die Dokumentation hat die VK Bund im Folgenden schulbuchmäßig herausgearbeitet. Die von § 8 VgV geforderte Dokumentation soll gewährleisten, dass sowohl die Bieter als auch die Nachprüfungsinstanzen im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens den Gang des Verfahrens nachvollziehen und kontrollieren können (vgl. BT-Drs. 18/7318, S. 152). Das gilt auch für sämtliche Schritte einer Preisprüfung.

Da im vorliegenden Fall keine hinreichende Dokumentation vorhanden war, untersagte die VK Bund allein aus diesem Grund – zu Recht – den Zuschlag und forderte die Zurücksetzung des Vergabeverfahrens. Ist die Vergabeentscheidung durch die Vergabekammer nicht kontrollierbar, kann sie diese Entscheidung nicht aufrechterhalten. Konsequenterweise prüfte die VK Bund auch mit keinem Wort, ob die Preisprüfung der Antragsgegnerin in materieller Hinsicht gegen Vergaberecht verstößt.


Zuletzt lässt die VK Bund durchscheinen, dass die Antragsgegnerin die Vergabeentscheidung auch noch im Nachprüfungsverfahren hätte nachvollziehbar darstellen können. Auch damit findet sich die Entscheidung auf der Höhe der Diskussion. War die Möglichkeit der Heilung eines solchen Mangels lange Zeit umstritten, ist dies in der Rechtsprechung mittlerweile anerkannt (BGH, Beschl. v. 08.02.2011 - X ZB 4/10). Ein Auftraggeber darf seine Erwägungen im Laufe des Nachprüfungsverfahrens folglich ergänzen und präzisieren, um die sachliche Richtigkeit seiner Vergabeentscheidung zu verteidigen (Goede/Hänsel in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 8 VgV Rn. 13). Er kann jedoch nicht in Bereichen, in welchen ihm ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zusteht, während der Nachholung den mangelhaft dokumentierten Vorgang erstmals vertieft prüfen oder durchführen. Die Entscheidung eines Auftraggebers muss daher bereits in der während des Vergabeverfahrens angefertigten Dokumentation angelegt sein (Fett in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 29. Ed., § 8 VgV Rn. 58). Bezogen auf den konkreten Fall hätte die Antragsgegnerin also nicht die Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen erstmalig prüfen können, wenn sie das im Vergabeverfahren noch nicht getan hatte. Ebenso wenig hätte sie eine nicht erfolgte Anhörung nachholen können. Kann die Vergabeentscheidung im Nachhinein nicht mehr aufgeklärt werden oder ist die Begründung nicht nachvollziehbar, zwingt der Mangel in der Dokumentation grundsätzlich zur Wiederholung des Vergabeverfahrens (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.02.2021 - Verg 23/20 Rn. 73).

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Der vorliegende Fall reiht sich ein in den Kanon an Entscheidungen, die die Wichtigkeit einer sorgfältigen Dokumentation für die Nachprüfungsfestigkeit der Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber unterstreichen. Öffentliche Auftraggeber sind auch im Fall der Prüfung unangemessen niedriger Preise nach § 60 Abs. 1 VgV gut beraten, die Vergabeakte sorgfältig zu führen, indem sie die einzelnen Stufen des Vergabeverfahrens umfassend dokumentieren. (Nur) auf diese Weise kann ein Auftraggeber vermeiden, dass die Vergabekammer ein Vergabeverfahren allein deswegen zurückversetzt, weil die Entscheidungsfindung nicht nachvollziehbar dokumentiert war. Die Frage, ob ein Auftraggeber die Bewertung – rechtlich betrachtet – einwandfrei durchgeführt hat, wird dann belanglos. Diese harte Rechtsfolge wird abgemildert durch die Möglichkeit, die mangelhafte Dokumentation im Nachprüfungsverfahren nachzuholen (vgl.o.).

Die Antragsgegnerin hatte weder im Rügeabhilfes Schreiben noch in ihrer Erwiderung auf den Nachprüfungsantrag ihre Dokumentationsversäumnisse bei der Preisprüfung nachgeholt. Sie versteifte sich auf die nicht substantiierte Behauptung, dass keine Verstöße gegen gesetzliche oder tarifliche Vorgaben ersichtlich seien. Zusätzliche Angaben verweigerte sie unter Hinweis auf Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen. Dieses Beispiel zeigt, dass ein Auftraggeber möglichst genau und sorgfältig auf die Rügen eines Bieters eingehen oder Hinweise der Vergabekammer beachten sollte, um auch der Gefahr zu begegnen, dass das Verfahren nur aufgrund der mangelnden Dokumentation und Nachvollziehbarkeit zurückversetzt wird. Bedrohen Angaben Geschäftsgeheimnisse, besteht ohnehin die Möglichkeit, sie nur der Vergabekammer offenzulegen (seit BGH, Beschl. v. 31.01.2017 - X ZB 10/16 Rn. 56 bis 64; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.04.2022 - VII-Verg 25/21 Rn. 96; dem widerspricht aber KG, Beschl. v. 18.05.2022 - Verg 7/21 Rn. 7). Dies hatte nicht zuletzt die VK Bund angeregt.

Bieter eines Vergabeverfahrens zeigt die Entscheidung, wie sie durch die Rüge gestaltend in das Vergabeverfahren eingreifen können. Denn im konkreten Falle konnte die Antragstellerin die Antragsgegnerin durch die Rüge zur Prüfung der unangemessen niedrigen Preise bei der Beigeladenen zwingen. Zudem unterstreicht die Entscheidung die Wichtigkeit der sorgfältigen Lektüre der maßgeblichen Abschnitte der Vergabeakte. Ist diese lückenhaft und/oder nicht nachvollziehbar, lohnt es sich, diesen Punkt innerprozessual anzugreifen, um den öffentlichen Auftraggeber – soweit zulässig – jedenfalls zur Heilung zu zwingen oder das Nachprüfungsverfahren allein aufgrund Verstoßes gegen § 8 VgV zu gewinnen.

 Diesen Link können Sie kopieren und verwenden, wenn Sie **genau dieses Dokument** verlinken möchten:

<https://www.juris.de/perma?d=jpr-NLCP000002123>

© juris GmbH