

## Expertenbeitrag: Preisobergrenze

# Dürfen Auftraggeber zu teure Angebote ausschließen?



**Holger Schröder,**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Vergaberecht, Partner  
Rödl & Partner, Nürnberg

Öffentliche Auftraggeber haben ein berechtigtes Interesse, keine preislich überhöhten Angebote zu beauftragen. Bei der Vergabe von Bauaufträgen ist sogar ausdrücklich geregelt, dass Angebote mit unangemessen hohen Preisen nicht bezuschlagt werden dürfen. Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge geht hingegen eine entsprechende Vorschrift. Dürfen Vergabestellen deshalb finanzielle Obergrenzen in den Vergabeunterlagen bestimmen?

**NÜRNBERG.** Grundsätzlich steht es jedem öffentlichen Auftraggeber frei, die benötigten Leistungen nach seinen eigenen Bedürfnissen zu beschaffen. Er entscheidet generell allein über den Leistungsumfang.

Dieses Recht, die Leistung zu bestimmen, umfasst die Möglichkeit, eine preisliche Obergrenze für die Angebote festzulegen. Denn der Zweck eines Vergabeverfahrens besteht darin, die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers zu den bestmöglichen Konditionen zu befriedigen.

### Bieter müssen Preisobergrenze akzeptieren

Dies hat das Gericht der Europäischen Union schon vor Jahren entschieden (Urteil vom 13. September 2011, Rechtssache T-8/09 „Dredging International und Ondernemingen Jan de Nul / EMSA“, Randnummern 68 und 88). Eine in den Vergabeunterlagen bestimmte Preisobergrenze stellt somit eine Bedingung dar, die



Öffentliche Auftraggeber können in einer Ausschreibung eine preisliche Obergrenze für die Angebote festlegen. Sie dürfen dieses Limit aber nicht willkürlich wählen - und auch ihre Marktmacht nicht missbrauchen. FOTO: DPA/WESTEND61/PETER SCHOLL

### Aufhebung wegen mangelnder Finanzierbarkeit

Hat ein Auftraggeber keine Preisobergrenze in den Vergabeunterlagen definiert, kann er das Vergabeverfahren unter Umständen aufheben. Die Aufhebung wegen mangelnder Finanzierbarkeit setzt laut Oberlandesgericht Celle (Beschluss vom 10. März 2016, Aktenzeichen: 13 Verg 5/15) voraus, dass der Auftraggeber den Kostenbedarf mit der

jedes Angebot erfüllen muss. Erfüllt ein Angebot diese Bedingung nicht, muss dies zum Ausschluss des betreffenden Angebotes führen, argumentieren die Luxemburger Richter.

Solche Vorgaben beschränken zwar einerseits die unternehmerische Kalkulationsfreiheit und beeinflussen in gewissem Umfang auch den Preiswettbewerb. Andererseits meint das Oberlandesgericht Düsseldorf, dass dadurch die Spekulationsmöglichkeiten der Bieter begrenzt und letztlich die Chancen-

gebotenen Sorgfalt ermittelt hat. Weiter muss die Finanzierung des Vorhabens bei Bezuschlagung auch des günstigsten wertungsfähigen Angebots scheitern oder jedenfalls wesentlich erschwert sein. Schließlich hat er zu erwägen, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht weniger einschneidende Maßnahmen als die Aufhebung rechtfertigt.

gleichheit gefördert würden (Beschluss vom 16. Mai 2018, Aktenzeichen: VII-Verg 24/17).

Zwar ist eine angemessene Höhe der Preisobergrenze, für ihre Rechtmäßigkeit nach der Rechtsprechung bedeutungslos: Legt der Auftraggeber tatsächlich ein übermäßig niedriges Budget fest, setzt er sich dem Risiko aus, dass kein oder kein befriedigendes Angebot eingereicht wird. Das Vergabeverfahren müsste dann mit geänderten Voraussetzungen wiederholt werden.

Preisobergrenzen müssen in den Vergabeunterlagen aber klar und deutlich beschrieben und dürfen nicht willkürlich gewählt werden. Für ein willkürfreies Budget spricht zum Beispiel, dass nahezu alle abgegebenen Angebote die festgelegte Obergrenze einhalten.

### Auftraggeber dürfen Marktmacht nicht missbrauchen

Hat der öffentliche Auftraggeber für die Beschaffungsmaßnahme eine detaillierte Finanzierungsplanung erstellt und dabei einen aus allgemeinen Haushaltsmitteln zu deckenden Fehlbetrag ermittelt, ist seine Entscheidung vergaberechtlich nachvollziehbar, diesen Fehlbetrag durch Vorgabe eines Budgets im Rahmen zu halten.

Etwas anderes gilt dann, wenn auf dem Markt mit nur wenigen Nachfragern ein öffentlicher Auftraggeber seine Stellung missbraucht, um Leistungen unter Marktpreis einzuzukaufen.

Oder die Preisobergrenze ist so niedrig angesetzt, dass ein Großteil der möglichen Leistungserbringer als Bieter ausscheidet und kein wettbewerbliches Verfahren mehr vorliegt, wie der rheinland-pfälzische Vergabesenat ausführte (Oberlandesgericht Koblenz, Beschluss vom 4. Februar 2014 - Aktenzeichen: 1 Verg 7/13).

Eine finanzielle Obergrenze in den Vergabeunterlagen präzisiert also das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers. Angebote, bei denen Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind, spricht die das festgelegte Budget nicht einhalten, muss der öffentliche Auftraggeber zwingend ausschließen. Das regeln Paragraf 57 Absatz 1 Nummer 4 der Vergabeverordnung für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen sowie Paragraf 16 EU Nummer 2 in Verbindung mit Paragraf 13 EU Absatz 1 Satz 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen.

## Kurz notiert

### Beschaffung von Strom und Gas als Dringlichkeitsvergabe

**MÜNCHEN.** Bayern hat die Beschaffung von Strom und Gas für Kommunen über dem Schwellenwert der Europäischen Union (EU) als Dringlichkeitsvergabe deklariert. Sie unterliegt weniger formalen Vorgaben. Zum einen können Ausschreibungen rein elektronisch vorgenommen werden. Zum anderen kann auf das Einhalten mehrerer Fristen verzichtet werden. (dis)

### Finanzministerium stoppt Maskenausschreibung

**BERLIN.** Das Bundesfinanzministerium hat eine Ausschreibung für sechs Millionen Masken gestoppt. Sie sollten bei untergeordneten Behörden des Ministeriums und an insgesamt 200 Dienststellen zum Einsatz kommen - unter anderem beim Zoll. Stattdessen werden nun noch vorhandene Masken genutzt, die das Bundesgesundheitsministerium im Jahr 2020 bestellt hatte. Das Finanzministerium hatte durch eine Anfrage des Nachrichtenmagazins „Der Spiegel“ von den vorhandenen Beständen erfahren. (dis)

### New York ordert große Anzahl von E-Fahrzeugen

**NEW YORK.** Die US-amerikanische Stadt New York beschafft 900 Elektrofahrzeuge, um den eigenen Fuhrpark umzustellen. Er umfasst rund 30 000 Fahrzeuge. Die New Yorker Verwaltung konzentriert sich beim Einkauf auf amerikanische Hersteller. Es geht um herkömmliche Autos, aber auch Transporter, Müllfahrzeuge oder Kehrmaschinen. Gleichzeitig werden 600 zusätzliche Ladegeräte installiert. (dis)

### DB Regio AG Nordost gewinnt Ausschreibung

**BEERLIN.** Die DB Regio AG Nordost betreibt ab dem Jahr 2026 die Strecke von Berlin nach Stettin. Sie hatte den Zuschlag auf eine Ausschreibung der Bundesländer Berlin und Brandenburg erhalten. Es geht um 1,16 Millionen Zugkilometer pro Jahr. Teilweise werden Doppelstockzüge eingesetzt, um das Fahrgastaufkommen bewältigen zu können. Eine Option sieht vor, die Strecke vom Berliner Hauptbahnhof bis zum Flughafen BER zu verlängern. (dis)

## 17 Bewerber, aber nur drei Angebote eingegangen

Bad Krozingen schreibt Reinigungsleistungen aus

**BAD KROZINGEN.** Fast 10 000 Quadratmeter mehr Reinigungsfläche als noch vor fünf Jahren musste die Stadtverwaltung in Bad Krozingen (Kreis Breisgau-Hochschwarzwald) vor Kurzem ausschreiben. Der Grund: Der Ort wächst beständig und damit auch die Infrastruktur.

Insgesamt muss eine Fläche von mehr als 57 000 Quadratmetern in 57 öffentlichen Gebäuden gereinigt werden - davon 77 Prozent in Form von Böden. Der Rest sind Fenster. Weil die letzte Ausschreibung im Jahr 2017 vorgenommen wurde und der Vertragszeitraum endete, mussten in einem aufwendigen Verfahren zunächst für sämtliche städtische Objekte entsprechende Raumbücher erstellt werden.

Solche Raumbücher dienen als Grundlage für die spätere Leistungsbeschreibung und sie helfen den Gebäudereinigungsfirmen, ihre Angebote zu kalkulieren. Weil die Ausschreibung aufgrund des nicht näher bezifferten Volumens europaweit vorgenommen werden musste, unterstützte ein externes Büro die Bad Krozinger Verwaltung.

Außerdem mussten Reinigungsstandards festgelegt werden. Dazu musste zunächst die aktuelle Reinigungsqualität abgefragt werden. Mit aufgenommen in die Ausschreibung wurden auch Gebäude, die in den kommenden Jahren erst noch entstehen werden. Dazu zählt unter anderem ein Rathausanbau, die Erweiterung der Realschule und zwei Kindertagesstätten.

Insgesamt haben 17 Unternehmen die Ausschreibungsunterlagen angefordert - letztlich gingen drei Angebote bei der Stadtverwaltung ein. Bei den insgesamt drei Mengen konnte sich in zwei Fällen ein Unternehmen aus Umkirch durchsetzen.

Dieser Bieter wäre auch im Falle des dritten Loses erfolgreich gewesen, heißt es in der Beschlussvorlage für den Gemeinderat. Die Verwaltung hatte aber ausgeschlossen, dass alle drei Lose an ein und dasselbe Unternehmen vergeben werden können. Über die Vergabe an die Gebäudereinigungsfirma muss in diesem Fall noch einmal entschieden werden. (dis)

## Bieter müssen ausreichend Zeit haben, um Anträge bei Vergabekammer einzureichen

Feiertage und dienstfreie Tage der Kammer können Mindestfristen erheblich verkürzen

**MÜNCHEN.** Es gibt zwar eine Mindestfrist von zehn Kalendertagen, bis ein Auftraggeber nach Versenden des Informationsschreibens an unterlegene Bieter einen Zuschlag erteilen darf. Doch diese Frist kann sich faktisch verkürzen, wenn dazwischen Feiertage, Sonntage oder dienstfreie Tage der Vergabekammer liegen.

Die Vergabekammer Südbayern mit Sitz in München kommt nun zum Ergebnis, dass eine Frist von viereinhalb Arbeitstagen die „allerunterste Grenze“ darstellt, die noch tolerierbar sei, um unterlegenen Bietern die Möglichkeit zu geben, einen Nachprüfungsantrag zu stellen.

### Bieter moniert Frist, die sich um sechs Tage verkürzt hatte

Im konkreten Fall geht es um eine Beschaffung von mobilen Raumluftreinigern für Kindertagesstätten. Der kommunale Auftraggeber hatte das Informationsschreiben genau am 23. Dezember 2021 verschickt und erteilte nach zehn Tagen, am 3. Januar 2022, den Zuschlag. Dazwischen



Bis zum Zuschlag ist eine Mindestfrist von zehn Kalendertagen vorgesehen. FOTO: DPA/PANTHERMEDIA/ANDREY POPOV

lagen drei Feiertage, ein Sonntag und zwei dienstfreie Tage der Vergabekammer selbst. An diesen Tagen konnte kein Nachprüfungsantrag gestellt werden.

Aufseiten des Bieters, der rügen wollte, gab es zudem ein organisatorisches Problem: Die Mail, mit der das Informationsschreiben verschickt wurde, erreichte den zuständigen Mitarbeiter zu spät - er hatte sich im Urlaub befunden. Die Rüge ging zu spät bei der Vergabekammer ein.

Diese wies die Rüge des unterlegenen Bieters ab. Denn: Vonseiten des öffentlichen Auftraggebers war formal alles korrekt abgelaufen. Der Versand des Schreibens habe die Zehn-Tage-Frist wirksam in Gang gesetzt. Die Vergabekammer wies aber darauf hin, dass der Auftraggeber die Frist für Nachprüfungsanträge in einer kritischen Art verkürzt habe, in dem er das Informationsschreiben einen Tag vor Heiligabend verschickt hatte.

Im Leitsatz des Beschlusses heißt es, dass der Zeitraum zur Überprüfung der Vergabe und die Entscheidung über einen Nachprüfungsantrag unzulässig verkürzt werden kann. Das sei dann der Fall, wenn der Auftraggeber nebst Wochenenden und gesetzlichen Feiertagen auch die beiden einzigen Werkstage im Jahr einbeziehe, an denen bei der Vergabekammer kein entsprechender Antrag gestellt werden kann.

### Zehn-Tage-Frist stellt lediglich eine Mindestfrist dar

Die Zehn-Tage-Frist stellt lediglich eine Mindestfrist dar und könnte vom Auftraggeber auch länger angesetzt werden. Ab wann eine Verkürzung durch Feiertage oder Wochenenden dazu führt, dass ein Zuschlag unwirksam ist, wird vom Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht festgelegt. Der EU-Gesetzgeber hat bewusst Kalender- und nicht Arbeitstage in die Regelung zur Mindestfrist aufgenommen. Zu unterschiedlich sind die Arbeitswelten in den EU-Mitgliedsstaaten. (dis)