

Zu niedrige Ingenieurangebote

Gibt es eine „harte“ Grenze für ungewöhnlich niedrige Preise?



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Honorare nach HOAI, inside® Büsum

Gemäß § 60 der Vergabeverordnung (VgV) sind Angebote mit einem ungewöhnlich niedrigen Preis von der Wertung auszuschließen. Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 4.7.2019 (C-377/17) zur EU-Rechtswidrigkeit der verbindlichen Mindest- und Höchstsätze in der deutschen Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) kommt es – wie anzunehmen war – zu einem Preisverfall und damit zu niedrigen Ingenieurangeboten. Wann aber ist ein Preis ungewöhnlich niedrig?

Zunächst wird auf den Beitrag „Der billige Planer“ (VergabeNavigator 5/19, S. 11 ff.) von Gerhard Dabringhausen, Städtischer Rechtsdirektor der Stadt Essen hingewiesen. In dem Beitrag legt der Autor die Rechtsgrundlagen dar und hat mit Hinweis auf § 60 VgV keine Probleme bei Oberschwellenvergaben identifiziert. Was bei Unterschwellenvergaben gilt und was hier zur Erlangung von Rechtssicherheit erforderlich und wünschenswert wäre, ist in dem Beitrag sehr ausführlich dargelegt.

Im Ergebnis der Untersuchung von Dabringhausen bleiben jedoch Unsicherheiten im Unterschwellenbereich bei der Anwendung des § 44 Abs. 3 Satz 3 UVgO, also dem Ausschluss von der Vergabe wegen mangelnder Mitwirkung des Bieters bei der Aufklärung.

So weit so gut. Aber wie ist bei den täglichen Anforderungen der Vergabepaxis zu verfahren? Wann ist ein Preis ungewöhnlich niedrig? Und wann ist ein Preis „aufgeklärt“?

Hierzu ist zunächst auf eine saubere Terminologie zu achten. In § 60 VgV heißt es:

§ 60 VgV – Ungewöhnlich niedrige Angebote

(1) Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, verlangt der öffentliche Auftraggeber vom Bieter Aufklärung.

Es geht also um „ungewöhnlich“ niedrige Angebote und nicht um „unangemessen“ oder „unauskömmlich“ niedrige Angebote.

„Ungewöhnlich“ bedeutet, dass es nicht gewöhnlich ist. Werden Leistungen gewöhnlich zu einem bestimmten Preis angeboten, so ist dieser Preis nicht deshalb ungewöhnlich, weil er unauskömmlich ist. Dann mag es ein Dumpingpreis sein. Für diesen gelten aber andere Vorschriften als hier bei ungewöhnlich niedrigem Preis.

Der Zuschlag auf ein Angebot mit ungewöhnlich niedrigem Preis darf nicht erteilt werden, so das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf mit Beschluss vom 30.4.2014 (VII Verg 41/13):

„Der Zuschlag auf ein Angebot mit ungewöhnlich niedrigem Preis darf nur erteilt werden, wenn der Bieter wettbewerbskonforme Ziele verfolgt und eine positive Vertragserfüllungsprognose ausgestellt werden kann.“

In dem Beschluss führt das OLG aus, dass ein niedriges Angebot durchaus als marktüblich anzusehen ist, wenn es für ein junges Unternehmen dem Markteintritt dient, man also nur dadurch zunächst an Aufträge kommt. Das ist zwar nachvollziehbar, muss sich aber auf kleinere Maßnahmen beschränken. Ein junges Unternehmen kann sich kaum bei großen Vorhaben, die stets mit hohen betriebswirtschaftlichen Risiken verbunden sind, bewerben. In solchen Fällen dürfte eine

positive Vertragserfüllungsprognose auszuschließen sein.

Daraus folgt, dass zumindest im Oberschwellenbereich ein ungewöhnlich niedriges Angebot kein wettbewerbskonformes Ziel verfolgen kann. Das gilt dann aber auch für den Unterschwellenbereich, zumindest in dem Bereich der nahe an den Schwellenwert heranreicht. Verantwortungsvolle öffentliche Auftraggeber schützen nicht nur sich selbst, sondern auch den Bieter.

Entscheidend ist die Frage, wann ein Preis ungewöhnlich niedrig ist. Bei der Prüfung können und müssen Auftraggeber eigene Kostenermittlungen ebenso heranziehen wie Erfahrungen aus anderen, vergleichbaren Vorhaben und insbesondere die Preise der übrigen Bieter. Nach dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 25.4.2012 (VII Verg 61/11) ist die sog. „Aufgreifschwelle“ jedenfalls dann überschritten, wenn der Abstand zum nächsthöheren Angebot 20 % beträgt.

Die VK Nordbayern hält die Aufklärung des Preises bereits ab einem Abstand von 10 % für zulässig (VK Nordbayern, Beschluss vom 10.7.2014 – 21.VK-3194-16/14). Auch das OLG Karlsruhe (Beschluss vom 27.7.2009 – Verg 3/09) sieht die Grenze schon ab 10 %. Auch einige Landesvergabegesetze legen die Grenze bei 10 % fest.

Einen festen Wert gibt es nicht. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Beschluss vom 31.1.2017 (X ZB 10/16) entschieden, dass nicht nur der Abstand zum nächsthöheren Angebot, sondern auch ähnlich Anhaltspunkte wie etwa eine augenfällige Abweichung von preisrechtlichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen bei der Beurteilung heranzuziehen sind.

Dem öffentlichen Auftraggeber ist zur Vermeidung von Vergabeverstößen zu raten, das günstigste Angebot ab einem Abstand von 10 % zum nächsthöheren Angebot genau zu betrachten und ab einem Abstand von 20 % in jedem Fall den Bieter aufzufordern, den Preis aufzuklären.

Dabei ist auch zu bedenken, dass für den Fall, dass nur zwei Angebote vorliegen, nicht das eine ungewöhnlich niedrig, sondern das andere ungewöhnlich hoch sein kann.

Haben die Parteien (Auftraggeber und Ingenieurbüro) keine schriftliche Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung getroffen, ergibt sich der Honoraranspruch des Ingenieurs aus § 632 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)

i.V. mit § 7 Abs. 5 HOAI wegen nicht formwirksam getroffener Vereinbarung. Zudem hat das Landgericht (LG) Hamburg mit Urteil vom 23.5.2019 (321 O 288/17) entschieden, dass die Mindestsätze der HOAI als „üblich“ anzusehen sind. Ob dies so ist, muss sich durch weitere Rechtsprechung verfestigen.

Aus sachverständiger Sicht ist hierzu festzustellen, dass eine „übliche“ Vergütung i.S. des § 632 Abs. 2 BGB immer auch „ortsüblich“ bedeuten muss. Eine pauschale Feststellung, dass Mindesthonorare ortsüblich sind, kann sicher nicht getroffen werden. Die Honorare nach HOAI wurden seit jeher und bis heute zu regional unterschiedlich vereinbart. So sind die Honorare in den neuen Bundesländern nach wie vor deutlich geringer als in den meisten alten Bundesländern.

Auch festzustellen ist, dass die Honorare auch in der Vergangenheit zumindest sehr häufig unterhalb der Mindestsätze vereinbart wurden. Auch aus diesem Grund ist nicht ohne Weiteres und schon gar nicht pauschal feststellbar, dass die Mindestsätze als „üblich“ anzusehen sind.

Eine Ingenieurgesellschaft bot für die Objektplanung eines Ingenieurbauwerks auf das Mindesthonorar einen Nachlass i.H. von 17,5 % und auf die Tragwerksplanung dafür einen Nachlass i.H. von 45 % an. Reicht dies allein aus, um von einem ungewöhnlich niedrigen Angebot zu sprechen? Das nächsthöhere Angebot hatte 20 % auf die Objektplanung und 40 % auf die Tragwerksplanung angeboten. Die beiden Angebote lagen tatsächlich „nur“ 7 % auseinander.

Die o.a. Aufgreifschwelle ist nicht erreicht. Gleichwohl sind beide Angebote sehr niedrig und unterschreiten i.S. des LG Hamburg die Üblichkeitsgrenze. Daraus können sich später Ansprüche des Planers ergeben, auch wenn die Honorarvereinbarung formwirksam geschlossen wurde.

Liegt der Fall so, dass die hohen Nachlässe nur von einem Bieter eingeräumt sind und der Abstand zum nächsten Gebot z.B. 20 % beträgt, muss der Auftraggeber den Mindestbieter zur Aufklärung seines Preises auffordern. Es reicht dann nicht aus, wenn der Bieter erklärt, dass seine Preise auskömmlich sind und er dazu arbeiten kann. Er muss vielmehr seine Kalkulation vorlegen und anhand dieser Unterlage belegen, wie sein Angebotspreis zustande gekommen war. Es ist Sache des Bieters, bestehende Zweifel an der Auskömmlichkeit seines Angebots zu entkräften (VK Bund, Beschluss vom 18.12.2014 – VK 2-103/14).

Nach der o.a. Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 31.1.2017 – X ZB 10/16)

hat sogar ein Mitbewerber das Recht, im Fall von ungewöhnlich niedrigen Angeboten vom Auftraggeber eine nähere Prüfung der Preisbildung zu verlangen. Kalkuliert also ein Bieter knapp, weil der den Auftrag haben will, und erfährt dann, dass ein Mitbewerber signifikant billiger ist, kann er den Auftraggeber zur Preisprüfung auffordern. Es ist dann Sache des Auftraggebers darzulegen, warum ein Angebotspreis ggf. nicht ungewöhnlich niedrig ist und er deshalb nicht aufklären musste. Oder er klärt nun nachträglich auf.

Beispiel für eine Honorarvereinbarung

Wie auch immer man es dreht und wendet, der Ball liegt im Spielfeld des Auftraggebers. Das ehemals so einfache Modell der Honorarermittlung nach HOAI hat sich nun endgültig in den Themenkreis des Vergaberechts verlagert. Auch aus diesem Grund ist den Parteien zu raten, nachvollziehbare und eindeutige Honoraranfragen durchzuführen und Honorarvereinbarungen zu treffen.

Dies kann und sollte mit einfachen Formulierungen geschehen, wie z.B. für ein Objekt im Leistungsbild Ingenieurbauwerke:

Das Honorarangebot ist auf der Grundlage der nachfolgenden Honorarparameter abzugeben. Abweichungen hiervon führen zum Ausschluss des Angebots oder, in begründeten Fällen, gem. dem in § 97 Abs. 2 GWB verankerten Gleichbehandlungsgrundsatzes zur Mitteilung an die übrigen Bieter m.d.B. um Nachbesserung ihres Angebots.

Die Honorarparameter für das Objekt (...) sind:

- *Die anrechenbaren Kosten betragen xxx,00 €. Das Honorar wird abgerechnet nach den anrechenbaren Kosten auf der Grundlage der Kostenberechnung (Leistungsphase – Lph. 3).*
- *Das Objekt ist in die Honorarzone (...) eingeordnet. Das Honorar wird abgerechnet nach der objektiv zutreffenden Honorarzone, die nach Fertigstellung der Lph. 3 bestimmt wird.*
- *Das Honorar wird abgerechnet auf der Grundlage des Mindestsatzes zzgl. ... %*
- *Bewertung der Leistungsphasen:*
- *Leistungsphase 1: Es sollen alle Grundleistungen beauftragt werden. Die Bewertung hierfür ergibt sich aus § 43 Abs. 1 HOAI i.H. von 2,0 %*
- *Leistungsphase 2: Es sollen alle Grundleistungen beauftragt werden.*

Die Bewertung hierfür ergibt sich aus § 43 Abs. 1 HOAI i.H. von 20,0 %

- *Leistungsphase 3: Es sollen alle Grundleistungen beauftragt werden. Die Bewertung hierfür ergibt sich aus § 43 Abs. 1 HOAI i.H. von 25,0 %*
- *Leistungsphase 4: Eine Genehmigung ist nicht erforderlich. Die Leistungsphase 4 wird nicht beauftragt*
- *Leistungsphase 5: Es sollen alle Grundleistungen beauftragt werden. Die Bewertung hierfür ergibt sich aus § 43 Abs. 1 HOAI i.H. von 15,0*
- *Leistungsphase 6: Es sollen alle Grundleistungen beauftragt werden. Die Bewertung hierfür ergibt sich aus § 43 Abs. 1 HOAI i.H. von 13,0 % (hier ggf. Grundleistungen benennen und bewerten, die nicht beauftragt werden sollen)*
- *Leistungsphase 7: Es sollen alle Grundleistungen beauftragt werden. Die Bewertung hierfür ergibt sich aus § 43 Abs. 1 HOAI i.H. von 4,0 % (hier ggf. Grundleistungen benennen und bewerten, die nicht beauftragt werden sollen)*
- *Leistungsphase 8: Es sollen alle Grundleistungen beauftragt werden. Die Bewertung hierfür ergibt sich aus § 43 Abs. 1 HOAI i.H. von 15,0 %*
- *Leistungsphase 9: Die Leistungsphase 9 wird nicht beauftragt*
- *Das Honorar für die Örtliche Bauüberwachung wird abgerechnet i.H. von ...% der anrechenbaren Kosten auf der Grundlage der Kostenfeststellung für die Dauer der Bauzeit. Die Bauzeit bestimmt sich nach den mit der Baufirma vereinbarten Bauzeit. Sie beginnt mit der Bauanlaufbesprechung und endet mit der VOV-Abnahme zzgl. eines Monats für das Prüfen der Schlussrechnung. Der Bieter kann statt einer prozentualen Abrechnung alternativ einen Mann-Monatssatz anbieten. Der Mann-Monatssatz beträgt ...xx,00. €*
- *Ein angemessener Zuschlag für Umbauten oder Modernisierungen wird nach Abschluss der Leistungsphase 3 einvernehmlich festgelegt*
- *Auf das endgültig ermittelte Honorar gewährt der Bieter einen Nachlass i.H. von ...% bzw. beansprucht der Bieter einen Zuschlag i.H. von ...%*
- *Das Honorar wird abgerechnet nach den Bestimmungen der HOAI unter Beachtung der vorgenannten Bedingungen.*

Solche Honorarvereinbarungen bieten größtmögliche Sicherheit für beide Vertragsparteien, auch in vergaberechtlicher Hinsicht.