

Beiträge zum Vergaberecht

Band 1

Der Preis im Vergaberecht

Eine Verortung anhand der vergaberechtlichen
Stufen der Angebotsprüfung

Von

Jan Sulk



Duncker & Humblot · Berlin

JAN SULK

Der Preis im Vergaberecht

Beiträge zum Vergaberecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Thorsten Siegel, Berlin
Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer

Band 1

Der Preis im Vergaberecht

Eine Verortung anhand der vergaberechtlichen Stufen
der Angebotsprüfung

Von

Jan Sulk



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer
hat diese Arbeit im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2365-6506

ISBN 978-3-428-14596-6 (Print)

ISBN 978-3-428-54596-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84596-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern und
meinem Bruder*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2013 als Dissertation an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer eingereicht. Literatur und Rechtsprechung konnten nach anschließender Überarbeitung bis November 2014 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Jan Ziekow, der mir den notwendigen Freiraum gab, dieses Thema zu erarbeiten, und die Fertigstellung der Arbeit sehr gefördert hat.

Ebenfalls bedanken möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Mario Martini für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die Bereitschaft zum Vorsitz der mündlichen Doktorprüfung.

Schließlich gilt mein Dank meinen Eltern und meinem Bruder. Ihr vielfältiges Vorbild, ihr offenes Ohr und ihr guter Rat haben mir meinen Weg ermöglicht. Diese Arbeit widme ich daher ihnen.

Köln, im April 2015

Jan Sulk

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	21
B. Der Preis in der Wirtschaftswissenschaft und verschiedenen Rechtsgebieten	22
I. Der Preis in der Wirtschaftswissenschaft	22
1. Definition des Begriffes „Wirtschaftswissenschaft“	22
2. Der Begriff des Preises	23
3. Preisbildung	23
4. Preisfunktionen	24
a) Signalfunktion/Informationsfunktion	24
b) Koordinationsfunktion	24
c) Allokationsfunktion	24
d) Auslesefunktion	25
e) Preise als systemische Selbstreferenz/Selbstbeschreibung	25
II. Gesetzliche Regelungen des Preises außerhalb des Vergaberechts und ihre Begründung	25
1. Kartellrecht/Wettbewerbsrecht	26
a) Ziel des Kartellrechts	26
b) Gesetzliche Grundlagen	27
c) Behörden und Kompetenzen	28
d) Der Preis im Kartellrecht – insbes. Begriffe der „Preisbildungs- freiheit“, der „Preisgestaltungsfreiheit“ und des „Preismissbrauchs“	29
aa) Preisbildungsfreiheit	29
bb) Preisgestaltungsfreiheit	29
cc) Preismissbrauch/„ <i>predatory pricing</i> “	30
2. Lauterkeitsrecht/UWG	30
a) Ziel des Lauterkeitsrechts	30
b) Gesetzliche Grundlagen	31
c) Die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts	31
d) Der Preis im Lauterkeitsrecht in Bezug zum Preis im Vergaberecht	31
3. Haushaltsrecht	32
4. Beihilferecht	33
a) Ziel und gesetzliche Grundlagen des Beihilferechts	33
b) Behörden und deren Kompetenzen	33
c) Beihilferechtliche Regelungen und der Preis im Vergaberecht	34
5. Preisrecht	34

a)	Ziel und Geschichte des Preisrechts	34
b)	Gesetzliche Grundlagen und Prüfungen	35
c)	Behörden und deren Kompetenzen	36
d)	Zusammenhänge zwischen Preisrecht und Vergaberecht	37
III.	Preis und Preisangabe: Begriffe	37
1.	Preisbegriffe	37
2.	Begriff der Preisangaben	39
C.	Prüfungssystematik der Angebotsprüfung	41
I.	Prüfungssystematik in VOL/A und VOB/A – 4-stufiger Prüfungsaufbau ..	41
II.	Änderung aufgrund der Einfügung einer rechnerischen, technischen und wirtschaftlichen Überprüfung gemäß § 16 Abs. 3 bis 5 VOB/A 2009? ...	41
1.	Veränderungen in der VOB/A 2009 und Rechtsfolgen	42
a)	Einfügung der Abs. 3–5 in § 16 VOB/A 2009	42
b)	Veränderungen aufgrund der Einfügung des § 16 Abs. 3–5 VOB/A ..	42
aa)	Neue Prüfungsstufe	42
bb)	Prüfung der 4. Wertungsstufe in den Unterpunkten „Angemessenheit der Preise“ und „Wirtschaftlichkeit“	43
cc)	Trennung zwischen der Prüfung der Wertungsstufen und einer „Struktur im Umgang mit vorgelegten Angeboten“	43
dd)	Abs. 3–5 als Prüfungsvorgabe für die Wertungsstufen 3 und 4 ..	44
ee)	Keine Einführung einer weiteren Prüfungsstufe	45
ff)	Bewertung	45
2.	Inhalte der rechnerischen, technischen und wirtschaftlichen Überprüfung	46
a)	Inhalt der rechnerischen Prüfung	46
–	Fehlende Plausibilität	47
b)	Inhalt der technischen Prüfung	47
c)	Inhalt der wirtschaftlichen Prüfung	48
III.	Änderung aufgrund der Einfügung der Prüfung auf Vollständigkeit bzw. rechnerische und fachliche Richtigkeit gemäß § 16 Abs. 1 VOL/A, § 19 Abs. 1 VOL/A-EG?	48
1.	Änderung der Prüfungssystematik	49
2.	Inhalte der Prüfung auf Vollständigkeit, rechnerische und fachliche Richtigkeit	49
a)	Prüfung auf Vollständigkeit	49
b)	Prüfung der fachlichen Richtigkeit	50
c)	Prüfung der rechnerischen Richtigkeit	50
–	Fehlende Plausibilität	50
IV.	Prüfungskanon für die VOF	51
D.	Der Preis als Mindestabforderung und Mindestangabe	52
I.	Die Möglichkeit des Auftraggebers, im Angebot Preise abzufordern	52

1. Gebot zur Abforderung von Preisen	53
a) Für eine Pflicht der umfassenden Abforderung von Preisen in Bezug auf wesentliche Leistungsteile	53
b) Gegen eine Pflicht der umfassenden Abforderung von Preisen in Bezug auf wesentliche Leistungsteile – insbes. Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers	54
c) Ergebnis	56
2. Zwang zur Wertung der geforderten Angaben	56
3. Festlegung des Preises/des Honorars aufgrund einer Gebührenordnung	57
4. Vorgaben durch die Kalkulationsfreiheit	58
a) Begriff und Inhalt der Kalkulationsfreiheit	58
– Anknüpfung zu Preisgestaltungsfreiheit/Preisbildungsfreiheit ..	59
b) Auswirkungen der Kalkulationsfreiheit	59
c) Zulässigkeit von Kalkulationsvorgaben des Auftraggebers	61
d) Keine Änderung der Angaben des Bieters	62
e) Kein Zwang zur Angabe markt- oder ortsüblicher Preise	62
f) Keine Vorgabe der „ <i>tatsächlichen Bezahlung</i> “ auf der ersten Wertungsstufe	63
g) Ergebnis	64
5. Verschiedene Preisabforderungsmodelle	65
a) Preisabforderungsmodelle nach dem SGB V	65
aa) Preisrechtliche Zulässigkeit	65
bb) Preismodell nach § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V – Rabattverträge bei Fertigarzneimitteln in der Onkologie	67
cc) Preismodelle nach § 130a Abs. 8 SGB V	67
dd) Preismodelle nach § 127 Abs. 1 SGB V	68
b) Mindestpreise und Maximalpreise	68
aa) Mindestpreise	68
(1) Unzulässigkeit der Abforderung von Mindestpreisen	68
(2) Bewertung	70
(a) Kalkulationsfreiheit	70
(b) Unzulässigkeit der Schaffung weiterer Ausschlussgründe	70
(c) Gestaltungsfreiheit des Auftraggebers	71
(d) Ergebnis	71
bb) Maximalpreise	71
cc) Vorgabe von Maximalpreisen und Mindestpreisen nach Ermittlung durch (Vor-)Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung ..	72
c) Abforderung von Pauschalen und Stundensätzen statt Einheitspreisen – § 4 Abs. 1 Nr. 1 und 2 und Abs. 2 VOB/A	73
d) Gesetzliche Vorgaben	74

e) Andere Kalkulationsvorgaben	75
II. Vollständigkeit der Preisangaben im Angebot des Bieters	76
1. Begriffe	77
a) Fehlende Preise	77
b) Unvollständige Preisangaben	78
c) Widersprüchliche Preisangaben	78
2. Zulässigkeit einzelner Preisangaben	78
a) Cent-Preise (etwa 0,01 €)	79
b) Angabe von 0 €-Preisen und „keine Kosten“	79
c) Angabe von Negativpreisen	80
aa) „Fehlen“ von Preisen bei Angabe von negativen Preisen	81
– Bewertung	82
bb) Änderung der Vergabeunterlagen	84
– Bewertung	84
cc) Umsatzsteuerproblematik	85
dd) Ausschluss eines negativen Preisangebotes bei Untersagung durch die Vergabeunterlagen	85
3. Fehlende Preise im Zusammenhang mit Mischkalkulationen	86
a) Unzulässige Kosten- und Preisverlagerung (Mischkalkulation)	86
b) Konnexität	88
c) Vorsatz der Bieter	90
d) Mischkalkulation durch den Nachunternehmer	90
e) Keine Mischkalkulation – Einzelfälle	91
aa) Preisnachlass	91
bb) Geringe Preisangaben	92
cc) Fehlerhafte Preisangaben aufgrund eines Kalkulationsirrtums	92
f) Mischkalkulationen als Voraussetzungen für fehlende Preise	92
g) Feststellung einer Mischkalkulation	93
III. Folgen von unvollständigen, fehlenden oder widersprüchlichen Preis- angaben	94
1. Grundsatz	94
– Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot	95
2. Ausnahmen	96
a) Möglichkeit der Auslegung von Preisangaben durch den Auftrag- geber	96
aa) Begriff der Auslegung	96
bb) Möglichkeit der Auslegung von Preisen („Ob“ der Auslegung)	96
(1) Grundsatz	97
(2) Keine Auslegung bei fehlerhafter Preisangabe (an falscher Stelle in anderer Form)	97
(3) Auslegung des Einheitspreises in der VOB/A	98

(a) Für eine Auslegung von Einheitspreisen	98
(b) Gegen eine Auslegung von Einheitspreisen	100
(c) Lückenfüllung durch gegenüber § 16 Abs. 4 Nr. 1 VOB/A „umgekehrte“ Rechenoperation	101
(4) Fälle der Zulässigkeit einer Auslegung und Korrektur des Preises	102
(a) 1000-fach überhöhter Angebotspreis/offensichtlicher Eintragungsfehler	102
(b) Erkennbar geringfügig fehlerhafter Gesamtpreis auf- grund eines Rundungsfehlers	103
(c) Korrektur im Rahmen einer rechnerischen Vorprüfung – Pflicht zu Korrektur im Rahmen einer rechnerischen Vorprüfung	104 105
(d) Geringes Gewicht	107
(e) Durchführung der Korrektur	108
cc) Möglichkeit der Auslegung von Preisen („Wie“ der Auslegung)	109
b) Rechnerisches Nachvollziehen	109
aa) Abgrenzung zur Auslegung	109
bb) Grundsatz	110
– Bewertung	110
cc) Rechnerisches Nachvollziehen beim Fehlen von Preisangaben	111
(1) Keine Pflicht zur umfangreichen Nachberechnung/Ermes- sen bei Kontrollrechnungen	111
(2) Möglichkeit/Pflicht der Nachberechnung durch den Auf- traggeber	112
(a) Eindeutigkeit und Unzweifelhaftigkeit der Preisanga- ben, Fehlen einer „rechnerischen Zwischengröße“	112
(b) Weitere Präzisierung durch EuG und OLG Düsseldorf	114
(aa) EuG, 10.12.2009 – T-195/08 – Preis in einer Par- allelposition enthalten – Klarstellung/Auslegung	114
(bb) OLG Düsseldorf, 21.04.2010 – VII-Verg 53/09 – Klarstellung	115
(cc) Begriffe und Unterscheidung: Auslegung und Ab- leitung	116
(c) Korrekturen bei fehlenden Preisen	116
c) Fiktive Berechnung des höchsten Wettbewerbspreises – § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VOB/A	116
aa) Abgrenzung zu Auslegung und rechnerischem Nachvollziehen	117
bb) Unwesentliche Position	117
cc) Einzelne Preisangaben	118
dd) Wertungsreihenfolge wird auch bei Wertung mit dem höchsten Wettbewerbspreis nicht beeinträchtigt	118

ee) „Lückenfüllung“ der Preisangaben im Angebot	119
ff) Anwendung in der VOL/A	119
d) Grenzen der Auslegung, des rechnerischen Nachvollziehens und der Bewertung mit dem höchsten Wettbewerbspreis	119
aa) Eindeutige und zweifelsfreie Ermittlung des Bieterwillens nicht möglich	120
bb) Kein konkreter Anhaltspunkt für Ableitung im Angebot	120
cc) Empfängerhorizont des Auftraggebers	120
dd) Gleichbehandlungsgrundsatz	121
e) Kalkulationsirrtum	121
IV. Nachfordern von Preisen durch den Auftraggeber/Aufklärung	122
1. Abgrenzung zur Auslegung	122
2. Klarstellung	123
3. Aufklärung	123
4. Nachforderung von unwesentlichen Preisangaben nach § 16 Abs. 2 VOL/A und § 19 Abs. 2 VOL/A EG	125
a) Unwesentliche Einzelpositionen	125
b) Keine Veränderung des Gesamtpreises	125
c) Keine Beeinträchtigung der Wertungsreihenfolge und des Wettbe- werbs	126
d) Ermessen	126
e) Keine Nachforderung von Preisen nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ..	129
V. Unvollständigkeit der Angebote in der VOF	129
E. Der Preis als Eignungskriterium	131
I. Die Prüfung der Eignung und deren Anknüpfung zum Angebotspreis	131
1. Fachkunde	131
2. Leistungsfähigkeit	131
3. Zuverlässigkeit	132
a) Spekulationsangebote	132
b) Rechenfehler	134
c) Höhe des Preises	135
d) Gesetzliche Vorgaben	135
4. Gesetzestreue	136
II. Durchführung der Eignungsprüfung und Grenzen	136
F. Die Angemessenheit der Preise und der Ausschluss von unangemessenen Niedrig- und Hochpreisangeboten	137
I. Wortlaut der Regelungen, Systematik und Begründungen	137
1. Wortlaut der nationalen und europäischen Regelungen	137
2. Wortlaut der Regelungen der Bundesländer	141
3. Unangemessene Preise entsprechen offenbarem Missverhältnis	144

4. Systematik hinsichtlich der Prüfungsstufe	144
5. Erläuterungen zur VOL/A/Hinweise zur VOB/A	144
a) Erläuterungen zur VOL/A 2009 nach Anhang IV – § 16 Abs. 6 Satz 2 VOL/A	145
b) Hinweis zu § 16 Abs. 6 VOB/A	145
II. Schutzzweck	145
1. Schutz des Wettbewerbs	145
2. Schutz des öffentlichen Haushalts/sparsame Haushaltsführung	146
3. Ergebnis zum Schutzzweck	147
a) Kompetenzrechtliche Bedenken	148
b) Europarechtliche Bedenken	149
c) Methodische Probleme	149
d) Ergebnis	150
III. Annahme von unauskömmlichen Angeboten	150
1. Erreichen des Schutzzwecks (Schutz des öffentlichen Haushalts) durch den Ausschluss unauskömmlicher Angebote/Verhältnismäßigkeit	151
2. Wortlaut	152
3. Entscheidungen des Strafsenats des BGH	153
4. Andere Rechtsgebiete	153
a) Zulässigkeit von Unterkostenangeboten nach dem Preisrecht	154
b) Zulässigkeit von Unterkostenangeboten nach dem Lauterkeitsrecht und Kartellrecht	155
c) Zulässigkeit von Unterkostenangeboten aufgrund von gesetzlichen Preisbindungen	155
d) Ergebnis zu F. III. 4.	156
5. Ergebnis zu F. III.	156
IV. Prüfung anhand des Gesamtpreises	156
V. Notwendigkeit einer dezidierten Prüfung	158
1. Grundsätzlich kein Ausschluss ohne dezidierte Prüfung	158
2. Aufklärung bei unangemessen hohen Preisen oder sofortiger Aus- schluss	161
VI. Vorprüfung des Erreichens einer Aufgreifschwelle bzw. eines Aufgreif- merkmals	163
1. Unterscheidung zu kontradiktorischer Prüfung	163
2. Feststellung eines Aufgreifmerkmals	165
a) Vergleich mit anderen Angeboten, der Kostenberechnung des Auf- traggebers und einem Mittelpreis	165
b) Verwendung ausgeschlossener Angebote	166
c) Erfahrungswerte	168
3. Feststellung des Erreichens einer Aufgreifschwelle	168
a) Berechnung der Aufgreifschwelle	169

b)	Festlegung der Aufgreifschwelle	169
aa)	Festlegung in den Vergabeunterlagen	169
–	Bekanntmachungspflicht hinsichtlich der festgelegten Aufgreifschwelle	170
(a)	Gegenargument 1 – Kein Rechtsschutz, da kein Nachteil für Bieter	171
(b)	Gegenargument 2 – Kein Verstoß gegen Transparenzgrundsatz	171
(c)	Gegenargument 3 – Einzelfallprüfung erforderlich	171
bb)	Festlegung durch Entscheidungen der Vergabekammern/Oberlandesgerichte	172
cc)	Festlegung durch gesetzliche Regelungen	173
c)	Möglichkeit des Auftraggebers, trotz Feststellung eines Aufgreifmerkmals/Erreichens einer Aufgreifschwelle keine weitere Prüfung durchzuführen	173
VII.	Kontradiktorische Prüfung	174
1.	Ziel der Prüfung	175
a)	Marktverdrängungsabsicht	175
b)	Schutz des öffentlichen Haushalts	176
aa)	Gefahr der Abrechnung von Mehrmengen/Nachforderung von Kosten durch den Auftragnehmer	176
bb)	Potenzielle Entstehung wirtschaftlicher Schwierigkeiten für Auftragnehmer	178
–	Ruinöser Wettbewerb als Folge	178
cc)	Zweifel an ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung	179
dd)	Besonderes Motiv des Bieters	180
ee)	Ergebnis	180
c)	Spekulationsangebote und Mischkalkulationen	181
2.	Aufklärungsverlangen gegenüber dem Bieter	181
3.	Darlegungspflicht des Bieters	182
4.	Feststellung der Unangemessenheit durch den Auftraggeber	183
VIII.	Unangemessen niedriger Preis aufgrund einer Beihilfe	184
IX.	Gesamtpreis nach Aufklärung unangemessen hoch	184
1.	Prüfungspflicht	185
2.	Begriff des unangemessen hohen Preises	186
a)	Aufhebungsgrund des Nichtvorliegens eines wirtschaftlichen Ergebnisses	187
b)	Deutliche Überhöhung der Preise gegenüber einer objektiven Schätzung des Auftraggebers	187
c)	Preisrecht	188
aa)	Ausschreibung, bei der ein Marktpreis gebildet werden kann ..	188

bb) Ausschreibung, bei der kein Marktpreis gebildet werden kann – Selbstkostenpreise	188
3. Rechtsfolge	189
X. Rechtsschutz	189
1. Rechtsschutz des Bieters	189
a) Rechtsschutz des Bieters hinsichtlich der Festlegung einer Aufgreifschwelle	190
b) Rechtsschutz des Bieters bei Durchführung einer kontradiktorischen Prüfung	190
c) Kein Rechtsschutz des Bieters vor sich selber	191
2. Rechtsschutz dritter Bieter	191
XI. Die Angemessenheitsprüfung in der VOF	193
XII. Integration der preisrechtlichen Prüfung	194
1. Prüfung des Preisrechts im engeren Sinne (insbes. VO PR 30/53)	194
2. Prüfung des Preisrechts im weiteren Sinne (andere gesetzliche Vorgaben des Preises)	195
XIII. Spekulative Preise	196
G. Der Preis als Zuschlagskriterium	197
I. Die Begriffe „Preis“ und „Wirtschaftlichkeit“ und deren Verhältnis	198
1. Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht und deren Folgen für den Preis ...	198
a) Inhalt der Wirtschaftlichkeitsbegriffe im Vergaberecht	198
aa) Einzelwirtschaftlichkeit	199
– Gerichtliche Überprüfbarkeit	200
bb) Gesamtwirtschaftlichkeit	201
cc) Wettbewerbsöffnende Komponente	201
b) Der Preis als Inhalt der vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeit	202
2. Ergänzend: Wirtschaftlichkeit im Haushaltsrecht	203
a) Inhalt des Wirtschaftlichkeitsprinzips im Haushaltsrecht	203
b) Der Preis als Inhalt der haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeit ...	204
c) Prüfung der Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsprinzips im Haushaltsrecht	204
3. Zur Deckungsgleichheit des vergaberechtlichen und haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsbegriffs	205
– Ergebnis zu G. I. 3.	206
II. Der Preis als nicht-zulässiges Zuschlagskriterium – gleichzeitig: Zulässigkeit der Ausblendung des Preises in der Bewertung	206
1. Bestimmungsrecht des Auftraggebers hinsichtlich der Zuschlagskriterien und Grenzen	207
2. Fehlender Preiswettbewerb als Konkretisierung des Bestimmungsrechts des Auftraggebers bei der Verwendung des Preises als Zuschlagskriterium	209

III.	Der Preis als ein Zuschlagskriterium – Die Bewertung des Kriteriums „Preis“	211
1.	Das Wirtschaftlichkeitsgebot als Konkretisierung des Bestimmungsrechts des Auftraggebers bei der Verwendung des Preises als Zuschlagskriterium	211
a)	Prozentuale Mindestwertigkeit	212
b)	Keine Bewertung nur am Rande	213
c)	Keine Vorgabe der Bewertung durch Vergaberecht	213
d)	Ergebnis	215
2.	Überprüfungsmöglichkeiten	215
3.	Bewertung des Preises	216
IV.	Der Preis als einziges Zuschlagskriterium	216
1.	Der Preis als originäres einziges Zuschlagskriterium aufgrund europarechtlicher Vorgaben	216
a)	Inhalt der europarechtlichen Vorgaben – Wahlrecht des Auftraggebers	217
aa)	Wortlaut der VKR	217
bb)	Erwägungsgründe Nr. 1 und Nr. 46 VKR bzw. Nr. 55 SKR	217
cc)	Vorschlag der EU-Kommission vom 20.12.2011	218
dd)	Entscheidung des EuGH, C-247/02	218
ee)	Feststellung, wem die Wahlmöglichkeit zusteht	219
ff)	Neuerungen im Rahmen der Richtlinie 2014/24/EU	220
(1)	Regelungen des Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU	220
(2)	Erwägungsgründe Nr. (89) und Nr. (90) der Richtlinie 2014/24/EU	221
b)	Umsetzung im Rahmen des GWB unter Geltung der europarechtlichen Vorgaben	222
c)	Ausnahme Unterschwellenbereich	223
2.	Der Preis als Unterkriterium der „Wirtschaftlichkeit“ nach § 97 GWB	223
a)	Wirtschaftlichkeit am besten durch Preis bestimmbar	225
b)	Keine Bekanntgabe weiterer Kriterien	225
c)	Dokumentationspflicht hinsichtlich der Gründe	226
3.	Der Preis als einziges Zuschlagskriterium aufgrund nationaler haushaltsrechtlicher Vorgaben	226
4.	Der Preis als einziges Zuschlagskriterium, soweit keine anderen Kriterien genannt werden	228
5.	Der Preis als einziges Zuschlagskriterium in der VOF	228
6.	Zulässigkeit von Nebenangeboten, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist	229
a)	OLG Düsseldorf 2010 – Wortlaut der VKR/SKR	229
b)	OLG Schleswig 2011 – Systematik, Sinn und Zweck der VKR/SKR	230
c)	BGH, Beschluss vom 07.01.2014 – X ZB 15/13	232

d) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.11.2013 – VII Verg 20/13	232
e) Regelungen in der RL 2014/24/EU	233
V. Rechtsschutz	233
H. Die Änderung des Preises bei Verlängerung der Zuschlagsfrist und nach Zuschlag	235
I. Verlängerung der Zuschlagsfrist	235
II. Veränderungen des Preises nach Zuschlag	235
III. Vertragliche Anpassungsklauseln	236
1. Darstellung verschiedener Vertragsanpassungsklauseln	236
a) § 9 Abs. 9 VOB/A	236
b) Weitere (optionale) Regelungen der VOB/B und VOL/B	238
aa) § 2 VOB/B	238
bb) § 2 VOL/B	240
cc) Abgrenzung der Regelungen § 9 VOB/A – § 2 VOB/B – § 2 VOL/B	240
c) Andere (eigene) Preisanpassungsklauseln	242
2. Vergaberechtliche Zulässigkeit	242
a) Vorgaben des § 9 Abs. 9 VOB/A	242
aa) Zu erwartende Preisänderung	243
bb) Ungewisser Eintrittszeitpunkt oder ungewisses Ausmaß der Änderung	243
cc) Angemessenheit der Änderung der Vergütung	243
dd) Grundsätzliche Zulässigkeit einer vergleichbaren vertraglichen Regelung der Preisanpassung bei einer VOL- oder VOF-Vergabe	244
b) Vergaberechtliche Einschränkungen über § 9 Abs. 9 VOB/A hinaus	244
aa) Zulässigkeit im Zusammenhang mit Neuausschreibungspflicht	244
bb) Verhandlungsverbot	246
cc) Vergabegrundsätze	246
3. Weitere gesetzliche Vorgaben außerhalb des Vergaberechts – Preisrecht – AGB-Prüfung	247
IV. Störung der Geschäftsgrundlage	248
V. Nachträgliche Preisverhandlungen	248
1. Vertraglich festgelegte Verhandlungen	249
– Grenzen vertraglich festgelegter Verhandlungen	250
2. Nachträgliche Verhandlungen ohne vertragliche Festlegung	251
I. Fazit	252
I. Zum Preis als Mindestabforderung und Mindestangabe	252
II. Zum Preis als Eignungskriterium	253

III.	Zur Angemessenheitsprüfung und dem Ausschluss von unangemessenen Niedrig- und Hochpreisangeboten	253
IV.	Zum Preis als Zuschlagskriterium	253
V.	Zur Änderung des Preises bei Verlängerung der Zuschlagsfrist und nach Zuschlag	254
Literaturverzeichnis		255
Sachwortverzeichnis		262

A. Einführung

Der Preis als alltäglicher Begriff findet eine häufige Nutzung in nahezu jedem wirtschaftlichen Vorgang. So ist sein Gebrauch im Zusammenhang mit dem Vergaberecht, das den Einkauf öffentlicher Auftraggeber regelt, üblich. Der Begriff als solcher wird hierbei selten hinterfragt, vielmehr scheint allen Verwendern klar zu sein, worum es geht. In der konkreten Umsetzung des Vergaberechts ist der Begriff jedoch häufig Ausgangspunkt einer Diskussion. Auffällig ist dies insbesondere bei den Teilen des Vergaberechts, die sich mit den Angeboten der Bieter befassen. Hier stellen sich konkrete Fragen nach den Möglichkeiten, Pflichten und Rechten der Bieter und Auftraggeber, etwa im Zusammenhang mit dem Umfang der Preisangaben, dem Preis als Eignungs- und Wertungskriterium oder Regelungen des Preises nach Zuschlagserteilung. Diese und weitere Fragen sollen im Folgenden, der Prüfungssystematik einer Angebotsprüfung angelehnt, dargestellt und, soweit möglich, mit einem Lösungsvorschlag versehen werden. Die Arbeit versteht sich in diesem Zusammenhang insbesondere als Systematisierung bestehender Judikatur und Literatur, in der Argumentationen für die darzustellenden Probleme aufgezeigt werden.

B. Der Preis in der Wirtschaftswissenschaft und verschiedenen Rechtsgebieten

Das vorliegende zweite Kapitel soll einer Vorbereitung der späteren Kapitel dienen. Wie zu zeigen sein wird, lassen sich auf verschiedene Fragestellungen im Zusammenhang mit der Behandlung des Preises im Vergaberecht Antworten aus der Wirtschaftswissenschaft und „verwandten“ Rechtsgebieten herleiten bzw. hieraus Ansätze zu einer Lösungsfindung entwickeln.

Beabsichtigt ist hier eine Darstellung von Themen, die einen Bezug zur späteren Prüfung aufweisen. Hierzu ist es geboten, bereits in diesem frühen Stadium der Arbeit kurz in die genannten Gebiete einzuführen, um später auf diese Einführung zurückzugreifen. Letztlich soll in diesem Kapitel auch in verschiedene Begrifflichkeiten eingeführt werden.

I. Der Preis in der Wirtschaftswissenschaft

Der Begriff des Preises weist wie erwähnt eine starke Verbindung zu den Wirtschaftswissenschaften auf.

1. Definition des Begriffes „Wirtschaftswissenschaft“

In diesem Zusammenhang ist eine erste Definition seitens des Verfassers notwendig. Der hier verwendete Begriff der Wirtschaftswissenschaften umfasst die *„Disziplin, [...] die sich mit deskriptiven, theoretischen pragmatischen und normativen Aspekten des Wirtschaftens befasst“*,¹ definiert wird sie demnach durch ihr *„Erkenntnisobjekt“*, die Wirtschaft.² Der genaue Umfang und die Inhalte der Wirtschaftswissenschaft sind Teil einer umfangreichen Diskussion.³ Im Rahmen dieser Arbeit wird der Begriff der Wirtschaft gemäß der dargestellten Definition verstanden, eine trennscharfe Abgrenzung gegenüber anderen Sozialwissenschaften erfolgt nicht. Wesentlich ist für die Untersuchung in diesem Zusammenhang nur, dass sich die Wirtschaftswissenschaften mit dem „Wirtschaften“/„der Wirtschaft“, also den Gesetzmäßigkeiten im Zusammenhang mit dem rationalen Um-

¹ Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, Band 2, S. 2394.

² Woll, in: Woll, Wirtschaftslexikon, S. 840.

³ Hierauf weisen etwa Woll, in: Woll, Wirtschaftslexikon, S. 840 und Albach, in: Gablers Wirtschaftslexikon, S. 3459 hin; Albach bezweifelt in diesem Zusammenhang die Eigenständigkeit der Wirtschaftswissenschaften.

gang mit knappen Gütern, insbesondere dem Erwerb und Verkauf von Waren und Dienstleistungen, beschäftigt,⁴ und somit über eine normative Betrachtung der Beschaffung hinausgeht.

2. Der Begriff des Preises

Definiert wird der Preis in den Wirtschaftswissenschaften als der „*in Geldeinheiten ausgedrückte Tauschwert eines Gutes*“.⁵ Da der Tauschwert hier durch Geld bestimmt wird, wird auch von einem „*absoluten Preis*“ gegenüber dem „*relativen Preis*“ gesprochen, welcher den Tauschwert des Gutes in den Einheiten eines anderen Wirtschaftsgutes ausdrückt.⁶

3. Preisbildung

Der (Markt)preis wird durch Angebot und Nachfrage bestimmt.⁷ Dargestellt werden kann der Mechanismus der Preisbildung grundlegend in einem Auktionsmodell,⁸ in dem der Verkäufer eines Gutes dieses zunächst zu einem bestimmten Preis anbietet. Angenommen wird nach dem Modell, dass dieses Angebot aufgrund eines für die Nachfrager ungünstigen Preises zu einem Angebotsüberschuss, also einer Nachfrage, die das Angebot nicht ausschöpft, führt. Hiernach wird der Auktionator die Ware zu einem günstigeren Preis anbieten, was zur Folge haben kann, dass die Nachfrage des Gutes das Angebot übersteigt (Nachfrageüberschuss). In Wiederholung dieser Vorgehensweisen bildet sich ein Preis, in dem Angebot und Nachfragemenge übereinstimmen. Maßgeblich für die Preisbildung sind hierfür das jeweilige Marktverhalten von Anbietern und Nachfragern sowie die jeweilige Marktstruktur.⁹ Unterschieden wird in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zwischen einer vollständigen Konkurrenz, einer monopolistischen Konkurrenz, einem Angebotsoligopol und einem Angebotsmonopol.¹⁰ Je nach Marktstruktur bilden sich Preise in unterschiedlicher Form.¹¹

⁴ *Albach*, in: *Gablers Wirtschaftslexikon*, S. 3459, dessen Definition im Wortlaut von der oben dargestellten abweicht, jedoch ebenfalls die Wesentlichkeit des Erkenntnisobjektes „Wirtschaft“ herausstellt.

⁵ *Gablers Wirtschaftslexikon*, S. 2401.

⁶ *Gablers Wirtschaftslexikon*, S. 2401.

⁷ *Mankiw*, *Grundzüge der Volkswirtschaftslehre*, 2. Auflage, S. 69.

⁸ Siehe zur Darstellung des Modells: „Wirtschaft heute“, *Schriftenreihe der Bundeszentrale für politische Bildung*, Band 1007, S. 90 ff.

⁹ Zu diesen Fragestellungen etwa: *Wied-Nebbling*, *Preistheorie und Industrieökonomik*; unterschieden wird hier zwischen verschiedenen Marktformen (dargestellt werden verschiedene Arten von Monopolen, Monopsonen, Oligopolen und das Polypol), siehe ebenda, Schema S. 3.

¹⁰ *Vahlens Großes Wirtschaftslexikon*, Band 2, S. 1681 f.; siehe auch *Wied-Nebbling*, *Preistheorie und Industrieökonomik*, mit weitergehender Differenzierung.