

Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen

Ebisch / Gottschalk / Hoffjan / Müller

10. Auflage 2024
ISBN 978-3-8006-6967-7
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Kosten eines guten Betriebes abzustellen ist. Mit dieser Regelung wäre es unvereinbar, wenn die einzelnen Auftragnehmer an ihre Selbstkostenpreise preisrechtlich im Sinne eines Festpreises gebunden wären. Es ist doch ganz selbstverständlich, dass die angemessenen Kosten von Betrieb zu Betrieb verschieden sein müssen. Wäre aber der Selbstkostenpreis ein Festpreis, dann würde es verschiedenen Betrieben, die sich an einem Auftrag gemäß Abs. 4 beteiligen wollen, unmöglich gemacht, in den Selbstkostenpreis des guten Betriebes einzutreten.

e) Ein Unterschreiten der Selbstkostenpreise kann sogar im Interesse des Auftragnehmers liegen. Es wäre geradezu unbillig, einem Auftragnehmer zu verwehren, aus markt- und betriebswirtschaftlichen Überlegungen heraus bei Aufträgen über Individualleistungen auf den vollen Ersatz seiner angemessenen Kosten zu verzichten und damit seine an sich zulässigen Preise zu unterschreiten. 10

2. Auch wenn somit nicht ernsthaft daran gezweifelt werden kann, dass der Selbstkostenpreis preisrechtlich ein Höchstpreis ist, so kann er doch **zivilrechtlich einen Festpreis** bilden: Wenn Auftraggeber und Auftragnehmer eine Selbstkostenpreisvereinbarung in der Weise treffen, dass sie sich beiderseits endgültig auf die vereinbarte Selbstkostenpreishöhe festlegen, dann sind sie zivilrechtlich daran gebunden, obwohl preisrechtlich eine Minderung möglich gewesen wäre. Im Preisprüfbericht stellt der Preisprüfer in diesem Fall gutachterlich den preisrechtlich zulässigen Höchstpreis (zulässige Höhe des Preises sowie zulässiger Preistyp) dar. 11

B. Begriff der Selbstkostenpreise (Abs. 1 a. A.)

So absolut bei der Ermittlung des zulässigen Marktpreises nach § 4 Abs. 1 und 3 jede **Kostenuntersuchung** auszuschneiden hat, so zwingend und unvermeidlich ergibt sich diese Notwendigkeit bei Selbstkostenpreisen. 12

§ 5 schreibt als Grundlage für die Preisermittlung die Feststellung der *angemessenen* und nicht der tatsächlichen Kosten, die natürlich voneinander abweichen können, *des einzelnen Betriebs* vor. Was unter „angemessenen Kosten“ zu verstehen ist, ergibt sich im Einzelnen aus den LSP. Eine Ausnahme von dem Grundsatz, die angemessenen Kosten des individuellen Betriebs zugrunde zu legen, enthält § 5 Abs. 4. Außer den Selbstkosten umfasst der Selbstkostenpreis den kalkulatorischen Gewinn.

C. Anwendungsfälle für die Vereinbarung von Selbstkostenpreisen nach Maßgabe von § 5 Abs. 1 Nr. 1

Als **erste Fallgruppe**, bei der die Vereinbarung von Selbstkostenpreisen zulässig ist, nennt die Verordnung die Gestaltung, dass für die in Betracht kommende Leistung eine **Preisermittlung nach den §§ 3 und 4 nicht möglich** ist. Keine Schwierigkeiten wird den Vertragsparteien im Allgemeinen die Feststellung bereiten, ob für die einzelne Leistung noch eine staatliche Preisregelung besteht (§ 3). Bei der Entscheidung, ob ein Preis nach § 4 gebildet werden kann, sind schon eher Meinungsverschiedenheiten zu erwarten; an die zahlreichen in den Erläuterungen zu § 4 erwähnten Grenzfälle darf erinnert werden. In solchen Zweifelsfällen können sich Auftraggeber und 13

VO PR Nr. 30/53 § 5

Auftragnehmer vor Vertragsabschluss der Beratung der Preisbehörden bedienen. Allerdings ist eine solche Zuziehung der Preisbehörde von ihrer in Abs. 2 vorgesehenen Entscheidungsbefugnis zu unterscheiden. Auf die Notwendigkeit einer gründlichen Prüfung, ob Marktpreise zulässig sind, muss auch hier noch einmal hingewiesen werden, weil eine Vereinbarung von Selbstkostenpreisen nichtig ist, falls sie sich auf marktgängige Leistungen mit einem nachweisbaren Marktpreis bezieht.

D. Anwendungsfälle für die Vereinbarung von Selbstkostenpreisen nach Maßgabe von § 5 Abs. 1 Nr. 2

- 14 Die **zweite Fallgruppe** für zulässige Selbstkostenpreisvereinbarungen ist typisch auf das **Versagen des Wettbewerbs auf der Anbieterseite** und eine dadurch verhinderte marktgerechte Preisbildung nach § 4 abgestellt. Die Leistung ist also hier eine marktgängige, für die infolge der Mangellage oder der Wettbewerbsbeschränkung eine Preisbildung nach § 4 nicht unerheblich beeinflusst wird und die deswegen dem Sinngehalt dieser Vorschrift nicht gerecht werden kann.

I. Mangellage

- 15 Der Begriff der Mangellage ist ebenso wie bei § 4 WiStG (Anhang 2) **im objektiven Sinne als feststellbare Verknappung** und nicht als subjektives Mangelempfinden zu verstehen. Sobald Leistungen nur in einem für die Bedarfsdeckung nicht ausreichenden Maße zur Verfügung stehen, droht die Gefahr, dass der Preis nicht mehr nach marktwirtschaftlich orientierten Wettbewerbsgrundsätzen, sondern danach gebildet wird, wie der einzelne Auftragnehmer aus der Mangellage profitieren kann. Es tritt dann die Situation ein, dass der Marktpreis seine eigentliche Funktion des sinnvollen Ausgleichs zwischen Angebot und Nachfrage nicht mehr erfüllen kann. Dem kann durch eine Selbstkostenpreisvereinbarung begegnet werden.
- 16 Ein Beispiel aus jüngerer Zeit stellt die Herausforderung der Flüchtlingskrise dar. Öffentliche Auftraggeber standen vor dem Problem, möglichst schnell und umfassend für die Unterbringung und Versorgung der plötzlichen Flüchtlingsströme nach Deutschland sorgen zu müssen. Dabei hatte die Bedarfsdeckung in dem vom Vergaberecht vorgegebenen Korsett zu erfolgen. Eine spürbare Verknappung dringend benötigter Leistungen wie bspw. Unterbringungscontainer, deren Ausstattung und sonstiger Versorgungs- und Sicherheitsleistungen, waren die Folge. Die resultierenden Verteuerungen waren erkennbar nicht immer auf eine tatsächliche Verknappung zurückzuführen. Vielfach waren unverhältnismäßige Preiserhöhungen einem überzogenen und nicht marktgerechten Gewinnstreben auf Anbieterseite geschuldet. Überhöhte Angebote in Ausschreibungen waren die Folge. Eine objektive Marktpreisbildung schien nicht mehr möglich.
- 17 Gerade hier erfüllen die preisrechtlichen Grundsätze und Instrumente im Vergabeverfahren ihren Zweck. Verträge kommen danach mit dem preisrechtlich zulässigen Höchstpreis zustande. Da der Verstoß gegen die Vorgaben des § 1 Abs. 3 einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB darstellt, wird ein unangemessener Preis verhindert. Der Anbieter ist

nämlich an sein Angebot gebunden (§ 145 BGB). Es wird nach § 134 BGB aber der preisrechtlich unzulässige Preis durch den zulässigen Preis ersetzt.

Hat eine Mangellage bei bestimmten Gütern oder Leistungen zu einer Höchstpreisregelung geführt, so greift die Vorschrift des § 3 ein, und der öffentliche Auftraggeber kann nicht etwa Selbstkostenpreise vereinbaren (vgl. Heinz Müller, 1970, S. 60).

II. Wettbewerbsbeschränkungen

Wenn bei Vorliegen von Wettbewerbsbeschränkungen auf der Anbieterseite Selbstkostenpreisvereinbarungen zugelassen werden, so greift damit das Preisrecht nicht in das Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) ein, sondern will nur **unerwünschte**, auf der Wettbewerbsbeschränkung beruhende **Preisbeeinflussungen verhindern**.

1. Zu der Frage der **Zulässigkeit oder Unzulässigkeit** von Wettbewerbsbeschränkungen weichen die Wortlaute der Verordnungen PR Nr. 30/53 und der aufgehobenen PR Nr. 1/72 (Anhang 15 – Baupreisverordnung) voneinander ab. § 5 Abs. 1 Nr. 2 VO PR Nr. 30/53 spricht nur von Wettbewerbsbeschränkungen schlechthin und nicht von zulässigen oder unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen. Die Parallelvorschrift des § 7 VO PR Nr. 1/72 unterschied dagegen zwischen unzulässigen und zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, indem sie in Satz 2 ausführte: „Dies gilt nicht für zulässige Wettbewerbsbeschränkungen, es sei denn, dass die Wettbewerbsbeschränkung missbräuchlich ausgenutzt wird.“

Die Einschränkung in der aufgehobenen Baupreisverordnung, dass es auf eine missbräuchliche Ausnutzung der zulässigen Wettbewerbsbeschränkung ankommen kann zeigt, dass das Gewollte in beiden Preisverordnungen nicht auseinander lag, nämlich die Zulässigkeit der Vereinbarung von Selbstkostenpreisen im Falle nicht funktionierenden Wettbewerbs. Zu diesem Zweck beinhaltete die Norm der Baupreisverordnung ein „voluntatives“ Element: die missbräuchliche Ausnutzung. Dies machte bei Bauvergaben durchaus Sinn, da die Wettbewerbsbeschränkung der aufgehobenen Baupreisverordnung auf Wettbewerbs- und Listenpreise im Sinne der Verordnung begrenzt war. Insoweit gab es zur VO PR Nr. 30/53 einen gravierenden Unterschied.

Der **Marktpreis nach § 4** orientiert sich gerade nicht vorrangig an in Vergabeverfahren zustande gekommenen Preisen, sondern **verlangt allgemein marktwirtschaftlich gebildete Preise**, das heißt, Preise, die sich bereits (mehrfach) im Wettbewerb mit der Konkurrenz durchzusetzen vermochten.

2. Ob eine Wettbewerbsbeschränkung zulässig ist oder nicht, ist folglich nicht der ausschlaggebende Punkt. Von ausschlaggebender Bedeutung ist vielmehr die Voraussetzung, dass die Marktpreisbildung durch die Wettbewerbsbeschränkung erheblich beeinflusst wird. Denn der Marktpreis nach § 4 setzt einen unbeeinflussten Wettbewerb für seine Entstehung voraus.

Im ersten Runderlass zur VO PR Nr. 30/53 (Anhang 4a) wird hierzu lediglich gesagt, dass kartellrechtlich genehmigte Wettbewerbsbeschränkungen *in der Regel* keinen Raum für eine Vereinbarung von Selbstkostenpreisen lassen. Den Richtlinien zu diesem Runderlass (s. Nr. 24f, Anhang 4b) ist zu entnehmen, dass eine Selbstkostenvereinbarung auch nicht ausgeschlossen ist, soweit auf der Auftragnehmerseite ein Unternehmer für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder kei-

VO PR Nr. 30/53 § 5

nem Wettbewerb ausgesetzt ist. Der erste Runderlass (Anlage 4a) geht davon aus, dass die Kartellbehörde bei ihrer Entscheidung darauf achtet, dass keine ungünstigen Preisbeeinflussungen durch das (erlaubte) Kartell eintreten. Wenn der Auftraggeber davon nicht überzeugt ist, hat er die Möglichkeit, dennoch einen Selbstkostenpreis zu vereinbaren.

- 25 **3.** Voraussetzung für eine Preisbildung auf der Basis von Selbstkosten im Falle des Vorliegens einer Mangellage oder einer Beschränkung des Wettbewerbs auf der Anbieterseite **ist immer die weitere Feststellung, dass hierdurch eine Preisbildung nach § 4 nicht nur unerheblich beeinflusst wird.** Hierbei ist im Anschluss an BGHZ 53, 17 (21 ff.) zwischen der Beeinflussung der *Preisbildung* und der des *Preises* zu unterscheiden. Eine Beeinflussung im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 2 ist dabei nicht erst dann gegeben, wenn die Mangellage oder die Wettbewerbsbeschränkung zu einer Erhöhung des Preises geführt hat, sondern schon dann, wenn der Vorgang der Preisbildung, also der *Preisbildungsprozess*, beeinflusst worden ist.
- 26 Dies rechtfertigt aber keinesfalls den Schluss, es sei ein Preisvergleich *mit dem Selbstkostenpreis* vorzunehmen. Sicher ist es möglich, auch vom Preis als Ergebnis her auf die Beeinflussung der Preisbildung als Prozess zu schließen. Nur muss dann der unter den Einflüssen von Mangellage bzw. Wettbewerbsbeschränkung zustande gekommene Preis mit dem davon *unbeeinflussten Preis* verglichen werden, was nicht ganz einfach ist, weil letzterer nicht ohne weiteres auf der Hand liegt. Hier erscheint es aber immerhin möglich, im Parallelvergleich mit ähnlichen Leistungen, unter *Mitberücksichtigung* der Selbstkosten und mit Hilfe weiterer Indizien u. U. ein zweifelsfreies Überschreiten der Erheblichkeitsgrenze festzustellen. Auf die *genaue* Differenz kommt es nicht an, weil § 5 Abs. 1 Nr. 2 als Rechtsfolge ja nicht etwa den Preis auf die Höhe eines unbeeinflussten Preises zurückführt, sondern eine Selbstkostenpreisvereinbarung ermöglicht.
- 27 Die Preisbildung wird auch dann beeinflusst, wenn „Außenseiter“ der Preisabsprache zu einem günstigeren Preis anbieten (OLG Celle vom 12.11.1980 – 15 U 162/79, abgedruckt bei Michaelis/Rhösa/Pauka, 2022, Entscheidungen II).
- 28 **4.** Für die Preisbehörde und den öffentlichen Auftraggeber stellt sich die Frage, inwieweit bezüglich der Feststellungen zur Wettbewerbsbeschränkung auf die **Ermittlungen anderer Behörden** zurückgegriffen werden kann. Insbesondere könnte daran gedacht werden, den Verfahrensabschluss abzuwarten, wenn die Kartellbehörde wegen Zuwiderhandlung gegen die §§ 1 und 81 GWB oder die Preisbehörde wegen Zuwiderhandlung gegen § 4 WiStG ermittelt und dabei dann ja auch über das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung zu befinden ist.
- 29 Ein solches Abwarten ist jedoch nicht zweckdienlich. Die gesetzlichen Tatbestände sind nach ihren objektiven und subjektiven Voraussetzungen unterschiedlich formuliert. Wird der Tatbestand der Kartellordnungswidrigkeit oder des Preisüberhöhungsverbots verneint, so kann dies auf Zweifel am Vorliegen der neben der Wettbewerbsbeschränkung erforderlichen Tatbestandsmerkmale zurückzuführen sein. Doch selbst wenn der kartellrechtliche oder der preisüberhöhungsrechtliche Tatbestand bejaht oder allein wegen Fehlens einer Wettbewerbsbeschränkung verneint wird, führt dies für den Tatbestand des § 5 Abs. 1 Nr. 2 VO PR Nr. 30/53 nicht weiter. Denn rechtlich ist die in dem anderen Verfahren erfolgte Erhellung für die Preisbehörde und die Vergabebehörde weder vorgeflich noch sonst verbindlich.

Von den wirtschaftlichen Gegebenheiten her sind Entscheidungen nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 in aller Regel eilbedürftig. Sie stehen deshalb in aller Regel eher zur Entscheidung an als die vergangenheitsbezogenen Bußgeldverfahren des Kartellrechts und des Preisüberhöhungsrechts.

Damit soll aber nicht gesagt sein, dass die verschiedenen Behörden isoliert vor sich hin ermitteln sollen. Selbstverständlich müssen die vorhandenen Ergebnisse ausgetauscht und gegebenenfalls nutzbar gemacht werden. Abs. 2 zeigt, dass nach der Vorstellung des Ordnungsgebers allerdings die zu § 5 Abs. 1 Nr. 2 berufenen Behörden primär am Zuge sein sollen. 30

III. Rechtsfolgen

Preisrechtlich kommt bei der **ersten Fallgruppe** nach Abs. 1 Nr. 1 nur ein Selbstkostenpreis in Betracht, da ja ein Marktpreis nach dem Wortlaut der Vorschrift gar nicht erst festgestellt werden kann. Hierbei handelt es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal. Wird (irrtümlich) ein „Marktpreis“ vereinbart, obwohl er nicht feststellbar ist, so wird er selbstverständlich durch den zulässigen Selbstkostenpreis ersetzt (es kann nichts vereinbart werden, was nicht existiert!). 31

Nach seinem klaren Wortlaut eröffnet Abs. 1 Nr. 2 bei Mangellagen und Wettbewerbsbeschränkungen die *Möglichkeit*, Selbstkostenpreise zu vereinbaren. Bei der **Fallgruppe 2** trifft den Auftraggeber insoweit die besondere Verantwortung, von den bestehenden Möglichkeiten pflichtgemäß Gebrauch zu machen. Wird von der Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht, ist zunächst der Vertrag anhand des von den Parteien Gewollten auszulegen. Führt eine Auslegung nicht weiter, kommt der im Rahmen der Preisprüfung ermittelte preisrechtlich zulässige Preistyp ohnehin kraft der Verordnung zur Geltung (Michaelis/Rhösa/Pauka, 2022, § 5, B, I, 2c). Dies gilt auch für den Fall, dass die Wettbewerbsbeschränkung erst festgestellt wird, nachdem die Vereinbarung für einen Marktpreis bereits getroffen ist. Hierzu hat die Preisüberwachungsstelle im Preisprüfbericht entsprechende Aussagen zu machen. Spricht einiges für einen Marktpreis, so ist bei der Beurteilung unter Umständen wegen *besonderer Verhältnisse* § 4 Abs. 4 zu beachten. 32

E. Absatz 2 (Anrufung der Preisbehörde)

Durch Abs. 2 soll eine **überparteiliche Entscheidung** über das Vorliegen der in § 5 Abs. 1 Nr. 2 genannten Voraussetzungen sichergestellt werden. Die Vorschrift gilt nur für die Fälle, in denen sich öffentlicher Auftraggeber und Auftragnehmer bei ihren Verhandlungen über die Vereinbarung eines Marktpreises oder eines Selbstkostenpreises nicht einigen können. Deswegen sind für die Entscheidung die mit Preisfragen befassen Behörden der Wirtschaftsverwaltung berufen. Die in Abs. 2 vorgesehene Zuständigkeitsaufteilung zwischen BMWi und Länder-Preisbildungsstellen folgt ersichtlich dem Vorbild des § 2 Abs. 2 Preisgesetz (Anhang 1). Inzwischen ist an ihre Stelle die Länderzuständigkeit nach Maßgabe des Landesrechts getreten. 33

Voraussetzung für die Anrufung ist eine *Nichteinigung* zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer über eine, mehrere oder alle Voraussetzungen im Sinne von Abs. 1 Nr. 2. Der Fall, dass gar nicht erst verhandelt wird, ist von Abs. 2 nicht erfasst. Antragsberechtigt sind beide Par- 34

VO PR Nr. 30/53 § 5

teilen. Eine Entscheidung nach § 5 Abs. 2 stellt dann fest, ob die Vereinbarung eines Selbstkostenpreises zulässig ist oder nicht, sie regelt dagegen nicht die Höhe eines zulässigen Selbstkostenpreises. Bei einer negativen Entscheidung, die entweder darauf beruhen kann, dass eine Mangellage oder Wettbewerbsbeschränkung nicht vorliegt, oder dass die erforderliche Preisbeeinflussung nicht gegeben ist, oder dass beide Fragen zu verneinen sind, liegt es ganz im Willen der Parteien, ihre bisherigen Verhandlungen fortzusetzen, wobei sie dann allerdings nur einen Marktpreis vereinbaren können, der im Zweifel als zulässiger Preistyp durch die Preisüberwachungsstelle dann ohnehin ermittelt wird.

F. Absatz 3 (Vorlage von Selbstkostenpreisberechnungen)

- 35 Eine Verpflichtung zur Vorlage von Kalkulationen ist nicht zwingend, sondern auf die Verhältnisse des Auftrages abgestellt. Die Vorlage kann vom Auftraggeber nur **insoweit** verlangt werden, als es dem **zugrunde liegenden Selbstkostenpreistyp entspricht**.

G. Absatz 4 (Einheitliche Preise bei gleichen Leistungen mehrerer Auftragnehmer)

I. Abs. 4 als Ausnahmeregelung und Sollvorschrift

- 36 **1. Abs. 4 durchbricht den Grundsatz, dass die betriebsindividuellen Kosten für die Selbstkostenpreisermittlung maßgeblich sind.** Er lässt nämlich ausdrücklich zu, dass Aufträge an mehrere Auftragnehmer über gleiche Leistungen bei gleichen Voraussetzungen zu gleichen Preisen vergeben werden.
- 37 **2.** Die Regel ist keine „Muss-Vorschrift“. Durch die Worte „sollen“ und **„in der Regel“** wird der Charakter als „doppelte“ Sollvorschrift erkennbar (vgl. Brüning, 2019, Kartellrecht Bd. 3, VO PR Nr. 30/53, § 5, Rn. 19). Sie ist nicht anzuwenden, wenn besondere individuelle Verhältnisse bei dem einzelnen Auftragnehmer zu berücksichtigen sind. Das können strukturbedingte Kostenunterschiede sein, die sich z.B. aus hohen Frachtleistungen oder Lohnverhältnissen ergeben, falls nicht Kompensationen mit anderen Kostenelementen das ausgleichen. Auch die Angebote von Unternehmen aus Fördergebieten können der Anwendung des Abs. 4 entgegenstehen.

II. Gleiche Leistungen

- 38 Nach Satz 2 liegen gleiche Leistungen vor, wenn sie sich **in Ausführung, Menge, Lieferzeit sowie Lieferungs- und Zahlungsbedingungen entsprechen**. Die Vergabe nach Losen kann ein wichtiger Anwendungsfall des Abs. 4 sein.

III. Gleiche Voraussetzungen

- 39 Gleiche Voraussetzungen sind **gleiche Startbedingungen für die Auftragnehmer**. Nr. 27 Buchstabe a der Richtlinien für öffentliche Auftraggeber (Anhang 4b) führt als Beispiele insoweit das Fertigungsverfahren – maschinell oder manuell – sowie Kapazitäts- und Standortverhältnisse an.

Gleiche Voraussetzungen werden also nicht vorliegen bei unterschiedlichem Wagnis oder der Bereitstellung von Material u. ä. durch den Auftraggeber an einzelne Auftragnehmer.

IV. Gleiche Preise

1. Bei der Ermittlung des Preises sind **nur diejenigen Angebote heranzuziehen, die der Auftraggeber berücksichtigen will** oder aber von 40
Unternehmen, die er schon beteiligt hat. Fiktive Angebote, die nicht erstlich die Erteilung des Auftrages erstreben, müssen außer Betracht bleiben (vgl. Michaelis/Rhösa/Pauka, 2022 E, II, 2 zu § 5 VO PR Nr. 30/53).

2. Entscheidend ist die Kostenlage eines guten Betriebes. Dabei ist aber der 41
Selbstkostenpreis des guten Betriebes als ganzes maßgeblich, nicht die einzelnen Kostenelemente, womöglich sogar in der Weise, dass der Auftraggeber aus den verschiedenen Angeboten die günstigsten Teilkosten herausgreift und mit ihrer Hilfe eine neue Kalkulation aufstellt (vgl. Michaelis/Rhösa/Pauka, 2022 E, II, 2 zu § 5 VO PR Nr. 30/53) Die endgültige Preisbildung wird Verhandlungen mit den einzelnen Anbietern notwendig machen, um ihre Angebote anzupassen, d. h. oft zu senken.

3. Zur **Ermittlung und Beurteilung des guten Betriebes** stehen dem 42
öffentlichen Auftraggeber u. a. folgende Möglichkeiten zur Verfügung:

- Vergleich der von den Bietern eingereichten Selbstkostenpreiskalkulationen,
- Feststellungen im Betrieb der Bieter, sofern der öffentliche Auftraggeber hierzu nach § 10 ermächtigt ist; andernfalls stehen die Preisbehörden zur Verfügung. Für das Verteidigungsressort gilt das Übereinkommen mit dem BMWi (Anhang 5c), vgl. dazu Rn. 47 ff. zu § 10,
- Heranziehung von Erfahrungs- und Vergleichsmaterial der öffentlichen Auftraggeber aus der Preisermittlung abgewickelter oder anderweitig vergebener Aufträge.

H. Absatz 5 (Anschlußaufträge)

Abs. 5 befasst sich mit dem Gedanken des **Marktpreisvorrangs für den 43
Fall, dass schon ein Auftrag zu Selbstkostenpreisen vergeben worden ist**. Er will verhindern, dass eine zunächst absolut berechnete Vereinbarung von Selbstkostenpreisen unnötig und unbesehen beibehalten wird, obwohl zwischenzeitlich Veränderungen oder sogar zwingende Gründe eingetreten sind, die eine marktmäßige Preisbeurteilung zulassen (vgl. Nr. 28 Buchstabe a der Richtlinien für öffentliche Auftraggeber, Anhang 4b). Zu diesem Zweck statuiert er eine Pflicht, zu prüfen, ob Preise gemäß § 4 nunmehr vereinbart werden können. Seine Wirkungen sind unterschiedlich, je nachdem, ob der allgemeine oder ein besonderer Markt in Frage steht.

Handelt es sich um den Übergang zum **allgemeinen Markt**, so ergibt sich 44
schon aus den vorausgehenden Vorschriften über den Marktpreisvorrang, dass der Marktpreis den Selbstkostenpreis bricht. Insofern ist die Prüfung nach Abs. 5 eine Selbstverständlichkeit. Abs. 5 hat insofern im Wesentlichen deklaratorischen Charakter. Es geht hier im Wesentlichen um Leistungen, die neu dem Markt hinzutreten und deren Marktgängigkeit unmittelbar nach Zutritt nicht feststellbar ist, weil sich bspw. noch kein Nachfrager gefunden hat.

VO PR Nr. 30/53 § 5

- 45 Handelt es sich dagegen um den Übergang zum **besonderen Markt**, stellt sich das Problem der Marktgängigkeit im Prinzip nicht. Diejenigen Angebote, die die in den Vergabeunterlagen veröffentlichten Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers an die Leistung erfüllen und zum vergaberechtlichen Wertungsprozess zugelassen werden, „gehen“ auf dem besonderen Markt und sind folglich auch marktfähig. Es gibt nämlich einen konkreten Nachfrager, den öffentlichen Auftraggeber und einen bzw. mehrere Anbieter für die Leistung.

I. Absatz 6 (Arten der Selbstkostenpreise)

I. Die Selbstkostenpreistypen

- 46 Es werden 3 Preistypen für das Vorgehen auf Selbstkostenbasis zur Verfügung gestellt, nämlich
- **Selbstkostenfestpreise,**
 - **Selbstkostenrichtpreise (vorläufige Selbstkostenpreise),**
 - **Selbstkostenerstattungspreise.**
- Die näheren Bestimmungen trifft die Verordnung in § 6 (für die Selbstkostenfest- und die Selbstkostenrichtpreise) und in § 7 (für die Selbstkostenerstattungspreise).
- 47 Auch für die Selbstkostenpreise gilt, dass sich der zulässige Preistyp unmittelbar aus der Verordnung ergibt, so dass es grundsätzlich auf eine diesbezügliche Vereinbarung nicht ankommt. §§ 6 und 7 stellen eine **eindeutige Rangfolge für die Selbstkosten-Preistypen** auf. Dennoch können sich bei der sachnotwendig unscharfen Fassung der Merkmale für diese Rangordnung erhebliche Auseinandersetzungen ergeben. Es empfiehlt sich daher in Verantwortung der Vertragsparteien nach § 1 Abs. 3, preisrechtlich zulässige Verträge abzuschließen, den für zulässig angenommenen Selbstkosten-Preistyp in den Verträgen zu bezeichnen (z. B.: „... gehen die Parteien von einem Marktpreis/Selbstkostenpreis aus“).

II. Selbstkostenpreise mit marktwirtschaftlichen Bestandteilen

- 48 1. Die marktwirtschaftliche Preisbildung, die sich in Preisen nach § 4 darstellt, hat den Vorrang vor Selbstkostenpreisen. Dieser Vorrang gilt nicht nur für die Gesamtleistung, sondern **auch dann, wenn im Rahmen eines Selbstkostenauftrags für Teilleistungen Preise nach § 4 bestehen**. Der Vorrang der marktwirtschaftlichen Preisbildung verlangt, dass solche Teilleistungen nach § 4 und nicht nach Selbstkosten abgerechnet werden. Als Teilleistungen, die dem § 4 unterliegen können, sind beispielsweise zu nennen:
- Zubehör,
 - Ersatzteile,
 - Stundensätze für z. B. Werkstatt, Montage, Konstruktion, Wartung, Beratung.
- 49 a) **Die Behandlung von Teilleistungen nach § 4 setzt voraus, dass entweder die Teilleistung die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1, 3 und 4 erfüllt oder die Teilleistung mit einer marktgängigen Leistung vergleichbar ist (§ 4 Abs. 2, ggf. in Verb. m. Abs. 3 und 4).**