

Keine Rügeobliegenheit bei Meinungsverschiedenheiten!

Die Obliegenheit eines Bieters, Vergaberechtsverstöße zu rügen, entsteht nicht schon dann, wenn es zwischen ihm und dem Auftraggeber zu Meinungsverschiedenheiten kommt. Notwendig ist vielmehr, dass sich die Meinungsverschiedenheiten in einem vermeintlichen Vergaberechtsverstoß des Auftraggebers manifestieren.

VK Bund, Beschluss vom 08.07.2021 – VK 1-48/21, Volltext: IBRRS 2021, 2996

GWB § 160 Abs. 3

Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) schreibt Planungsleistungen für den Neubau einer Eisenbahnstrecke europaweit im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach der SektVO aus. Zuschlagskriterien sind das Honorar zu 90% und die Qualität zu 10%. Bieter A gibt ein sehr günstig kalkuliertes Angebot ab. Daraufhin führt der AG ein Aufklärungsgespräch am 03.03.2021 durch. Im Gespräch stellt sich heraus, dass A und der AG unterschiedliche Vorstellungen von der Auslegung des ausgeschriebenen Leistungsumfangs haben, was sich im niedrigen Honorarangebot bemerkbar macht. Der AG verschickt ein Protokoll an den Bieter, was diesen veranlasst, bestimmte Korrekturen zu verlangen. Mit Schreiben vom 25.03.2021 schließt der AG Bieter A aus. Dieser erhebt erfolglos eine Rüge am 30.03.2021 und leitet am 09.04.2021 ein Nachprüfungsverfahren ein. Der AG meint, die Rüge sei zu spät erhoben worden. Zudem habe A die Antragsfrist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB versäumt.

Entscheidung

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig! A hat alle Fristen beachtet. Zunächst ist festzustellen, dass A nicht verpflichtet war, die Ergebnisse des Aufklärungsgesprächs vom 03.03.2021 (bzw. deren inhaltliche Wiedergabe im Protokoll) zu rügen. Denn im Aufklärungsgespräch stellte sich zwar heraus, dass das **Verständnis** des AG von demjenigen des A **abweicht**. Dies allein ist jedoch **kein rügefähiger Vergaberechtsverstoß**. Denn dieses Verständnis des AG hat sich zu Lasten des A erst in der Ausschlussentscheidung manifestiert, die A am 25.03.2021 mitgeteilt wurde. Die Rüge vom 30.03.2021 war daher rechtzeitig. Ebenso wenig hat A die 15-Tage-Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags versäumt. Die Frist knüpft nicht an die Mitteilung des AG vom 25.03.2021 an, dass das Angebot des A auszu-

schließen sei. Denn durch das Schreiben vom 25.03.2021 entstand überhaupt erst eine Rügeobliegenheit des A, d. h. bei diesem Schreiben handelt es sich mangels vorheriger Rüge nicht um eine Nichtabhilfemitteilung i.S.d. § 160 Abs. 3 Satz 4 GWB. Dass A den Inhalt des Protokolls zum Aufklärungsschreiben „gerügt“ hat, ändert an diesem Befund nichts.

Praxishinweis

Der inhaltliche Hauptstreitpunkt zwischen dem AG und Bieter A lag darin, ob die Vergabeunterlagen widersprüchlich bzw. unzureichend bestimmt sind. Auch diesen vermeintlichen Vergaberechtsverstoß musste A nicht bis zur Angebotsabgabe rügen. Denn bis zum Aufklärungsverlangen des AG war A davon ausgegangen, dass sein Verständnis der Vergabeunterlagen, das er dementsprechend auch seinem Angebot zu Grunde gelegt hatte, zutreffend ist. Dass die Vergabeunterlagen auch anders zu verstehen sein könnten und daher möglicherweise nicht eindeutig genug formuliert waren, war für A nicht früher erkennbar, so dass er nicht gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB bis zum Ablauf der Angebotsfrist rügen musste.

RA Dr. Tobias Hänsel, Dresden

ibr-online-Links:

IBR 2020, 606: VK Bund – Frage kann Rüge sein: Ab Nichtabhilfe läuft die 15-Tages-Frist!

IBR 2020, 195: VK Lüneburg – Rüge unmittelbar vor Nachprüfungsantrag genügt!

IBR 2018, 90: VK Bund – Rüge muss nicht als Rüge bezeichnet werden!

IBR 2017, 334: VK Bund – Auch eine höfliche Bieterfrage kann eine Rüge sein!

IBR 2007, 325: OLG Frankfurt – Eine Frage zur Leistungsbeschreibung ist keine Rüge!

Preiswertung müssen keine Nettopreise zu Grunde liegen!

1. Ein nicht zum Vorsteuerabzug berechtigter öffentlicher Auftraggeber muss der Preiswertung keine Nettopreise zu Grunde legen.
2. Wenn zum Zeitpunkt der Wertungsentscheidung noch keine Entscheidung über den Steuersatz durch die zuständige Steuerbehörde vorliegt, kann der Auftraggeber den Zuschlag auf das Angebot einer Werkstatt für behinderte Menschen, das auf einem ermäßigten Steuersatz basiert, auch nach Angebotsaufklärung und Vorlage einer Eigenerklärung erteilen.

VK Bund, Beschluss vom 23.08.2021 – VK 1-84/21, Volltext: IBRRS 2021, 2966

AO § 68; GWB § 122 Abs. 4 Satz 2; UstG § 12 Abs. 2; VgV § 47 Abs. 1 Satz 1

Problem/Sachverhalt

Der Bund schreibt einen Rahmenvertrag mit zwei Jahren Laufzeit zur Lieferung von Monitoren und Zubehör in vier Losen mit einem geschätzten Gesamtwert von 11 Mio. Euro aus. Eine anerkannte Werkstatt für behinderte Menschen beteiligt sich. Sie trägt in den Preisblättern einen ermäßigten Umsatzsteuersatz von 7% ein. In zwei Losen ist sie aufgrund des niedrigeren Steuersatzes die wirtschaftlichste Bieterin. Der Bund will ihr dort den Zuschlag erteilen. Hiergegen wendet sich der nächstgünstige Bieter. Der Bund solle ausnahmsweise statt Bruttopreisen nur Nettopreise werten.

Entscheidung

Ohne Erfolg! Der Bund muss seiner Preiswertung keine Nettopreise zu Grunde legen, auch nicht ausnahmsweise. Da der Bund **nicht vorsteuerabzugsberechtigt** ist, fällt bei von ihm vergebenen Aufträgen die Umsatzsteuer an. In einem Vergabeverfahren ist daher für den Bund der **Bruttopreis haushaltsrechtlich relevant**. In der Regel fragt deshalb ein öffentlicher Auftraggeber den Angebotspreis zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer, mithin den Bruttopreis, ab. Zwar hat das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 14.09.2016 – Verg 14/16, IBRRS 2016, 3715) bei einer Ausschreibung zur Beförderung behinderter Schüler einmal ausnahmsweise eine Wertung von Nettopreisen als statthaft angesehen. Dort standen aber die Voraussetzungen für eine Reduzierung des Umsatzsteuersatzes nach § 12 Abs. 1 UStG im Hinblick auf die maßgebliche Länge der zurückzulegenden Fahrstrecken mangels Routenplanung noch nicht fest. Zusätzlich kam eine völlige Umsatzsteuerbefreiung für die Beförderung von Schülern im Rollstuhl in unbekannter Anzahl in

Betracht. Solche faktischen Unsicherheiten im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung liegen hier aber nicht vor. Es ist vielmehr eine unternehmensbezogene Frage, ob der ausgeschriebene Auftrag im Betrieb der Werkstatt für behinderte Menschen einer Ermäßigung des Umsatzsteuersatzes unterfällt. Zwar konnte die Werkstatt für behinderte Menschen keine Bescheinigung des Finanzamts einreichen, dass für diesen Auftrag für sie tatsächlich der ermäßigte Steuersatz Anwendung findet. Denn Finanzämter stellen keine Bescheinigungen für die Zwecke von Einzelaufträgen aus. Sie hat jedoch nachgewiesen, eine von der Bundesagentur für Arbeit anerkannte Werkstatt für Behinderte für den betreffenden Geschäftsbereich zu sein, und eine Eigenerklärung der Geschäftsleitung abgegeben, dass sie den ermäßigten Steuersatz rechtmäßig anwende. Nach dieser Aufklärung durfte der Bund die Angebote in der Wertung belassen. Eine **vertiefte steuerrechtliche Auseinandersetzung** brauchte **nicht geleistet zu werden**, zumal letztendlich allein die zuständigen Steuerbehörden entscheiden.

Praxishinweis

Eine lebensnahe und praxisgerechte Begrenzung der Prüfungs- und Aufklärungspflichten einer Vergabestelle auf das Zumutbare, wie sie auch vom OLG Düsseldorf (z. B. IBR 2016, 596) unterstützt wird. Auch, wenn der Bund als solcher sicherlich alles Mögliche leisten könnte.

RA Dr. Ingo Wittchen, Hamburg

ibr-online-Link:

IBR 2016, 732: LG Heidelberg – Netto-Preise zzgl. „derzeit“ gültiger Mehrwertsteuer: Klausel unwirksam!