

Bundesgerichtshof muss über Nebenangebote entscheiden

Alleiniges Zuschlagskriterium

Eine vergabestelle hat Bauleistungen im Rahmen eines Straßenbahnprogramms im Offenen Verfahren europaweit ausgeschrieben. Gegenstand des Auftrags war der Umbau einer in Betrieb befindlichen Straßenbahntrasse unter eingleisigem Fahrbetrieb. Alleinigtes Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. Nebenangebote waren zugelassen.

Ein Bauunternehmer gab ein Hauptangebot ab, das den niedrigsten Preis ausgewiesen hat. Mit einer Bietinformation nach § 101a GWB teilte die Vergabestelle dem Bauunternehmer mit, dass sein Angebot keine Berücksichtigung finden kann, weil ein wirtschaftlicheres Nebenangebot vorliegt. Der daraufhin erhobenen Rüge des Bauunternehmers hat die Vergabestelle nicht ab, weshalb dieser ein Nachprüfungsverfahren einleitete. Das in zweiter Instanz mit dem Sachverhalt befasste Thüringer Oberlandesgericht (16.9.2103 – Az.: 9 Verg 3/13) hat die Angelegenheit nun dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Der thüringische Vergabesenaat hält die Frage, ob Nebenangebote bei einem alleinigen Wertungskriterium Preis zulässig sind, für höchsttrichterlich noch nicht entschieden. Nach seiner Auffassung steht der Zulassung und Wertung von Nebenangeboten entgegen, dass der Preis das alleinige Zu-



Bei einer Straßenbahntrasse kam es zum Streit.

FOTO MVC

schlagskriterium sein soll. Denn nach den europäischen Vergaberichtlinien können öffentliche Auftraggeber Nebenangebote bei Aufträgen zulassen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden.

Wenn als Zuschlagskriterium aber allein der günstigste Preis festgelegt ist, so scheiden nach dem klaren Wortlaut der europäischen Vergaberichtlinie Nebenangebote aus. Denn eine qualitative Bewertung der mit Nebenangeboten vorgenommenen inhaltli-

chen Abweichungen von der Leistungsbeschreibung des öffentlichen Auftraggebers ist auch sachgerecht. Eine vergleichende Angebotswertung, bei der allein auf den Preis abgestellt wird, erscheint nur dann sinnvoll, wenn ausnahmslos inhaltsgleiche Angebote einbezogen werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Vergabestelle einer bloß preislich günstigeren, inhaltlich-technisch aber schlechteren Ausführungsvariante zwingend den Zuschlag erteilen muss, so die Thüringer Richter.

Der zu erwartenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist eine hohe Praxisbedeutung beizumessen. Die Festlegung des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium und die Zulassung von Nebenangeboten erfreuen sich einer hohen Beliebtheit unter öffentlichen Auftraggebern. Der Beschluss der Bundesrichter dürfte deshalb von zahlreichen Vergabestellen mit großer Spannung erwartet werden. » **HOLGER SCHRÖDER**

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Umsatzsteuer bei Angebotswertung richtig berücksichtigen

Vergabestelle muss dubiosen Steuersatz aufklären

Eine Vergabestelle hat Transport- und Entsorgungsleistungen, unter anderem für Bodenmaterial der Deponieklasse I und II gemäß Deponieverordnung, im Rahmen eines europaweit offenen Verfahrens ausgeschrieben. Der Preis war laut der Bekanntmachung das einzige Zuschlagskriterium. Der preisliche Bestbieter, eine Gebietskörperschaft, hat ihre Leistungen ohne Umsatzsteuer angeboten: In der Zeile „MWST (19 Prozent)“ hat der Bestbieter „0“ eingetragen. Das preislich niedrigste Netto-Angebot hat hingegen ein anderer Entsorger unterbreitet. Sein Angebot sollte allerdings nicht bezuschlagt werden. Er hat deshalb ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Die zuständige Vergabekammer Nordbayern (29. Oktober 2013, Az.: 21.VK-3194-42/13) hat dem Nachprüfungsantrag stattgegeben.

Die Angebotswertung ohne Hinzurechnung der Umsatzsteuer war fehlerhaft. Die Vergabestelle hat nicht abschließend aufgeklärt, ob der preisliche Bestbieter von der Umsatzsteuer befreit ist. Werden fehlende oder falsche Steuersätze durch einen Bieter ausgewiesen, so sind diese durch den öffentlichen Auftraggeber zu ergänzen bzw. abzuändern. Für die verfahrensgegenständliche Angebotswertung kommt es also darauf

an, ob die mit „0“ ausgewiesene Umsatzsteuer nach den gesetzlichen Vorgaben zu begleichen ist oder nicht. Vor der Ansbacher Vergabekommer konnte zwar nicht final geklärt werden, ob die Gebietskörperschaft für die Transport- und Entsorgungsleistungen umsatzsteuerpflichtig ist oder nicht. Wenn aber Zweifel bestehen, ob ein Angebotener mit dem gesetzlichen Steuersatz übereinstimmt, so ist vom Bieter vor einer etwaigen Abänderung eine entsprechende Bescheinigung des Finanzamts zu fordern.

Eine solche Bescheinigung hatte die Vergabestelle nicht gefordert und konnte von ihr auch im Nachprüfungsverfahren nicht beigebracht werden. Kann der vermeintliche Bestbieter eine entsprechende Befreiung von der Umsatzsteuerpflichtung im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit nicht nachweisen, so ist im Rahmen der Angebotswertung von einer gesetzlichen Steuerpflicht auszugehen. Wenn die tatsächlichen rechtlichen Grundlagen einer Steuerbefreiung möglicherweise gar nicht vorliegen, so die nordbayerische Vergabekammer, darf ein Bieter deswegen, schon aus Gründen der Gleichbehandlung aller Wettbewerbsteilnehmer, keine Vorteile bei der Angebotswertung genießen.

> HOLGER SCHRÖDER

Eignungsnachweise sind in Bekanntmachung klar zu benennen

Bloßer Hinweis auf Formblatt genügt nicht

Ein öffentlicher Auftraggeber hat im Rahmen einer städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme Bauleistungen im Wege eines Offenen Verfahrens nach den Bestimmungen der VOB/A-EG europaweit bekanntgemacht. In der Auftragsbekanntmachung wurde unter anderem darauf hingewiesen, dass nicht präqualifizierte Bieter die Eignung durch Eigenerklärung gemäß Formblatt 124 nachzuweisen haben und diese Bieter, wenn sie in die engere Wahl kommen, nach Aufforderung die im Formblatt 124 angegebenen Bescheinigungen innerhalb von sechs Kalendertagen vorzulegen haben. Ein Direktlink

auf das Formblatt 124 war nicht vorhanden. Zudem wurde darauf verwiesen, dass das Formblatt 124 bei der Vergabestelle erhältlich sei.

Nach Angebotsabgabe wurde ein Bauunternehmer vom öffentlichen Auftraggeber aufgefordert, weitere Unterlagen sowie Nachweise für die Eigenklärung gemäß Formblatt 124 binnen sechs Kalendertagen vorzulegen, darunter eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der tariflichen Sozialkasse (SOKA-Bau). Der Bauunternehmer übersandte die geforderten Nachweise und teilte mit, dass er als Unternehmen des Baunebenberufes von der Mitglied-

schaft in der tariflichen Sozialkassse befreit sei.

Die Vergabestelle forderte den Baunternehmer daraufhin nochmals auf, die Unbedenklichkeit, bescheinigung der SOKA-Bau oder eine Erklärung derselben vorzulegen, dass keine Mitgliedschaft besteht. Der Baunternehmer kam der erneuten Aufforderung nicht nach. Sein Angebot wurde von der Vergabestelle deshalb unter Hinweis auf §§ 15 Absatz 2, 16 Absatz 1 Nummer 3 VOB/A-EG ausgeschlossen. Zu Unrecht, wie die Vergabekammer Südbayern in einem Beschluss vom 10. September 2013 (Az.: Z3-3-3194-1-23/08/13) feststellte.

Ein Ausschluss des Angebots nach § 16 Absatz 1 Nummer 3 VOB/A-EG kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Unbedenklichkeitsbescheinigung der SOKA-Bau ausweislich der Vorgaben im Formblatt 124 von den Bietern, die in die engere Wahl kommen, erst auf Verlangen, nicht schon mit dem Angebot, vorzulegen war. Das Angebot des Bauunternehmers war somit gerade nicht unvollständig im Sinne der vorgenannten Vorschrift. Sie kann deshalb keine Grundlage für einen Angebotsausschluss bilden.

Ein Ausschluss des Angebots war auch nicht nach § 15 Absatz 2 VOB/A-EG gerechtfertigt. Zwar

erfasst die Norm auch Fallgestaltungen, in denen die Vergabestelle konkret die Nachforderung von Unterlagen und Angaben nach Angebotsabgabe verlangt, wenn sie dies in der Bekanntmachung bereits angekündigt hat. Ein Ausschluss wegen mangelnder Eignung kam hier aber nicht in Betracht, weil die entsprechenden Eignungsunterlagen, wie die Unbedenklichkeitsbescheinigung der SOKA-Bau, von dem öffentlichen Auftraggeber nicht wirksam gefordert wurde. § 12 Absatz 2 Nummer 2 VOB/A-Eg verlangt, dass Vorgaben an die Eignung bereits in der Bekanntmachung genannt werden.

Dies war vorliegend nicht der Fall. Denn der bloße Hinweis auf das Formblatt 124 und dessen Erhältlichkeit bei der Vergabestelle in der Bekanntmachung reicht für eine wirksame Forderung der Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht aus. Ein solcher Verweis in der Bekanntmachung auf die aus den Vergabeunterlagen ersichtlichen Eignungsanforderungen ist nicht hinreichend transparent. Die Vergabestelle trifft bei der Bekanntmachung der Vorgaben an die Eignung von Bietern quasi eine Bringschuld, denn Bieter obliegt insoweit keine Holschuld, so die Münchner Vergabekammer.

> HOLGER SCHRÖDER

3 auf einen Klick

DIE ANGEBOTE DER www.Staatsanzeiger-eServices.de

eVergabe

ÜBER 1800 VERGABESTELLEN

eFormulare

AUF IHRER HOMEPAGE FÜR IHRE BÜRGER

Kommunaldruck

DIE SPEZIAL-DRUCKEREI FÜR IHRE KOMMUNE



Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH
Arnulfstraße 122, 80636 München
Tel: (+49) 89/290142-30
vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de
Web: www.staatsanzeiger-eservices.de



Staatsanzeiger
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG