

# Vergaberecht

Januar 2018

## Vergaberechtsverstöße können bei zweistufigen Vergabeverfahren bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt werden (VK Bund, Beschluss vom 13.11.2017 – VK 1 – 117/17)

Die Rügeobliegenheit des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB sieht vor, dass ein Nachprüfungsantrag unzulässig ist, wenn ein Bieter Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber rügt. Seit der Vergaberechtsreform sind gemäß § 41 Abs. 1 VgV bereits mit der Auftragsbekanntmachung sämtliche Vergabeunterlagen elektronisch zum Abruf bereit zu stellen. Insofern stellt sich die Frage, ob im Rahmen zweistufiger Vergabeverfahren – also solchen mit einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb – mögliche Vergaberechtsverstöße in den Vergabeunterlagen, die die spätere Angebotsphase betreffen, bereits mit Ablauf der Bewerbungsfrist oder erst mit Ablauf der Angebotsfrist zu rügen sind. Die Vergabekammer des Bundes hat nunmehr entschieden, hierfür die (spätere) Angebotsfrist als maßgebliche Frist zu qualifizieren (Beschluss vom 13.11.2017, VK 1 – 117/17).

### Sachverhalt

Der Auftraggeber schrieb den Anbau, die Verarbeitung und Lieferung von medizinischem Cannabis im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb EU-weit aus. Die Antragstellerin reichte einen Teilnahmeantrag ein und gehörte zu den ausgewählten Unternehmen, welche der Auftraggeber zur Abgabe eines Angebots aufforderte. Die Antragstellerin rügte daraufhin verschiedene Punkte in den Vergabeunterlagen, u. a. hinsichtlich der Transparenz der Zuschlagskriterien, den einzureichenden Konzepten und zur Terminplanung. Der Auftraggeber wies die Rüge mit dem Hinweis zurück, dass nicht innerhalb der Bewerbungsfrist gerügt worden sei. Da die Vergabeunterlagen bereits mit der Auftragsbekanntmachung den Bieter zur Verfügung gestellt wurden, sei die Bewerbungsfrist und nicht die Angebotsfrist im Rahmen der Rügeobliegenheit gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB maßgeblich.

### Entscheidung

Die Vergabekammer des Bundes sah den eingereichten Nachprüfungsantrag als zulässig an, da rechtzeitig gerügt worden sei. Bei zweistufigen Vergabeverfahren sei für den maßgeblichen Zeitpunkt der Rüge entscheidend, ob der beanstandete Vergaberechtsverstoß den Teilnahmewettbewerb oder die Angebotsphase betreffe. Zwar seien die Vergabeunterlagen nach § 41 Abs. 1 VgV bereits mit der Auftragsbekanntmachung elektronisch abrufbar gewesen, der Wortlaut von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB spreche aber dafür, dass in zweistufigen Vergabeverfahren nicht von einer Nachrangigkeit der Angebotsfrist auszugehen sei. Dies ergäbe sich auch aus der Gesetzesbegründung, wonach der im Vergleich zum alten § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB geänderte Wortlaut eine zusätzliche Rügeobliegenheit in der Angebotsphase schaffen sollte, und zwar unabhängig davon, ob im Rahmen eines zweistufigen Vergabeverfahrens die Angebotsfrist bereits in der

Auftragsbekanntmachung genannt worden sei.

### Bewertung

Mit der Entscheidung hat die VK Bund eine sehr bieterfreundliche Auslegung des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB gefunden. Diese lässt sich mit den von der Vergabekammer angeführten Argumenten, insbesondere mit der Gesetzesbegründung, sicher gut herleiten. In der Praxis führt es aber zu einer deutlichen Verlängerung des Zeitraums, in dem Unsicherheit herrscht. Während zum Zeitpunkt der alten Rechtslage in der Praxis erst den im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs ausgewählten Bietern die Vergabeunterlagen übersandt wurden, haben Bieter vor dem Hintergrund des § 41 Abs. 1 VgV mittlerweile bereits mindestens 30 Tage im Teilnahmewettbewerb Zeit, etwaige Verstöße zu rügen. Wenn man – wie die VK Bund – auf die Angebotsfrist als maßgebliche Frist abstellt, kommen im Regelfall mindestens weitere 25 Tage bei elektronischer Übermittlung der Angebote hinzu. Somit können sich Bieter mit Rügen zu den leistungs- und zuschlagsbezogenen Vorgaben der Vergabeunterlagen Zeit lassen, bis sie wissen, ob sie zu den ausgewählten Bietern im Teilnahmewettbewerb gehören. Der eigentliche Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit, die Bieter zu möglichst frühzeitigen Rügen anzuhalten und damit auch für den Auftraggeber schnell Rechtssicherheit zu schaffen, wird damit deutlich geschwächt.

### Praxistipp

Bis weitere Nachprüfungsinstanzen der von der VK Bund gefundenen Auslegung des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB folgen, ist der rechtlich sicherste Weg für die Bieter, zumindest offensichtliche Vergaberechtsverstöße bereits im Teilnahmewettbewerb zu rügen. Nur so wird ein möglicher Verlust von Bieterrechten verhindert.



Sascha Opheys,  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
E-Mail: Sascha.Opheys@bblaw.com

## Umkehr der Steuerschuld bei ausländischen Bietern: Angabe des Nettopreises ist richtig! (VK Bund, Beschluss vom 18.09.2017, VK 2-94/17)

kehrt sich die Steuerschuld unter den Voraussetzungen des § 13b UStG gemäß dem sog. Reverse-charge-Verfahren dahin um, dass nicht der Auftragnehmer die Umsatzsteuer zu entrichten hat, sondern der Auftraggeber als Leistungsempfänger, ist im Angebotspreisblatt des Bieters die Umsatzsteuer mit null Prozent auszuweisen. Eine Besserstellung bei der Angebotsbewertung ist damit aber nicht

verbunden (VK Bund, Beschluss vom 18.09.2017, VK 2-94/17).

## Sachverhalt

In einem Vergabeverfahren über die Aufbereitung und Herstellung von Schriften zur wöchentlichen Erstellung von Publikationsprodukten wendet sich ein Bieter gegen die Nichtberücksichtigung seines Angebots wegen fehlender Eignung.

In dem sich entwickelnden Vergabenachprüfungsverfahren erhält der Bieter durch die Akteneinsicht Kenntnis davon, dass der Bestbieter – ein Unternehmen aus dem EU-Ausland – die in Deutschland gesetzliche Umsatzsteuer von 19 Prozent nicht in seinem Angebotspreis berücksichtigt hatte. Die Angabe des jeweils einschlägigen Umsatzsteuersatzes war in den Vergabeunterlagen jedoch, wie üblich, ausdrücklich gefordert worden und sollte der Angebotswertung auch zugrunde gelegt werden.

Der Antragsteller ist der Auffassung, dass das Angebot des Bestbieters bereits aus diesem Grund wegen Fehlens wesentlicher Angaben gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV hätte ausgeschlossen werden müssen.

## Entscheidung

Die VK Bund sah dies anders. In einem Preisblatt seien ausschließlich solche Positionen auszuweisen, die der Bieter im Auftragsfall dem öffentlichen Auftraggeber auch in Rechnung stellen werde. Da der Bieter als ausländisches Unternehmen bei einer Leistungserbringung im Inland gemäß § 13b UStG keine Umsatzsteuer vereinnahmt und auch keine Umsatzsteuer an die inländischen Steuerbehörden abzuführen habe, sei es daher richtig gewesen, in dem Preisblatt als Umsatzsteuersatz „0 Prozent“ anzugeben und mithin auf der Grundlage eines Nettopreises anzubieten.

Gemäß diesem Reverse-charge-Verfahren werde der öffentliche Auftraggeber selbst zum Umsatzsteuerträger. Demzufolge wäre es falsch, wenn ein Bieter aus dem EU-Ausland in dem Preisblatt die für die Leistung in der Sache wirtschaftlich zu Lasten des Auftraggebers anfallende und von diesem zu entrichtende Umsatzsteuer angeben würde. Denn der Bieter sei aufgrund der Umkehr der Steuerschuldnerschaft nicht berechtigt, dem Auftraggeber die Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen. Dem Preisblatt falle auch nicht die Funktion zu, dem öffentlichen Auftraggeber die von ihm zu entrichtende Umsatzsteuer vor Augen zu führen.

Gleichzeitig stellt die VK Bund aber klar, dass das nach dem Reverse-charge-Verfahren gebotene Vorgehen ausländischer Bieter, ihre Leistungen zu Nettopreisen anzubieten, keinesfalls eine Besserstellung bei der Angebotswertung begründe. Öffentliche Auftraggeber müssten die von ihnen selbst zu entrichtende Umsatzsteuer bei der Wertung der Angebotspreise ausländischer Bieter mit einbeziehen. Denn der öffentliche Auftraggeber sei im Falle der Inanspruchnahme der Leistungen des ausländischen Bieters als direkter Steuerschuldner mit der Umsatzsteuer in Höhe von 19 Prozent für ebendiese Leistung belastet. Das Reverse-charge-Verfahren nach § 13b UStG diene lediglich einer Vereinfachung des Steuerverfahrens für die Finanzbehörden sowie für den Leistungserbringer. Es stelle also nur eine andere Art der Abwicklung der Umsatzsteuerentrichtung dar, ohne an der Tatsache etwas zu ändern, dass der Leistungsempfänger materiell die Umsatzsteuerlast trage.

## Praxishinweis

An die Entscheidung der VK Bund knüpft die Frage an, wie mit den Angeboten solcher Unternehmen bei der Angebotswertung umzu-

gehen ist, die nach dem deutschen Steuerrecht beispielsweise durch einen ermäßigten Umsatzsteuersatz im Vergleich zu ihren Mitbewerbern tatsächlich finanziell bessergestellt werden.

Die überwiegende Rechtsprechung sieht in dieser – außerhalb des Vergabeverfahrens angelegten – Ungleichbehandlung keine vergaberechtsrelevante Wettbewerbsverzerrung. Demzufolge besteht auch keine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, diese staatlich ausdrücklich gewollte Privilegierung bei der Angebotswertung zum Beispiel durch einen Vergleich nur der Nettopreise oder durch eine fiktive Angebotspreiserhöhung zu kompensieren (so u. a. 2. VK Bund, Beschluss vom 07.03.2017, VK 2 - 13/08; VK Nordbayern, Beschluss vom 24.11.2006, 21.VK - 3194 - 38/06; 1. VK Bund, Beschluss vom 09.11.2006 - VK 1 – 118/06; a.A. jedenfalls für den Postsektor: VK Arnsberg, Beschluss vom 13.01.2009 - VK 31/08). Da hier – anders als beim Reverse-charge-Verfahren – der Auftraggeber keine zusätzlichen Zahlungen vornehmen muss, kann der Wettbewerbsvorteil in diesem Fall bei der Angebotswertung auch genutzt werden.



Dr. Lars Hettich,  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
E-Mail: Lars.Hettich@bblaw.com

## Newsticker

### +++ Starre Aufgreifschwelle bei 20 Prozent Abweichung +++

Das OLG Düsseldorf konkretisiert in seinem Beschluss vom 2. August 2017 (Verg 17/17) die prozentuale Abweichung des Angebotspreises vom nächstgünstigsten Angebot, bei deren Überschreitung stets eine Angemessenheitsprüfung seitens des Auftraggebers gemäß § 60 VgV erfolgen muss (sog. „Aufgreifschwelle“). Nach Auffassung des Vergabesaats existiert eine starre Aufgreifschwelle bei einer Abweichung von 20 Prozent. Soweit eine (landes-)gesetzliche Regelung existiert, die eine geringere Aufgreifschwelle vorsieht, ist natürlich diese anzuwenden.

### +++ Alle Angebote zu teuer: keine Zuschlagspflicht des Auftraggebers +++

Die VK Baden-Württemberg stellt in ihrem Beschluss vom 12. Oktober 2017 (1 VK 41/17) klar, dass ein Bieter keinen Anspruch auf die Beendigung eines Vergabeverfahrens durch einen Zuschlag hat. Der öffentliche Auftraggeber unterliegt keinem Kontrahierungszwang. Das gilt auch dann, wenn der öffentliche Auftraggeber feststellt, dass er aus haushaltsmäßigen Gründen auf die konkret ausgeschriebene Beschaffung verzichten muss, weil er entweder keine Mittel mehr in der benötigten Höhe zur Verfügung hat oder ihm die Beschaffung schlicht zu teuer ist. Fußt diese späte Erkenntnis allerdings auf einer unsachgerechten Kostenschätzung des Auftraggebers im Vorfeld der Vergabe, kann dies Schadensersatzansprüche der Bieter auslösen.

### +++ Eignung von Nachunternehmern erst vor Zuschlag nachzuweisen +++

Beabsichtigt ein Bieter, zur Auftragsausführung einen Nachunternehmer einzusetzen, darf nach einem aktuellen Beschluss der VK Bund vom 29. September 2017 (VK 1-93/17) der öffentliche Auftraggeber bei Angebotsabgabe noch keine bestimmten Eignungsnachweise von diesem Nachunternehmer (z.B. Eigenerklärungen zur Zuverlässigkeit, Handelsregisterauszüge oder eine Verpflichtungserklärung) fordern. Erst wenn das Angebot eines Bieters in die engere Wahl kommt, ist der öffentliche Auftraggeber gemäß § 36 Abs. 1 VgV berechtigt, die Vorlage dieser Erklärungen und Nachweise zu verlangen.

### +++ Eignungsanforderungen müssen bereits in der Bekanntmachung angegeben werden +++

Will der Auftraggeber Nachweise, wie etwa Referenzen, von den Bietern fordern, hat er dies bereits in der Bekanntmachung festzulegen. Gleiches gilt für etwaige Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit. Eine erstmalige Bekanntgabe derartiger Anforderungen an die Eignung in den Vergabeunterlagen kommt nach der VK Bund (Beschluss vom 18.09.2017, VK 2-96/17) nicht in Betracht.

### +++ Fehlende Transparenz von Zuschlagskriterien ist rechtzeitig zu rügen +++

Das OLG München (Beschluss vom 10.08.2017, Verg 3/17) bejaht eine Rügeobliegenheit der Bieter, wenn die fehlende Transparenz der Zuschlagskriterien bereits aus der Bekanntmachung bzw. den mit Bekanntmachung veröffentlichten Vergabeunterlagen erkennbar ist. Dies sei für den durchschnittlichen Bieter erkennbar und erfordere keine anwaltliche Beratung (entgegen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017, VII-Verg 39/16).

## Veranstaltungshinweis

### „Vergaberecht aktuell – Update zum neuen Jahr“

In unserem Düsseldorfer Büro findet am 23. Januar 2018 von 9:00 Uhr bis 12:00 Uhr eine weitere Veranstaltung aus unserer Reihe „Vergaberecht aktuell“ statt. Auch im neuen Jahr möchten wir Sie in zwangloser Atmosphäre bei einem kleinen Frühstück über relevante Entscheidungen und Neuerungen in der Gesetzgebung informieren und mit Ihnen über ihre Auswirkungen auf die Vergabepaxis diskutieren. Die Teilnahme ist wie immer kostenlos. Die Einladung und ein Anmeldeformular können Sie [hier](#) herunterladen. Wir freuen uns auf Ihr Kommen!

### Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2018.

### Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33, D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

### Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,  
Rechtsanwalt

### Ihre Ansprechpartner

**Berlin** • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin  
Tel.: +49 30 26471-219  
Frank Obermann • [Frank.Obermann@bblaw.com](mailto:Frank.Obermann@bblaw.com)  
Stephan Rechten • [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)

**Düsseldorf** • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf  
Tel.: +49 211 518989-0  
Dr. Lars Hettich • [Lars.Hettich@bblaw.com](mailto:Lars.Hettich@bblaw.com)  
Sascha Opheys • [Sascha.Opheys@bblaw.com](mailto:Sascha.Opheys@bblaw.com)

**Frankfurt am Main** • Mainzer Landstraße 36  
60325 Frankfurt am Main • Tel.: +49 756095-195  
Dr. Hans von Gehlen • [Hans.VonGehlen@bblaw.com](mailto:Hans.VonGehlen@bblaw.com)

**München** • Ganghoferstraße 33 • 80339 München  
Tel.: +49 89 35065-1452  
Michael Brückner • [Michael.Brueckner@bblaw.com](mailto:Michael.Brueckner@bblaw.com)  
Hans Georg Neumeier • [HansGeorg.Neumeier@bblaw.com](mailto:HansGeorg.Neumeier@bblaw.com)



Weitere interessante Themen und Informationen zum Vergaberecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN  
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

[WWW.BEITENBURKHARDT.COM](http://WWW.BEITENBURKHARDT.COM)