Recht

Negative Einheitspreise im Vergabeverfahren – Ausschluss, Wertung oder Steuerhinterziehung?

Bei Vergabeverfahren für Straßenbauleistungen kommt es regelmäßig vor, dass die Angebotskalkulation für eine Leistung einen negativen Einheitspreis ergibt. Sowohl für Bieter als auch für Vergabestellen ist dann die Frage zu beantworten, wie mit derartigen Angeboten umzugehen ist. Sind sie auszuschließen, zu werten oder was ist sonst zu beachten?

1 Einleitung

Negative Einheitspreise als das rechnerische Ergebnis einer ordnungsgemäßen Kalkulation der in einer Position des Leistungsverzeichnisses beschriebenen Leistung treten regelmäßig dann auf, wenn bei der Preisbildung, also bei der Kalkulation, Erlöse berücksichtigt werden, die im Ergebnis höher sind als die für die Leistung im engeren Sinne selbst kalkulierten Kosten. Insbesondere bei der Übernahme und Verwertung angetroffener Materialien ist dies nicht unüblich, z. B. bei Fräsgut, Gehölzrodungen oder der Aufnahme und Verwertung handelbarer Pflastersteine oder Aushubböden. Da die Bieter einen möglichst wettbewerbsfähigen Preis anbieten wollen, rechnen sie die erwarteten Erlöse in die jeweilige Position ein, die im Einzelfall dann einen negativen Preis ausweisen kann. Allerdings ist unter dem Aspekt der unzulässigen Mischkalkulation, also der Verlagerung von Preisbestandteilen einer Position in die Preisbildung einer anderen Position, eine gewisse Vorsicht geboten. Nach der Rechtsprechung werden nämlich Angebote mit derartigen Preisverlagerungen wegen des Fehlens der „wahren" Preisangabe vom Verfahren ausgeschlossen (vgl. BGH, Urt. v. 19.6.2018, X ZR 100/16; jüngst auch: OLG Naumburg, Urt. v. 15.1.2021, 7 U 39/20).

Die zu betrachtenden Sachverhalte können danach differenziert werden, ob die Vergabestellen bei Erstellung der Ausschreibungsunterlagen von der kalkulatorischen Berücksichtigung von Erlösen ausgegangen sind und deshalb die daraus resultierenden negativen Einheitspreise erwartet haben oder ob sie hiervon quasi überrascht worden sind.

■ Verfasser

Dr. Jan van Dyk
vandyk@ahlers-vogel.de

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Ahlers & Vogel Rechtsanwälte PartG mbB
Contrescarpe 21
28203 Bremen

2 Erwartete negative Einheitspreise

Sofern sich im Langtext des Leistungsverzeichnisses oder in der Baubeschreibung Hinweise auf die Übernahme und Verwertung angetroffener handelbarer Materialien befinden, ist es nicht fernliegend, dass die Vergabestelle bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen das Auftreten negativer Einheitspreise schon „im Blick gehabt" und sich deshalb für einen bestimmten Umgang mit diesen Angebotspositionen entschieden hat, nämlich Ausschluss derartiger Angebote oder Hinnahme des negativen Einheitspreises als Bestandteil der zu wertenden Angebotsendsumme oder gesonderte Ausweisung der Position und Berücksichtigung bei der Wertung:

2.1 Ausschluss von Angeboten mit negativen Einheitspreisen

Mitunter kommt es vor, dass nach ausdrücklichen Regelungen in den Vergabeunterlagen Angebote mit negativen Einheitspreisen ausgeschlossen werden sollen. Weshalb allerdings Vergabestellen negative Einheitspreise als unerwünscht betrachten und deshalb ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen erklären, derartige Angebote auszuschließen, ist vor dem Hintergrund der gesetzlichen Verpflichtung zur sparsamen Verwendung der Haushaltsmittel sachlich nicht nachvollziehbar. Häufig werden aber derartig vorgesehene Ausschlusstatbestände von den Bietern schlicht hingenommen. Zu Unrecht! Mit Beschl. v. 27.7.2020, 13 Verg 5/19, hatte nämlich das OLG Celle entschieden, dass negative Einheitspreise grundsätzlich vergaberechtlich zulässig seien. Die Vergabestelle sei gehindert, die vergaberechtlich normierten Ausschlusstatbestände zu erweitern und mit einem Verbot negativer Einheitspreise sich selbst zusätzliche Ausschlusstatbestände zu schaffen. Nach Auffassung des OLG sei nämlich abschließend in der VOB/A geregelt, unter welchen Bedingungen Angebote zu berücksichtigen und zu werten seien. Darüber hinaus „zwingt" ein Verbot negativer Einheitspreise den Bieter quasi zum vergaberechtswidrigen Verhalten, nämlich zur Preisverlagerung. Schließlich kann der Bieter nur durch Verlagerung des an sich bei einer Position zu berücksichtigenden Erlöses bei anderen Positionen das rechnerische Ergebnis des Preises mit negativem Vorzeichen vermeiden und den nicht erwünschten Negativpreis vertuschen.

Enthalten die Ausschreibungsunterlagen einen derartigen Ausschlusstatbestand, ist dies spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber der Vergabestelle zu rügen. Zurückhaltung bei der Vergaberüge ist dann fehl am Platze, da der Bieter bei Nichteinhaltung der Rügefrist mit seinem Vorbringen präkludiert und ein Nachprüfungsantrag unzulässig ist. Schließlich kann eine Rüge ja auch in sachlicher und freundlicher Form erfolgen, sodass es nicht schon im Vorfeld der späteren Beauftragung zu Verstimmungen mit dem Auftraggeber kommt.

2.2 Gesonderte Ausweisung und Wertung

Vergabeunterlagen, in denen Positionen mit voraussichtlich negativen Einheitspreisen gesondert von den übrigen Leistungen ausgewiesen und gewertet werden, weisen keine Besonderheiten auf. Die Vergabestelle macht ihrerseits alles richtig und für den Bieter besteht keine Veranlassung, Preisbestandteile zu verlagern.

2.3 Hinnahme und Berücksichtigung bei der zu wertenden Angebotssumme

Problematisch sind ferner die Sachverhalte, bei denen einzelne Positionen einen negativen Einheitspreis haben können und so mindernd in die Angebotssumme eingehen, also nicht separat ausgewiesen werden. Das Problem ist allerdings nicht vergaberechtlicher, sondern steuerrechtlicher Natur. Die steuerbare Leistung, die sich grundsätzlich aus der Sachleistung und dem gegengerechneten Erlös zusammensetzt, wird nämlich zu gering ausgewiesen, also als das bloß rechnerische Ergebnis in Form des negativen Preises. Hierdurch werden letztlich bei Vergabestellen, die nicht vorsteuerabzugsberechtigt sind, wie beispielsweise bei den Landkreisen und Ländern, Steuern hinterzogen. Zugleich wird dann zivilrechtlich, also mit dem geschlossenen Bauvertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, was dann zur Nichtigkeit der Beauftragung führt.

Diese Risiken und Folgen können nur vermieden werden, wenn die voraussichtlichen Erlöse gesondert im Angebot ausgewiesen werden, beispielsweise durch eigenständige Positionen oder Titel. Mit der gesonderten Ausweisung wird dann dem steuerrechtlichen Aspekt ebenso Rechnung getragen wie der vergaberechtlichen Berücksichtigung der Ersparnis bei der Wertung. Allerdings sollten die Bieter nicht eigenmächtig, also nicht ohne vorherige Rüge bzw. Abstimmung mit der Vergabestelle, das vorgegebene Angebotsleistungsverzeichnis abändern. Ansonsten droht nämlich der Ausschluss des Angebotes wegen Abänderung der Verdingungsunterlagen. Es dürfte dann vermeidbare Mühe machen, darzulegen und zu begründen, dass diese Änderung ausnahmsweise aus steuerrechtlichen Gründen zulässig war und die so vorgenommene „steuerrechtliche Ergänzung“ auf das Wettbewerbsergebnis, also auf die Wertungsreihenfolge der Angebote, keinen Einfluss hat.

Grundsätzlich ist es auch bei einem Angebot mit negativen Einheitspreisen und nicht gesondert ausgewiesenen Erlösen nach Zuschlagserteilung, also nach Beauftragung möglich, den angebotenen Einheitspreis aufzuschlüsseln und die angerechneten Erlöse gesondert auszuweisen, um so die steuerrechtliche Problematik noch zu vermeiden. Allerdings wird es vermutlich dann Diskussionen mit dem Auftraggeber darüber geben, ob die Aufschlüsselung und insbesondere die Höhe der ausgewiesenen Erlöse zutreffend ist. Das nachträgliche Aufschlüsseln ist der „Notausgang für Helden“, um die im Raum stehende Steuerhinterziehung oder Beihilfe dazu zu vermeiden.

3 Nicht vorhersehbare negative Einheitspreise

Die Vergabestellen, die die Überraschung des Auftretens negativer Einheitspreise erleben, werden das Zustandekommen des Einheitspreises voraussichtlich aufklären und bei nachvollziehbarer Erläuterung (keine Preisverlagerung) das Angebot grundsätzlich werten. Wegen der vorskizzierten steuerrechtlichen Problematik sollte aber die Wertung einer einheitlichen Angebotssumme vermieden, jedenfalls aber vor Leistungsbeginn und Abrechnung bzw. Vergütung zwischen Sachleistung und Erlös differenziert werden.

4 Zusammenfassung

Beim Auftreten negativer Einheitspreise in den Angeboten ist jedenfalls eine erhöhte Aufmerksamkeit geboten. Negative Einheitspreise sind erlaubt und nicht verboten, sodass etwaige Ausschlusstatbestände in den Ausschreibungsunterlagen rechtzeitig zu rügen sind. Bei sich rechnerisch ergebenden negativen Einheitspreisen ist der Erlös, jedenfalls bei Auftraggebern, die nicht vorsteuerabzugsberechtigt sind, gesondert auszuweisen, um den steuerrechtlichen Anforderungen zu genügen. Sofern im Angebotsleistungsverzeichnis keine gesonderte Ausweisung der von den negativen Einheitspreisen betroffenen Positionen vorgesehen ist, sollte möglichst mit der Vergabestelle offen abgestimmt werden, wie vergabe- und steuerrechtlich mit diesen Positionen umgegangen wird. ■