



[GGSC]

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Vergabe Newsletter

Mai 2021

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

in dieser Ausgabe gibt es wieder Neuigkeiten aus Vergaberecht und –praxis zu berichten. Der Gesetzgeber ist erkennbar bemüht, Ziele der technischen Innovation und des Klimaschutzes jeweils mit öffentlicher Beschaffung zu verbinden. Und die Rechtsprechung ist ja immer aktiv ...

Gern laden wir Sie außerdem zu unserem 22. [GGSC] Infoseminar „Erfahrungsaustausch kommunale Abfallwirtschaft ein“: Dort wird sich ein eigenes Fachforum (A) ausschließlich Vergabefragen widmen.



**22.[GGSC] Infoseminar
„Erfahrungsaustausch kommunale
Abfallwirtschaft“ am 10. Juni 2021
(Onlineveranstaltung)**

[-> zum Programm](#)

Eine anregende Lektüre wünscht

Ihr [GGSC] Vergabeteam

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [Klimaschutz im Fokus – auch auf unserem Infoseminar am 10.6.2021](#)
- [Gigabitförderrichtlinie in Kraft getreten](#)
- [Strengere Umweltvorgaben für Beschaffungsvorhaben Straßenfahrzeuge](#)
- [BGH konkretisiert Schadensersatzansprüche bei aufgehobenen Vergabeverfahren](#)
- [VOB/A: Kein Vertrag bei Ablehnung eines modifizierten Zuschlagsschreibens](#)
- [Nachprüfung in Rheinland-Pfalz auch im Unterschwellenbereich möglich – Hessen plant auch Änderungen](#)
- [Nachfordern oder nicht – ein Balanceakt für den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger](#)
- [\[GGSC\] Veröffentlichungen](#)
- [\[GGSC\] Online](#)



[KLIMASCHUTZ IM FOKUS – AUCH AUF UNSEREM INFOSEMINAR]

Mit dem unlängst veröffentlichten Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung des Klimaschutzes für nachfolgende Generationen angemahnt. (Beschl. v. 24.03.2021, Az.: 1 BvR 2656/18 u.a., dort Rn. 37).

Dem Klimaschutz sieht sich auch das Gesetz zur Förderung sauberer Straßenfahrzeuge verpflichtet (s. nachfolgenden Beitrag) und verweist in der Begründung auf das Pariser Klimaschutzabkommen.

Auch auf unserem Infoseminar „Erfahrungsaustausch kommunale Abfallwirtschaft“ am 10.6.2021 (digital) spielt der Klimaschutz eine tragende Rolle:

Nicht nur der Vortrag zur Rolle der Wertstoffwirtschaft für den Klimaschutz, den Frau Metz von der Deutschen Umwelthilfe am Vormittag bestreiten wird, steht im Fokus. Auch im Fachforum A (Vergabeverfahren und Aufgabenorganisation) am Nachmittag widmen wir uns u.a. der Rolle des Klimaschutzes bei öffentlichen Vergaben.

Fachvorträge und Diskussionsforum am Vormittag des Infoseminars am 10.6.2021

Auf dem Podium begrüßen wir am Vormittag des 10.06.2021 im Anschluss an Fachvorträge

- Dr. Andreas Bruckschen - Geschäftsführer des Bundesverbandes der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e.V.,
- Patrick Hasenkamp - Vizepräsident des Verbandes kommunaler Unternehmen,
- Sabine Schulz-Hammerl - Werkleiterin Abfallwirtschaftsbetrieb München (AWM) und
- Barbara Metz - stv. Bundesgeschäftsführerin Deutsche Umwelthilfe e.V. (DUH)

Wir freuen uns auf eine spannende Diskussion mit diesen Akteuren der Kreislaufwirtschaft.

Fachforen am Nachmittag – Forum A zu Vergabeverfahren u. Aufgabenorganisation

Am Nachmittag bieten wir Ihnen 3 spannende Fachforen aus der Praxis:

- Fachforum A: Vergabeverfahren und Aufgabenorganisation,



- Fachforum B: Satzungen und Tagesgeschäft und
- Fachforum C: Anlagenzulassung und Deponien.

Seien Sie auch dieses Jahr wieder dabei! Hier gelangen Sie direkt zum [Programm](#) und zur [Anmeldung zum Seminar](#).

Wir freuen uns auf Ihre Teilnahme!
Für das [GGSC] - Team



Rechtsanwältin
Fachanwältin für
Vergaberecht
[Caroline von Bechtolsheim](#)



Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Vergaberecht
[Dr. Frank Wenzel](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GIGABITFÖDERRICHTLINIE IN KRAFT GETRETEN!]

Die Gigabitförderung kommt voran: Die neue Bundesrichtlinie „Förderung zur Unterstützung des Gigabitausbaus der Telekommunikationsnetze in der Bundesrepublik Deutschland“ ist in Kraft getreten. Eile ist geboten, weil die begrenzten Fördermittel nach dem „Windhundprinzip“ vergeben werden.

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Stralauer Platz 34
10243 Berlin

Stand der Bundesbreitbandförderung

In den vergangenen Jahren hat der Bund gemeinsam mit den Ländern den geförderten Breitbandausbau in Gebieten vorangetrieben, in denen für Breitbandanschlüsse mit einer Versorgung von weniger als 30 Mbit/s Downloadgeschwindigkeit kein eigenwirtschaftlicher Ausbau durch ein Telekommunikationsunternehmen angezeigt wurde (sog. „Weiße Flecken“). Diese Fördermaßnahmen – die von den Kommunen und Landkreisen abgewickelt werden – laufen aktuell noch; entweder befinden sich die Projekte in der Bauphase, oder die zur Vergabe der Fördermittel durchzuführenden Konzessionsvergabeverfahren stehen kurz vor dem Abschluss. Erst wenige Projekte sind schon in Betrieb gegangen.

Mit der neuen Gigabitförderung sollen nun in den kommenden Jahren die Gebiete aufgerüstet werden, die bei der bisherigen Bundesfördermaßnahme nicht berücksichtigt wurden, weil es Downloadgeschwindigkeiten von über 30 Mbit/s in diesen „Grauen Flecken“ gab und damit bereits ein NGA-Netz.

Anspruchsvoraussetzungen

Voraussetzungen für solche staatlich unterstützten Ausbaumaßnahmen sind:

- In dem jeweiligen Gebiet ist kein Netz vorhanden, das Haushalten eine Daten-

Tel. 030 726 10 26 0
Fax 030 726 10 26 10

www.ggsc.de
berlin@ggsc.de



rate von mindestens 100 Mbit/s im Download zuverlässig zur Verfügung stellen kann (Aufgreifschwelle Haushalte).

- Diese Aufgreifschwelle gilt bis zum 31.12.2022. Ab dem 01.01.2023 sind Ausbaumaßnahmen in Gebieten förderfähig, in denen das vorhandene Netz eine Datenrate von *weniger als 200 Mbit/s symmetrisch* zuverlässig zur Verfügung stellt.

Sozio-ökonomische Schwerpunkte i.S der Gigabit-Mitteilung können erschlossen werden, wenn das vorhandene NGA-Netz eine Datenrate von weniger als 200 Mbit/s symmetrisch zuverlässig zur Verfügung stellt.

Nicht förderfähig ist der Netzausbau in Gebieten, in denen bereits zwei NGA-Netze (schwarzer Fleck) vorhanden sind oder in denen die vorhandene oder innerhalb der nächsten drei Jahren geplante Telekommunikationsinfrastruktur den Endkunden eine Datenrate von mehr als 500 Mbit/s zuverlässig im Download zur Verfügung stellen kann.

Durchführung Markterkundungsverfahren für Fördermittel erforderlich!

Wie in der bisherigen Breitbandförderung gilt auch bei der Gigabit-Förderung der Vorrang des privatwirtschaftlichen Ausbaus ohne Hinzunahme von Fördermitteln. Nur wenn in den jeweiligen Gebieten nicht zu erwarten ist, dass ein äquivalentes Netz

innerhalb eines bestimmten Zeitraums entsprechend marktwirtschaftlich ausgebaut werden wird, kommt eine Förderung in Betracht.

Das ist durch ein achtwöchiges Markterkundungsverfahren zu ermitteln und für den Fördermittelgeber zu dokumentieren. Mit der Markterkundung für die erwähnte „Aufgreifschwelle Haushalte“ kann bereits jetzt begonnen werden. Markterkundungsverfahren, die sich auf Förderprojekte für den Anschluss privater Haushalte ab dem 01.01.2023 beziehen, können frühestens ab dem 01.11.2022 durchgeführt werden.

Auswahl der Unternehmen durch Ausschreibung

Zur Auswahl der Telekommunikationsunternehmen, die in den Genuss der Fördermittel gelangen sollen, müssen die Kommunen und Landkreise wie auch schon in der Vergangenheit offene und transparente Ausschreibungsverfahren durchführen, die den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechen.

Für die Förderung stellt die Bundesrepublik in diesem und im nächsten Jahr jeweils 4 Milliarden Euro zur Verfügung. Das klingt erst einmal nach sehr viel; Breitbandausbau ist aber aufgrund der umfangreichen Tiefbauarbeiten extrem teuer und schon die bisherige „Weiße Flecken“-Förderung hat in großen Landkreisen viele hundert Millionen Euro verschlungen.



„Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ – Windhundprinzip

Die Mittelvergabe erfolgt nun nach dem Prinzip: „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!“. Wenn die Fördermittel aufgebraucht sind, ist in 2021 und 2022 kein finanzieller Nachschlag vorgesehen. Die Markterkundungen und die Fördermittelantragsverfahren sollten daher zeitnah auf den Weg gebracht werden.

[GGSC] begleitet seit vielen Jahren Breitbandförderprojekte für die öffentliche Hand und unterstützt Sie gerne auch bei der neuen Gigabitförderung.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt/Fachanwalt
für Bau- und Architekten-
recht

[Dr. Joachim Wrase](#)



Rechtsanwalt

[Dr. Benjamin Tschida](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[STRENGERE UMWELTVORGABEN FÜR FÜR BESCHAFFUNG VON STRAßENFAHRZEUGEN UND RELEVANTEN DIENSTLEISTUNGEN]

Schon ab Sommer gelten umfassende neue Regeln zu saubereren Fahrzeugen, die durch bestimmte öffentliche Auftraggeber beschafft oder in deren Auftrag nach Vergabe eingesetzt werden: Die Umsetzungsfrist für die EU-Richtlinie „Clean Vehicles“, mit der die Nachfrage von emissionsarmen Straßenfahrzeugen im Rahmen öffentlicher Auftragsvergabe gefördert werden soll, läuft am 2. August 2021 ab.

Dann gelten anspruchsvolle Anforderungen, der bisherige § 68 VgV wird ersetzt. Der Bundestag hat am 5.5.2021 in zweiter und dritter Lesung dem Entwurf in der Fassung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur zugestimmt bzw. diesen beschlossen. Das Gesetz soll am 2.8.2021 in Kraft treten.

Emissionsarme Mobilität über Vergabeaufträge fördern

Die Richtlinie 2019/1161/EU schafft umfangreiche neue Regelungen. Die bisherige Regelung (so z.B. § 68 VgV in Deutschland) bot kaum einen Anreiz für die Beschaffung sauberer und energieeffizienter Fahrzeuge. Die Gewährleistung einer nachhaltigen Verkehrspolitik gehört zu den Hauptzielen der gemeinsamen Verkehrspolitik. So ist die neue Richtlinie Teil der EU-weiten Stra-



ategie für emissionsarme Mobilität und ein Mittel, um die Verpflichtungen des Pariser Klimaabkommens einzuhalten. Bestimmte Sektoren der öffentlichen Aufgabenerfüllung sind sowohl beim Einsatz von Pkw und leichten Nutzfahrzeuge als auch beim Einsatz sog. „schwerer Nutzfahrzeuge“ gefordert.

Mindestziele und erweiterter Anwendungsbereich

Neu ist vor allem die Vorgabe verbindlicher Mindestziele für die Vergabe öffentlicher Aufträge, mit denen die Beschaffung „sauberer“ Straßenfahrzeuge einhergehen soll. Dazu enthält die Richtlinie nunmehr Definitionen für saubere Fahrzeuge (s.u.).

Insbesondere wurde der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie erweitert. Er erfasst nun auch den Abschluss von Kauf-, Miet- und Leasingverträgen von Straßenfahrzeugen sowie die Vergabe von Dienstleistungen, bei denen Fahrzeuge eingesetzt werden: neben Straßenverkehrs- und Personenbeförderungsdiensten werden u.a. auch die Abfallentsorgung oder Post- und Paketzustelldienste in die Pflicht genommen.

Außerdem werden umfangreiche Berichtspflichten für die Mitgliedsstaaten eingeführt.

Ausdifferenzierte Quoten

Konkret enthält der Gesetzesentwurf zwei Referenzzeiträume, für die jeweils feste Quoten für die Beschaffung sauberer Fahrzeuge als Anteil des Fuhrparks gelten. Dabei wird zwischen Pkw, leichten und schweren Nutzfahrzeugen unterschieden.

Pkw und leichte Nutzfahrzeuge werden über Grenzwerte zu CO₂- und Luftschadstoffemissionen als saubere Fahrzeuge definiert; schwere Nutzfahrzeuge und Busse hingegen aufgrund der Nutzung alternativer Kraftstoffe. Anwendung findet das Gesetz allerdings nur, wenn die Auftraggeber zu einem Vergabeverfahren nach der Vergabe- oder der Sektorenverordnung verpflichtet sind.

Folgende Mindestziele sind nach der Richtlinie vorgesehen: für leichte Nutzfahrzeuge 38,5 %, für schwere Nutzfahrzeuge im 1. Referenzzeitraum (02.08.2021-31.12.2025) 10 %, im 2. Referenzzeitraum (01.01.2026 bis 31.12.2030) 15 %. Maßgebliches Datum für die Einordnung in einen der Zeiträume ist das Zuschlagsdatum.

Der Grundsatz, dass die jeweilige Quote pro Fuhrpark gilt, konnte schon nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf, wie er Eingang in den Verkehrsausschuss fand, von den Bundesländern durchbrochen werden:

Nach § 5 des Gesetzesentwurfs dürfen die Länder in ihrem Zuständigkeitsbereich



zulassen, dass Auftraggeber die Mindestziele nicht einhalten müssen, wenn die Mindestziele innerhalb des Landes durch andere Auftraggeber übererfüllt werden. Die Mindestziele müssen innerhalb des jeweiligen Landes eingehalten werden. Die Länder können auch untereinander gemeinsame Mindestziele zum Ausgleich bestehender Unter- oder Übererfüllung bilden (§ 5 Abs. 3).

Verbandsforderungen und Befassung des Verkehrsausschusses

Im Verkehrsausschuss wurde jetzt für die schweren Nutzfahrzeuge der Klasse M3 (v.a. Busse ohne Stehplätze) tatsächlich ein Schwellenwert eingezogen, die Verpflichtungen sollen für Aufträge ab 1 Mio. Auftragswert oder 300.000 Jahreskilometer Personenbeförderung bzw. ab 2 Mio. Auftragswert oder 600.000 Jahreskilometer Personenbeförderung greifen, letzteres dann, wenn an Unternehmen vergeben werden soll, die nicht mehr als 23 Straßenfahrzeuge betreiben. Nachträglich eingefügt wurde, wie von den Verbänden gefordert, auch die Möglichkeit der Nutzung synthetischer Kraftstoffe.

Die Kommunalverbände hatten außerdem gefordert, dass die Quote auf Bundesebene summiert und damit gemeinsam erreicht werden kann, statt diese – ungeachtet der strukturellen Voraussetzungen vor Ort – für jede einzelne Beschaffung vorzuschreiben.

Branchenvereinbarungen der Bundesländer möglich – auch länderübergreifend

Die Länder können nach dem beschlossenen Gesetz zudem Branchenvereinbarungen schließen, um die Einhaltung der Mindestziele sicherzustellen. Dies soll sogar länderübergreifend möglich sein, wenn sich mehrere Bundesländer darauf verständigen. Die Länder tragen das Haftungsrisiko für die Nichteinhaltung der Quoten nach dem Lastentragungsgesetz gegenüber dem Bund.

Nach Inkrafttreten des Gesetzes ist also – ggf. in Grenzen der sog. Branchenvereinbarungen – bei der Ausschreibung der Beschaffung von Straßenfahrzeugen bzw. der Vergabe von Dienstleistungen, die im Einsatz derselben bestehen in den betroffenen Branchen Vorsicht geboten.

[GGSC] berät öffentliche Auftraggeber nicht nur bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen, z.B. solchen des öffentlichen Personennahverkehrs und der Abfallentsorgung, sondern auch bei Verfahren zur Ermittlung von Vertragspartnern, die solche Fahrzeuge im öffentlichen Auftrag einsetzen (z.B. ÖPNV, Abfallentsorgung).

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwältin
Fachanwältin für
Vergaberecht

[Caroline von Bechtolsheim](mailto:berlin@ggsc.de)



Rechtsanwältin
Fanny Jahnke

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BGH KONKRETISIERT SCHADENS- ERSATZANSPRÜCHE BEI AUFGEHO- BENEN VERGABEVERFAHREN]

Die Aufhebung eines Vergabeverfahrens kann – auch bei Unterschwellenvergaben – zu Schadensersatzansprüchen des Auftraggebers gegenüber Bietern führen. Falls entgangene Gewinne ersetzt werden müssen, kann dies für den Auftraggeber teuer werden.

Unrechtmäßige Verfahrensaufhebung führt zu Schadensersatz nach Zivilrecht

Der BGH hat die Voraussetzungen für Schadensersatzansprüche infolge von Aufhebungen jüngst konkretisiert (Urt. v. 08.12.2020, Az.: XIII ZR 19/19). In dem Fall hob eine Kommune eine Bauleistungsausschreibung im Unterschwellenbereich auf, weil ihr Zweifel am Beschaffungsbedarf kamen. Die Aufhebung erfolgte nach Auffassung des Gerichts jedoch zu Unrecht, da sie wenig später erneut zur Angebotsabgabe für dieselbe Leistung aufrief. Der bis zur Aufhebung bestplatzierte Bieter wehrte sich. Der

BGH stellt klar, dass mit Angebotsabgabe ein sog. vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter entsteht. Dies umfasst die Verpflichtung zur Einhaltung der Vergaberechtsvorschriften einschließlich der Aufhebungsgründe, die grundsätzlich eng zu verstehen sind. Ein Verstoß des Auftraggebers berechtigt den betr. Bieter daher zu Schadensersatzansprüchen.

Ersatz von Aufwendungen im Vergabeverfahren kommt grundsätzlich in Frage

Der Auftraggeber hat grundsätzlich die Aufwendungen des Bieters zu ersetzen, die dieser zur Wahrnehmung seiner Chance auf den Zuschlag vorgenommen hat und die er für erforderlich halten durfte.

Dazu gehören Kosten für die Erstellung der Angebotsunterlagen, Rechtsanwaltskosten sowie Personalkosten, die für die Angebotserstellung angefallen sind. Letztere können sogar ohne den konkreten Nachweis, dass der Bieter ohne diesen Aufwand durch deren Tätigkeit andere Einnahmen erwirtschaftet hätte, eingefordert werden. Folglich ist der Personalaufwand künftig einfacher geltend zu machen.



Entgangene Gewinne der Bestbieter werden nur ganz ausnahmsweise ersetzt

Die Voraussetzungen für Ansprüche auf entgangene Gewinne sind deutlich höher. Denn das Vergaberecht schützt grundsätzlich nur das Recht des Bieters auf Teilhabe am Vergabeverfahren und Wahrung seiner Chance bei der Auftragsvergabe. Die Voraussetzungen sind daher insbesondere: Der Bieter war im aufgehobenen Verfahren zuschlagsberechtigt; die Aufhebung erfolgte mit dem Ziel, dem zuschlagsberechtigten Bieter den Zuschlag zu verwehren; und der Auftrag wird in einem neuen (oder auch außerhalb von einem) Vergabeverfahren an einen anderen Bieter oder Dritten vergeben. Die Aufhebung der Ausschreibung wegen unklarer Beschaffungsabsichten der Kommunen (oder im entschiedenen Fall: zum Zeitgewinn) genügt diesen Voraussetzungen nicht.

Hinweis für die Praxis

Für die Praxis bedeutet dies einmal mehr, dass sich der Auftraggeber über den Beschaffungsbedarf im Zeitpunkt der Ausschreibung sicher sein sollte. Stellungnahmen zu Ansprüchen auf entgangene Gewinne – wie auch vorgehende Entscheidungen über eine Aufhebung – sollten nicht ohne vorherige vertiefte rechtliche Prüfung ergehen. Deutlich wird einmal mehr, dass die Rechtsprechung hohe Anforderungen an die

Verfahrensaufhebung stellt. Und zu beachten ist schließlich, dass bei Unterschwellen-Vergaben zwar der primäre Rechtsschutz (wie Nachprüfungsverfahren) eingeschränkt ist, aber sekundäre Schadenersatzansprüche gleichwohl entstehen und gerichtlich durchgesetzt werden können.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Vergaberecht
[Dr. Frank Wenzel](#)



Rechtsanwalt
Felix Brannaschk

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[VOB/A: KEIN VERTRAG BEI ABLEHNUNG EINES MODIFIZIERTEN ZUSCHLAGSSCHREIBENS]

Ändert der öffentliche Auftraggeber im Zuschlagsschreiben plötzlich die bisherige Bauzeit, kommt ein Vertrag zu den neuen Konditionen nur zustande, wenn sich der Auftragnehmer auch tatsächlich darauf eingelassen hat. Bleibt das unklar, können später gravierende Schwierigkeiten entstehen, weil unter Umständen gar kein wirksamer Vertrag geschlossen wurde.



Der Fall

In einem öffentlichen Vergabeverfahren hatte eine Landesstraßenbaubehörde Bauleistungen ausgeschrieben. In den Vergabeunterlagen fanden sich sowohl Festlegungen zum voraussichtlichen Ausführungsbeginn als auch zum Fertigstellungstermin. Durch eine Verzögerung im Vergabeverfahren hatte sich auch der Ausführungsbeginn um etwa zwei Monate verzögert. Daher passte die Vergabestelle die Ausführungsfristen in dem Zuschlagsschreiben an.

Auf das Zuschlagsschreiben hin antwortete der Bestbietende dann, dass er den Auftrag nur annehme, wenn auch die Vergütung entsprechend der Bauzeitänderung angepasst werde. Daraufhin hob die Vergabestelle das Verfahren auf. Die Leistungen wurden erneut ausgeschrieben, jetzt mit Reduzierungen beim Leistungsumfang und geänderten Terminvorgaben. Den Zuschlag erhielt nun ein anderer Bieter. Hiergegen wehrte sich der Bieter, der im ersten Durchgang Erstplatzierte gewesen war, gerichtlich.

Modifizierte Zuschlagserteilung

Das Oberlandesgericht Naumburg und der BGH (Urteil vom 03.07.2020, VII ZR 144/19) weisen die Klage im Wesentlichen ab. Denn es ist durch das Zuschlagsschreiben gar kein Vertrag zustande gekommen. Dies begründet der BGH damit, dass sich das Zuschlagsschreiben durch Abweichung der Bauzeiten

in ein „modifiziertes Zuschlagsschreiben“ gewandelt habe. Dieses sei rechtlich aber als neues Angebot nach § 150 Abs. 2 BGB zu werten. Will der Bieter nun, dass der Vertrag auch tatsächlich wirksam zustande kommt, muss er das neue Angebot annehmen. Akzeptiert er - wie auch in diesem Fall - das neue Angebot nicht, kommt zwischen den Parteien kein Vertrag durch Zuschlag zustande. Gleiches gilt, wenn der Bieter gar nicht reagiert, denn Schweigen ist keine Willenserklärung.

Praxisrelevanz

Die Frage, wie mit der durch die Zuschlagsverzögerung faktischen Änderung der Bauzeit umzugehen ist, schafft immer wieder Praxisprobleme. Vergabestellen tragen grundsätzlich das Verzögerungsrisiko: Wenn sie dann einen Vertrag mit neuen Fristen schließen wollen, müssen sie bauvertragsrechtlich auch die Mehrkosten tragen. Unabhängig davon ist die Beurteilung der vergaberechtlichen Zulässigkeit einer solchen Vertragsanpassung.

Wichtig: Klare Vertragsregeln bei Bauzeitenverzögerungen

Sowohl die Vergabestelle, als auch die Bieter haben ein Interesse daran, zu klaren und eindeutigen Vereinbarungen zu kommen. Bevor mit den Arbeiten begonnen wird, sollte deshalb klipp und klar festgelegt sein, wie mit den terminlichen und finanziellen



Folgen einer Zuschlagsverzögerung umgegangen werden soll - den „schwarzen Peter“ haben dabei eher die Vergabestellen. Im Extremfall – wie hier – müssen sie die Ausschreibung aufheben und noch einmal neu starten, was zu weiteren Verzögerungen führt.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt / Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
[Dr. Joachim Wrase](#)



Rechtsanwältin
[Stefanie Jauernik](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[NACHPRÜFUNG IN RHEINLAND-PFALZ AUCH IM UNTERSCHWELLENBEREICH MÖGLICH – AUCH HESSEN PLANT ÄNDERUNGEN]

Im März dieses Jahres wurde die „Landesverordnung über die Nachprüfung von Vergabeverfahren durch Vergabeprüfstellen“ im Gesetz- und Verordnungsblatt Rheinland-Pfalz verkündet. Damit wird in Rheinland-Pfalz die Vergabenachprüfung auch für Ausschreibungsverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte eingeführt.

Art, Umfang und Grenzen der Nachprüfung im Unterschwellenbereich

Bislang gab es keine Möglichkeit zur Überprüfung von Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte außer dem wenig erfolgversprechenden Zivilrechtsweg. § 7a Mittelstandsförderungsgesetz Rheinland-Pfalz sah schon seit Langem die Möglichkeit der Einrichtung von Vergabeprüfstellen für Ausschreibungsverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte durch das Land vor. Von dieser Ermächtigung hat die Landesregierung nunmehr Gebrauch gemacht und die Nachprüfungsverordnung beschlossen.

Hiernach soll beim Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz eine Vergabeprüfstelle als zentrale Nachprüfbehörde eingerichtet werden.

Die Nachprüfungsverordnung tritt am 01.06.2021 in Kraft. Sie gilt für Vergabeverfahren, die ab 01.06.2021 bezuschlagt werden. Es sind also auch Vergabeverfahren betroffen, die vor dem 01.06.2021 eingeleitet worden sind und erst danach zum Abschluss kommen.

Die Nachprüfung durch die Vergabeprüfstelle ist als eine besondere Form der Rechts- und Fachaufsicht ausgestaltet. Ihr unterfallen nur wirtschaftlich bedeutsame öffentliche Aufträge, die die festgesetzten Prüfungswertgrenzen erreichen oder über-



schreiten. Vom Ablauf her ist das Verfahren an das Nachprüfungsverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte angelehnt.

Die neu installierte Nachprüfung ist zunächst bis zum 30.06.2024 befristet. Die Ergebnisse einer Evaluation werden dann zeigen, ob sich die Bestimmungen bewährt haben und wie sie gegebenenfalls weiterentwickelt werden können.

Beschränkte Nachprüfung im Unterschwellenbereich auch in Hessen geplant

Mit Einführung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) beabsichtigt auch die Schwarz- Grüne Koalition in Hessen das Hessische Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG) zu ändern. In der Plenarsitzung im März dieses Jahres wurde der entsprechende Gesetzesentwurf Regierungsfraktionen in der ersten Lesung im Landtag behandelt und an den zuständigen Fachausschuss zur Beratung verwiesen. Unser Partner und Fachanwalt für Vergaberecht Jens Kröcher ist als Sachverständiger am 02.06.2021 zu einer öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzesvorhaben eingeladen.

Auch wenn die Einführung einer förmlichen Nachprüfung im Unterschwellenbereich wie in Rheinland-Pfalz nicht vorgesehen ist, so sollen die Kompetenzen der bislang bestehenden VOB-Stellen bei Hessen Mobil, der Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main und den Regierungspräsidien ausgeweitet werden zu sog. Vergabekompetenzstellen.

Neben der Beratung der öffentlichen Auftraggeber sowie Zuwendungsempfänger in Fragen des Vergaberechts sollen diese Vergabekompetenzstellen nunmehr auch für die Prüfung von behaupteten Vergabeverstößen durch (auch potentielle) Bewerber und Bieter in solchen Ausschreibungsverfahren zuständig sein, deren Auftragswert 500.000 € für Bau- und 50.000 € für Liefer-/Dienstleistungen erreichen oder überschreiten. Die Befugnis der Vergabekompetenzstellen soll immerhin so weit reichen, dass sie den öffentlichen Auftraggeber verpflichten können, den Zuschlag bis zur Bekanntgabe ihrer Empfehlung auszusetzen.

[GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren und hat bereits zahlreiche Vergabestellen erfolgreich in Nachprüfungsverfahren vertreten. Über den Fortgang der Novellierung des HVTG werden wir Sie in künftigen NL-Ausgaben auf dem Laufenden halten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Vergaberecht
[Jens Kröcher](#)



Rechtsanwältin
[Daniela Weber](#)



[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[NACHFORDERN ODER NICHT – EIN BALANCEAKT FÜR DEN ÖFFENTLICHEN AUFTRAGGEBER]

Aufgrund der hohen Komplexität der Vergabe verläuft kaum ein Verfahren reibungslos. Insbesondere im rechtssicheren Umgang mit der Nachforderung bei unvollständigen oder fehlerhaften Angeboten ergeben sich mangels klarer und einheitlichen Rechtsprechung regelmäßig Schwierigkeiten.

Gründe für das Nachfordern

Der Auftraggeber kann nach § 56 Abs. 2 VgV bzw. muss nach Art. 16a EU Abs. 1 VOB/A unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung dazu auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, sowie fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Vor dem Hintergrund der haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und Zweck des Vergabeverfahrens, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu wählen und ein solches nicht an einer zu formalistischen Betrachtungsweise scheitern zu lassen, soll eine „überspitzte Förmerei“ bei der formalen Angebotsauswertung verhindert werden. Allerdings bereitet häufig bereits die Einordnung von Unterlagen

als „fehlend“, bzw. „unvollständig“ einerseits und „fehlerhaft“ andererseits Schwierigkeiten.

„Fehlende“ und „unvollständige“ Unterlagen

Hinsichtlich unvollständiger Referenzen entschied etwa das OLG Frankfurt (Beschl. v. 1.10.2020 – 11 Verg 9/20), dass die in den Vergabeunterlagen enthaltenen, vom Bieter nicht ordnungsgemäß ausgefüllten Formulare ohne weiteres unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz- und Gleichbehandlung nachgefordert werden könnten. In der dem Sachverhalt zugrundeliegenden Konstellation hatte der Bieter entgegen der Vorgaben die beim Referenzgeber verantwortliche Person nicht mitangegeben. Er hatte außerdem keine Ausführungen zur konkreten Referenzleistung gemacht. Beides durfte laut dem Senat durch den Auftraggeber nachgefordert werden. Ebenfalls zur Frage wann eine Unterlage fehlt, entschied das OLG München (Beschl. v. 27.07.2018 – Verg 2/18), dass auch Unterlagen, die in rein formaler Hinsicht nicht den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers entsprechen, als „fehlend“ angesehen werden können. Das vorgelegte formal falsche bzw. untaugliche Dokument werde in solchen Konstellationen als „aliud“ betrachtet und soll nicht als der geforderte (fehlerhafte) Beleg gelten. Als Beispiel führt der Senat etwa eine fehlende Beglaubigung oder Gültigkeitsdauer an. Bei Vorlage eines veralteten Führungszeugnis-



ses durch den Bieter sei es also zulässig, ein aktuelles nachzufordern.

Korrektur „Fehlerhafte“ Unterlagen

Im Gegensatz dazu geht das OLG Karlsruhe (Beschl. v. 14.08.2019 – 15 Verg 10/19) in Bezug auf eine Versicherungsbestätigung mit zu niedriger Deckungssumme davon aus, dass die Unterlage nicht fehlen könne, da sie körperlich vorliege. Bei der Prüfung ob die Angebote formal vollständig sind, dürfe der öffentliche Auftraggeber keine weitere inhaltliche Prüfung der mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen vornehmen.

Insofern bestehe eine Nachforderungsmöglichkeit im Hinblick auf körperlich vorhandene Erklärungen oder Nachweise nur, wenn sie in formaler Hinsicht von den Anforderungen abweichen. Stattdessen sei die Versicherungsbestätigung als fehlerhaft einzustufen, da sie zwar vorliege, ihr Inhalt aber nicht den Anforderungen genüge. Solche fehlerhaften Unterlagen könnten dann auch vor dem Hintergrund einer richtlinienkonformen Auslegung nicht mehr zulässig nachgefordert werden. Auch das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 28.3.2018 – VII-Verg 42/17) bleibt hinsichtlich des Nachforderns fehlerhafter Unterlagen seiner alten Rechtsprechung treu, wonach körperlich vorliegende Unterlagen nur dann nachgefordert werden dürften, wenn sie in formaler Hinsicht von den Anforderungen abweichen. Aber Achtung: Während eine Korrektur leis-

tungsbezogener Angaben vor dem Hintergrund des Verhandlungsverbots ausgeschlossen ist, dürfen Angaben, die sich auf die Fähigkeiten des Unternehmens beziehen, nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 01.04.2020) sogar korrigiert werden.

Fazit

Im Rahmen des Nachforderns ist stets die Balance zwischen dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz, bzw. den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung und dem Grundsatz der wirtschaftlichen Beschaffung zu bewahren. Wo genau hier die Grenzen liegen ist eine der Fragen, die sehr häufig für den Einzelfall von den Vergabekammern entschieden werden muss.

[GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Vergaberecht
[Jens Kröcher](#)



Rechtsanwältin
[Franziska Kaschluhn](#)



[GGSC] SEMINARE



22. [GGSC] Infoseminar „Erfahrungsaustausch“ Kommunale Abfallwirtschaft“ in Berlin

[10.06.2021](#)

Seien Sie auch dieses Jahr wieder dabei!

Hier gelangen Sie direkt zum [Programm](#) und zur [Anmeldung zum Seminar](#).

[GGSC] AUF VERANSTALTUNGEN

Rechtsanwalt Prof. Hartmut Gaßner
Seminar: Wasserstoff aus Siedlungsabfällen mit Online-Live-Stream

VKU, Akademie Dr. Obladen GmbH

[01.06.2021](#)

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel
„Kommunale Abfallströme als Input von Bioenergieträgern – rechtliche Rahmen für die Erfassung und die Verwertung“

15. Rostocker Bioenergieforum

[16.06.2021](#)

[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

Energie Newsletter

Mai 2021

Einige Themen dieser Ausgabe:

- [Keine Steuervergünstigung für thermische Abfallbehandlungsanlagen gem. § 9 Abs. 1 Nr. 2 StromStG mehr?](#)
- [\[GGSC\] gewinnt für einen Abfallwirtschaftsbetrieb Votumsverfahren vor der Clearingstelle EEG/KWK](#)
- [Hemmt der Artenschutz den weiteren Ausbau der Windenergie an Land?](#)
- [EEG-Novelle 2021 fördert die Geothermie für die Strom- und Wärmewende](#)
- [OLG Naumburg stärkt Entschädigungsaussichten für Netzabschaltungen](#)
- [BEG und BEW – Fördermittel für die Wärmewende](#)
- [Vorläufige Handlungsempfehlung des Landes Brandenburg für die Bauleitplanung der Gemeinden bei großflächigen Photovoltaik-Freiflächenanlagen](#)



- Umsetzung RED II im Zulassungsrecht
- Energieversorgungsprojekte, Mieterstrom und Ladesäulen nach der EEG-Novelle

Abfall Newsletter

Mai 2021

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Verpackungsgesetz: GroKo lässt öRE wieder hängen
- PPK-Mitbenutzungsentgelte: Foulspiel von Reclay?
- Klimaschutzgesetz im Fokus – auch auf dem Infoseminar
- Keine automatische Abwälzung steigender Verwertungskosten auf öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger
- Entsorgungsanordnung und illegale Abfallablagerungen
- Rechtsprechungsupdate Abfallgebühren
- Genehmigung von Elektrolyseuren zur Herstellung von Wasserstoff