



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

## ÖPP/Vergabe • Newsletter

Dezember 2009

Liebe Mandantschaft,  
sehr geehrte Damen und Herren,

im Dauerstreit um die Ausschreibungspflicht öffentlicher Grundstücksveräußerungen hat der EU-Generalanwalt eine Berücksichtigung kommunaler Interessen erkennen lassen. Gleichzeitig will das OLG Celle interkommunale Kooperation offenbar nur in engen Grenzen vergabefrei stellen - das Vergaberecht bleibt also in Bewegung, wie nicht zuletzt die VOB-Novelle zeigt.

Wir haben außerdem zwei Beiträge zum Thema PPK-Ausschreibung aufgenommen, die den aktuellen Stand der Debatte widerspiegeln. Nicht zuletzt erhalten Sie ausgehend vom OLG Jena Hinweise zur Führung der Vergabeakte.

Wir vom GGSC-Team wünschen unseren Lesern jedenfalls eine schöne Adventszeit und alles Gute fürs neue Jahr!

### DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- ▶ [OLG Celle zu Inhouse-Vergabe und interkommunaler Kooperation](#)
- ▶ [Bekanntmachung der VOB 2009](#)
- ▶ [Dauerbrenner: Grundstücksveräußerung mit Bauverpflichtung = ausschreibungspflichtige Baukonzession?](#)
- ▶ [PPK-Ausschreibungen in der Praxis](#)
- ▶ [VK Mainz zu PPK-Ausschreibung](#)
- ▶ [Ergänzung einer Vergabeakte als strafbare Urkundenfälschung?](#)
- ▶ [\[GGSC\] auf Veranstaltungen](#)

Wenn Sie Interesse an dem Bezug weiterer Newsletter aus anderen Bereichen haben, senden Sie uns bitte eine E-Mail an [berlin@GGSC.de](mailto:berlin@GGSC.de) oder nutzen Sie im Internet das [Newsletter-Archiv](#).



## **[OLG CELLE ZU INHOUSE-VERGABE UND INTERKOMMUNALER KOOPERATION]**

Das OLG Celle hat mit Beschluss vom 29.10.2009 (13 Verg 8/09) eine restriktive Auslegung der Inhouse-Kriterien vorgenommen und der Vergabefreiheit interkommunaler Kooperationen auf Grundlage des EuGH-Urteils vom 09.06.2009 (Rs. C – 480/06) enge Grenzen gesetzt.

Das OLG entschied über die Beauftragung einer von zwei Gebietskörperschaften gehaltenen kommunalen Eigengesellschaft mit der Einführung eines Holsystems für die PPK-Sammlung. Der öffentliche Auftraggeber hatte zunächst die Sammlung und den Transport verschiedener Abfallfraktionen, u.a. PPK-Abfällen, in seinem Gebiet europaweit ausgeschrieben. Den Auftrag erhielt die kommunale Eigengesellschaft, die im Verfahren von [GGSC] vertreten worden war.

### **Fall: Eigengesellschaft führt „freiwillige“ PPK-Erfassung im Holsystem ein**

Während der Vertragslaufzeit hatte der Auftraggeber im Zuge des sog. „Wettlaufs um das Altpapier“ im Jahr 2008 entschieden, nunmehr von einem reinen Bringsystem auf ein kombiniertes Bring-/Holsystem umzustellen. Die bisherigen Leistungen sollten um die Einführung eines für die Bürger freiwilligen Holsystems ergänzt werden. Die kommunale Eigengesellschaft wurde mit der

Einführung dieses Systems ohne erneute Ausschreibung beauftragt.

Nunmehr hat ein privater Mitbewerber vor dem OLG Celle erreicht, dass die Verträge zur Einführung des Holsystems für nichtig erklärt wurden und eine Pflicht zur europaweiten Vergabe festgestellt wurde. Die Vergabekammer Niedersachsen hatte den Antrag zuvor noch mit Beschluss vom 11.06.2009 (VgK-22/2009) als unzulässig verworfen.

### **Umstellung des PPK-Erfassungssystems als wesentliche Vertragsänderung?**

Der Entscheidung des OLG Celle liegen drei zentrale Rechtsstandpunkte zu Grunde:

- Das OLG Celle sieht die ergänzende Einführung eines Holsystems für PPK-Abfälle anders als die Vergabekammer Brandenburg (Beschluss vom 17.06.2008, VK 13/08) als wesentliche Vertragsänderung an, die nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „pressetext nachrichtenagentur GmbH“ (C-454/06; 19.06.2008) eine erneute Ausschreibung erfordern. Dies sei insbesondere der Fall, da der Wert der Vertragsänderung (hier: 1.500.000 € auf die gesamte Vertragslaufzeit) den maßgeblichen Schwellenwert übersteigt.



---

### **Bedeutung der Umsätze der Tochtergesellschaft für die Inhouse-Fähigkeit der Mutter**

---

- Es seien auch nicht die Voraussetzungen für ein sog. „Inhouse-Geschäft“ erfüllt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann eine Beauftragung ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erfolgen, wenn der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und der Auftragnehmer im Wesentlichen für die Anteilseigner tätig ist. Hier besteht nach Ansicht des OLG Celle zwar kein Zweifel an der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle, aber die Eigengesellschaft werde nicht im Wesentlichen für Ihre Anteilseigner tätig. Sie unterhalte nämlich eine Tochtergesellschaft, die für gewerbliche Dienstleistungen und die Entsorgung überregional anfallender Abfälle zuständig sei. Die Umsätze einer Tochtergesellschaft seien bei der Prüfung, wie viel Fremdotsätze die Eigengesellschaft erziele, mit zu berücksichtigen, soweit sich dies aus den quantitativen und qualitativen Umständen des Einzelfalls ergebe. Im entschiedenen Fall folge die Zurechnung aus der engen Verknüpfung beider Gesellschaften, für die beispielsweise ein konsolidierter Abschluss erstellt werde. Die Tochtergesellschaft sei überdies ohne die personelle und sachliche Ausstattung durch die Eigengesellschaft nicht arbeitsfähig. Das OLG

hält dabei an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, dass bereits ein Fremdotsatz von 7,5 % eine Inhouse-Vergabe ausschließt (OLG Celle, VergabeR 2007, 79,81).

- Der EuGH hatte einen Fremdotsatz von 10 % als unbedenklich angesehen (EuGH, Urteil v. 19.04.2007, C-295/05 „Asemfo“).

---

### **Keine Vergabefreiheit aufgrund „interkommunaler Kooperation“**

---

- Ferner hatte das OLG in diesem Zusammenhang auch darüber zu entscheiden, ob die Beauftragung mit der Einführung des Holsystems nicht ein Fall der vergabefreien interkommunalen Kooperation im Sinne der Entscheidung des EuGH vom 09.06.2009 „Stadtreinigung Hamburg“ ist. Dies wird vom OLG mit dem Argument verneint, der EuGH habe für die Annahme einer rein verwaltungsinternen Kooperation insbesondere die Wahrnehmung gegenseitiger Verpflichtungen, die über eine reine Leistungsbeziehung hinausgehen, und den Ausschluss einer Ungleichbehandlung Privater gefordert.

Eine solche Bedingung – Ausschluss einer reinen Leistungsbeziehung – lässt sich der Entscheidung des EuGH nicht unmittelbar entnehmen. Nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist die Einbeziehung der Umsätze des Tochterunternehmens, geschweige



denn das Festhalten an engeren Umsatzgrenzen als sie der EuGH für zulässig gehalten hat. Es muss sich erst zeigen, ob andere Obergerichte der Auslegung des OLG Celle folgen werden.

---

### Konsequenzen für niedersächsische Vergabestellen

---

Für die niedersächsischen Vergabestellen stellt sich der Anwendungsbereich einer vergabefreien Kooperation vor dem Hintergrund dieser Entscheidung des OLG Celle aber als sehr eng dar.

Die Entscheidung des OLG Celle sollte aber für die Öffentliche Hand – jedenfalls im Land Niedersachsen – Anlass sein, die Ausgestaltung von Leistungsbeziehungen zu Eigengesellschaften und – soweit vorhanden – gewerblichen Tochterunternehmen kritisch zu überprüfen.

Es kann angezeigt sein, organisatorische Änderungen vorzunehmen, damit hier nicht durch die Zurechnung von Fremdotsätzen der gewerblichen Tochter die Inhouse-Fähigkeit der Mutter gefährdet wird.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin  
[Katrin Jänicke](#)



Rechtsanwalt  
[Jens Kröcher](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

## [BEKANNTMACHUNG DER VOB 2009]

Die Neufassung der VOB 2009 wurde kürzlich bekannt gemacht. Sie enthält in Teil A, der die Bauvergaben regelt, teils grundlegende strukturelle Veränderungen, ferner auch inhaltliche Veränderungen in Bezug auf alle Verfahrensschritte der Vergabe.

---

### Inkrafttreten der neuen VOB

---

Für die Verfahren oberhalb der Schwellenwerte gilt automatisch infolge des sog. Kaskadenprinzips, dass die VOB 2009 erst gilt, sobald dies in der neuen Vergabeverordnung ausdrücklich geregelt ist. Die neue Vergabeverordnung wird derzeit von der Bundesregierung überarbeitet. Es wird also noch etwas dauern, bis die neuen Regeln in Kraft treten.

Für die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ist die Vergabeverordnung unmaßgeblich. Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen empfiehlt, den insoweit geltenden Abschnitt 1 der VOB erst anzuwenden, wenn die Vergabeverordnung in Kraft getreten ist. Dadurch wäre gewährleistet, dass für alle Arten von Vergaben die jeweils gleiche VOB-Fassung verwendet wird.



---

## Neustrukturierung

---

Die VOB wurde durch Streichung einiger unwichtiger Regelungen und Dopplungen sowie durch Zusammenfassung bestimmter Komplexe in einheitlichen Vorschriften verschlankt. Anstelle der bisher 32 Paragraphen wird die neue VOB nur noch 22 Paragraphen haben. Auffällig ist ferner, dass die seit Jahrzehnten praktizierte Eigenheit der VOB aufgegeben wurde, was die Nummerierung der Absätze betrifft. Die Neufassung entspricht nun der heute üblichen Regelungstechnik. Konsequenz dieser Neustrukturierung der VOB wird sein, dass die Vergabevordrucke der öffentlichen Hand teils umfangreich überarbeitet werden müssen, denn die in Bezug genommenen Paragraphen-Nummern passen nicht mehr.

---

## Neue Schwellenwerte

---

Die Schwellenwerte, ab denen europaweit auszuschreiben ist, ergeben sich aus der Vergabeverordnung und werden also (ggf.) dort neu definiert. Die Neufassung der VOB schafft nun aber Schwellenwerte „nach unten“: Sie legt Bagatellgrenzen fest, bei deren Unterschreitung keine öffentliche Ausschreibung stattfinden muss, sondern beschränkte oder freihändige Vergaben zulässig sein sollen. Diese sind in § 3 Abs. 3 der Neufassung geregelt und liegen zwischen 50.000,00 € und 150.000,00 €, je nach Gewerk.

Unklar ist, wie sich diese Schwellenwerte zu den derzeit von der öffentlichen Hand praktizierten Schwellenwerten gemäß Konjunkturpaket II verhalten. Diese sind nicht deckungsgleich. Noch unklarer ist, wie sich die Schwellenwerte zu einer weiteren Ausnahmeregelung für die öffentliche Ausschreibung verhalten, die in der Neufassung geregelt ist: § 3 Abs. 2 der Neufassung regelt nun, anknüpfend an ähnliche Vorschriften aus den Landeshaushaltsordnungen, dass die öffentliche Ausschreibung unterbleiben kann, soweit „die Eigenart der Leistung oder besondere Umstände eine Abweichung rechtfertigen“. Bisher gab es klare in § 3 VOB/A geregelte Kriterien, welches Vergabeverfahren wann anzuwenden war. Die jetzt geschaffene Ausnahmeregelung in § 3 Abs. 2 verwässert diese Kriterien und wird voraussichtlich zu Ungewissheiten, gelegentlich auch zu Missbrauch führen. Denn „besondere Umstände“, die eine beschränkte Ausschreibung oder freihändige Vergabe rechtfertigen sollen, lassen sich bei Bedarf schnell finden.

---

## Teilnehmer am Wettbewerb

---

§ 6 der Neufassung enthält zwei auffällige Neuregelungen zur der Frage, wer am Wettbewerb teilnehmen darf:

Zunächst werden bestimmte potenzielle Wettbewerber, die strukturell zur öffentlichen Hand gehören, vom Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen strikt ausge-



schlossen: Das sind Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten und ähnliche Einrichtungen sowie Betriebe der öffentlichen Hand und Verwaltungen, § 6 Abs. 1 Nr. 1 der Neufassung.

Sodann findet sich eine aus unserer Sicht verunglückte Regelung zu Bietergemeinschaften. Diese sind § 6 Abs. 1 Nr. 2 der Neufassung „Einzelbieter gleichzusetzen, wenn sie die Arbeiten im eigenen Betrieb oder in den Betrieben der Mitglieder ausführen“. Die Vorschrift entspricht wortgleich dem bisherigen § 25 Nr. 6; § 25 Nr. 6 betrifft aber die Wertung der eingereichten Angebote, während es jetzt um die grundsätzliche Frage geht, ob die Bietergemeinschaft überhaupt am Wettbewerb teilnehmen darf. Diese Regelung wird zu Missverständnissen führen: Dürfen Bietergemeinschaften nur noch teilnehmen, wenn sie ohne Nachunternehmer auskommen? Vermutlich ist das nicht gemeint, wird aber möglicherweise zu Fehlentscheidungen in den Vergabeverfahren führen.

---

### Vereinfachungen bei den Eignungsnachweisen

---

Ein laufendes Ärgernis in Vergabeverfahren ist, dass wirtschaftlich attraktive Angebote ausgeschlossen werden müssen, weil bestimmte geforderte Unterlagen, z.B. bestimmte Eignungsnachweise nicht beigelegt wurden. Musterbeispiel ist die fehlende Kopie des Handelsregisterauszugs. Die Recht-

sprechung ist an diesem Punkt bisher strikt und behandelt solche Lücken in den Unterlagen als zwingenden Ausschlussgrund.

Dem wirkt die Neufassung nun entgegen, und zwar auf drei Wegen: Zum einen wird die Möglichkeit gestärkt, die fachliche Eignung durch Eintragung in Präqualifikationsverzeichnisse nachzuweisen; zum anderen dürfen Auftraggeber sogar erlauben, dass bestimmte Nachweise durch bloße Eigenerklärung der Bieter geführt werden (§ 6 Abs. 3 der Neufassung). Wichtiger ist aber der verfahrensmäßige Umgang mit fehlenden Nachweisen: Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 führt das Fehlen geforderter Erklärungen oder Nachweise nicht mehr zum zwingenden Ausschluss. Vielmehr muss der Auftraggeber diese Erklärungen mit einer Frist von 6 Kalendertagen nachfordern. Reicht der Bieter die Unterlagen dann nach, so ist sein Angebot zu werten. Nur wenn er auch diese Nachfrist verstreichen lässt, muss er zwingend ausgeschlossen werden. Diese Neuregelung schafft eine erhebliche Entspannung bei der Behandlung von unvollständigen Angeboten.

---

### Leistungsbeschreibungen und Vertragsbedingungen

---

In den Leistungsverzeichnissen sind künftig Bedarfspositionen unzulässig (§ 7 Abs. 1 Nr. 4 der Neufassung). Was die Vertragsbedingungen betrifft, enthält die Neufassung eine Regelung, die kleinere und mittlere Unternehmen entlasten soll: Bei einem Auf-



tragsvolumen von unter 250.000,00 € netto soll der öffentliche Auftraggeber künftig ganz auf Sicherheitsleistungen verzichten (Sicherheitseinbehalt, Bürgschaften, § 9 Abs. 7 der Neufassung).

---

### **Vereinheitlichung von Bekanntmachung und Verdingungsunterlagen**

---

Eine häufige Fehlerquelle in der Vergangenheit war, dass Anforderungen, die im Bekanntmachungstext aufgestellt wurden, später nicht durchgehalten wurden. Das führte zu Ungleichbehandlungen zwischen den Bietern.

Um dies möglichst zu beseitigen, regelt die Neufassung, dass die Auftraggeber auf inhaltliche Übereinstimmung zwischen Bekanntmachungstext, Angebotsaufforderung und Verdingungsunterlagen zu achten haben (§ 2 Abs. 5, § 6 Abs. 3 Nr. 5, § 13 Abs. 6 der Neufassung).

---

### **Angebotsauswertung: Skonti**

---

Nach der neuen Vorschrift des § 16 Abs. 9 dürfen unaufgefordert angebotene Skonto-Regelungen bei der Wertung der Angebote nicht berücksichtigt werden.

Im Übrigen ist das Angebot aber zu werten.

---

### **Dokumentation: Vergabevermerk**

---

Der bisher relativ knapp gehaltene § 30 wurde durch den ausführlichen § 20 (Dokumentation) ersetzt. Die Vorschrift enthält im Wesentlichen die Vorgaben, die bisher im Vergabehandbuch des Bundes als Verfahrensanweisung enthalten waren: Das Vergabeverfahren muss präzise schriftlich dokumentiert werden. Die einzelnen Entscheidungen müssen „in Textform“ festgehalten werden; Textform bedeutet weniger als Schriftform. Nach der Neufassung müssen diese Entscheidungen also nicht mehr gesondert unterzeichnet sein. Ferner enthält § 20 Abs. 3 der Neufassung eine Regelung, dass schon bei relativ geringfügigen Vergaben, wenn sie freihändig, oder aufgrund beschränkter Ausschreibung stattfinden, nachträglich eine Information über den Zuschlag stattfinden muss.

---

### **Verfahren oberhalb der Schwellenwerte**

---

Die bisherigen Abschnitte 3 und 4 der VOB/A, die für sog. Sektoren-Auftraggeber galten, entfallen ersatzlos. Für solche Vergaben gilt seit 23.09.2009 die Sektorenverordnung. Es bleibt also der Abschnitt 2 der VOB/A. Dieser ist ergänzend zum Abschnitt 1 anzuwenden, sobald der Schwellenwert (derzeit 5,15 Mio. €) überschritten ist. Die Neufassung dieses Teils 2 enthält keine grundlegenden Veränderungen.



---

## Fazit

---

Die Neufassung der VOB wird insbesondere wegen der Umstrukturierung Arbeit für die öffentlichen Auftraggeber verursachen: Es müssen Vordrucke überarbeitet werden, und zwar sowohl in formaler Hinsicht (Bezugnahme auf Paragraphen der VOB/A) als auch im Hinblick auf das einzuhaltende Verfahren.

In der Sache enthält die Neufassung einige sinnvolle Veränderungen, insbesondere was den Umgang mit unvollständigen Angeboten betrifft.

Ein grundsätzliches Umdenken in den Vergabeverfahren wird durch die Neufassung allerdings nicht erforderlich.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin  
[Franziska Hansmann](#)



Rechtsanwalt  
[Dr. Sebastian Schattenfroh](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

## [DAUERBRENNER: GRUNDSTÜCKSV ERÄUßERUNG MIT BAUVERPFLICHTUNG = AUSSCHREIBUNGSPFLICHTIGE BAUKONZESSION?]

In der für die Gemeinden wichtigen Frage nach der Ausschreibungspflicht von Grundstücksveräußerungen, die die Gestaltungshoheit bei der städtebaulichen Planung unmittelbar berührt, gibt es konkrete Signale in Richtung einer „kommunalfreundlichen“ Beurteilung auf EU-Ebene:

Der Generalanwalt des Europäischen Gerichtshofs hat am 17.11.2009 (C-451/08) in seinen Schlussanträgen nämlich vorgeschlagen, die Vorlagefragen des OLG Düsseldorf (wir berichteten in unserem [Grundstücksvergabe-Sondernewsletter](#) im März 2008) restriktiv zu beantworten.

---

### Baukonzession nur bei unmittelbarer Verbindung zwischen Auftraggeber und Bauwerk

---

Nach Auffassung des Generalanwalts ist für das Vorliegen einer Baukonzession eine unmittelbare Verbindung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den zu realisierenden Arbeiten erforderlich. Diese unmittelbare Verbindung kann insbesondere darin bestehen, dass das Bauwerk von der öffentlichen Verwaltung erworben wird oder ihr unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt. Auch darin, dass die Initiative für die Realisierung des Bauwerks beim öffentlichen Auftraggeber liegt und dieser zumin-



dest teilweise deren Kosten trägt, kann die für eine Baukonzession erforderliche unmittelbare Verbindung liegen.

Der Generalanwalt stellt jedoch klar, dass die normalen städtebaulichen Tätigkeiten und Planungen nicht als Initiierung von Projekten angesehen in diesem Sinn werden können.

Weiterhin legt der Generalanwalt dar, dass es für eine öffentliche Baukonzession erforderlich ist, dass der entsprechende Vertrag eine rechtlich durchsetzbare Bauverpflichtung enthält.

---

### **Grundsätzlich keine Baukonzession bei Errichtung eines Gebäudes auf eigenem Grundstück**

---

Nach Ansicht des Generalanwalts kann eine Baukonzession nur dann vorliegen, wenn durch diese ein befristetes Recht zur Nutzung einer Sache übertragen wird. Dem Eigentümer eines Grundstücks kann deshalb an einem Bauwerk auf seinem Grundstück keine Konzession erteilt werden.

Die Auslegungen des Generalanwalts decken sich insoweit mit dem, was der Bundesgesetzgeber für unterschwellige Vergaben durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, das am 24.04.2009 in Kraft getreten ist (wir berichteten im [Bau Newsletter im März 2009](#)) bereits entschieden hat.

Die Rechtsauffassungen des Generalanwalts sind aus Sicht von [GGSC] zutreffend und zu begrüßen. Der EuGH hat seine Entscheidung für das Frühjahr 2010 angekündigt, über die wir selbstverständlich informieren werden.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin  
[Franziska Hansmann](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

---

## **[PPK-AUSSCHREIBUNGEN IN DER PRAXIS]**

Nach wie vor sehen sich Vergabestellen mit einer uneinheitlichen Rechtsauffassung zu PPK-Ausschreibungen konfrontiert. Nachdem das OLG Rostock eine ausschließliche Ausschreibung des kommunalen Anteils für vergaberechtswidrig erklärt hatte (GGSC berichtete), hat das Bundeskartellamt zu verstehen gegeben, auch weiter an seiner Auffassung festhalten zu wollen, nach der eben dies möglich sein soll. In eine ähnliche Richtung geht auch das VK Münster in einer aktuellen Entscheidung (Beschluss vom 22.09.2009, Az.: VK 16/09).

---

### **Ausschreibungsansatz von [GGSC]**

---

[GGSC] hat mittlerweile auch mehrere Ausschreibungen begleitet und erfolgreich zum Abschluss gebracht, die - dem OLG Rostock folgend - die Ausschreibung der Gesamt-



menge vorsahen. Ein Beispielfall wird in der nachfolgenden Entscheidungsbesprechung geschildert.

Auch die Ausschreibung der Gesamtmenge erfordert - neben einer Analyse der "regionalen Rechtsprechung" - eine klare Abgrenzung der kommunalen von den Verpackungsmengen und einen praktikablen vertraglichen Mechanismus, der bei Abschluss von Entsorgungsverträgen des Auftragnehmers mit Systembetreibern eine angemessene Reduzierung der PPK-Menge (und des zu zahlenden Entgelts) zugunsten des öRE gewährleistet. Bewährt hat sich hier eine Berücksichtigung des erhöhten Volumenanteils von Verkaufsverpackungen (von größer 1:1), die zu einer entsprechend erhöhten Reduzierung der Gesamtmenge (Masse) bei Abschluss von DSD-Verträgen führt.

Praktikable Regelungen konnten von [GGSC] ferner für die - bis vor kurzem noch ungewisse - Einstellung gewerblicher Sammlungen gefunden werden, die mitunter nicht allein durch die Bildung von Mengenkorridoren aufgefangen werden können. Weitere Besonderheiten von PPK-Ausschreibungen sind die Sonderstellung von Papierfabriken als Unterauftragnehmer, der Umgang mit Eignungsnachweisen, die Ausgestaltung und Abrechnung von Dispositionsvorgängen für die Aufstellung etc. von Abfallbehältern und die Ausgestaltung von Anpassungsregelungen.

Für die Praxis hat hier [GGSC] praktikable Anpassungsregelungen ausgearbeitet, die einerseits Forderungen nach Anpassungsmöglichkeiten bei langfristigen Verträgen Rechnung tragen und gleichzeitig gewährleistet, dass nur tatsächliche Mehrkosten zum Ansatz kommen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt  
[Dr. Frank Wenzel](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

## [VK MAINZ ZU PPK-AUSSCHREIBUNG]

Die Vergabekammer des Landes Rheinland-Pfalz in Mainz hat in einem aktuellen – noch nicht bestandskräftigen – Beschluss vom 17.11.2009 (VK 2 – 51/09) ein Ausschreibungsverfahren eines rheinland-pfälzischen Landkreises über Leistungen der PPK-Entsorgung als vergaberechtskonform bewertet.

---

### Ausgestaltung der Ausschreibung

---

Der Landkreis hatte die Leistungen Sammlung, Transport und Umschlag der im Kreisgebiet anfallenden PPK-Abfälle für einen Zeitraum von sechs Jahren (einschl. Verlängerungsoption) ausgeschrieben. Die Verwertung der gesammelten PPK-Abfälle war nicht Gegenstand der Ausschreibung.



Aufgrund der viel diskutierten Entscheidung des OLG Rostock vom 06.03.2009 (Az.: 17 Verg 1/09), die bereits Thema unseres [Abfall-Newsletters](#) im März 2009 war, hatte man sich auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers entschlossen, eine gemeinsame Ausschreibung von „kommunalem“ Altpapier und gebrauchten Verkaufsverpackungen (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerpackV) ohne Bindungswirkung für die Systembetreiber durchzuführen.

---

### **Mittelweg: Gemeinsame Ausschreibung von kommunalem Altpapier und Verpackungspapieren ohne Bindungswirkung**

---

Konkret bedeutet dies:

Die Erfassung von 100 % der im Kreisgebiet überlassenen PPK-Abfälle (kommunaler Anteil und Verkaufsverpackungsanteil) wird vom Auftraggeber beauftragt und vergütet.

Im Anschluss an die Zuschlagserteilung ist es Sache des Auftragnehmers, Entsorgungsverträge über die Miterfassung von Verkaufsverpackungen mit den festgestellten und im Landkreis tätigen Systembetreibern abzuschließen.

Der Auftragnehmer ist nicht zu entsprechenden Vertragsabschlüssen, wohl aber zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen mit den Systembetreibern verpflichtet. Kommen Verträge mit den Systembetreibern über den Verkaufsverpackungsanteil zustande, so reduziert sich die von dem Auftraggeber zu

leistende Vergütung entsprechend der ihm mitzuteilenden Menge an Verkaufsverpackungen (zzgl. einer Umrechnung von Masse- in Volumenanteil mit dem Faktor 1,5).

---

### **Regelungen für den Fall einer unterlassenen Beauftragung des Auftragnehmers durch die Systembetreiber**

---

Kommen innerhalb einer Frist von zwei Monaten ab Zuschlagserteilung diesbezügliche Verträge nicht zustande, so bleibt der Auftragnehmer dem Auftraggeber gegenüber auftragsgemäß zur Sammlung, Transport und Umschlag der gesamten Menge an PPK-Abfällen verpflichtet. Im Gegenzug vergütet der Auftraggeber weiterhin die gesamte Leistung und tritt selbst in Verhandlung mit den Systembetreibern.

Der Auftraggeber trägt damit weiterhin die Kostenverantwortung für die Sammlung des Verpackungsanteils. Folgerichtig wird ihm jedoch die Möglichkeit eingeräumt, über den Verpackungsanteil selbst zu verfügen und diesen zu vermarkten.

Das – nach Besonderen Vertragsbedingungen vom Auftragnehmer an den Auftraggeber zu leistende – angemessene Mitbenutzungsentgelt gemäß § 6 Abs. 4 S. 5 VerpackV gibt der Auftraggeber für die gesamte Vertragslaufzeit vor.

Diese Regelung gilt für den Fall, dass Auftragnehmer und Systembetreiber nachträg-



lich Verträge über den nicht-kommunalen Verpackungsanteil abschließen.

---

### **Sonderfall: Vergütung Auftragnehmer und Einforderung Mitbenutzungsentgelt**

---

Die Bezifferung des Mitbenutzungsentgelts durch den Auftraggeber entspricht dabei zum einen den Vorgaben der Verpackungsverordnung, denn der vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und den Systembetreibern beauftragte Entsorger benutzt das im Eigentum des Auftraggebers stehende Erfassungssystem mit. Dafür ist ein „angemessenes Entgelt“ i.S.v. § 6 Abs. 4 S. 5 VerpackV zu entrichten. Zum anderen entspricht diese Ausgestaltung den Vorgaben des Bundeskartellamtes (Beschl. vom 06.05.2004) und des OLG Düsseldorf (Beschl. vom 29.12.2004), die die Befugnis zum Abschluss von Verträgen mit den Systembetreibern ausdrücklich dem operativ tätigen Entsorger zugesprochen haben. Kommen keine Verträge zwischen Auftragnehmer und Systembetreiber zustande, so ist es – entsprechend den Regelungen zur Vergütung der Leistungen bezogen auf den Verpackungsanteil – Sache des Auftraggebers, ein angemessenes Mitbenutzungsentgelt mit den Systembetreibern zu vereinbaren.

---

### **Die Entscheidung der Vergabekammer**

---

Diese Ausgestaltung der Ausschreibung wurde von keinem der Bieter gerügt und

war daher auch nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens (§ 110 Abs. 1 GWB). Spezielle abfallrechtliche Fragestellungen wurden von der Vergabekammer nicht geprüft.

Die Entscheidung der Vergabekammer bestätigt in vergaberechtlicher Hinsicht jedoch die von [GGSC] vertretene Auffassung zu folgenden Punkten:

---

### **Rügen „ins Blaue hinein“**

---

Zwar sind an eine Rüge gem. § 107 Abs. 3 GWB keine hohen Anforderungen zu stellen, insbesondere in Fällen, in denen der Bieter ein unverschuldetes Informationsdefizit hat, muss es genügen, dass er konkrete Tatsachen vorträgt, die den hinreichenden Verdacht eines Vergaberechtsverstößes begründen. Die von dem Antragsteller hinsichtlich der einzureichenden Eignungsnachweise vorgenommene bloße Negierung der Vollständigkeit von Angeboten ohne weiteren Tatsachenvortrag reicht jedoch für eine substantiierte Rüge nicht aus.

---

### **Eignungsprüfung als Prognoseentscheidung**

---

Bei der Prüfung der Eignung eines (Unter-)Auftragnehmers handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, bei der der Vergabestelle ein Bewertungsspielraum zusteht. Die Nachprüfungsbehörden haben sich dabei auf die Prüfung zu beschränken,



ob die Prognose eine hinreichende Tatsachengrundlage hat und sich innerhalb des der Vergabestelle im Einzelfall zustehenden Spielraums bewegt.

Soweit in den Verdingungsunterlagen erklärt wird, dass für Unterauftragnehmer „hinsichtlich der Eignung dieselben Anforderungen wie für den Bieter“ gelten, heißt dies nicht zwingend, dass die Eignung des Unterauftragnehmers anhand der gleichen Angaben und Nachweise zu prüfen ist, wie die Eignung des Hauptbieters. Denn in der entsprechenden Formulierung heißt es, dass hinsichtlich der „Eignung“ dieselben Anforderungen für den Bieter gelten, nicht jedoch, dass hinsichtlich der „Anforderung von Eignungsunterlagen“ dieselben Anforderungen wie für den Bieter gelten.

Allein aus dieser Formulierung kann nach Auffassung der Vergabekammer nicht hergeleitet werden, dass die Vergabestelle für den Nachunternehmer die gleichen Eignungsnachweise anfordern muss wie für den Hauptbieter.

Im Übrigen sei zu beachten, dass bestimmte Nachweise zwar hinsichtlich eines Hauptbieters von erheblicher Bedeutung sein können, nicht jedoch auch in gleichem Maße betreffend den potenziellen Nachunternehmer.

Schließlich betont die Vergabekammer, dass eine Nachforderung von entsprechenden Nachweisen des Unterauftragnehmers be-

reits deshalb unzulässig sei, wenn diesbezüglich keine Angaben in der Bekanntmachung gemacht wurden.

---

### **§ 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A grundsätzlich nicht bieterschützend**

---

Im Zusammenhang mit der im Einzelfall gem. § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A vorzunehmenden Prüfung der Auskömmllichkeit eines Angebotes macht die Vergabekammer deutlich, dass diese Vorschrift grundsätzlich keine bieterschützende Wirkung hat.

Ein Antragsteller könne in aller Regel den Zuschlag auf ein (mögliches) Unterkostenangebot eines anderen Bieters nicht mit dem Nachprüfungsantrag verhindern.

---

### **Kriterien für die Beurteilung der „Auskömmllichkeit“ des Angebots**

---

Unter Verweis auf die Rechtsprechung des OLG Koblenz betont die Kammer, dass die Ausnahmen, die nach der Spruchpraxis der Vergabekammern und der Rechtsprechung der Vergabesenate in Betracht kommen könnten, „eher theoretischer Natur“ seien.

Die bieterschützende Wirkung sei lediglich bei Absicht eines Unternehmens möglich, einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber gänzlich vom Markt – also nicht nur aus einer einzelnen Auftragsvergabe – zu verdrängen oder bei der Möglichkeit, dass der vorgesehene Auftragnehmer aufgrund der unauskömmllichen Preisgestaltung bei der



Ausführung des Auftrags voraussichtlich in so große Schwierigkeiten kommen werde, dass er die Ausführung abbrechen müsse.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt  
[Dr. Ralf Gruneberg](#)

[Büro Köln](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

## [ERGÄNZUNG EINER VERGABEAKTE ALS STRAFBARE URKUNDENFÄLSCHUNG?]

Der 1. Strafsenat des OLG Jena hat sich in einem Beschluss vom 23.06.2009 (1 WS 222/09) mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen nachträgliche Ergänzungen einer Vergabeakte als strafbare Urkundenfälschung anzusehen sind.

In dem zu beurteilenden Fall waren im Zuge von Ermittlungen im Zusammenhang mit der Vergabe der Errichtung einer Abfallbehandlungsanlage die Vergabeakten beschlagnahmt worden. Dabei wurde festgestellt, dass durch die Vergabestelle nachträglich einige rückdatierte Vermerke in die Vergabeakte eingefügt worden waren.

### Einfügung von Dokumenten als Anknüpfungspunkt?

Die Ergänzung erfolgte vor der Entscheidung des zuständigen Organs der Vergabestelle über die Zuschlagserteilung und noch zeit-

lich vor dem Nachprüfungsantrag. Die zuständige Staatsanwaltschaft Erfurt sah in dieser nachträglichen Ergänzung der Vergabeakte eine strafbare Urkundenfälschung. Dabei stellte die Staatsanwaltschaft nicht auf die unrichtige Datierung der Vermerke, sondern allein auf die Tatsache der nachträglichen Einfügung ab. Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft handelt es sich bei einer Vergabeakte um eine sog. Gesamtkunde, die zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens den Erklärungsinhalt ihrer Vollständigkeit habe und durch nachträglich einsortierte Ergänzungen verfälscht werde.

### Instanzgerichte lehnen Verfahrenseröffnung ab

Nachdem die Staatsanwaltschaft Anklage erhoben hatte, lehnten sowohl das Landgericht Meiningen, als auch das OLG Jena die Eröffnung des Verfahrens aus Rechtsgründen ab.

Der Straftatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) schützt nicht den Glauben an die inhaltliche Richtigkeit einer Urkunde, sondern nur an ihre Echtheit, also daran, dass die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen vom erkennbaren Aussteller stammen. Der Aussteller kann eine Urkunde nur verfälschen, indem er sie zu einem Zeitpunkt ändert, indem er keine (alleinige) Verfügungsbefugnis mehr über die Urkunde hat.

Im beurteilten Fall war nach Auffassung des OLG die Urkunde „Vergabeakte“ zum Zeit-



punkt der Ergänzung noch gar nicht fertig gestellt, sondern befand sich noch in der Kompilationsphase.

Das Gericht führt aus, dass es ausreichend sei, die Vergabeakte zusammenzustellen, wenn die Vergabekammer zur Vorlage auffordert. Es kann nicht beanstandet werden, wenn die Vergabeakten erst dann kompiliert werden.

Bis zur Abgabe der Akten an die Vergabekammer konnte die Vergabestelle noch über den Inhalt der Akten disponieren.

---

### **Bis zur Abgabe an Vergabekammer Disposition über Akteninhalt möglich**

---

Das OLG betont, dass es keine Vorschriften darüber gibt, wie eine Vergabeakte zu führen ist. Eine streng chronologische Ordnung ist nicht vorgegeben.

Ob Vergabeakten eine sog. Gesamturkunde darstellen können, ist nach Auffassung des OLG von ihrer Gestaltung im Einzelfall abhängig. Eine Gesamturkunde kann nur vorliegen, wenn die Einzelurkunden körperlich oder zumindest durch chronologische Ordnung und lückenlose Paginierung verbunden sind und der Gesamtheit ein zusätzlicher Erklärungsinhalt zukommt. Diese Voraussetzungen lagen in dem zu beurteilenden Fall nicht vor.

Das OLG hat weiterhin entschieden, dass Veränderungen in Vergabeakten nicht als

Falschbeurkundung im Amt nach § 348 StGB strafbar sind, weil es sich bei Vergabeakten nicht um „öffentliche Urkunden“ i.S.d. Vorschrift handelt.

---

### **Hinweise zur Zusammenstellung von Vergabeakten**

---

Diese strafrechtliche Entscheidung des OLG Jena darf nicht dazu verleiten, bei der Dokumentation eines Vergabeverfahrens und der Erstellung des Vergabevermerks die notwendige Sorgfalt fehlen zu lassen. Das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB) verpflichtet zur nachvollziehbaren Dokumentation des Vergabeverfahrens. § 30 a VOB/A verpflichtet die Vergabestelle, über die Vergabe zeitnah einen Vermerk zu fertigen, der die einzelnen Stufen des Verfahrens, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen enthält. § 30 Nr. 1 VOL/A enthält eine entsprechende Regelung.

Nach der vergaberechtlichen Spruchpraxis hat die Dokumentation das laufende Vergabeverfahren zu begleiten und zeitnah mit dessen Phasen zu erfolgen. Es ist nicht ausreichend, wenn ein Vergabevermerk erst im zeitlichen Zusammenhang mit der eigentlichen Vergabeentscheidung erstellt wird. Vielmehr sind die im laufenden Verfahren zu treffenden Entscheidungen zeitnah zu dokumentieren.

Gefordert wird von den Vergabekammern teilweise ausdrücklich, dass die einzelnen



Vergabevermerke zu Beweis Zwecken zu datieren und vom zuständigen Bearbeiter zu unterschreiben sind.

Unabhängig von der strafrechtlichen Beurteilung können Dokumentationsmängel dazu führen, dass ein Nachprüfungsantrag bereits aus diesem Grund Erfolg hat. So z.B. wenn die Vergabekammer nicht nachvollziehen kann, wer, wann und aus welchen Gründen welche Entscheidungen getroffen hat. Dies kann bedeuten, dass das Vergabeverfahren von dem Zeitpunkt an zu wiederholen ist, in dem Entscheidungen nicht ordnungsgemäß dokumentiert wurden.

---

### **Hinweise zu Dokumentation der Schritte und der Zusammenstellung der Akte**

---

[GGSC] empfiehlt daher in der vergaberechtlichen Beratungspraxis die zeitnahe Dokumentation aller wesentlichen Entscheidungen durch entsprechende Vermerke. Die Zusammenstellung der einzelnen Vermerke und der sonstigen, das Vergabeverfahren dokumentierenden Schriftstücke (z. B. Bieterkorrespondenz, Wertungsberichte, etc.) kann dann im Einklang mit der Rechtsprechung am Ende des Vergabeverfahrens erfolgen. Dabei sollte sich die Vergabestelle beim Aufbau der Vergabeakte vom Ziel der Übersichtlichkeit und Nachvollziehbarkeit leiten lassen. Eine strikt chronologische Ordnung wird dafür vielfach nicht hilfreich sein.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt  
[Wolfgang Siederer](#)



Rechtsanwältin  
[Caroline v. Bechtolsheim](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

## **[GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]**

**Rechtsanwalt Jens Kröcher**

**Steigern der Flexibilität / Ausschreibungs- und Vergabeverfahren / Ausschreibungspflichten**

12.05.2010 in Essen

10.11.2010 in Berlin

[VKS im VKU-Seminar](#): Die Rahmenvereinbarung als Instrument der strategischen Beschaffung