



[GGSC]

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

Vergabe Newsletter

Februar 2019

Liebe Mandantschaft, sehr geehrte Damen und Herren,

in der Hoffnung, dass Sie gut in das neue Jahr gestartet sind, präsentieren wir Ihnen wieder eine Auswahl von Berichten aus unserer Beratungspraxis.

Für Ihre Jahresplanung notieren Sie sich bitte bereits den Termin des kommenden [GGSC] Infoseminars „Erfahrungsaustausch Kommunale Abfallwirtschaft“.

21. [GGSC] Infoseminar „Erfahrungsaustausch Kommunale Abfallwirtschaft“ am 13. und 14. Juni 2019 in Berlin

[-> Programm](#)

[-> Online Anmeldung](#)

Dabei freuen wir uns übrigens besonders, wenn Sie bereits am Vorabend des Infoseminars (12. Juni 2019) in Berlin sind und gemeinsam mit [GGSC] am sog. „Staffellauf“ durch den Tiergarten teilnehmen (nähere Informationen unter „[GGSC] auf Veranstaltungen“).

Eine anregende Lektüre wünscht

Ihr [GGSC] Vergabeteam

DIE THEMEN DIESER AUSGABE

- [Aktuelle Kurzmeldungen zur VOB/A 2019 und zum EU-Vertragsverletzungsverfahren i.S. Planervergaben](#)
- [UVgO: Umsetzungsstand und Bedeutung für öffentliche Auftraggeber](#)
- [Grundlegende EuGH-Entscheidung zu Rahmenvereinbarungen](#)
- [Ausschluss von Kartellanten bei Entsorgungsausschreibungen](#)
- [Abgrenzung gemischter Leistungen – Entscheidend für die Wahl des richtigen Vergabeverfahrens](#)
- [Zur Zulässigkeit der Vorgabe von Festpreisen](#)
- [\[GGSC\] auf Veranstaltungen](#)
- [\[GGSC\] Seminare](#)
- [\[GGSC\] Veröffentlichungen](#)
- [\[GGSC\] Online](#)



[AKTUELLE KURZMELDUNGEN ZUR VOB/A 2019 UND ZUM EU-VERTRAGSVERLETZUNGSVERFAHREN I.S. PLANERVERGABEN]

Es tut sich wieder einiges im Vergaberecht. Wir wollen nicht versäumen, Sie einleitend auf zwei Neuerungen/Entwicklungen – von Interesse v.a. im Baubereich – hinzuweisen:

Aktuelle Kurzmeldung 1: Veröffentlichung der VOB/A 2019 im Bundesanzeiger

Am 19. Februar 2019 wurde die Neufassung der VOB/A in den Abschnitten 1 bis 3 veröffentlicht. Wichtig ist für die Vergabestellen v.a. die – vorübergehende – Anhebung der Wertgrenzen für Bauvorhaben, die Wohnzwecken dienen sollen: Dafür wurden die Wertgrenzen für die freihändige Vergabe bis zu einem Auftragswert von 100.000,- €, für beschränkte Ausschreibungen bis zu einem Auftragswert von 1.000.000,- € pro Gewerk angehoben – wenn auch nur befristet bis 31.12.2021. Außerdem soll an zentraler Stelle der Vergabeunterlagen wieder eine abschließende Liste mit den vorzulegenden Unterlagen eingefügt werden.

Weitere Neuerungen betreffen die Zuschlagskriterien (Zulässigkeit der Vorgabe personenbezogener Kriterien), die Zulassung der Vorgabe von Festpreisen, ergänzende Regelungen zur e-Vergabe, zur Abforderung von Eignungsnachweisen bzw. dem Verzicht

darauf, der Nachforderung von Unterlagen und der Selbstreinigung. Auf Bundesebene ist offenbar für den 01.03.2019 ein Einführungs-erlass durch das Bundesbauministerium im Gemeinsamen Ministerialblatt des Bundes geplant, dem sich auch weitere Erläuterungen v.a. zu den o.g. Änderungen bei Bauvorhaben zu Wohnzwecken entnehmen lassen sollen.

Für die Unterschwellenvergaben müssen Anwendungsvorgaben auf Landesebene erlassen werden, damit der erste Abschnitt im jeweiligen Bundesland verbindlich wird (z.B. Landesvergabegesetze). Für Interessierte schon einmal der Link zur -> [Veröffentlichung](#).

Wir werden weiter berichten!

Aktuelle Kurzmeldung 2: Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission i.S. Wertberechnung Planerleistungen

Mit Schreiben vom 24.01.2019 hat die EU-Kommission mehrere Mitgliedsstaaten, darunter auch die Bundesrepublik Deutschland zur Stellungnahme i.S. Auftragswertberechnung Planervergaben gem. 3 Abs. 7 S. 2 der Vergabeverordnung (VgV) aufgefordert. Damit hat die Kommission die erste Stufe eines Vertragsverletzungsverfahrens eingeleitet. In der Aufforderung beanstandet sie, dass für die Ermittlung des Gesamtauftragswerts von Planungsleistungen nur der Wert



der Lose „gleichartiger“ Leistungen zu addieren ist. Sie wertet diese Vorgabe als Verstoß gegen Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 2014/24:

Danach soll der geschätzte Gesamtwert aller Lose zusammenzurechnen sein. An einer Ausnahmeregelung für die Vergabe von Planerleistungen fehle es dagegen. Die Bundesrepublik muss nun – wie die anderen EU-Mitgliedsstaaten auch – innerhalb von zwei Monaten reagieren.

Auch hier gilt: Wir werden weiter berichten!

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwältin und
Fachanwältin für
Vergaberecht

[Caroline von Bechtolsheim](#)

und



Rechtsanwalt

[Dr. Sebastian Schattenfroh](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[UVGO: UMSETZUNGSSTAND UND BEDEUTUNG FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRAGGEBER]

Nachfolgerin der Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A) ist die am 07.02.2017 im Bundesanzeiger bekanntgemachte Unterschwellenvergabeordnung (kurz „UVgO“).

Öffentliche Auftraggeber müssen die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte aber nur dann an den Vorgaben der UVgO ausrichten, wenn diese landesrechtlich für anwendbar erklärt wurde.

Stand der Umsetzung auf Länderebene

Auf Länderebene wurde die UVgO bislang nur teilweise umgesetzt. Die Vorschrift gilt aktuell in Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und dem Saarland. Darüber hinaus ist sie im Rahmen von § 55 Bundeshaushaltsordnung anzuwenden. Im Übrigen steht die landesrechtliche Umsetzung der UVgO noch aus. Zum Teil liegen aber bereits Entwürfe vor, so z.B. in Niedersachsen.



Bedeutung für öffentliche Auftraggeber

Unterschwellenvergaben, die auf Grundlage der UVgO durchzuführen sind, unterliegen strengeren Anforderungen als öffentliche Auftragsvergaben nach VOL/A. Bei der Anwendung der UVgO müssen öffentliche Auftraggeber zum Beispiel ähnlich formalisierte Verfahrensvorgaben einhalten, wie sie im Oberschwellenbereich im GWB bzw. der Vergabeverordnung (VgV) enthalten sind. Darüber hinaus wird mit der UVgO die elektronische Kommunikation, d. h. das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten mit elektronischen Mitteln auch im Bereich der Unterschwellenvergabe obligatorisch. Weiter treffen öffentliche Auftraggeber erweiterte Bekanntmachungspflichten.

Öffentliche Auftraggeber, die bei der Durchführung von Unterschwellenvergaben die Regelungen der UVgO beachten müssen, sollten ihre verwaltungsinternen Vergaberichtlinien auf Aktualität prüfen und ggf. an die erweiterten Verfahrensvorgaben anpassen. Eine Richtlinie, in der die Grundlagen des Vergabeverfahrens nach UVgO erläutert und praxisnah dargestellt werden, hilft Vergabestellen, die Vielzahl an Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich effizient und vor allem rechtssicher durchzuführen.

[GGSC] verfügt über eine langjährige Expertise in der Beratung von öffentlichen Auftraggebern bei Vergaben im Ober- und Unterschwellenbereich, wozu auch die Erstellung und Überarbeitung von verwaltungsinternen Vergaberichtlinien zählt.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwältin
[Katrin Jänicke](#)
und



Rechtsanwalt
[Dr. Manuel Schwind](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GRUNDLEGENDE EUGH-ENTSCHEIDUNG ZU RAHMENVEREINBARUNGEN]

Der EuGH hat zwei grundlegende Fragestellungen zum Thema Rahmenvereinbarung entschieden.

So dürfen öffentliche Auftraggeber auch dann Einzelaufträge auf Grundlage einer Rahmenvereinbarung abschließen, wenn sie an deren Unterzeichnung nicht bereits beteiligt waren, solange die Anforderungen an die Publizität, die Rechtssicherheit und die Transparenz ein-



gehalten werden. Zudem muss die Rahmenvereinbarung unter Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz von Anbeginn an die Gesamtmenge der Lieferungen und Dienstleistungen bestimmen, in die sich die Einzelaufträge einfügen können.

Zulässigkeit der nachträglichen Beteiligung an einer Rahmenvereinbarung

Der EuGH (Urteil vom 19.12.2018, Rs. C-216/17) sah sich zunächst mit der Frage konfrontiert, ob öffentliche Auftraggeber, die im Begriff sind, eine Rahmenvereinbarung mit einem Wirtschaftsteilnehmer zu schließen, anderen öffentlichen Auftraggebern künftig den Zugang zu dieser Rahmenvereinbarung eröffnen dürfen.

Dem Urteil lag noch die alte Rechtslage zugrunde. Gemäß Art. 32 Abs. 2 UAbs. 2 der RL 2004/18/EG durften Aufträge, die auf einer Rahmenvereinbarung beruhen (sog. Einzelaufträge), nur zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Wirtschaftsteilnehmern geschlossen werden, die von Anbeginn an der Rahmenvereinbarung beteiligt waren. Der Wortlaut des Art. 32 Abs. 2 UAbs. 2 Satz 2 der RL 2004/18/EG ist mehrdeutig.

Der EuGH legte die Norm dergestalt aus, dass das Erfordernis, von Anbeginn an der Rahmenvereinbarung beteiligt gewesen zu

sein, nur für den Wirtschaftsteilnehmer gilt, nicht jedoch für den öffentlichen Auftraggeber. Das Gericht begründete seine Auffassung mit dem Ziel der Regelung, die Effizienz des öffentlichen Beschaffungswesens zu verbessern, indem durch den Rückgriff auf Rahmenverträge Sammelbestellungen bei öffentlichen Aufträgen gefördert würden, um Skaleneffekte zu erzielen. Diese Sichtweise hat mittlerweile ihren Niederschlag in Art. 33 Abs. 2 UAbs. 2 der RL 2014/24/EU gefunden, sodass die Unklarheit nach aktueller Rechtslage beseitigt ist.

Dementsprechend dürfen andere öffentliche Auftraggeber, auch wenn sie nicht bereits an der Unterzeichnung der Rahmenvereinbarung beteiligt waren, auf deren Grundlage einen Einzelauftrag abschließen. Voraussetzung ist jedoch die Einhaltung der Anforderungen an die Publizität, die Rechtssicherheit und die Transparenz. Dem wird entsprochen, wenn der andere öffentliche Auftraggeber als potenzieller Nutznießer der Rahmenvereinbarung eindeutig und ausdrücklich in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen – in der Rahmenvereinbarung selbst oder in einem anderen Dokument wie einer Erweiterungsklausel – genannt wird, damit die interessierten Wirtschaftsteilnehmer hiervon Kenntnis erhalten.



Verpflichtung zur Angabe der Höchstmengen in einer Rahmenvereinbarung

Daneben setzte sich der EuGH mit der Frage auseinander, ob in einer Rahmenvereinbarung bereits die Höchstmengen anzugeben sind, die Gegenstand von Einzelaufträgen sein können.

Art. 1 Abs. 5 der RL 2004/18/EG (jetzt Art. 33 Abs. 1 UAbs. 2 der RL 2014/24/EU) definiert den Begriff „Rahmenvereinbarung“ als eine Vereinbarung mit dem Ziel, die Bedingungen für die Einzelaufträge, insbesondere in Bezug auf gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge, festzulegen. Der EuGH vertritt in seinem Urteil die Ansicht, dass der Begriff „gegebenenfalls“ nach dem Sinn und Zweck der Regelung nicht ausdrücken solle, dass die Angabe der Mengen der Leistungen nur fakultativ sei. Vielmehr müsse die Rahmenvereinbarung von Anbeginn an die Höchstmenge der Lieferungen und Dienstleistungen, die Gegenstand der Einzelaufträge sein könnten, bestimmen. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verlangten, alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder in den Verbindungsunterlagen klar, genau und eindeutig zu formulieren. Andernfalls bestünde die Gefahr,

dass das Instrument der Rahmenvereinbarung missbräuchlich angewendet würde, um den Wettbewerb zu behindern, einzuschränken oder zu verfälschen.

Demzufolge muss der öffentliche Auftraggeber auch die Gesamtmenge angeben, in die sich die Einzelaufträge einfügen können. Laut dem EuGH reicht es hierbei nicht aus, lediglich auf den „normalen Bedarf“ potentieller anderer öffentlicher Auftraggeber zu verweisen, weil die Gesamtmenge der Dienstleistungen, die dieser „normale Bedarf“ darstellt, nicht jedem interessierten Wirtschaftsteilnehmer – insbesondere nicht solchen, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind – bekannt ist.

[GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren. Das Instrument der Rahmenvereinbarung hat sich dabei bei wiederkehrendem Beschaffungsbedarf bewährt und zu sehr guten wirtschaftlichen Ergebnissen geführt.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Jens Kröcher](#)

und



Rechtsanwältin
Daniela Weber

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[AUSSCHLUSS VON KARTELLANTEN BEI ENTSORGUNGSAUSSCHREIBUN- GEN]

Auch die Entsorgungsbranche ist nicht verschont von Kartellen. Bekannt ist z.B. das sog. LKW-Kartell, das mutmaßlich zu überhöhten Preisen auch für Entsorgungsfahrzeuge bestimmter Hersteller und entsprechenden Schadenersatz-Forderungen kommunaler Entsorger geführt hat. [GGSC] hat an dieser Stelle darüber bereits wiederholt berichtet. Auch ist die Branche gespannt auf die Ergebnisse der aktuellen Untersuchungen des Bundeskartellamtes im Entsorgungsbe-
reich.

EuGH fordert aktive Zusammenarbeit des Kartellanten

Ein aktuelles Urteil des EuGH gibt Anlass, an die möglichen Auswirkungen eines Kartellverstoßes auf nachfolgende Ausschreibungen zu erinnern. Seit der letzten umfassenden Vergaberechtsnovelle bestehen hier neben den zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen (§§ 123, 124 GWB) für Fehlverhalten im Zusammenhang mit einer Kartellbildung auch Regelungen zur sog. Selbstreinigung und zu dem Zeitraum, für den ein Unternehmen bei ausbleibender Selbstreinigung von nachgehenden Ausschreibungen ausgeschlossen sein kann (vgl. §§ 125, 126 GWB).

Der EuGH hat mit seiner Entscheidung vom 24.10.2018 (Rs. C-124/17 – „Vossloh Laeis“) klargestellt, dass ein Kartellant „eine aktive Zusammenarbeit auch mit dem öffentlichen Auftraggeber“ erkennen lassen muss, um den „Nachweis der Wiederherstellung seiner Zuverlässigkeit zu erbringen“.

[GGSC] unterstützt öRE und andere öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Ausschreibungen von Beschaffungen und Dienstleistungen in der Entsorgungsbranche.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwalt
[Dr. Manuel Schwind](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[ABGRENZUNG GEMISCHTER LEISTUNGEN – ENTSCHEIDEND FÜR DIE WAHL DES RICHTIGEN VERGABEVERFAHRENS]

Vor der Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens haben öffentliche Auftraggeber verschiedene Fragen zu klären. Von großer Bedeutung ist dabei regelmäßig zunächst die Frage, ob es sich um eine Ober- oder Untertstellenvergabe handelt. Die sog. Schwellenwerte beziehen sich auf die Höhe des Auftragswertes. Oberhalb dieser Werte muss eine Ausschreibung europaweit erfolgen, darunter wird ein Auftrag national ausgeschrieben.

Abhängig von dem Gegenstand der Leistungen gelten unterschiedliche Schwellenwerte, die sich in ihrer Höhe z.T. deutlich unterscheiden.

So liegt der Schwellenwert für allgemeine Liefer- und Dienstleistungsaufträge bei 221.000,00 €, während der für Bauaufträge bei 5.548.000,00 € liegt.

Das geschätzte Auftragsvolumen und der Gegenstand des öffentlichen Auftrags sind daher entscheidend für die Wahl des richtigen Vergabeverfahrens. Folglich ist die korrekte Bestimmung des Gegenstandes der Beschaffung von maßgeblicher Bedeutung. Dies kann bisweilen, insbesondere bei gemischten (Bau-

/Liefer-)leistungen, erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Dies verdeutlicht nicht zuletzt die aktuelle Entscheidung der Vergabekammer Rheinland (Beschluss vom 12.11.2018 – VK K 42/18 L).

Abzustellen ist auf den Hauptgegenstand der Leistung

Die VK Rheinland hatte jüngst über die Frage der Abgrenzung von Liefer- und Dienstleistungen sowie Bauleistungen bei Elektroinstallationsarbeiten zu entscheiden. Im maßgebenden Fall hatte der unterliegende Antragsgegner die Errichtung eines digitalen Programmersystems für die nichtpolizeiliche Gefahrenabwehr in seinem Kreisgebiet national nach VOB/A ausgeschrieben. Die Vergabe sollte die Beschaffung (Kauf), Montage, Aufbau und Einführung einer vollständigen Digitalalarm-Infrastruktur einschließlich der leitstellenseitigen Systembestandteile und über die Anforderung der TR-BOS hinausgehenden Sonderfunktionalitäten umfassen.

Die Antragstellerin rügte u.a. die Wahl des Vergabeverfahrens. Sie führte aus, dass es sich bei der Beschaffung eindeutig um eine Liefer- bzw. Dienstleistung handele, die sich nach den Vorschriften der VgV richte. Der Antragsgegner erwiderte, die Wahl des Vergabeverfahrens nach VOB/A sei geboten, weil der



Schwerpunkt der Beschaffung in Bauleistungen liege. Wertmäßig überwiege der Anteil der Bauleistungen dem der Lieferleistungen.

Die Vergabekammer erteilte der Auffassung des Antragsgegners eine Absage. Für die Frage, ob ein Auftrag als Liefer- und Dienstleistungsauftrag oder als Bauauftrag einzuordnen sei, sei gemäß § 110 Abs. 1 GWB auf den Hauptgegenstand des Auftrags abzustellen. Hauptgegenstand des Auftrags sind die Leistungen, die den Auftrag als solchen prägen, und nicht nur Verpflichtungen untergeordneter oder ergänzender Art, die zwingend aus dem eigentlichen Gegenstand des Auftrags folgen. Die mit der Lieferung der Hard- und Software verbundenen Installationen und Einbauten seien jedoch nicht Schwerpunkt der Beschaffung. Denn es handele sich nicht um Baumaßnahmen, die der Funktionsfähigkeit und Sicherheit des Gebäudes dienen. Schwerpunkt des Auftrags sei die Ausstattung der Einsatzleitstelle mit der Infrastruktur für die digitale Alarmierungstechnik.

Die Montage der Technik, die mit Arbeiten wie u.a. Stemm- und Schlitzarbeiten, Kabeldurchbrüchen, Verlegung und Anschluss neuer Kabeltrassen, Verschrauben von Schränken an Wänden in und an den vorhandenen Gebäuden, Gebäudeteilen oder Masten verbunden sei, stelle zwar eine wichtige, jedoch eine untergeordnete Leistung dar. Sie trage zur

Funktionsfähigkeit der neuen Alarmierungstechnik bei, sei hingegen nicht der Hauptbestandteil der Beschaffung. Dies gelte umso mehr, wenn der Antragsgegner bestimmte Serienprodukte ausdrücklich vorschreibt, die nicht speziell für ein bestimmtes Gebäude angefertigt werden müssen, sondern genauso in einem anderen Gebäude Verwendung finden können. Allein aus der Kostenberechnung der jeweiligen Leistungen lasse sich nicht ableiten, was der Hauptgegenstand des Auftrags ist.

Bedeutung für die Praxis

Der Fall unterstreicht die Bedeutung einer sorgfältigen Prüfung des Gegenstandes der zu beschaffenden Leistungen im Vorfeld eines Ausschreibungsverfahrens. Der Ausschreibungsgegenstand bestimmt die Höhe des Schwellenwerts, bei dessen Überschreiten das Erfordernis einer EU-weiten Ausschreibung besteht. Die Wahl des falschen Ausschreibungsverfahrens birgt das Risiko einer rechtlichen Nachprüfung durch die zuständige Vergabekammer und kann ggf. zur Aufhebung des Ausschreibungsverfahrens führen.

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



Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[ZUR ZULÄSSIGKEIT DER VORGABE VON FESTPREISEN]

Die VK Berlin hat in einem Beschluss aus dem Jahr 2017 zu der Frage Stellung bezogen, ob ein von dem öffentlichen Auftraggeber in der Ausschreibung vorgeschriebener Festpreis, eine für den Bieter unzumutbare Vorgabe darstellt. Dies hat die Kammer abgelehnt und klargestellt, dass ein Bieter keinen Anspruch auf einen bestimmten, aus Sicht des Bieters angemessenen Festpreis hat (VK Berlin, Beschluss v. 05.01.2017, Az.: VK B 1-34/16).

Der Entscheidung lag ein Vergabeverfahren bzgl. der Versorgung Berliner Schulen mit Mittagessen zugrunde. Der öffentliche Auftraggeber setzte im Rahmen der Angebotsaufforderung einen Festpreis von 3,25 € brutto pro Mittagessen fest. Dies in rechtmäßiger Weise befand die VK Berlin. Die Auffassung der Antragstellerin (AS), nach der der Festpreis

aufgrund einer Mindestloohnerhöhung ebenfalls zu erhöhen gewesen sei, teilte die Kammer jedenfalls nicht.

Eine Festpreisvorgabe in der Ausschreibung macht die Kalkulation für Bieter nicht unzumutbar

Die Kammer führte hierzu aus, dass das Verbot, Bietern oder Auftragnehmern (AN) in der Leistungsbeschreibung oder in den sonstigen Vertragsunterlagen ungewöhnliche Wagnisse aufzubürden grundsätzlich nicht mehr bestehe. Nach aktueller Rechtsprechung könnten Regelungen im Einzelfall nur noch unter dem Gesichtspunkt der (Un-) Zumutbarkeit einer für Bieter oder AN kaufmännisch vernünftigen Kalkulation gerügt werden. Vertragsbedingungen, die nach früherer Rechtslage als ungewöhnliches Wagnis angesehen worden seien, seien jedenfalls nicht mehr zwingend unzumutbar. Entsprechend der Rechtsprechung des OLG München (Beschluss v. 06.08.2012) sei vielmehr die Einhaltung zivilrechtlicher Grundsätze maßgeblich, welche einen Missbrauch der Nachfragemacht der öffentlichen AG missbilligen würden.

Vorgaben in den Unterlagen, aufgrund derer eine Kalkulation für Bieter/AN unzumutbar werde (z. B. durch Unklarheiten in den Leistungsbeschreibungen) seien vorliegend jedoch nicht ersichtlich. Alle kalkulationsrele-



vanten Bedingungen i. S. v. § 31 VgV seien bekannt und eine Kalkulation vom vorgegebenen Endpreis her deshalb unproblematisch möglich gewesen. Der Festpreis stelle lediglich eine zulässig vorgegebene Rahmenbedingung dar. Die Bestimmung des Beschaffungsbedarfs sei schließlich alleiniges Recht des öffentlichen Auftraggebers. Es liege in der Risikosphäre des Unternehmens, ob dieses bereit sei ein den Bedingungen entsprechendes Angebot abzugeben. Hieran ändere auch eine Lohnkostenerhöhung nichts. Das Risiko, ob überhaupt ein die Leistungsbeschreibungen erfüllendes Angebot abgegeben werde, trage demgegenüber der AG.

Rein begrifflich schon kein Vergaberechtsverstoß

Zudem begründe die Unzumutbarkeit der Kalkulation schon rein begrifflich keinen Vergaberechtsverstoß. Mögliche Gewinnschmälerungen, Imageschädigungen bzw. geringere Zuschlagschancen, die entstehen könnten, weil Bieter aufgrund der Festpreisvorgabe ein Angebot (z. B. mit einem weniger kostenaufwändigen Verpflegungssystem oder geringeren Bioanteil) abgeben könnten, welches ihren eigenen Ansprüchen nicht gerecht werde, würden das Leistungsbestimmungsrecht des AG (Stichwort Vertragsfreiheit) unberührt lassen.

Bedeutung für die Praxis

Die Vergabekammer Berlin hat sich damit ausdrücklich zu der Frage der Zulässigkeit von Festpreisvorgaben geäußert. Die zitierte Entscheidung dürfte daher zukünftig eine wichtige Grundlage für die Auslegung von § 58 Abs. 2 S.3 VgV darstellen.

Darüber hinaus sollte sich das Risiko einer Aufhebung des Verfahrens für die Vergabestelle wegen einer Festpreisvorgabe in der Ausschreibung angesichts dieser Entscheidung deutlich reduziert haben.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



und
Rechtsanwältin
[Isabelle-K. Charlier, M.E.S.](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]

Rechtsanwalt Prof. Hartmut Gaßner
Das neue Verpackungsgesetz
Berliner Recycling- und Rohstoffkonferenz
[11./12.03.2019 in Berlin](#)



[GGSC SEMINARE]

21. [GGSC] Infoseminar „Erfahrungsaustausch Kommunale Abfallwirtschaft“
am 13. und 14. Juni 2019 in Berlin

[-> Programm](#)

[-> online Anmeldung](#)

Am Vorabend des Infoseminars (12. Juni 2019) besteht bei Interesse die Möglichkeit, gemeinsam mit [GGSC] MitarbeiterInnen am traditionellen „Staffellauf“ durch den Tiergarten teilzunehmen. [GGSC] wird mit drei Teams à 5 Personen starten, die jew. 5 km laufen. Unser Team-Motto lautet übrigens „Nicht das Laufen ist unsere Stärke!“ Wenn Sie Interesse haben, merken Sie dies bei der Anmeldung bitte kurz an.

[GGSC] Projektentwicklungstag - Nachverdichtung, die Stadt rückt zusammen

am 22.05.2019 in Berlin

[-> Programm](#)

Wir laden Sie herzlich zu unserem Projektentwicklungstag am 22. Mai 2019 in Berlin ein. Das Seminar veranstalten wir in Kooperation mit KURS und GUT - Berliner Fachseminare.

[GGSC-VERÖFFENTLICHUNGEN]

In der Ausgabe der Zeitschrift Müll und Abfall (Heft 12/2018, Seite 648) finden sich Beiträge von [GGSC] RechtsanwältInnen zu folgendem Thema:

- Bundesverwaltungsgericht zum Klage-recht des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers gegen gewerbliche Sammlungen
- Sächsisches OVG zur Zulässigkeit und zu den Voraussetzungen der Erhebung von „Verwertungsgebühren“
- VG Braunschweig zu Stellflächen für Alt-kleidersammelcontainer

Rechtsanwältin [Caroline von Bechtolsheim](#)
„Strategien zur Verringerung von Fremd-stoffen kommunaler Bioabfälle“
Müll und Abfall 2018, Heft 12, 620-625



[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

Abfall Newsletter

Januar 2019

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Umsetzung Verpackungsgesetz: Wie geht es weiter?
- VerpackG: Verwertungsnachweise PPK ohne Quotierung
- VerpackG: Ein Systembetreiber je ÖRE

Vergabe Newsletter

November 2018

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Seit 18. Oktober 2018 gilt: Elektronische Vergabe uneingeschränkt
- Spekulieren nicht gestattet
- Eignungskriterien – Verweis auf die Vergabeunterlagen zulässig?
- Ausschluss bei vorzeitiger Kündigung früherer Verträge

Energie Newsletter

Juni 2018

Einige Themen dieser Ausgabe:

- DSGVO in Kraft getreten
- Optimierung der Wirtschaftlichkeit von Solaranlagen – Hinweis der Clearingstelle zur 750-kW-Grenze veröffentlicht
- Clearingstelle klärt weitere Rechtsfragen zum Mieterstromzuschlag

[HINWEIS AUF KOMMUNALWIRTSCHAFT.DE]

Wir erlauben uns, Sie auf das Angebot der apm³ GmbH bzw. der Akademie Dr. Obladen hinzuweisen, dass Sie im Internet unter www.kommunalwirtschaft.eu finden. Auf der Seite finden Sie regelmäßig Neuigkeiten von [GGSC] zu abfall- und vergaberechtlichen Fragestellungen – klicken Sie dort auf die Kategorie „Recht [GGSC]“. Wenn Sie tagesaktuelle Informationen wünschen, bestellen Sie dort den (kostenlosen) „Tagesanzeiger“.

