



[GGSC]

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

Vergabe Newsletter

September 2019

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

weiter geht's mit der HOAI – die ersten Gerichtsurteile liegen vor und jetzt hat sich auch die VK Bund geäußert ...

Außerdem liegt jetzt dem EuGH eine Grundsatzfrage zur interkommunalen Kooperation vor.

Wie immer ist es uns ein Anliegen, Sie über aktuelle Diskussionen auf dem Laufenden zu halten.

Eine anregende Lektüre wünscht
Ihr [GGSC] Vergabeteam

Veranstaltungshinweis, bitte vormerken:

Entsorgungsvergaben 2019

6.11.2019 in Bremen

[-> zum Programm](#)

Kooperationsveranstaltung
[GGSC]/Akademie Obladen

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [Leistung gegen Entgelt: Reicht das für eine vergabefreie interkommunale Kooperation nach § 108 Abs. 6 GWB?](#)
- [VK Bund zur HOAI - Verbot der Preiswertung bei gleichzeitig anteilig festen Preisvorgaben?](#)
- [BGH: Spekulationspreise und Mischkalkulationen](#)
- [BGH: Abweichende Vertragsbestimmungen kein Ausschlussgrund](#)
- [Klärschlammverwertung – Die Krux mit dem Energiekonzept](#)
- [Zum Erfordernis der Teilloserbildung in der Abfallwirtschaft](#)
- [Mehrmengen in Dienstleistungsausschreibungen](#)
- [Weniger ist häufig mehr – keine Zuschlagsfähigkeit bei unzureichenden Kapazitäten](#)
- [GGSC] auf Veranstaltungen
- [GGSC] Veröffentlichungen
- [GGSC] Online



[LEISTUNG GEGEN ENTGELT: REICHT DAS FÜR EINE VERGABEFREIE INTER-KOMMUNALE KOOPERATION NACH § 108 ABS. 6 GWB?]

Unter welchen Voraussetzungen darf ein öffentlicher Auftraggeber einen anderen öffentlichen Auftraggeber mit der Wahrnehmung einer ihm obliegenden Aufgabe beauftragen, ohne zuvor ein Vergabeverfahren durchführen zu müssen?

Die Auslegung des hierfür maßgeblichen § 108 Abs. 6 GWB ist umstritten. Offen ist nach wie vor, wie intensiv die Kooperation zwischen den Aufgabenträgern sein muss, insbesondere ob es ausreicht, lediglich eine „Leistung gegen Entgelt“ zu erbringen.

OLG Koblenz legt Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vor

Das OLG Koblenz hat in einem derzeit anhängigen Beschwerdeverfahren genau diese Frage zu beantworten. Ein als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger (örE) tätiger Zweckverband beauftragte einen benachbarten Landkreis auf Grundlage einer Zweckvereinbarung mit der Wahrnehmung der Aufgabe der Restabfallbehandlung, da ihm keine eigenen Anlagekapazitäten zur Verfügung stehen. Für die Behandlung der Restabfälle zahlt der Zweckverband dem Landkreis ein kostendeckendes Entgelt. Der Zweckverband und der Landkreis hatten die Zweckvereinba-

rung abgeschlossen, ohne zuvor ein Vergabeverfahren durchgeführt zu haben. Ein privates Entsorgungsunternehmen sah hierin eine unzulässige Direktvergabe und beschritt den Rechtsweg.

Mit Beschluss vom 14.05.2019 hat das OLG Koblenz das Beschwerdeverfahren ausgesetzt und dem EuGH die folgende – vereinfacht dargestellte – Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt: „Ist die [dem § 108 Abs. 6 GWB zugrundeliegende] Vorschrift des Art. 12 Abs. 4 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU dahingehend auszulegen, dass eine vergabefreie Zusammenarbeit vorliegt, wenn ein örE einen anderen örE damit beauftragt, einen Teil der ihm obliegenden Entsorgungsaufgabe gegen Entgelt durchzuführen?“

Rechtsauffassung des OLG Koblenz: „Leistung gegen Entgelt“ ist keine Kooperation

In dem Vorlagebeschluss gibt das OLG Koblenz Hinweise zu seiner eigenen Rechtsauffassung. Der Vergabesenat führt aus, dass die Ausnahmegesetzvorschrift des § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB restriktiv auszulegen sei. Eine die Vergabefreiheit begründende „Zusammenarbeit“ könne jedenfalls nicht angenommen werden, wenn sich die Leistungsbeziehung zwischen den öffentlichen Auftraggebern auf das „entgeltliche Outsourcing“ eines Teils der einem Beteiligten obliegenden Aufgabe beschränke.



Notwendigkeit eines „kooperativen Konzepts“?

Notwendig sei vielmehr ein kooperatives Konzept, dem zufolge die Beiträge der Beteiligten mehr umfassen, als die Erfüllung einer den Beteiligten ohnehin obliegenden Pflicht bzw. das Leisten eines rein finanziellen Beitrages.

Das OLG Koblenz weist ergänzend darauf hin, dass eine vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit i.S.d. § 108 Abs. 6 GWB jedenfalls nicht vorliegt, wenn in der Zweckvereinbarung ein „Feigenblatt“ aufgenommen wird, „das die Blöße des Fehlens eines kooperativen Konzepts verbergen sollte“. Mit anderen Worten: Ein kooperatives Konzept könne nicht begründet werden, wenn öffentliche Auftraggeber – nur um die Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB zu erfüllen – beispielsweise Absichtserklärungen in den Vertrag aufnehmen, deren Umsetzung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses jedoch bereits ungewiss bzw. unwahrscheinlich sind.

Ausblick

Es bleibt mit Spannung zu erwarten, ob der EuGH an eine vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben weiterhin keine zu hohen Anforderungen stellt und somit an die Entscheidung in Sachen „Stadtreinigung Hamburg“ (EuGH,

Urt. v. 09.06.2009, Rs. C-480/06) anknüpft oder den Begriff der „Zusammenarbeit“ eng auslegt und einen – über die Zahlung eines Entgeltes hinausgehenden – kooperativen Beitrag fordert. Das vom Vergabesenat des OLG Koblenz angedeutete Begriffsverständnis würde jedenfalls die Möglichkeiten zulässiger kommunaler Kooperationen deutlich einschränken. Der Fokus vergabefreier Kooperationen von Aufgabenträgern würde dann verstärkt auf In-House-Lösungen liegen, deren Ausgestaltung nach der Neufassung von § 108 GWB in vielen Konstellationen zulässig ist.

[GGSC] berät und unterstützt Kommunen umfassend bei der Gestaltung interkommunaler Zusammenarbeit und In-House-Geschäften.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt und
Fachanwalt für
Vergaberecht
[Jens Kröcher](#)



und
Rechtsanwalt
[Dr. Manuel Schwind](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[VK BUND ZUR HOAI: VERBOT DER PREISWERTUNG BEI GLEICHZEITIG ANTEILIG FESTEN PREISVORGABEN?]

Aus dem Urteil des EuGH vom 04.07.2019 zur HOAI folgert die Vergabekammer Bund, dass es öffentlichen Auftraggebern verboten sein soll, „die EU-rechtswidrigen“ Vorschriften der HOAI bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen anzuwenden, wenn der Preis Zuschlagskriterium sein soll (B. v. 30.09.2019, VK 2-60/19).

Fall

Bestandteil des ausgeschriebenen (Planer-) Vertrages waren u.a. die Anlagen 5 bis 7 mit Details zur Honorarermittlung nach den Maßgaben der HOAI. Ca. 35 % des Gesamthonorars, festgelegt durch die Tafelwerte der HOAI. Gleichzeitig war als Zuschlagskriterium mit einem Gewicht von 30 % der Preis angesetzt worden, 70 % entfielen auf qualitative Kriterien. Weil der überwiegende Teil der Leistungen (ca. 65 %, s.o.) außerhalb der HOAI zu bepreisen war, sah die Vergabestelle die gewählte Vorgehensweise als unkritisch an.

Dass die „HOAI-Preise“ sich im Ergebnis nicht auf die Gesamtsummen ausgewirkt hatten, war von der Vergabestelle vorgetragen worden.

Bedeutung von Sondervorschriften des Vergaberechts?

Anders sah dies die Vergabekammer: Gerade in den festen Honorarvorgaben für einen Anteil der Preise sah die VK einen so gewichtigen Mangel, dass sie die „partielle Zurücksetzung des Verfahrens“ anordnete. Insofern hielt die VK Art. 15 der EU-Dienstleistungsrichtlinie für unmittelbar anwendbar.

Ob diese Folgerung der VK zwingend ist, bleibt abzuwarten: Dagegen ließe sich einwenden, dass es den Vergabestellen nach der Vergabekoordinierungsrichtlinie offen steht, feste Preise vorzugeben und nur nach Qualitätskriterien zu werten- auch wenn dies für Planervergaben nicht unbedingt sinnvoll ist. Hier hatte die Vergabestelle ja vorgetragen, dass sich die festen Preise gerade nicht auf die Angebotsbewertung ausgewirkt hatten.

Keine Einigkeit bei der Beurteilung von Honorarstreiten

Verwiesen sei weiter auf die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung des OLG Celle vom 17.7.2019 (14 U 188/18), wonach sich Architekten in Honorarprozessen nicht mehr auf die Über- oder Unterschreitung von Höchstätzen der HOAI berufen können soll – dies eine völlig andere Frage.



Das OLG Hamm hat dagegen am 23.07.2019 entschieden, dass in Architektenhonorarklagen auch weiterhin das verbindliche Preisrahmenrecht der HOAI Anwendung finden soll.

Man darf gespannt sein, wie's weitergeht beim Umgang mit Preisvorschriften der HOAI.

[GGSC] berät Vergabestellen bei der Durchführung von Planervergaben und hat dabei die EuGH-Entscheidung vom 4.7.2019 fest im Blick. Insoweit wird auf den hierzu ergangenen -> [Sondernewsletter](#) verwiesen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Vergabe-
recht und für Bau und
Architektenrecht
[Dr. Sebastian Schattenfroh](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BGH: SPEKULATIONSPREISE UND MISCHKALKULATIONEN]

Die öffentliche Auftragsvergabe ist geprägt von den Grundprinzipien des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung, der Transparenz sowie dem Gebot der fairen Kooperation im Vergabeverfahren. Angebote, die Spekulationspreise und/oder unzulässige Mischkalkulationen enthalten, widersprechen genau diesen Prinzipien und sind deshalb von der Angebotswertung auszuschließen.

Begriff der Spekulationspreise

Um Spekulationspreise handelt es sich bei einer Angebotsstruktur, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Ansätzen bei bestimmten Positionen auffällig hohe Ansätze bei anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses entsprechen.

Eine Mischkalkulation setzt typischerweise voraus, dass Kosten, die in einer bestimmten Position des Leistungsverzeichnisses einzukalkulieren sind, in eine andere Position inkalkuliert werden. Der BGH hat jüngst hinsichtlich Mischkalkulationen und Spekulationspreisen klargestellt, dass öffentliche Auftraggeber nach wie vor selbst bei einem im Ergebnis gleichbleibenden Endpreis grundsätzlich ein geschütztes Interesse daran haben, dass die Preise durchweg korrekt angegeben werden (BGH, Urteil vom 19.06.2018, Az.: X ZR 100/16).



Die Vergabekammer Lüneburg hat sich in seinem Beschluss vom 29.04.2019 mit einem Angebot beschäftigt, das Spekulationspreise und Mischkalkulationen beinhaltet, und diesem unter Anwendung der Rechtsprechung des BGH eine Absage erteilt (Az.: VgK-06/2019).

Spekulativ ausgestaltete Angebote sind nicht zuschlagsfähig

Im maßgebenden Fall hat der Antragsgegner Bauleistungen im Offenen Verfahren ausgeschrieben. Die Beschaffung der Leistung war mit verschiedenen Positionen beschrieben. Im Angebot der Antragstellerin fanden sich in einer Position extrem erhöhte und in einer anderen Position stark untersetzte Preise. Darüber hinaus hat die Antragstellerin u.a. ein Kostenelement, das nur für eine Position in Frage kam, in eine früher auszuführende Position verlagert.

Nach eingehender Prüfung kam der Antragsgegner zu dem Ergebnis, dass es sich um eine Mischkalkulation sowie um Spekulationspreise handelt und das Angebot daher gemäß § 16 EU Nr. 3 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen ist.

Die Vergabekammer Lüneburg gab dem Auftraggeber Recht. In seinem Beschluss hielt die Vergabekammer fest, dass ein vergaberechtswidriges Verhalten vorliegt, wenn ein Bieter den Preis für einzelne Positionen drastisch erhöht und den daraus resultierenden

höheren Gesamtpreis zur Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit seines Angebotes im Wege einer Mischkalkulation dadurch kompensiert, dass er andere Positionen mehr oder minder deutlich verbilligt.

Unzulässige Preisverlagerung

Eine solche Preisverlagerung werde bei einer Angebotsstruktur, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Ansätzen bei bestimmten Positionen auffällig hohe Ansätze bei anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses entsprechen, indiziert. Dem Bieter ist es allerdings überlassen, die Indizwirkung zu erschüttern.

Zugleich sei es allerdings weder anstößig noch vergaberechtlich unzulässig, wenn ein Bieter Unschärfen im Leistungsverzeichnis zu seinen Gunsten ausnutzt, solange er dabei nicht unredlich spekuliert. Diese Grenze war im vorliegenden Fall eindeutig überschritten, so dass die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hat.

[GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber unter anderem bei der Angebotsauswertung in Vergabeverfahren.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



und
Rechtsanwältin
Linda Reiche

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BGH: ABWEICHENDE VERTRAGSBESTIMMUNGEN KEIN AUSSCHLUSSGRUND]

Stellt ein Bieter in seinem Angebot von den Vergabeunterlagen abweichende Zahlungsbedingungen, obwohl die Unterlagen dies ausdrücklich ausschließen, entfalten diese schlicht keine Wirkung.

Ein Ausschluss des Angebots soll dann jedenfalls nicht erforderlich sein und sich auch nicht als zulässig erweisen. § 16 VOB/A soll aber selbst dann keinen Ausschluss erfordern, wenn § 1 Nr. 1 Abs. 1.3. ZVBBau nicht vorgegeben wurde: Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn der Bieter widersprüchliche Erklärung zur Geltung eigener Geschäftsbedingungen abgibt. Dann muss die Vergabestelle vor einem Ausschluss jedenfalls zuerst das Angebot aufklären (BGH, Urteil vom 18.06.2019 – X ZR 86/17).

Beifügung von eigenen AGB des Bieters deuten „erkennbar auf ein Missverständnis hin“

Konkret standen im vom BGH zu entscheidenden Fall Schadensersatzforderungen eines ausgeschlossenen Bieters in Höhe seines „positiven Interesses“, also v.a. wohl des entgangenen Gewinns im Streit. In dem Verfahren hatte die Vergabestelle Tief- und Straßenbauarbeiten im offenen Verfahren nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen ausgeschrieben. Nach Vorgabe der Vergabeunterlagen sollten unter anderem die Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ZVBBau) Bestandteil des Angebotsinhalts werden, in deren § 8 spezielle Vorgaben zur Schlusszahlung geregelt waren.

Das Angebot der Klägerin enthielt jedoch eine eigens eingefügte Klausel zur Endzahlung, die von den Regelungen in den Vergabeunterlagen abwich. Die Vergabestelle schloss ihr Angebot daher wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen aus. Dies jedoch zu Unrecht, wie der BGH nun entschied. Nach Auffassung des Gerichts deute es für den Auftraggeber erkennbar auf ein Missverständnis hin, wenn ein Bieter seinem Angebot eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) beifügt, die im Widerspruch zu den Bestimmungen der Vergabeunterlagen stehen. Die von der Klägerin eingebrachte Zahlungsmodalität habe als Abweichung von



den maßgeblichen Unterlagen nicht Vertragsbestandteil werden können, sodass ein Hinweis der Vergabestelle an die Klägerin auf den Vorrang der für die Schlusszahlung geltenden Klauseln in den ZVBBau ausreichend gewesen sei, um späteren Unstimmigkeiten vorzubeugen. Für den Ausschluss des Angebots habe es aber jedenfalls keinen Anlass gegeben.

Auch ohne ZVBBau: Bei widersprechenden Angaben im Angebotsformular Aufklärungspflicht!

Der BGH wies zusätzlich daraufhin, dass das Angebot selbst dann nicht hätte ausgeschlossen werden dürfen, wenn die ZVBBau nicht gegolten hätten: Dann soll der Ausschluss jedenfalls ausscheiden, wenn im Angebotsformular – und sei es im Vordruck – klare Erklärungen dahingehend abgegeben wurden, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen kein Angebotsbestandteil sein sollen. Werden trotzdem andere Bedingungen angebracht, muss die Vergabestelle diesen Widerspruch jedenfalls zuerst aufklären – ggf. in einem Bietergespräch.

Praxistipp

Die aktuelle Entscheidung des BGH kann für die Vergabestellen eine Erleichterung bedeuten: Attraktive Angebote müssen nicht mehr allein deswegen ausgeschlossen werden, weil sie abweichende Bedingungen zu den

Vergabeunterlagen enthalten. Die Vergabestellen sollten allerdings durch Beifügung der ZVBB oder durch Verankerung entsprechender Erklärungen im Angebotsformular Vorsorge dafür tragen, dass nicht ausgeschlossen werden muss. Bei widersprüchlichen Aussagen jenseits ZVBB ist die Vergabestelle gehalten, aufzuklären.

[GGSC] berät zahlreiche Vergabestelle bei der Ausgestaltung von Vergabeunterlagen und der Wertung von Angeboten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



und
Rechtsanwältin
Janna Birkhoff

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[KLÄRSCHLAMMVERWERTUNG – DIE KRUX MIT DEM ENERGIEKONZEPT]

Sind die Anforderungen an ein zu wertendes Konzept mehrdeutig formuliert, kann die Vergabestelle das Vergabeverfahren insgesamt auf den Stand vor der Angebotsabgabe zurückversetzen. Dies hat mit Beschluss vom 10.07.2019 die Vergabekammer Niedersachsen ausgeführt.

Mehrdeutigkeit der Anforderungen von der Vergabestelle erkannt

Im streitigen Vergabeverfahren zur thermischen Klärschlammverbrennung in einer Monoklärschlammverbrennungsanlage hatte die Vergabestelle neben dem Preis zu 50 % auch qualitative Wertungskriterien angesetzt. Dabei sollte wiederum zu 30 % ein sog. Energiekonzept bewertet werden. Im Wesentlichen sollten die Bieter dabei „Synergien durch die Abnahme von Energieströmen am Standort“ der vorgesehenen Anlage beschreiben. Die beiden im Ergebnis unklaren und unterschiedliche verstandenen Teilaspekte lagen in Folgendem:

Zum einen war unklar, ob unter die Wärmeabgabe an Dritte bzw. andere Anlagen des Betreibers für den Begriff der „Anlage“ auf die immissionsschutzrechtliche Bedeutung abzustellen wäre. In diesem Fall zählte nämlich wegen Erweiterung der bestehenden Müllverbrennungsanlage des Antragstellers um eine Monoverbrennungsanlage letztere

nicht als andere Anlage. Zum anderen war offen, in welchem Umfang CO₂-Gutschriften auf die vertragsgegenständlichen Klärschlämme zurückzuführen sein müssen.

Anforderungen an Zurücksetzung an Teilaufhebung orientiert

Die Vergabekammer teilte die Ansicht der Antragsgegnerin insoweit, als eine Korrektur erst bei Angebotswertung erkannter Fehler der Vergabeunterlagen auch nach Angebotsabgabe möglich sei. Notwendige Voraussetzung dafür sei, dass der Auftraggeber einen sachlichen Grund vorweisen könne, so dass eine Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen sei. Die Entscheidung dürfe nicht willkürlich oder nur zum Schein erfolgen.

Vollständige Zurücksetzung in den Stand vor Angebotsabgabe

Die beabsichtigte Korrektur der Anforderungen an das Energiekonzept war nach Auffassung der VK zwar sachlich gerechtfertigt, da aufgrund der fehlenden Eindeutigkeit der formulierten Anforderungen die Unterlagen intransparent waren. Jedoch hätte allein die Zurücksetzung hins. der Neueinreichung von Energiekonzepten den Anforderungen an die Gleichbehandlung der Bieter nach Auffassung der VK nicht genügt: Nur bei Zurücksetzung des Verfahrens insgesamt in den Stand vor der Angebotsabgabe sei dieses Gebot gewahrt.



[GGSC] berät bei Fragen der organisationsrechtlichen Gestaltung der Klärschlammbe-
seitigung wie auch bei Ausschreibungen der
Klärschlammverwertung.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



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

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[ZUM ERFORDERNIS DER TEILLOS- BILDUNG IN DER ABFALLWIRT- SCHAFT]

Hat der öffentliche Auftraggeber im Rahmen
der Ausschreibung von Entsorgungsleistun-
gen die anfallenden Abfälle bereits nach
Abfallarten in Fachlose eingeteilt, sieht er
sich anschließend mit der Frage konfrontiert,
ob er die anfallenden Abfallmengen weiter
aufteilen soll. Hierbei steht ihm die Möglich-
keit der Aufteilung in Mengen- oder in
Gebietslose (sog. Teillose) zur Verfügung.

Erfordert der Beschaffungsbedarf des öffent- lichen Auftraggebers die Aufteilung der aus- zuschreibenden Abfallmengen?

Es steht zunächst jedem Auftraggeber frei,
die auszuschreibenden Leistungen nach
seinen individuellen Vorstellungen im Rah-
men der ihm übertragenen öffentlichen Auf-
gaben zu bestimmen (sog. Leistungsbestim-
mungsrecht). Der Wettbewerbsgrundsatz
des Vergaberechts entfaltet allerdings
bereits in dieser frühen Phase seine Wirkung
insoweit, als der Auftraggeber seinen
Beschaffungsbedarf nicht so definieren darf,
dass er den Beschaffungsmarkt ungerecht-
fertigt auf eine geringe Zahl von Anbietern
verengt oder Wirtschaftsteilnehmer diskri-
miniert.

Sach- und auftragsbezogene Gründe, die in
dieser frühen Phase Einfluss auf die Entsch-
eidung über die auszuschreibenden Abfall-
mengen haben können, sind bspw. die Struk-
turen des regionalen Entsorgungsmarktes,
die personellen Ressourcen innerhalb des
Verwaltungsapparates, der Umfang des
künftigen Vertragsmanagements, die Akzep-
tanz einer Zuschlagsentscheidung bei den
betroffenen Bürgern, die kommunalrechtli-
che Verteilung der Entsorgungszuständigkei-
ten oder die Auswirkungen auf die Qualität
der künftigen Leistungserbringung.



Auf keinen Fall muss der Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf auf das Leistungsvermögen einzelner Wirtschaftsteilnehmer passgenau zuschneiden.

Erfordern die Strukturen des regionalen Entsorgungsmarktes die Aufteilung der auszuschreibenden Abfallmengen?

Gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB sind Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Die Entscheidung über Anzahl und Größe der Lose, in die die Leistung aufgeteilt wird, steht dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich frei. Maßstäbe der Aufteilung sind die Erbringbarkeit der durch die Lose definierten Teilleistungen durch mittelständische Unternehmen, die Sachgerechtigkeit und Üblichkeit der Abgrenzung der Leistungen sowie die Klarheit der Mängelhaftung. Bei der Gewichtung dieser Gesichtspunkte im Rahmen der Ermittlung der jeweils branchenspezifisch optimalen Losgrößen kommt dem Auftraggeber ein weiter Bewertungsspielraum zu.

Ausgangspunkt sind die Strukturen und Rahmenbedingungen im sachlich und räumlich relevanten Markt. Der Auftraggeber hat zu prüfen, durch welchen Loszuschnitt die Interessen der am regionalen Entsorgungsmarkt tätigen mittelständischen Unternehmen angemessen berücksichtigt werden können, wobei Kleinstunternehmen außer Acht

gelassen werden können. Der Auftraggeber ist jedoch nicht verpflichtet, eine umfassende, vollkommen und mit absoluter Sicherheit zutreffende Analyse der gegebenen Marktverhältnisse durchzuführen oder ein Gutachten einzuholen. Eine Aufteilung der aususchreibenden Abfallmengen ist immer dann zu erwägen, wenn nach den Strukturen des regionalen Entsorgungsmarktes lediglich eine beschränkte Anzahl von (Groß)Unternehmen in der Lage ist, die Entsorgungsleistungen zu bewältigen, und somit eine unzulässige Wettbewerbsverengung zu befürchten ist.

Geben der regionale Entsorgungsmarkt und die vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungsbedingungen hingegen die Möglichkeit der Leistungserbringung auch für kleinere und mittlere Unternehmen her, verlangt der Grundsatz der losweisen Vergabe keine weitere Trennung des Auftrags in Einzelteile. In die Entscheidung über die aususchreibenden Abfallmengen sollten auch die Marktzutrittschancen für neue Unternehmen, die Wirtschaftlichkeit des Anlagenbetriebs nur bei einer gewissen Grundauslastung, die Amortisation neu errichteter Anlagen und der hohe technische Aufwand bei anspruchsvollen Qualitätsanforderungen miteinfließen. In solchen Fällen kann die Ausschreibung größerer Abfallmengen durchaus wettbewerberweiternd wirken.



Sprechen wirtschaftliche oder technische Gründe gegen eine (weitere) Aufteilung der auszuschreibenden Abfallmengen?

Erfordern die Strukturen des regionalen Entsorgungsmarktes hiernach eine Aufteilung der auszuschreibenden Abfallmengen, so können im Einzelfall ausnahmsweise wirtschaftliche oder technische Gründe eine Gesamtvergabe erfordern (§ 97 Abs. 4 Satz 3 GWB). Im Rahmen der Abwägung kommt dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, allerdings handelt es sich um eng auszulegende Ausnahmetatbestände.

Dokumentationspflicht und Risiko der Nachprüfung

Die Gründe des Auftraggebers, auf welche er seine Entscheidung zu einem evtl. Verzicht auf Teillosbildung stützt, sollten umfassend dokumentiert werden, da die entsprechende Entscheidung auch der Nachprüfung unterliegen kann. Anders als bei der Fachlosvergabe können allerdings Bieter, die keine mittelständischen Unternehmen sind, die unterbliebene Teillosbildung nach zutreffender Auffassung nicht im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens rügen. Großunternehmen fallen nicht in den Schutzbereich des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB, weil sie aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Kapazitäten und Ressourcen regelmäßig unabhängig vom

Teilloszuschnitt in der Lage wären, ein Angebot einzureichen. Ihnen fehlt damit die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB.

[GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren auf dem Gebiet der Abfallwirtschaft und hat bereits zahlreiche Vergabestellen erfolgreich in Nachprüfungsverfahren vertreten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt und
Fachanwalt für
Vergaberecht

[Jens Kröcher](#)

und



Rechtsanwältin

[Daniela Weber](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[MEHRMENGEN IN DIENSTLEISTUNGSAUSSCHREIBUNGEN]

Ein aktueller Fall aus dem Bauvergaberecht verdeutlicht ein Problem, das es auch regelmäßig bei Dienstleistungsvergaben zu lösen gilt: tatsächliche Mehrmengen überschreiten im Vertragsvollzug die vom öffentlichen Auftraggeber in der Ausschreibung angegebenen Mengenangaben.



Im konkreten Fall hatte ein Bauunternehmer anstelle von 1 Tonne mehr als 80 Tonnen Bauschutt zu entsorgen. Für das Bauvergabe-recht stellt der BGH in seinem Urteil vom 08.08.2019 (Az.: VII ZR 34/18) klar, wie im Falle eines Einheitspreises die Regelung des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B zur allgemeinen Maß-gabe von §§ 133, 145 BGB für die Schließung einer Vertragslücke steht.

Bedeutung der Mengenprognose

Auch bei Dienstleistungsausschreibungen ist die beste Lösung des beschriebenen Prob-lems eine bereits bei der Konzeption der Aus-schreibung entwickelte und zugrunde gelegte Mengenprognose, auf deren Grund-lage ein passendes Preismodell entworfen wird. Gerade bei erstmalig ausgeschriebenen Leistungen können erhebliche Mengenschwankungen möglich sein. Hier empfiehlt sich eine Korridorbildung, um sich für unter-schiedliche Mengenverläufe als Auftragge-ber im Wettbewerb der Bieter Preise geben zu lassen. Eine Mehrzahl von Korridoren bedingt jedoch, sich für die Wertung der Angebote vorab Gedanken zur Wahr-scheinlichkeit des Eintritts des jeweiligen Mengenkorridors zu machen, um zu einer Vergleich-barkeit der Angebote zu gelangen. Unter-schiedliche Korridore erhöhen zugleich die Fehleranfälligkeit bei Angebotslegung und Wertung. Auch können sie einen ungewoll-ten Anreiz für die Abgabe von Spekulations-

preisen bieten, dass Bieter die Eintrittswahr-scheinlichkeit eines bestimmten Mengenkor-ridors anders beurteilen.

Anpassungsrechte und Urkalkulation

Kommt es trotz guter Vorbereitung doch zu Über- oder Unterschreitungen von Mengen-angaben, stellt sich ebenfalls die Frage nach Preisfindung bzw. -anpassung. Auch inso-weit ist es ratsam, bereits im Vorfeld der Aus-schreibung z.B. bezüglich der Vorgaben der Urkalkulation Vorkehrungen zu treffen. Ansonsten beantwortet sich die Frage nach der Zulässigkeit und ggf. Höhe der Preisan-passung im Wechselspiel von Vergabeunter-lagen/Besondere Vertragsbedingungen, VOL/B und allgemeinem Zivilrecht.

Im Einzelfall kann sich darüber hinaus auch die Frage der vergaberechtlichen Zulässigkeit stellen, sollte die geplante Änderung zugleich eine wesentliche Änderung im Sinne von § 132 GWB sein.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



und
Rechtsanwältin
Linda Reiche

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[WENIGER IST HÄUFIG MEHR – KEINE ZUSCHLAGSFÄHIGKEIT BEI UNZUREICHENDEN KAPAZITÄTEN]

Ein Bieter kann sich nicht auf eine mangelhafte Beschreibung des Auftragsgegenstandes berufen, wenn er bei der Kalkulation seines Angebotes nicht die Vorgaben der Vergabeunterlagen zugrunde legt und dies zur Folge hat, dass sein Angebotspreis diejenigen seiner Mitbewerber um ein Vielfaches übersteigt.

Bewirbt sich der Bieter zudem auf alle ausgeschriebenen Lose, obwohl er nur Kapazitäten für zwei der vier Lose hat, ist keines seiner Angebote zuschlagsfähig (VK Brandenburg, Beschluss vom 17.05.2019 – VK 3/19)

Bieter muss Anforderungen der Leistungsbeschreibung sorgfältig durchsehen

Indem von der Vergabekammer zu beurteilenden Vergabeverfahren, hatte der Auftraggeber Leistungen der Baumkontrolle an Autobahnmeistereien in vier Gebietslosen ausgeschrieben. Für die Waldkontrolle enthielt das Leistungsverzeichnis die klare Vorgabe, dass diese in Form von sog. „Beobachtungsfahrten“ aus dem langsam fahrenden Auto heraus durchzuführen war.

Der Antragsteller sah sich jedoch nicht veranlasst die Vergabeunterlagen „Wort für Wort“ durchzusehen und kalkulierte daher im Ver-

trauen auf seine Fachkenntnis mit einer fußläufigen Einzelbaumkontrolle. In der Konsequenz lag sein Angebotspreis erheblich über denen der übrigen Mitbewerber. Im Nachprüfungsverfahren rügte der Antragsteller den Ausschluss seines Angebotes. Die Vergabestelle habe die Preisdifferenz zwischen seinem Angebot und denen der Mitbewerber nicht hinreichend aufgeklärt, ferner sei er von der Vergabestelle nicht auf seinen Kalkulationsfehler aufmerksam gemacht worden. Zudem könne eine Baumkontrolle nicht im bloßen Vorbeifahren auf der Autobahn durchgeführt werden.

Kalkulation auf der Grundlage der Leistungsangaben Verantwortungssphäre des Bieters

Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag zurück. Insbesondere liege kein Verstoß gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung vor.

Nach der Spruchpraxis ist die Beschreibung des Auftragsgegenstandes so transparent und eindeutig zu beschreiben, dass sie für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Ob der Auftraggeber diesen Anforderungen genügt, ist aus der Perspektive des objektiven Empfängerhorizonts potenzieller Bieter zu beurteilen. Dabei wird auf den Durchschnitt der fachkundigen Bieter abgestellt und nicht auf



die Sichtweise eines einzelnen Bieters. Vorliegend sei für den Antragsteller klar erkennbar gewesen, wie die Kontrolle der Waldbestände durchgeführt werden sollte. Die Vergabekammer stellte hierzu klar, dass es in der Verantwortungssphäre des Bieters liege, die Vergabeunterlagen vollständig und aufmerksam durchzusehen.

Bei fachlichen Bedenken an den Vorgaben der Leistungsbeschreibung: Rüge

Habe der Antragsteller gegen Vorgaben in den Vergabeunterlagen fachliche Bedenken, so seien diese mit einer Bieteranfrage oder Rüge vor der Angebotsabgabe zu klären. Hierauf habe der AS verzichtet, sodass sein Angebot wegen fehlender Wirtschaftlichkeit zurecht ausgeschlossen werden konnte.

Kein zuschlagfähiges Angebot bei fehlender Kapazität

Gibt ein Bieter zudem Angebote auf alle ausgeschriebenen Lose ab, obwohl er nur über Kapazitäten für zwei der vier Lose verfügt, ist keines seiner Angebote zuschlagfähig. Andernfalls würden nach Auffassung der Vergabekammer vergaberechtliche Vorschriften umgangen, nach denen der Zuschlag auf vollständige Angebote eines die Zuschlagskriterien erfüllenden Bieters zu erteilen ist.

Kann der Bieter im Falle der Zuschlagserteilung nicht alle gebotenen Lose bedienen, hat

er sich bei der Angebotsabgabe auf die Losanzahl zu beschränken, die er abzuleisten in der Lage ist. Für den Auftraggeber ergäbe sich ansonsten eine Wahlfreiheit, die wettbewerbswidrige Manipulationen zu Lasten von Mitbewerbern zuließe. Der Preis als Zuschlagskriterium ist daher weiterhin nicht für eine Gruppe von Losen oder in ihrer Kombination zu werten, sondern für jedes Los einzeln zu betrachten. Die Addition einzelner Lose zu einem Gesamtpreis ist damit weiterhin unzulässig.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwältin und
Fachanwältin für
Vergaberecht

[Caroline von Bechtolsheim](#)

und

Rechtsanwältin
Janna Birkhoff

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[GGSC SEMINARE]

Rechtsanwalt Prof. Hartmut Gaßner
Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel
Rechtsanwalt Linus Viezens

Intensivseminar Verpackungsgesetz: Verhandlungen mit den Systemen

[GGSC] Seminare GmbH

[05.11.2019 in Erfurt](#)

SAVE THE DATE 2020

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
SEMINARE **[GGSC]**

SEMINARE 22. [GGSC] Infoseminar
Erfahrungsaustausch
**Kommunale
Abfallwirtschaft**
**18. und 19.
Juni 2020**
Berlin

[GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Strategieseminar PPK

VKU Akademie

[30.10.2019 in Köln](#)

Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim
Rechtsanwältin Isabelle-K. Charlier, M.E.S.
Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Fachkonferenz Vergaberecht 2019

[GGSC] in Kooperation mit Akademie
Dr. Obladen GmbH

[06.11.2019 in Bremen](#)

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Strategieseminar PPK

VKU Akademie

[21.11.2019 in Leipzig](#)

Rechtsanwalt Prof. Hartmut Gaßner
Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim
Rechtsanwältin Isabelle-Konstanze Charlier
Rechtsanwalt Linus Viezens

15. Fachkonferenz Betriebswirtschaftliche Strategien für die Abfallwirtschaft und Stadt- reinigung

[GGSC] in Kooperation mit Akademie
Dr. Obladen GmbH

[05. und 06.12.2019 in Berlin](#)



[GGSC-VERÖFFENTLICHUNGEN]

In der Ausgabe der Zeitschrift Müll und Abfall (Heft 08/2019, Seite 415) finden sich Beiträge von [GGSC] RechtsanwältInnen zu folgendem Thema:

- Bundesverwaltungsgericht zur Betriebsbereitschaft bei Abfalldeponien
- OLG Karlsruhe zur Zuverlässigkeit des beauftragten Dritten bei der Abfallentsorgung
- VG Augsburg: Rechtmäßige Beseitigungsanordnung bei nicht mehr verwendungsfähiger Sache

Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind

„Improving the Implementation of the European Environmental Liability Directive (2004/35/EC) in the EU Member States – A network based approach“, in: Europäisches Umwelt- und Planungsrecht (EurUP) 2019, Heft 1, 63-72.

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Kommentierungen der §§ 11, 12, 14, 62, 69, 60 KrWG und der BioabfallV, in: Schmehl/Klement (Hrsg.), GK-KrWG, 2. Aufl., Köln 2019.

[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

Abfall Newsletter

September 2019

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Verpackungsgesetz: PPK-Mitentsorgung kostet Systeme über 200,00 €/t
- Novelle des Kreislaufwirtschaftsgesetzes
- Verhandlungen mit Systembetreibern

Vergabe Newsletter

Juni 2019

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Vergabefreiheit von Rettungsdienstleistungen an Gemeinnützige – EuGH
- Angebotsabgabe in der eVergabe – grundsätzlich elektronisch
- Keine Direktvergabe nach VO EG 1370/2007 für ÖPNV-Aufträge im regionalen Busverkehr



Energie Newsletter

Juli 2019

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Netzstudie: Weitere Integration der erneuerbaren Energien durch Netzoptimierung technisch und rechtlich möglich
- Neues zum Anlagenbegriff
- BGH stärkt Grundstückseigentümer/Betreiber gegenüber BVVG

[HINWEIS AUF KOMMUNALWIRTSCHAFT.DE]



Home

Tagesanzeiger

Veranstaltungen

Recht [GGSC]

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“.