



# [GGSC]

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

## Vergabe Newsletter

Juni 2020

Liebe Mandantschaft,  
sehr geehrte Damen und Herren,  
wir dürfen Sie kurzfristig auf unser Online-Seminar zur brandaktuellen EuGH-Entscheidung hinweisen:

**„Interkommunale Kooperation“  
am 02.07.2020**

[-> \[GGSC\] Online-Seminar](#)

[-> zum Programm](#)

[-> zur Anmeldung](#)

Nur eine „echte Zusammenarbeit“ lässt Vergabeerfordernisse entfallen – wie kann eine solche aussehen?

Weiter weisen wir Sie auf möglichen Handlungsbedarf wegen der MWSt-Änderung hin. Begleiten von Klärschlammausschreibungen können wir!

Vorsicht ist geboten bei der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb, bei Anforderungen an das Ausfüllen von Ausschreibungsunterlagen, bei zu sparsamen Bieterinformationen und einer zu sparsamen Dokumentation.

Eine anregende Lektüre wünscht

Ihr [GGSC] Vergabeteam

### DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [EuGH: vergabefreie interkommunale Kooperation nur bei echter Zusammenarbeit](#)
- [Änderung MwSt-Satz – Auswirkungen auf Vergabeverfahren](#)
- [Erfolgreiche Vergabe der Klärschlamm Entsorgung](#)
- [Auftraggeber dürfen das Ausfüllen von Angebotsformularen mit geeigneter Software verlangen](#)
- [Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nicht allein aus wirtschaftlichen Gründen?](#)
- [Vorsicht: Fehlerhafte Bieterinformation und Antragsbefugnis im Nachprüfungsverfahren](#)
- [Berliner Vergabegesetz geändert](#)
- [VK Nordbayern: Referenzbescheinigungen dürfen nicht gefordert werden](#)
- [Die Dokumentationspflicht des öffentlichen Auftraggebers – lästiges Übel oder unterschätzte Chance?](#)
- [Zulässige Inhouse-Vergabe im Zweckverband](#)
- [GGSC] Seminare
- [GGSC] Online



## [EUGH: VERGABEFREIE INTERKOMMUNALE KOOPERATION NUR BEI ECHTER ZUSAMMENARBEIT]

Der Europäische Gerichtshof hat entschieden: An eine vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit werden hohe Anforderungen gestellt.

Der EuGH verlangt einen kooperativen Charakter der Zusammenarbeit und lässt „Leistung gegen Entgelt“ nicht ausreichen (Urteil vom 04.06.2020 in der Rechtssache REMONDIS ./ Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel; Rs. C-429/19)

[GGSC] hat die Entscheidung in einem Rundbrief, den Sie hier finden [-> \[GGSC\] Rundbrief](#), bereits vorgestellt. Die Entscheidung ist nicht nur zukünftig bei der vertraglichen Gestaltung interkommunaler Zusammenarbeit zu beachten. Auch bei bestehenden öffentlich-rechtlichen Vertragswerken sollte geprüft werden, ob Anpassungsbedarf besteht.

Bei dieser Gelegenheit lohnt es sich für die öffentlichen Auftraggeber auch die Frage der Auswirkungen der Veränderungen im Umsatzsteuerrecht (Stichwort: § 2b UStG) in den Blick zu nehmen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt  
[Wolfgang Siederer](#)



Rechtsanwalt  
[Linus Viezens](#)

## [ÄNDERUNG MWST-SATZ – AUSWIRKUNGEN AUF VERGABEVERFAHREN]

Am 04.06.2020 hat sich die Bundesregierung auf ein 130 Milliarden Euro schweres Konjunktur- und Zukunftspaket als Reaktion auf den tiefen wirtschaftlichen Einschnitt in Folge der Corona-Pandemie geeinigt. Danach soll u.a. die Mehrwertsteuer für das zweite Halbjahr 2020 (vom 01.07.2020 bis 31.12.2020) von 19 % auf 16 % und der ermäßigte Satz von 7 % auf 5 % gesenkt werden. Sowohl bei laufenden Vergaben als auch bei der Vorbereitung von Ausschreibungen kann Handlungsbedarf entstehen.

### Auswirkungen auf Vergabeverfahren

Insbesondere bei Vergabeverfahren, in denen es für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes zur Saldierung von Rechnungen und Gutschriften kommt – beispielsweise bei der Verwertung werthaltiger Abfälle -, kann sich diese Änderung sogar auf die Wertung und die Bieterreihenfolge auswirken. Denn für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebotes kommt es in solchen Ausschreibungen auf den Zahlungsbetrag an, der sich aus der Verrechnung des Bruttopreises (für z. B. die Kosten der Entsorgungsdienstleistung) mit dem an den Auftraggeber auszukehrenden Nettoerlösbetrag (für z. B. die Erlöse aus dem Verkauf der Wertstoffe) ergibt. Die Senkung der regulären Mehrwertsteuer um 3 % kann folglich dazu führen, dass ein bei Berücksichtigung des alten Mehrwertsteuersatzes zunächst zweitplatziertes Angebot für die zweite Jahreshälfte 2020 nunmehr das wirtschaftlichste ist.



Für anstehende Ausschreibungsverfahren sollten ferner die Besonderen Vertragsbedingungen Regelungen zur neuerlichen Anpassung der Umsatzsteuer und ggf. zur Leistungsabgrenzung bei zeitübergreifenden Leistungen vorsehen, deren Abrechnung nach unterschiedlichen Prozentsätzen in der Praxis schwierig sein kann.

Und schließlich kann die Umsatzsteuersenkung Anlass geben, Beschaffungen kurzfristig durchzuführen. Wie u. a. im letzten Newsletter ausgeführt, sind infolge der Pandemie einige Beschleunigungsmöglichkeiten für Vergabeverfahren vorgesehen.

[GGSC] verfügt über langjährige Erfahrungen z. B. bei der Durchführung von Vergabeverfahren betreffend Entsorgungsleistungen von werthaltigen Abfällen. Aktuell begleitet die Kanzlei bundesweit mehrere Vergabeverfahren für Altpapier und Altkleider, die dem Auftraggeber Erlöse erbringen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



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



Rechtsanwältin  
Linda Reiche

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

## [ERFOLGREICHE VERGABE DER KLÄRSCHLAMMENTSORGUNG]

Das von [GGSC] begleitete Verfahren mehrerer Auftraggeber zur Klärschlamm Entsorgung (im Bundesland Sachsen-Anhalt) konnte zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht werden.

### Zusammenschluss mehrerer Auftraggeber

Die Auftraggeber hatten sich zur Koordinierung der Vergaben in einem gemeinsamen Verfahren zusammengeschlossen. [GGSC] hat die Auftraggeber dabei umfassend beraten. Besondere Bedeutung kam der Konzeption der Ausschreibung in einem weiterhin schwierigen Marktumfeld im Umbruch angesichts der Änderungen der Abfallklärschlammverordnung zu.

### Wichtig: Fundierte Verständigung auf Rahmenbedingungen, Abwägungen

Insofern lag in der gemeinsamen Erarbeitung der konzeptionellen Eckpunkte hinsichtlich Laufzeiten, Losbildung, Leistungsumfang und Anforderungen zur Sicherung der Entsorgung zusammen mit den Auftraggebern ein wichtiger Baustein für die erfolgreiche Ausschreibung. Im Ergebnis erwies sich das entwickelte Konzept einer technikoffenen Ausschreibung zur mittelfristigen Sicherung der Entsorgung als vielversprechend. Dies wurde durch die eingereichten Angebote bestätigt.



---

## [GGSC] Unterlagen: Vermeidung von Rügen und Erzielung guter Angebote

---

Die von [GGSC] auf der Grundlage des Konzeptes erarbeiteten Vergabeunterlagen sicherten diese Anforderungen entsprechend ab und waren zugleich anschaulich und nutzerfreundlich abgefasst. Der Umstand, dass nahezu keine Bieterfragen eingingen, spricht für sich. Ebenso konnte auf der Grundlage der Vergabeunterlagen eine gute Qualität der Angebote hins. Vollständigkeit und Klarheit erreicht werden.

Die Wirtschaftlichkeit der Ergebnisse des Vergabeverfahrens wurde von den Auftraggebern als sehr zufriedenstellend beurteilt.

Die Zuschläge wurden mittlerweile erteilt. Leistungsbeginn ist im Jahr 2021.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



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



und  
Rechtsanwältin  
[Isabelle-K. Charlier](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

## [AUFTRAGGEBER DÜRFEN DAS AUSFÜLLEN VON ANGEBOTSFORMULAREN MIT GEEIGNETER SOFTWARE VERLANGEN]

Öffentliche Auftraggeber sind berechtigt, zur Durchführung der elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren über die Textform des § 126b BGB hinausgehende formelle Anforderungen für die Abgabe eines Angebots aufzustellen. Verstößt ein Bieter gegen diese Festlegungen, ist sein Angebot zwingend auszuschließen.

---

### Zulässigkeit höherer formeller Anforderungen an Angebote als Textform (§ 126b BGB)

---

§ 53 Abs. 1 VgV legt fest, dass Angebote im Vergabeverfahren (mindestens) in Textform nach § 126b BGB mithilfe elektronischer Mittel einzureichen sind. Der Auftraggeber kann aber in den Vergabeunterlagen weitergehende Formanforderungen zur Einreichung der Angebote festlegen.

In einem kürzlich entschiedenen Fall des OLG Naumburg (Beschluss vom 22.11.2019 – 7 Verg 7/19) hatte der Auftraggeber seinen Teilnahmebedingungen ein Hinweisblatt mit folgendem Passus beigefügt:

„[...] das in den Angebotsunterlagen enthaltene Original-Dokument [ist] mittels geeigneter Software auszufüllen [...]. Angebote [...], welche beispielsweise mit nicht geforderten Signaturen/Siegel versehen wurden oder ausgedruckt, handschriftlich ausgefüllt und zur Angebotsabgabe eingescannt wur-



den oder elektronisch ausgefüllt, ausgedruckt und zur Angebotsabgabe eingescannt wurden, werden ausgeschlossen.“

Derartige Anforderungen sind nach der Entscheidung des Vergabesenats nicht zu beanstanden. Zum einen ließen die Vergabeunterlagen eindeutig erkennen, welche Anforderungen in formeller Hinsicht an die Erstellung und Einreichung eines elektronischen Angebotes gestellt wurden. Die Festlegungen waren nicht missverständlich oder unklar.

Zum anderen bestand kein Widerspruch zwischen dem Verweis auf die Textform des § 126b BGB und der individuellen Anforderung des Auftraggebers, weil für jeden fachkundigen Bieter dem Hinweisblatt ohne weiteres zu entnehmen war, dass die dort aufgeführten Anforderungen kumulativ festgelegt wurden.

---

### Sachliche Gründe für hohe Anforderungen

---

Auch die Begründung für die Formvorgaben hielt das Gericht für nachvollziehbar. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Auftraggeber angegeben, dass andernfalls die Abdeckung von im Voraus vom Auftraggeber ausgefüllten Textfeldern möglich werde, während die elektronische Ausfüllung der Formblätter besser gewährleiste, dass nur die freigegebenen Felder editierbar und nach dem Einreichen nicht mehr veränderbar seien.

---

### Angebotsausschluss bei Verstoß gegen formelle Anforderungen

---

In dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren hatte ein Bieter das ausfüllbare PDF-Angebotsschreiben ausgedruckt, handschriftlich ausgefüllt sowie unterschrieben, es anschließend wieder eingescannt und so elektronisch übermittelt. Daraufhin hatte der Auftraggeber das Angebot des Bieters im Hinblick auf diese Abweichungen von seinen formellen Vorgaben von der weiteren Wertung ausgeschlossen.

Das OLG Naumburg hielt diesen Ausschluss für zulässig. Ein eingescanntes Angebotschreiben entspreche nicht der Vorgabe, das PDF-Formular „mit geeigneter Software“ auszufüllen.

---

### Handlungsempfehlungen / Praxistipps

---

Angebote, die den Formvorgaben des Auftraggebers nicht genügen, müssen zwingend ausgeschlossen werden. Die Vergabestelle sollte also immer kritisch prüfen, ob spezielle Formanforderungen tatsächlich erforderlich sind. Bieter tun ferner gut daran, sich bei Unklarheiten in den Vergabeunterlagen unverzüglich, bspw. in Form einer Bieteranfrage, an den Auftraggeber zu wenden und Aufklärung zu verlangen. Ebenso zu beachten ist, dass individuelle formelle Anforderungen an die Einreichung von Angeboten i.d.R. bereits aus der Auftragsbekanntmachung, spätestens jedoch aus den veröffentlichten Vergabeunterlagen erkennbar sein muss. Hält der Bieter die Festlegungen für



sachlich nicht gerechtfertigt oder unverhältnismäßig, hat er dies innerhalb der Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber zu rügen; andernfalls wäre er insoweit für ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 bzw. 3 GWB präkludiert.

[GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren und deren elektronische Abwicklung.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt  
Fachanwalt für  
Vergaberecht  
[Jens Kröcher](#)



Rechtsanwältin  
[Daniela Weber](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

## [VERHANDLUNGSVERFAHREN OHNE TEILNAHMEWETTBEWERB NICHT ALLEIN AUS WIRTSCHAFTLICHEN GRÜNDEN?]

Gerade zur Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln zur Eindämmung der Corona-Pandemie werden sog. „Dringlichkeitsvergaben“, z.B. in Form von Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb diskutiert. Das OLG Düsseldorf stellt hohe Anforderungen an die Wahl dieser Verfahrensart – wirtschaftliche Gründe sollen dafür nicht genügen.

---

### Allgemeine Grundsätze

---

Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb kann z. B. gem. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV bzw. § 3a Abs. 2 Nr. 4 VOB/A dann zulässig sein, wenn äußerst dringliche und zwingende Gründe, die vom Auftraggeber nicht verursacht wurden und auch nicht vorhergesehen werden konnten, ein sofortiges Handeln des Auftraggebers erfordern. Der Auftraggeber trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen solcher dringlichen Gründe.

Zur Wahrung des besonderen Ausnahmecharakters von Dringlichkeitsvergaben knüpft die Rechtsprechung an das Vorliegen der Voraussetzungen strenge Vorgaben und legt die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, die eine solche zulassen, eng aus.



---

## Dringende und zwingende Gründe – wirtschaftliche Erwägungen reichen hierfür nicht

---

Lt. OLG Düsseldorf (Beschluss v. 20.12.2019 - Verg 18/19) wird von dringlichen und zwingenden Gründen nur ausgegangen, wenn akute Gefahrensituationen oder höhere Gewalt ein die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln des Auftraggebers erfordern, um Gefahren und Schäden für Leib und Leben zu vermeiden. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, reichen bloß wirtschaftliche Erwägungen hierfür nicht aus.

---

## Trockenbauarbeiten vermeiden die Gefährdung von Patienten?

---

In dem vom OLG entschiedenen Fall, hatte der Auftraggeber Trockenbauarbeiten für einen Neubau im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben. Nach der Überzeugung des Gerichts konnte die Vergabestelle aber gerade nicht darlegen, dass dies zur Vermeidung drohender Schäden für Leib und Leben erforderlich gewesen sei.

---

## Konkreter Vortrag bzw. Dokumentation der Gründe erforderlich

---

Trägt der Auftraggeber vor, die Fertigstellung des Neubaus sei notwendig, da ansonsten die Versorgung von Patienten gefährdet sei, müsse dargelegt werden, ab welchem Zeitpunkt und auf welche Weise eine solche Gefährdung eintreten könne. Der Vortrag des Auftraggebers sei jedoch zu pauschal gewesen und nicht durch prüfbare Tatsachen

belegt worden, sodass der Auftraggeber die erforderliche sorgfältige Abwägung, Begründung und Dokumentation seiner Entscheidung vermissen lassen habe.

---

## Zusammenfassung

---

Die Entscheidung des OLG verdeutlicht erneut den Ausnahmecharakter von „Dringlichkeitsvergaben“: die Notwendigkeit ein solches durchzuführen, um Gefahren und Schäden für Leib und Leben zu vermeiden, wird nur in seltenen Fällen bejaht werden können. In jedem Fall hat die Vergabestelle ihre Beweggründe sorgfältig abzuwägen, zu begründen und umfassend zu dokumentieren. Je weiter die Vergabestelle von der Durchführung der gesetzlich vorgesehenen Regevergabeverfahren abweicht, umso höher dürften dabei die Anforderungen an die Darlegung- und Beweislast sein.

[GGSC] berät öffentlich-rechtliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren – natürlich auch im Eilfall.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



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



Rechtsanwältin  
Janna Birkhoff

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



## [VORSICHT: FEHLERHAFTHEIT BIETERINFORMATION UND ANTRAGSBEFUGNIS IM NACHPRÜFUNGSVERFAHREN]

Je geringer der Informationsgehalt von Benachrichtigungen der Bieter über ihre Nichtberücksichtigung i.S. von § 134 GWB ist, desto niedrigere Anforderungen an die Begründung der Antragsbefugnis im Nachprüfungsverfahren werden lt. Kammergericht gestellt. Eine nachvollziehbare Begründung der Benachrichtigung kann bestenfalls also sogar dazu beitragen, Nachprüfungsverfahren zu verhindern.

### Funktion des Benachrichtigungsschreibens

Bevor ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen einer europaweiten Ausschreibung den Zuschlag auf ein Angebot erteilen darf, muss er in der Regel zunächst die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, informieren. Die Pflicht umfasst die Nennung des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, der Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und des frühestmöglichen Zeitpunkts des Vertragsschlusses, § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB. Als Ausfluss des Transparenzgrundsatzes gewährleistet diese Vorschrift im Zusammenwirken mit der Wartepflicht einen effektiven Primärrechtsschutz der unterlegenen Bieter. Oftmals ist es Bietern erst auf Grundlage dieser Informationen möglich, etwaige Vergaberechtsverstöße zu erkennen und in einem Nachprüfungsverfahren geltend zu machen.

### Hohe Qualität der Begründung erhöht Anforderungen an Darlegung Antragsbefugnis im Nachprüfungsverfahren

Welche Auswirkungen mangelnde Bieterinformationen auf die Anforderungen an die Darlegung einer Rechtsverletzung im Rahmen eines Nachprüfungsantrages haben können, zeigt der Beschluss des Kammergerichts vom 19.12.2019 (Az.: Verg 9/19).

### Antragsbefugnis „nur“ als „grober Filter“ für effektiven Rechtsschutz bei der Nachprüfung

Nach Auffassung des Kammergerichts hatte die Vergabekammer der Antragstellerin zu Unrecht die Antragsbefugnis abgesprochen. In diesem Zusammenhang stellte das KG nochmals klar, dass die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB, die unter anderem die Darlegung einer Verletzung in eigenen vergaberechtlichen Rechten erfordert, lediglich die Funktion eines „groben Filters“ habe. Die Anforderungen hieran dürften nicht überspannt werden, weil sonst der vom Gesetzgeber eingeräumte Rechtsschutz des Nachprüfungsantrages nicht effektiv wahrgenommen werden könne.

### Darlegungsanforderungen

Insbesondere in Fällen, in denen dem Bieter mangels entsprechender Informationen die erforderliche Sachverhaltskenntnis fehlt und die Wertungsvorgänge und deren Einzelheiten der Sphäre des Auftraggebers angehören, könnten die Anforderungen an die Darlegung einer Rechtsverletzung nicht hoch sein. Des-





halb genüge im Allgemeinen ein Vortrag solcher auf eine Rechtsverletzung hindeutender Tatsachen, die der Antragsteller aus seiner Sicht der Dinge für wahrscheinlich oder möglich halten darf, weil dafür objektive Anhaltspunkte vorliegen.

### **Bieter wird über Gründe der Nichtberücksichtigung im Unklaren gelassen: Pauschale Beanstandungen reichen für Nachprüfung**

Das Kammergericht geht in seiner Entscheidung sogar noch einen Schritt weiter und lässt es für Fälle, in denen der Bieter über die inhaltlichen Gründe der Bewertung seines Angebotes vollständig im Unklaren gelassen wird, für die Darlegung einer Rechtsverletzung genügen, wenn er die Richtigkeit der Wertung entsprechend pauschal in Zweifel zieht. Die Bieter hätten nach Auffassung des Kammergerichts nicht nur Anspruch, über die Bewertung ihrer Angebote informiert zu werden, sondern auch - gegebenenfalls unter Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anderer Bieter oder des Auftraggebers - über die maßgeblichen Grundlagen der vergleichenden Bewertung der Angebote.

Je weniger der Auftraggeber deswegen an tatsächlichen Gründen für einen Ausschluss des Angebots des Antragstellers oder für eine sonst abschlägige Wertung seines Angebots preisgibt, desto geringer seien die Anforderungen an die Darlegung einer Rechtsverletzung.

### **Bedeutung für die Praxis - Hinweise**

Auftraggeber sollten also im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wertung – gerade bei qualitativen Zuschlagskriterien – die vergleichende Wertung der konkurrierenden Angebote zunächst hinreichend dokumentieren. Im Rahmen der Vorabinformationen nach § 134 GWB sind die Bieter dann über das Wertungsergebnis ausreichend transparent zu informieren. Anderenfalls werden die Anforderungen an die Darlegung einer Rechtsverletzung im Rahmen eines etwaigen Nachprüfungsverfahrens gering eingestuft. Es können dann bereits pauschal geäußerte Zweifel genügen. Hieran kann der Auftraggeber kein Interesse haben.

[GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber bei der Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren. [GGSC] vertritt öffentliche Auftraggeber bundesweit in Nachprüfungsverfahren, aktuell u.a. in Verfahren vor den Vergabekammern Südbayern und Hessen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



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



Rechtsanwältin  
Linda Reiche

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



## [BERLINER VERGABEGESETZ GEÄNDERT]

Mit Wirkung zum 01. Mai 2020 ist das novelierte Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz in Kraft getreten. Gegenüber der vorgehenden Fassung enthält die Neufassung vor allem Anpassungen im persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs.

Für die Praxis von besonderer Bedeutung ist die deutliche Heraufsetzung des Mindeststundenentgelts auf nunmehr 12,50 Euro (brutto) gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BerlAVG, der damit auch die Vorgaben des Mindestlohngesetzes deutlich übersteigt. Ferner verschärft das Gesetz die Kontrolle der Vorgaben für die Ausführungsbedingungen nach §§ 9 ff. des Gesetzes. Berliner Wirtschaftsverbände hatten – auch unter Verweis auf die Corona-Pandemie – vergeblich gefordert, von einer Verabschiedung des Gesetzes abzusehen.

[GGSC] berät in Berlin sowohl öffentliche Auftraggeber als auch Bieter in Vergabeverfahren, so z. B. im Bereich der Beförderung von Menschen mit eingeschränkter Mobilität oder von SchülerInnen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



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



Rechtsanwältin  
Linda Reiche

## [VK NORDBAYERN: REFERENZBE- SCHEINUNGEN DÜRFEN NICHT GEFORDERT WERDEN]

Nach Auffassung der VK Nordbayern soll von den Bietern über die Auflistung von Referenzen hinaus keine „Referenzbescheinigung“ der entsprechenden Auftraggeber gefordert werden dürfen.

Viele Vergabestellen verlangen als Nachweis für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter Angaben zu Referenzen für die zu erbringenden Leistungen. Dabei dienen Referenzen der Vergabestelle als Bestätigung dafür, dass der jeweilige Bieter bereits mit der Ausschreibung vergleichbare Leistungen erbracht hat und damit über ausreichend praktische Erfahrung verfügt, um den Auftrag erfolgreich auszuführen. Ihre praktische Bedeutung für die Vergabestelle ist hoch. In der Regel haben die Bieter die Referenzen in Form einer Liste aufzuführen. Diese wird dann Teil des Angebotes.

Die Vorlage von Referenzbescheinigungen der jeweiligen Auftraggeber soll lt. Vergabekammer Nordbayern dagegen nicht verlangt werden dürfen – auch nicht als Eignungsbeleg.

---

### Der Sachverhalt

---

Hintergrund der Entscheidung (VK Nordbayern, Beschluss v. 07.11.2019, RMF – SG 21-3194-4-48) war die Überprüfung einer europaweiten Ausschreibung im offenen Verfahren. Die Vergabestelle hatte die Lieferung von LKW ausgeschrieben. In den Vergabeunterla-



gen befand sich ein von den Bietern auszufüllendes und von der Vergabestelle unbearbeitetes Formblatt L 124 des VHL Bayern. Unter der Rubrik „technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ enthielt das Formblatt den folgenden Passus: „Falls mein(e)/unser(e) Bewerbung/Angebot in die engere Wahl kommt, werde(n) ich/wir für die oben genannten Leistungen Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Ausführung und das Ergebnis auf gesondertes Verlangen vorlegen.“. Gegen diese zwingende Vorlage von Referenzbescheinigungen richtete sich der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin. Nach Auffassung der Vergabekammer zu Recht:

#### § 46 VgV als abschließende Aufzählung von Belegen

Die Vergabekammer ging zunächst von allgemeinen Grundsätzen aus: In §§ 122 GWB, § 42 ff. VgV ist vorgesehen, welche Mittel eine Vergabestelle ergreifen kann, um die Eignung eines Bieters zu beurteilen. § 46 Abs. 3 VgV enthält eine Auflistung der Unterlagen, die von der Vergabestelle als Beleg für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit verlangt werden können. Für den Nachweis von Referenzen sieht § 46 Abs. 3 VgV die Vorlage einer Liste vor. Von ehemaligen Auftraggebern ausgefüllte Referenzbescheinigungen werden im Katalog des § 46 Abs. 3 VgV hingegen nicht genannt. Nach Auffassung der Vergabekammer durfte von den Bietern deshalb nicht verlangt werden, Referenzbescheinigungen Dritter zum Beleg der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit vorzulegen. Der Katalog des § 46

Abs. 3 VgV sei abschließend und erlaube der Vergabestelle nur die dort vorgesehenen Unterlagen für den Nachweis von Referenzen zu fordern.

#### Praxistipp

Für öffentliche Auftraggeber empfiehlt es sich also, sich bei der Anforderung von Referenzangaben auf die Vorlage von Listen zu beschränken und keine Referenzbescheinigungen oder andere Unterlagen von den Bietern zu verlangen. Der Vergabestelle bleibt es ja weiterhin unbenommen bei den jeweiligen Auftraggebern telefonisch nachzufragen um die Richtigkeit der gemachten Angaben zu überprüfen und zu kontrollieren. Der Fall zeigt darüber hinaus, dass die uneingeschränkte Verwendung von vorgefertigten Formblättern für die Ausschreibung mit nicht unerheblichen Risiken verbunden und fehleranfällig ist. In aller Regel wird sich deshalb der Aufwand lohnen, auf den Einzelfall zugeschnittene Vergabeunterlagen zu erstellen und für die Ausschreibung zu verwenden.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



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



Rechtsanwältin  
Janna Birkhoff

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



## [DIE DOKUMENTATIONSPFLICHT DES ÖFFENTLICHEN AUFTRAGGEBERS – LÄSTIGES ÜBEL ODER UNTERSCHÄTZTE CHANCE?]

Das im Vergaberecht verankerte Transparenzgebot verlangt dem öffentlichen Auftraggeber weitreichende Dokumentationspflichten ab. Dass einer gründlichen Vergabedokumentation – insbesondere bei Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens- oder Beurteilungsspielraums – entscheidende Bedeutung zukommt, zeigte sich zuletzt wieder in einer Entscheidung der VK Baden-Württemberg.

### Eingeschränkter Maßstab der gerichtlichen Kontrolle

Öffentlichen Auftraggebern steht in der Ausübung ihrer Entscheidungen regelmäßig ein weiter Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum zu, der durch die Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüft werden kann. Die VK Baden-Württemberg hat in ihrer Entscheidung vom 24.09.2019 (Az.: 1 VK 51/19) noch einmal betont, dass der Maßstab der gerichtlichen Kontrolle auf die Prüfung beschränkt ist, ob die Entscheidung des Auftraggebers auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf Fehlbeurteilung, insbesondere Willkür, beruht. Im Übrigen sei es aber allein Aufgabe des Auftraggebers, über den Beschaffungsbedarf und die Art und Weise der Beschaffung zu entscheiden.

### Anforderungen an Dokumentationspflichten

Um eine derartige (eingeschränkte) rechtliche Kontrolle zu ermöglichen, muss der Auftraggeber zur Einhaltung des in § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB verankerten Transparenzgebots, den Gang der wesentlichen Entscheidungen in den Vergabeakten zeitnah dokumentieren und laufend fortschreiben. Zudem folgen hieraus bestimmte Anforderungen an den Umfang der Dokumentationspflicht. So müssen die im Vergabevermerk niedergelegten Angaben und Gründe für die getroffene Entscheidung so detailliert sein, dass sie für einen mit der Sachlage des konkreten Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar sind. Erhöhte Anforderungen bestehen zudem bei Entscheidungen, in denen der Vergabestelle ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zukommt. Da hierfür mehrere Gesichtspunkte gegeneinander abzuwägen sind, erfordert die Dokumentationspflicht eine ausführliche Begründung des Entscheidungsprozesses mit seinem Für und Wider, sowie eine detaillierte Begründung der getroffenen Entscheidung.

### Missachtung der Dokumentationspflicht und Heilungsmöglichkeiten

Fehlt es an einer Dokumentation der wesentlichen Gesichtspunkte, kann dieser Dokumentationsmangel dazu führen, dass das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, ab dem die Dokumentation den genannten Anforderungen nicht genügt, wiederholt werden muss. Allerdings führt nicht jeder Mangel zu einer Wiederholung der betroffenen



Abschnitte des Vergabeverfahrens. Vielmehr soll eine entsprechende Anordnung den Fällen vorbehalten bleiben, in denen die Gewährleistung einer wettbewerbskonformen Auftragserteilung allein durch eine Berücksichtigung der nachträglichen Dokumentation im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nicht ausreichen kann. Hierbei ist zu differenzieren zwischen den nach §§ 8 EU VOB/A, 8 VgV mindestens niederzulegenden Angaben und andererseits Gesichtspunkten, die nachträglich die sachliche Richtigkeit einer angefochtenen Vergabeentscheidung rechtfertigen sollen. Bei letztgenannten Aspekten wäre es unverhältnismäßig, der Vergabestelle eine nachträgliche Überprüfung auf Stichhaltigkeit generell zu verwehren. Die Möglichkeit einer Heilung des Dokumentationsmangels ist demnach durch Vortrag im Nachprüfungsverfahren gegeben, soweit der Auftraggeber lediglich Lücken der Dokumentation schließt ohne gänzlich neuen und bislang unbekanntem Sachverhalt vorzutragen.

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

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt  
Fachanwalt für  
Vergaberecht  
[Jens Kröcher](#)



Rechtsanwältin  
[Franziska Kaschluhn](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

## [ZULÄSSIGE INHOUSE-VERGABE IM ZWECKVERBAND]

Die Beauftragung eines Zweckverbandes durch eines seiner Mitglieder stellt ein Inhouse-Geschäft dar. Für Darlegungen der Einhaltung des sog. Wesentlichkeitskriteriums genügt nach Auffassung des OLG Düsseldorf die Glaubhaftmachung ihrer Tätigkeiten durch den Auftraggeber.

---

### Ausgangsentscheidung: VK Rheinland, Beschluss vom 22.02.2019, VK – 52/2018-L

---

Beim Fachforum A unseres Info-Seminars im vergangenen Jahr zum Schwerpunkt Vergaberecht hatten wir Ihnen eine Entscheidung der VK Rheinland zu Auftragsvergaben im Zusammenspiel zwischen Zweckverbänden und daran beteiligten Körperschaften vorgestellt. Eine Stadt hatte einen Zweckverband, an dem sie beteiligt war, mit der Implementierung und Betreuung einer Beschaffungssoftware beauftragt. Die operativen Voraussetzungen dieses Vorhabens wurden vom Zweckverband wiederum durch Auftrag an einen anderen Zweckverband, der ebenfalls Mitglied war, bewerkstelligt. Letzterer hatte ein Tochterunternehmen damit beauftragt.



Während die VK Rheinland ausgehend von der Nachprüfung der Leistungsvereinbarung zwischen Stadt und Zweckverband noch eine Würdigung des Gesamtvorganges vornahm, konzentrierte sich das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 07.08.2019, VII-Verg 9/19) auf die Beurteilung des konkret angegriffenen Auftragsverhältnisses Stadt – Zweckverband. Dieses stelle eine vergabefreie In-House-Beauftragung dar.

### **Gemeinsame Kontrolle eines Zweckverbandes durch seine Mitglieder**

Das OLG Düsseldorf geht wie die VK Rheinland davon aus, dass die Stadt den Zweckverband gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern i. S. v. § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB kontrolliert. Auch das Wesentlichkeitskriterium sei erfüllt. Zwar ergäben sich weder aus den Akten noch aus dem Vortrag der Stadt und des Zweckverbandes Angaben zu Umsätzen oder ähnlichen tätigkeitsgestützten Werten i. S. v. § 108 Abs. 7 Satz 1 GWB. Allerdings habe die Stadt anderweitig durch Bezugnahme auf die Satzung des Zweckverbandes und Erläuterung der Leistungsbeziehungen des Verbandes glaubhaft gemacht, dass das Wesentlichkeitskriterium erfüllt sei. Dies sei auch nicht in Frage gestellt worden.

Auch Anhaltspunkte für ein vergaberechtlich bedeutsames Umgehungsgeschäft konnte das OLG nicht erkennen. Der Vorgang der Beauftragung der Tochtergesellschaft des weiteren Zweckverbandes war von der Antragstellerin nicht angegriffen worden, diese hätte aber aufgrund dessen Vorabbe-

kanntmachung durchaus die Möglichkeit gehabt, ein Nachprüfungsverfahren anzustrengen.

### **Anmerkungen zur Entscheidung**

Anders als z.B. die VK Thüringen ( Beschluss v. 11.05. 2017, AZ 250-4003-8880/2016-E-015-SM) lässt das OLG Düsseldorf eine Glaubhaftmachung des Wesentlichkeitskriteriums auch dann zu, wenn grundsätzlich ein Rückgriff auf Umsatzzahlen aus der Vergangenheit möglich wäre. Dies erscheint großzügig und eröffnet den Auftraggebern weitere Darlegungsmöglichkeiten.

Die vom OLG vorgenommene isolierte vergaberechtliche Prüfung des Vorganges zwischen Stadt und Zweckverband entspricht zwar dem Gegenstand des Nachprüfungsantrages. Interessant wäre jedoch die vergaberechtliche Beurteilung der Einbindung der Tochter des anderen Zweckverbandes gewesen: Käme hier womöglich sogar eine vergabefreie Auftragserteilung von Tochter an Mutter in Betracht?

Jedenfalls kann die Auftragserteilung von Mitgliedern eines Zweckverbandes an selbigen nach der Entscheidung regelmäßig als Fall von § 108 Absatz 4 GWB in Betracht kommen.

[GGSC] berät Aufgabenträger zur vergabefreien Gestaltung von Leistungsbeziehungen im Geflecht von Zweckverbänden und ihren Mitgliedern.



Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



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



und  
Rechtsanwältin  
[Isabelle-K. Charlier](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

## [GGSC] SEMINARE

Besonders hinweisen möchten wir noch auf das folgende [GGSC] Online-Seminar:

[GGSC]-Rechtsanwält\*innen Caroline von Bechtolsheim, Katrin Jänicke, Prof. Hartmut Gaßner, Dr. Manuel Schwind und Linus Viezens

**„Interkommunale Kooperation“**

[-> 02.07.2020 Online-Seminar](#)

[-> zum Programm](#)

[-> zur Anmeldung](#)

## [HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

**Abfall Newsletter**

**[Mai 2020](#)**

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Folgen der Corona-Krise für die Abfallwirtschaft – Überblick
- Auswirkungen der Corona-Krise für Entsorgung-Vergaben
- Covid-19 Pandemie: Billigkeitsentscheidungen bei der Erhebung von Abfallgebühren

**Bau Newsletter**

**[März 2020](#)**

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Allgemeines - Kernaussagen
- Bauverträge
- Planungsverträge

## [HINWEIS AUF KOMMUNALWIRTSCHAFT.DE]

Wir erlauben uns, Sie auf das Angebot der apm<sup>3</sup> GmbH bzw. der Akademie Dr. Obladen hinzuweisen, dass Sie im Internet unter [www.kommunalwirtschaft.eu](http://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“.