



[GGSC]

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

Vergabe Newsletter

Juli 2021

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

in unserem Sommer-Newsletter bieten wir Ihnen Neuigkeiten aus der Spruchpraxis zur Vergabefreiheit von Rettungsdienstaufträgen an gemeinnützige Organisationen in Brandenburg und zum Ausschreibungserfordernis des Betriebs von Kindergärten lt. OLG Jena.

Außerdem haben wir für Sie Überblicksbeiträge zum Thema Ausschreibung komplexer technischer Anlagen und zu Preisobergrenzen und Preisgleitklauseln in Bauvergaben zusammengestellt. Sie erhalten Tipps, wie Sie bei steigenden Baukosten die Kontrolle behalten können.

Gern laden wir Sie außerdem zu unserem Online-Seminar „Herausforderung Rekommunalisierung“ am 29.09.2021 ein:

[GGSC] Online-Seminar „Herausforderung Rekommunalisierung“ am 29. September 2021

[-> zum Programm](#) [-> zur Anmeldung](#)

Eine anregende Lektüre wünscht

Ihr [GGSC] Vergabeteam

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [VK Brandenburg bestätigt Privilegierung gemeinnütziger Organisationen als Rettungsdienstleister](#)
- [Merkmale für die Ausschreibung technischer Großvorhaben und von Anlagen](#)
- [Baupreisexplosion – Vergabeverfahren unter Kostenvorbehalt?](#)
- [Baupreisexplosion – Preisgleitklauseln bei Vergaben](#)
- [Ausschreibungserfordernis von Betreiberverträgen für Kindergärten](#)
- [GGSC] auf Veranstaltungen
- [GGSC] Online



[VK BRANDENBURG BESTÄTIGT PRIVILEGIERUNG GEMEINNÜTZIGER ORGANISATIONEN ALS RETTUNGSDIENSTLEISTER]

Es wird diskutiert, ob für gemeinnützigen Organisationen bei der Beauftragung mit Rettungsdienstleistungen die Bereichsausnahme von § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB greift. Für Brandenburg hat die Vergabekammer des Landes dies jüngst zugunsten eines von [GGSC] vertretenen kommunalen Rettungsdienstträgers bejaht ((Beschl. v. 01.06.2021, Az.: VK 7/21; noch nicht rechtskräftig).

Rechtlicher Hintergrund

Der VK Brandenburg zufolge dürfen sowohl der betreffende Landkreis als Träger des bodengebundenen Rettungsdienstes als auch dessen kommunale Eigengesellschaft von der Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB in Verbindung mit dem Brandenburgischen Rettungsdienstgesetz (BbgRettG) Gebrauch machen (Beschl. v. 01.06.2021, Az.: VK 7/21; noch nicht rechtskräftig). Dies hätte zur Folge, dass Leistungen des Rettungsdienstes, die an diese Organisationen beauftragt werden sollen, vom Erfordernis einer europaweiten Vergabe ausgenommen wären („Dieser Teil gilt nicht für ...“ in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB).

Die Bereichsausnahme entspringt dem EU-Recht und ist zugleich im nationalen Recht sowie in den meisten Landesregelun-

gen enthalten. Das Zusammenspiel von insoweit teils voneinander abweichenden Vorschriften wirft im konkreten Einzelfall rechtlichen Fragen auf.

Ist es zulässig, gemeinnützige Organisationen als Rettungsdienstleister außerhalb des EU-Vergaberechts zu beauftragen?

Landkreise und kreisfreie Städte als Träger des bodengebundenen Rettungsdienstes dürfen demnach gemeinnützigen Organisationen Aufgaben des Rettungsdienstes außerhalb des GWB-Vergaberechts übertragen. Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 BbgRettG ist zur Auswahl der gemeinnützigen Organisation ein vereinfachtes transparentes, faires und diskriminierungsfreies (Verwaltungs-) Verfahren durchzuführen. Nach Auffassung der Vergabekammer können neben den Landkreisen und kreisfreien Städten auch kommunale Gesellschaften, die vom Landkreis oder den kreisfreien Städten mit Vollzugsaufgaben des Rettungsdienstes betraut sind, die Bereichsausnahme bei der Übertragung von Aufgaben an Unterauftragnehmer in Anspruch nehmen.

Konkrete Fallgestaltung – Bedeutung der Entscheidung

Im konkret entschiedenen Fall blieb ein Nachprüfungsantrag zweier Rettungsdienstleister ohne Erfolg. Sie hatten sich gegen das Auswahlverfahren einer landkreiseigenen



Gesellschaft zur Beauftragung eines gemeinnützigen Rettungsdienstleisters für den Betrieb einer Rettungswache gewandt. Die Vergabekammer folgte umfassend der Argumentation von [GGSC], wonach das Brandenburger Landesrecht gemeinnützige Organisationen als Rettungsdienstleister privilegiert. Aufgrund der Nichtanwendbarkeit von (EU-)Vergaberecht nahm die Vergabekammer im Ergebnis ihre Unzuständigkeit an.

Der Beschluss der Vergabekammer ist die erste Entscheidung nach Einführung der Bereichsausnahme in das GWB sowie der darauf bezogenen Änderung in § 10 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BbgRettG in Brandenburg. Sie reiht sich in die bundesweit zahlreich geführten Auseinandersetzungen über die vergaberechtliche Privilegierung von gemeinnützigen Organisationen ein. Rechtlich relevant sind dabei u.a. auch die Anforderungen an die Gemeinnützigkeit, die europäisch vorgegeben sind, sowie die Beachtung landes- und kommunalrechtlicher Vorgaben zum öffentlichen Auftragswesen.

Weitere Aspekte in dem Nachprüfungsverfahren betrafen u.a. die Anforderungen an die Gemeinnützigkeit einer Organisation sowie die Vergleichbarkeit mit Regelungen aus dem Rettungsdienstrecht in anderen Bundesländern.

Beschluss der Vergabekammer noch nicht rechtskräftig

Der Beschluss der Vergabekammer ist noch nicht rechtskräftig, da das OLG Brandenburg als Rechtsmittelinstanz infolge der Beschwerde des unterlegenen Unternehmens noch zu entscheiden haben wird.

[GGSC] berät umfassend zum Kommunal- und Vergaberecht und hat in diesem Fall die obsiegende Auftraggeberin vor der Vergabekammer vertreten.

Nachfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwalt
Felix Brannaschk

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[MERKPUNKTE FÜR DIE AUSSCHREIBUNG TECHNISCHER GROSSVORHABEN UND VON ANLAGEN]

Die Ausschreibung technischer Großvorhaben wie z.B. im Anlagenbau (Abfallbehandlungsanlagen, Wasseraufbereitung) oder bei touristischen Großprojekten (Seilbahnneubau) will gut vorbereitet und geplant sein.

Nachfolgend geben wir einige Hinweise zu Schritten, die besondere Sorgfalt erfordern. Dass die Vorbereitung und Durchführung solcher Großvorhaben durchaus eine geraume Zeit von mehreren Jahren beansprucht, liegt auf der Hand.

Vorbereitung des Projekts (z.B. Machbarkeitsstudien)

Am Anfang des Projekts steht in der Regel eine Machbarkeitsstudie. Dort werden Bedarf und Dimensionierung sowie Finanzierungs- und Refinanzierungsfragen regelmäßig auf Herz und Nieren geprüft und mit Blick auf die konkreten Einsatzzwecke ausgewertet. In aller Regel muss ein solche Machbarkeitsstudie auch mit den Gremien erörtert und diskutiert werden, um dort schon rechtzeitig die Aufmerksamkeit für die bevorstehenden Planungs- und Errichtungsentscheidungen zu wecken. Sicherlich macht es auch Sinn, sich schon ganz zu Beginn des Projekts über etwaige Fördermöglichkeiten und deren Kautelen zu informieren.

Zumeist zeichnet sich auch schon ganz zu Beginn des Vorhabens ab, dass öffentliche Großprojekte unterschiedliche, vorgeschaltete Vergabeverfahren erfordern. Insoweit ist vor allem zwischen der Errichtung der Anlage selbst und einer ggf. vorab zu beauftragenden Planung zu unterscheiden, für die die entsprechenden Spezialisten gebunden werden müssen. Und auch schon für die Vergabe der Planung muss beim Auftraggeber eine ungefähre Vorstellung davon bestehen, in welchen Bandbreiten die endgültigen Errichtungskosten anzusiedeln sein werden: Abhängig davon ist dann zu entscheiden, ob die Ingenieursvergabe in einem europaweiten Verfahren ausgeschrieben werden muss oder nicht.

Merkpunkt Planervergabe

Dies hängt natürlich auch davon ab, welche Leistungsphasen schon zu Beginn des Projekts an Planer vergeben werden oder ob eine gestufte Vergabe von Planerleistungen vorgesehen ist. Weil sich hier bei der Bemessung des Auftragswertes (bevor eine belastbare Kostenschätzung vorliegt, die ja der Ingenieur erst in Leistungsphase 2 - Vorplanung - erstellen soll) erhebliche Unsicherheiten ergeben können, ist zu überlegen, aus Gründen der Rechtssicherheit ein europaweites Verfahren für die vorgeschaltete Planervergabe zu wählen.

Für die europaweiten Planervergaben steht der Vergabestelle „in der Regel“ gem. § 74



VgV das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb gem. § 17 VgV oder auch der wettbewerbliche Dialog gem. § 18 VgV zur Verfügung.

Der Ordnungsgeber geht also davon aus, dass bei diesen Vergaben grundsätzlich immer von einer besonderen Situation ausgegangen werden kann, die ein solches Verfahren erlaubt. Naturgemäß muss dies erst recht für Planervergaben gelten, die sich auf komplexe, technische Großvorhaben beziehen. Der Eignung der auszuwählenden Planer kommt ja immer eine besondere Bedeutung zu, hier aber erst recht. Unterhalb der Schwellenwerte sind verbindliche Rechtsnormen für die Planervergaben vor allem in der UVgO (Unterschwellenvergabeverordnung) zu finden – gültig in denjenigen Bundesländern, die die Verordnung für anwendbar erklärt haben.

Mittlerweile müssen sich die Vergabestellen auch tiefergehende Gedanken über ihr Wertungssystem machen, insbesondere zur Bedeutung des Angebotspreises der Planer: Nach der Entscheidung des EuGH vom Juli 2019 gibt es keine verbindlichen Mindest- oder Höchstsätze in der HOAI mehr. Der Angebotspreis kann also durchaus Gegenstand der Wertung sein. Für die Auskömmlichkeitsprüfung von Angebotspreisen kann die HOAI aber wohl nach wie vor einen guten Rahmen bilden. Es wird schließlich auch als zulässig angesehen, Planung und Errichtung in einem Vorhaben zu vergeben, was bei technischen Spezialleistungen v.a. für die

Leistungsphasen 4 und 5 (Genehmigungsplanung, Ausführungsplanung) durchaus Sinn machen kann, die Kontrollmöglichkeiten des Auftraggebers aber einschränkt.

Bedeutung Kostenschätzung / Schätzung des Auftragswerts / Bildung von Losen

Wie oben schon skizziert, stellt der beauftragte Ingenieur im Zuge der Leistungsphase 2 (Vorplanung) nach HOAI regelmäßig eine detaillierte Kostenschätzung für das Projekt an – häufig sogar nach DIN-Regeln, die dafür nähere Vorgaben enthalten. Bei großen und komplexen Bauvorhaben, die europaweit vergeben werden, ist eine realistische Kostenschätzung von entscheidender Bedeutung. Auch § 3 der VgV schreibt dem Auftraggeber eine realistische Kostenschätzung ins Stammbuch und verbietet ihm das „Kleinrechnen“ von Projekten (§ 3 Abs. 2 Satz 1 VgV). Gleichzeitig hat der Auftraggeber bei Bauvergaben nach § 3 Abs. 9 VgV die Möglichkeit, ein Los mit einem Anteil von bis zu 20 % des Gesamtwertes von der europaweiten Vergabe auszunehmen. Stehen dem Auftraggeber nur begrenzte Haushaltsmittel zur Verfügung, kann er überlegen, einen Wirtschaftlichkeitsvorbehalt in die Ausschreibung aufzunehmen, wonach die Ausschreibung aufgehoben wird, wenn ein definierter Gesamthöchstwert überschritten wird (Siehe auch zu Kostenvorbehalt bei Bauausschreibungen den Newsletter-Artikel 3: Baupreisexplosion – Vergabeverfahren unter Kostenvorbehalt?).



Bei der Vorbereitung der Vergabeverfahren für die Errichtung der Anlagen muss der Auftraggeber das Losbildungsgebot im Auge behalten. Es gilt als drittschützend – potenzielle Interessenten können eine unterbliebene Losbildung also durchaus per Nachprüfungsverfahren zur Überprüfung bringen. Für die Auftragsschätzung sind – vorbehaltlich der Ausnahme in § 3 Abs. 9 VgV (s.o.) grundsätzlich alle Lose zusammenzurechnen. Ausnahmsweise kann auch die Beauftragung eines Generalunternehmers mit der Erbringung und Koordination aller Leistungen in Betracht kommen. Diese muss sich aber sachlich überzeugend begründen lassen, die Begründung muss dokumentiert werden (OLG München, B. v. 25.03.2019, Verg 10/18).

So kann dem Anliegen des Auftraggebers Rechnung getragen werden, Schnittstellen zu vermeiden und eine einheitliche Gewährleistungsverantwortung zu erreichen. Als nachteilig kann sich eine fehlende Fachkompetenz des Ansprechpartners und eine nahezu unübersehbare Anzahl an Subunternehmern, auf die der Auftraggeber grundsätzlich nicht direkt einwirken kann, erweisen. Insoweit ist genau zu überlegen, ob dieser Weg ergriffen werden soll. Womöglich kann in einer „Teil“-GU-Vergabe eine Lösungsstrategie liegen, also nur für definierte Gewerke, während die anderen in Losen vergeben werden.

Merkmale zur Vorbereitung der Vergabe der Errichtung / Verfahrensart / Durchführung

Nicht nur für die Planervergabe (s.o.), sondern zumeist auch für Bau und Errichtung der Anlagen kommt bei technische komplexen Großprojekten regelmäßig ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb gem. § 17 VgV bzw. § 3a Abs. 2 VOB/A EU in Betracht, wenn auch hier – wohl im Unterschied zur Planervergabe – detailliert geprüft werden muss, ob ausnahmsweise die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Das Verfahren eröffnet dem Auftraggeber die Möglichkeit, für das Projekt erfahrene Unternehmen zu binden, die in der Lage sind, die Komplexität des Verfahrens zu beherrschen. Im Teilnahmewettbewerb wählt der Auftraggeber nach vorher festgelegten (Eignungs-) Kriterien bzw. einer Matrix die Teilnehmer aus, mit denen er – dann als Bieter – weiter verhandeln will. Der Auftraggeber kann die Zahl der Teilnehmer mit denen er verhandeln will, begrenzen. Dann muss er dies aber bereits in den Vergabeunterlagen transparent kundtun (§ 51 Abs. 1 VgV).

An die Auswahl der Bieter, mit denen weiterverhandelt werden soll, schließt sich die Angebotsphase an. Es werden erste Angebote abgefragt, die sowohl eine nähere technische Konkretisierung als auch schon Preise enthalten können. Anhand einer vorläufigen



Entscheidung kann dann schon eine Entscheidung darüber getroffen werden, mit wem weiterverhandelt werden soll, wenn dies in der Bekanntmachung vorgesehen ist. Er muss aber auch nicht verhandeln – wenn er sich dies ebenfalls ausdrücklich vorbehalten hat. Regelmäßig wird der Auftraggeber festlegen, welche Inhalte der Vergabeunterlagen verhandelbar sind und welche nicht. Verhandlungen über Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien sind jedenfalls ausgeschlossen (vgl. § 17 Abs. 10,12 VgV). Werden die Verhandlungen nach VOB/A geführt, muss die Vergabestelle davon ausgehen, dass die Bieter sich kennen und voneinander wissen. Dies engt den Spielraum für mögliche Preisverhandlungen möglicherweise ein, über Technische Details kann aber durchaus noch gesprochen werden.

Auch vertragliche Regelungen können Gegenstand der Verhandlungen sein (z.B. für Abfallbehandlungsanlagen Themen wie Reisezeit, Verfügbarkeit etc.). Es bietet sich dann an, die Ergebnisse der Verhandlungen sowohl protokollarisch festzuhalten als auch im Ergebnis derselben ein neues Angebot abzufordern. Im endgültigen Angebot muss der Verhandlungsstand sich dann vollständig abbilden. Sind die Mindestanforderungen erfüllt, werden die letztverbindlichen Angebote anhand der Zuschlagskriterien ausgewertet und das Bestangebot ermittelt.

Fazit

Als Fazit lässt sich festhalten: Es verwundert nicht, dass technische Großprojekte viel Vorarbeit und nicht zuletzt eine frühzeitige vergaberechtliche Planung erfordern. Wichtig ist eine enge und gute Zusammenarbeit von Vergabestelle, technischen Beratern/Planern und juristischen Berater:innen sowie eine umfassende und nachvollziehbare Dokumentation sämtlicher Arbeitsschritte und möglichst auch sämtlicher Projektbesprechungen. Auch die Gremien sollten durchgehend über zentrale Projektfortschritte informiert werden. Dann ist der Auftraggeber auch für etwaige Nachprüfungen gerüstet.

[GGSC] berät öffentliche Auftraggeber bei der Vorbereitung und Durchführung solcher Verfahren.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwalt
[Linus Viezens](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[BAUPREISEXPLOSION – VERGABEVERFAHREN UNTER KOSTENVORBEHALT?]

Grundsätzlich steht es dem Auftraggeber frei, den Beschaffungsgegenstand nach seinen Bedürfnissen und Vorstellungen zu definieren. Nur er weiß, welche Leistungen er in welchem Umfang benötigt. Dies entspricht dem Grundsatz der Privatautonomie, der zumindest bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstandes ebenso für den öffentlichen Auftraggeber gilt. Das Vergaberecht regelt also nicht das „Was“ der Beschaffung, sondern vielmehr das „Wie“ der Beschaffung.

Angabe eines Maximalbudgets

Von dem Grundsatz umfasst ist auch die Vorgabe eines maximalen Budgets im Sinne einer Preis- bzw. Kostenobergrenze (vgl. EuG, Urt. v. 13. September 2011 - Rs. T-8/09). Der öffentliche darf also die Einhaltung einer Kostenobergrenze als Ausschlusskriterium vorgeben, um so seinen Bedürfnissen gerecht zu werden. Demnach werden nur Angebote gewertet, die die Kostenobergrenze einhalten. Angebote, die das Budget überschreiten, können ausgeschlossen werden.

Vergaberechtliche Grenzen

Grenzen sind dem öffentlichen Auftraggeber bei der Festlegung seines Budgets als Ausschlusskriterium dort gesetzt, wo er seine Stellung missbraucht, indem er versucht,

Waren oder Leistungen unter dem Marktpreis zu beschaffen bzw. die Preisobergrenze so niedrig angesetzt ist, dass mangels potentieller Bieter kein Wettbewerb mehr stattfinden kann (vgl. OLG Koblenz, B. v. 04.02.2014 - Az.: [1 Verg 7/13](#)). Bei der Festlegung einer marktüblichen Preisobergrenze sind auch die vorhersehbaren Kostenentwicklungen aufgrund der massiven Baupreissteigerungen zu berücksichtigen. Konkret bedeutet das: Der Auftraggeber muss bei der Kostenschätzung die aktuellen Preisentwicklungen der jüngeren Vergangenheit aber auch die für die nähere Zukunft zu erwartenden Preisentwicklungen in der Kostenschätzung berücksichtigen und darlegen sowie dokumentieren, wie er diese Preissteigerungen ermittelt und festgelegt hat.

Vergabemissbräuchlich wäre auch, wenn ein Vergabeverfahren aus bloßer Markterkundungsabsicht gestartet wird, ohne ernsthaftes Interesse an einer Beauftragung zu haben. Missachtet der öffentliche Auftraggeber diese Grenzen und legt ein übermäßig niedriges Budget fest, geht er zum einen das Risiko eines Nachprüfungsverfahrens ein, zum anderen läuft er Gefahr, keine bzw. keine wertbaren Angebote zu erhalten. Er muss das Vergabeverfahren dann aufheben und mit geänderten Bedingungen wiederholen (1. VK Sachsen, B. v. 20.06.2014 - Az.: [1/SVK/017-14](#)). Beides verursacht Kosten und unnötigen Zeitverlust.



Fazit

Letztlich dient die Festlegung eines angemessenen Budgets daher vor allem dem öffentlichen Auftraggeber. Dieser hat regelmäßig ein großes Interesse, möglichst viele Angebote zu erhalten. Dadurch lassen sich auch spätere Nachtragsdiskussionen vermeiden. Daher sollte der öffentliche Auftraggeber unter fairen Preisbedingungen ausschreiben oder, sollte das Budget sehr knapp bemessen sein, darüber nachdenken, Beschaffungsgegenstand zu reduzieren.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwältin
[Stefanie Jauernik](#)



Rechtsanwalt
[Dr. Benjamin Tschida](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BAUPREISEXPLOSION – PREISGLEITKLAUSELN BEI VERGABEN]

Momentan explodieren die Baupreise. Preisgleitklauseln bieten für Unternehmen die Möglichkeit, gestiegene Kosten an die Auftraggeber weiterzugeben. Die öffentliche Hand hat das aktuelle Thema aufgegriffen.

Grundsätze

Auf Preisgleitklauseln müssen bei Auftragserteilung ausdrücklich vereinbart werden. Übliche Preisgleitklauseln betreffen Lohn- und/oder Materialkosten; Preisgleitklauseln können aber auch andere Kostenarten betreffen, die die Kalkulation des Unternehmers berühren, wie steigende Energiekosten oder höhere Sozialabgaben für die Beschäftigten. Preisgleitklauseln können einseitig zugunsten des Auftragnehmers bei Preissteigerungen ausgestaltet sein, aber auch beidseitig für den Fall, dass die bei Angebotserstellung kalkulierten Preise in dieser Höhe bei Projektverlauf doch nicht eintreten. Dann können vereinbarte Preisgleitklauseln dazu führen, dass Korrekturen zugunsten des Bauherrn/Auftraggebers möglich werden. Preisgleitklauseln sind sowohl bei Einheits- als auch bei Pauschalpreisverträgen möglich.



AG ist privater Bauherr

Hier gilt Vertragsfreiheit, was vereinbart wird. Der Markt ist generell sehr angespannt, die Verhandlungsposition von Unternehmen ist deshalb gut, um eine Stoffgleitklausel mit zu vereinbaren und einen Vertrag nur unter der Bedingung einer solchen Klausel überhaupt abzuschließen.

Gängige Preisgleitklauseln (insbesondere der öffentlichen Hand, siehe unten) knüpfen an Baukostenindizes an. In der aktuellen Situation dürfte dies ein zu träger Mechanismus sein. Es sollte mithin ausgehandelt werden, welche Nachweise für die veränderten Baustoffpreise vom Auftragnehmer vorlegt werden müssen: Soll die Mitteilung des Baustofflieferanten des Auftragnehmers ausreichend sein? Muss der Auftragnehmer Alternativangebote anderer Baustofflieferanten einholen, um die Marktüblichkeit von Preissteigerungen objektiver nachzuweisen? Des Weiteren muss der zeitliche Anwendungsbereich geklärt sein und eine sinnvolle Abrechnungsschnittstelle gefunden werden: Soll die Preis-anpassung generell schon ab der Mitteilung des Auftragnehmers gelten? Oder erst für die nächste Materialbestellung, die unter die geänderten Preise fällt?

AG ist öffentliche Hand – Erlass des BMI

Die öffentliche Hand hat für die Vergabepaxis das Thema aufgegriffen. Mit Erlass vom 21. Mai 2021 hat das Bundesministerium für

Inneres, für Bau und Heimat (BMI), Aktenzeichen: BW I 7 - 70437/9#3) Regelungen zu Lieferengpässen und Stoffpreisänderungen diverser Baustoffe erlassen. Diese Regelungen sind teilweise unverändert oder mit kleineren Anpassungen von den Bundesländern übernommen worden. Folgende Grundsätze gelten im Bereich der öffentlichen Auftragsvergaben:

- Das BMI verweist auf das Formblatt „Stoffpreisklausel“ (Formblatt 225) aus dem gängigen und vielfach zur Anwendung kommenden Vergabehandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB). Dieses sei bisher in Verbindung mit schwankenden Stahlpreisen zum Einsatz gekommen, könne aber „ebenso auch für andere Stoffe verwendet werden, soweit im Güterverzeichnis des Statistischen Bundesamtes Indizes dafür veröffentlicht werden“.
- Der öffentliche Auftraggeber muss vor Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens prüfen, ob die Voraussetzungen für die Vereinbarung von Stoffgleitklauseln vorliegen. Hierbei sind die vom Statistischen Bundesamt erfassten und veröffentlichten Indizes der entsprechenden Erzeugerpreise gewerblicher Produkte einzubeziehen. Insbesondere Sprünge von mehreren Indexpunkten pro Monat sind, so das BMI, ein Indiz eines mit der Vereinbarung fester Preise einhergehen-



den, besonders hohen Wagnisses der Bieter, dass die Vereinbarung von Stoffgleitklausel nahelegt.

- Für laufende Vergabeverfahren gilt nach BMI: Die Stoffpreisklausel kann nachträglich durch die Vergabestelle noch einbezogen werden, und zwar so lange, bis die Submission der Angebote noch nicht erfolgt ist. Ist die Submission bereits erfolgt, soll die Vergabestelle prüfen, ob durch Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in die Angebotsphase die Einbeziehung einer Stoffgleitklausel ermöglicht.
- Für bestehende Verträge mit der öff. Hand teilt das BMI mit: Eine Anpassung kommt nur in besonders begründeten Ausnahmefällen auf der Grundlage der „Störung der Geschäftsgrundlage“ nach § 313 Abs. 1 BGB in Betracht. Zudem verweist das BMI auf die Möglichkeit verlängerter Ausführungsfristen nach § 6 Abs. 2 VOB/B.

Vergaberechtlicher Anknüpfungspunkt für Preisgleitklauseln ist der bieterschützende Grundsatz, dass den Bietern kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden darf und § 9d VOB/A die Möglichkeit vorsieht, dass für den Fall, dass wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten sind, deren Eintritt oder Ausmaß ungewiss sind, eine angemessene Änderung der Vergütung in den Vertragsunterlagen vorgesehen

werden, ferner die Einzelheiten der Preisänderungen festzulegen sind. Das BMI knüpft pragmatisch an die Baupreisindizes des Statistischen Bundesamtes an. Das ist nicht ideal, wird sich aber bei einer Vielzahl öffentlicher Auftragsvergaben nicht an anders regeln lassen.

Bieterperspektive

Aus Bieterperspektive ist Folgendes wichtig: Wenn keine Preisgleitklausel und das VHB-Formblatt 225 nicht Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen sind, fügen Sie es nicht selbständig und ungefragt Ihrem Angebot bei. Das wäre ein klassischer Ausschlussgrund. Rügen Sie vor Angebotsabgabe bei der Vergabestelle, wenn Sie der Auffassung sind, eine Preisgleitklausel müsse aufgenommen werden. Die Vergabestelle muss sich inhaltlich mit dem Thema beschäftigen und die Abwägungsentscheidung in seiner Vergabeakte begründen. Entweder hilft die Vergabestelle einer entsprechenden Rüge ab und bezieht Preisgleitklauseln in das laufende Verfahren ein, wie es sich das BMI auch vorstellt, oder es besteht aus Bietersicht bei negativer Entscheidung die Möglichkeit, ein Vergabenaachprüfungsverfahren zur verbindlichen Klärung in die Wege zu leiten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



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



Rechtsanwalt
[Till Schwerkolt](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[AUSSCHREIBUNGSERFORDERNIS VON BETREIBERVERTRÄGEN FÜR KINDERGÄRTEN]

Bei der Auswahl des Betreibers eines Kindergartens ist Vergaberecht anzuwenden: So hat das OLG Jena in seinem Beschluss vom 09.04.2021, Verg 2/20, entschieden. Die Antragsgegnerin, eine Kommune, hatte unter expliziter Ausklammerung des Vergaberechts zunächst ein Interessenbekundungsverfahren durchgeführt und sodann einen Betreiber ausgewählt. Dieses Vorgehen wurde von dem Gericht als rechtswidrig bestätigt.

GWB umfasst auch soziale Dienstleistungen – keine ausdrückliche Ausnahme (wie z.B. für Rettungsdienstleistungen)

Die Vergabe des Betreibervertrages ist vom Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts erfasst. „Für die Vergabe von Verträgen über den Betrieb eines Kindergartens sieht das Vergaberecht – anders als für Rettungsdienstleistungen, vgl. § 107 Abs. Nr. 4 GWB – keine Einschränkung seines Anwendungsbereichs vor. Vielmehr gibt § 130 GWB i.V.m. Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU

zu erkennen, dass öffentliche Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen grundsätzlich von seinem Anwendungsbereich erfasst werden (...). Der Betrieb eines Kindergartens unterfällt dabei der Kategorie „Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und dazugehörige Dienstleistungen“. Die zugehörigen Erläuterungen der EU-Kommission benennen diesbezüglich exemplarisch die „Kinderbetreuung in Tagesstätten“.

Unabhängig von der Praxis der Vergabe von Betreiberverträgen für Kindergärten in Deutschland und der (empfundene Un-) Geeignetheit der zur Verfügung stehenden Verfahren hat diese mithin unter Beachtung des Vergaberechts zu erfolgen, sofern dessen Anwendungsbereich im Übrigen eröffnet ist. Das Gericht betont außerdem, dass die Anwendung des Vergaberechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge nicht in das Belieben der EU-Mitgliedsstaaten gestellt ist. Diese Auffassung übersehe die gesetzliche Bestimmung des Anwendungsbereichs des GWB-Vergaberechts.

Betreibervertrag ist keine Dienstleistungskonzession?

Bei dem Betreibervertrag handelt es sich nicht um eine Dienstleistungskonzession i.S.v. § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB: Eine solche erfordert, dass der Konzessionsnehmer das wirtschaftliche Risiko trägt. Das sieht das Gericht hier als nicht gegeben. Ein rein



abstraktes wirtschaftliches Risiko genüge insoweit nicht. Das Risiko fehle, wenn nach menschlichem Ermessen rote Zahlen während der Vertragslaufzeit ausgeschlossen werden können. Weil bei dem Betrieb des Kindergartens alle erforderlichen Kosten vom Auftraggeber vollständig ausgeglichen werden, sah das Gericht unter normalen Bedingungen kein Risiko für den Betreiber, seine Kosten nicht decken zu können. Es wirke sich nicht wirtschaftlich auf den Betreiber aus, wenn die Einnahmen aus Elternbeiträgen schwanken. Bei der Bestimmung, welche Kosten erforderlich seien, stünde dem Auftraggeber auch kein Entscheidungsspielraum zu, der dem Auftragnehmer wiederum ein Risiko aufbürde: Bei dem Begriff der Erforderlichkeit nach § 21 Abs. 4 ThürKigaG handele es sich um einen gerichtlich voll überprüfbar unbestimmten Rechtsbegriff.

Betreibervertrag ist keine Dienstleistungskonzession?

Das Risiko der Misswirtschaft sei ebenso wie dasjenige einer Fehlkalkulation und eine Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen und arbeitsmarktspezifischen Rahmenbedingungen stets vom Auftragnehmer zu tragen. Dies rechtfertigt also noch nicht die Annahme, der Auftragnehmer trage das Betriebsrisiko. Dann aber kommt denknotwendig nur ein „normaler“ Dienstleistungsauftrag mit den dort geltenden Schwellenwerten in Betracht, die deutlich unterhalb derer für Dienstleistungskonzessionen ansetzen.

Die begrifflichen Anforderungen an das Vorliegen eines Dienstleistungsauftrags i.S.v. § 103 Abs. 4 GWB waren jedenfalls nach Auffassung des Gerichts im konkret entschiedenen Fall erfüllt. Es liege ein Beschaffungscharakter vor, weil Vertragsgegenstand eine Leistung ist, die ohne Beauftragung eines konkreten Betreibers von den Gemeinden und damit auch der Antragsgegnerin selbst erbracht werden müsste. Die Pflicht der Bereitstellung von Kindergartenplätzen der Auftraggeberin ergab sich aus Landesrecht.

Auch eine Entgeltlichkeit sei gegeben, unabhängig davon ob die vertraglich vorgesehene Vergütung auf den Ersatz der Kosten beschränkt bleibt, die durch die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung entstehen. Der maßgebliche Schwellenwert für den Dienstleistungsauftrag von 750.000 € (soziale Dienstleistung) sei bei Berücksichtigung der automatischen Verlängerungsmöglichkeit, die im Vertrag vorgesehen war, für den somit als Auftrag mit unbestimmter Laufzeit zu qualifizierenden Auftrag überschritten.

Fazit

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Grundaussage der Entscheidung einerseits (auch der Betrieb von Kindergärten unterfällt dem Vergaberegime) und die Einschätzung als „üblicher“ Dienstleistungsvertrag jenseits der Dienstleistungskonzession voraussichtlich wohl differenziert einzuschätzen sind. Die Vergabepflicht wird wohl



nicht bestritten werden können, allerdings unter den Sonderbestimmungen für soziale Dienstleistungen. Ob im Einzelfall eine Dienstleistungskonzession vorliegt oder nicht, ist aber wohl jedes Mal wieder neu zu bestimmen und hängt zentral von der konkreten Vertragsgestaltung ab.

[GGSC] berät öffentliche Auftraggeber bei der Ausgestaltung von Betreiberverträgen jeglicher Art und verfügt auch über eine ausgewiesene Expertise bei der Ausgestaltung von Konzessionsverträgen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwältin
Fanny Jahnke

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GGSC] SEMINARE

Rechtsanwältin Ida Oswald
Rechtsanwalt Prof. Hartmut Gaßner
Rechtsanwalt Linus Viezens
Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

**Online-Seminar: Update Verpackungsgesetz
– Verhandlungsstand und Rechtsprechung**

[GGSC] Seminare GmbH

[02.09.2021](#)

[GGSC]-Rechtsanwält:innen:
Prof. Hartmut Gaßner
Katrin Jänicke
Caroline von Bechtolsheim
Isabelle-Konstanze Charlier
Dr. Manuel Schwind

**Online-Seminar: Herausforderung
Rekommunalisierung**

[GGSC] Seminare GmbH

[29.09.2021](#)

SAVE THE DATE – Juli 2022:

**23. [GGSC] Infoseminar „Erfahrungsaustausch“
Kommunale Abfallwirtschaft“**

[GGSC Seminare]

23./24.06.2022 in Berlin



[GGSC] AUF VERANSTALTUNGEN

Rechtsanwältin Katrin Jänicke
Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind

Seminar: Abfallgebühren

Akademie Dr. Obladen GmbH

09.09.2021 in Hannover

Rechtsanwältin Katrin Jänicke
Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind

Online-Seminar: Straßenreinigungsgebühren

Akademie Dr. Obladen GmbH

30.09.2021

[GGSC] EXPERT:INNEN-INTERVIEW

Erwartungen an die Abfallpolitik in der neuen Legislaturperiode

Experte: Peter Kurth (Präsident des BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft)

Interviewer: Prof. Hartmut Gaßner

14. September 2021

12:30 Uhr

Zoom-Meeting beitreten:

<https://zoom.us/j/92057964030>

[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

Sonder-Newsletter Bau Juni 2021 – Thema Preissteigerung am Bau

Die Ausgabe berichtet über:

- Planung 1: Sollte man in künftigen Planungsverträgen Regelungen treffen?
- Planung 2: Erhöht sich das Honorar bei Baupreissteigerungen?
- Planung 3: Weitere Auswirkungen auf bestehende Planungsverträge?
- Vergabe 1: Sollte man in den künftigen Bauverträgen Besonderheiten zu den Themen Kostensteigerung und Terminrisiken regeln?
- Vergabe 2: Sonderfall Preisgleitklauseln – was muss man dazu wissen?
- Vergabe 3: Darf man als öffentlicher Auftraggeber das gesamte Vergabeverfahren unter einen Kostenvorbehalt stellen?
- Vergabe 4: Was tun, wenn viel zu teure Angebote eingehen?



- [Vergabe 5: Was tun, wenn keine Angebote eingehen?](#)
- [Vergabe 6: Bekommen Planungsbüros für wiederholte Bauausschreibungen Zusatzhonorar?](#)
- [Bau 1: Können Bauunternehmen nachträglich Preiserhöhungen verlangen, wenn die Lieferpreise steigen?](#)
- [Bau 2: Welche Auswirkungen haben gestörte Lieferketten auf die Fristen in den Bauverträgen?](#)
- [Bau 3: Was sollten Nachtragsvereinbarungen / Vertragsanpassungen konkret regeln?](#)
- [Bau 4: Kündigung von Bauverträgen oder jedenfalls von Terminen möglich?](#)
- [Redaktion des Sondernewsletters und Rückfragen](#)

NEWSLETTER ABFALL

JULI 2021

Die Ausgabe berichtet über:

- [Verpackungsgesetz Verhandlungen 2022](#)
- [Sofortvollzug für Sicherheitsleistungen nach dem Verpackungsgesetz durch das OVG NRW](#)
- [Klimaschutzklage gegen Deponiebetreiber denkbar?](#)
- [Mantelverordnung verabschiedet!](#)
- [Widerruf von Entsorgungsausschlüssen: Keine Pflicht des öRE zur Berücksichtigung wirtschaftlicher Interessen Dritter](#)
- [Energieeffizienzanforderungen an Verbrennungsanlagen](#)
- [Vorgaben der Einwegkunststoffrichtlinie in deutsches Recht umgesetzt](#) Bitte nicht den [Datenschutz vergessen](#)
- [Abfallrechtliche Entscheidungen in Kürze](#)
- [3. \[GGSC\] Expert:innen-Interview mit Kornelia Hülter am 30.06.2021](#)
- [4. \[GGSC\] Expert:innen-Interview mit Peter Kurth am 14.09.2021 - Erwartungen an die Abfallpolitik in der neuen Legislaturperiode](#)