



[GGSC]

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

Vergabe Newsletter

April 2022

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,
schwierige Zeiten – nicht zuletzt auch im Sektor Vergabe. Der Ukraine-Krieg wühlt nicht nur auf, er erschwert auch die öffentliche Beschaffung. In dieser Ausgabe informieren wir sie über den Umgang mit unabsehbaren Preisschwankungen bei der Ausgestaltung von Vergaben und der Abwicklung (ausgeschriebener) Aufträge. Dabei lassen wir es aber nicht bewenden: Wir haben auch Beiträge zum novellierten Preisrecht aufgenommen und zum Vorgehen, falls sich der ursprüngliche Bestbieter im weiteren Verfahren als ungeeignet erweist oder insoweit Zweifel verbleiben.

Eine interessante Lektüre wünscht

Ihr [GGSC] Team Vergabe

Veranstaltungshinweise:

Online-Seminar Umsetzung Verpackungsgesetz – Schwerpunkt PPK am [19.05.2022](#)

23. [GGSC] Infoseminar
„Erfahrungsaustausch Kommunale Abfallwirtschaft“ am [23. und 24. Juni 2022](#) in Berlin und online



Nähere Informationen finden Sie [hier](#) und im Weiteren unter [GGSC] auf Veranstaltungen.

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [Preisabfragen und Vertragsvollzug infolge des Ukraine-Kriegs](#)
- [Preisschwankungen bis Leistungsbeginn auffangen](#)
- [Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs – Preisgleitklauseln](#)
- [Hinweis: Sonderregelungen zur Ausschreibung von Leistungen, die infolge des Ukraine-Kriegs nötig werden](#)
- [Kalkulatorische Zinsen und allgemeines Unternehmerwagnis im Kontext der Preisrechtsnovelle zum 01.04.2022](#)
- [Zweifel an der Eignung Bestbieter – erneute Prüfung](#)
- [Erfahrungsaustausch Kommunale Abfallwirtschaft – 23. GGSC Infoseminar](#)
- [\[GGSC\] Seminare](#)
- [\[GGSC\] auf Veranstaltungen](#)
- [\[GGSC\] Veröffentlichungen](#)



[PREISABFRAGEN UND VERTRAGS-VOLLZUG INFOLGE DES UKRAINE-KRIEGS]

Erste Auswirkungen des Ukraine-Kriegs haben auch die Vergabepraxis in Deutschland erreicht. Insbesondere Transportunternehmen, aber auch Entsorger, Maschinenlieferanten oder Bauunternehmen müssen erhebliche Preissteigerungen etwa für Kraftstoffe, Baumaterialien und Energie hinnehmen. Lieferketten brechen ab. Täglich flattern den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern Preis Anpassungsbegehren ins Haus. Vergabekonzeptionen müssen angepasst werden, weil alle Marktteilnehmer:innen von dem Umfang der Verwerfungen überrascht wurden.

Preis Anpassung in bestehenden Verträgen kein Automatismus

In bereits laufenden Verträgen werden jetzt von den Auftragnehmerinnen und Auftragnehmern Forderungen nach Preis Anpassungen scheinbar ohne jede Einzelfallprüfung versandt.

Entsprechende Ansprüche sind aber überwiegend nur dann begründet, wenn ein Wegfall bzw. eine Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB vorliegt. Dies ist auch mit Blick auf die Kriegsfolgen keineswegs automatisch anzunehmen. Es bedarf einer dezierten Auseinandersetzung mit den Regelungen des jeweiligen Vertrages über Dienst-, Liefer- oder Bauleistungen. Dies gilt

unabhängig davon, ob in diesen Verträgen Fixpreise oder eine turnusgemäße Preis Anpassung vorgesehen ist.

Nach § 313 Abs. 1 BGB kann eine Vertrags Anpassung – außerhalb der turnusgemäßen Preis Anpassungen – zunächst nur verlangt werden, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Selbst wenn man diese strengen Anforderungen in der jeweiligen Vertragskonstellation noch als erfüllt ansehen würde, kann eine Anpassung aber nur verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

Haushalts- und gebührenrechtliche Pflichten beachten

Die öffentlichen Auftraggeber sind gut beraten, jedes einzelne Anpassungsbegehren genau zu prüfen, andernfalls droht spätestens im Gebührenprozess das böse Erwachen. Eine Anerkennung von unberechtigten Forderungen durch die kommunalen Entscheidungsträger ist auch individuell mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden. Es besteht zwar etwa bei der Beantwortung



der Frage, was im Hinblick auf die vertragliche Risikoverteilung als „unzumutbare Härte“ anerkannt wird, ein erheblicher Beurteilungsspielraum. Gerade die aktuell im Entsorgungsbereich vorgelegten Forderungen nach pauschalen Preisaufschlägen von unterjährig bis zu 12 Prozent auf den Gesamtpreis der Leistungen des Sammelns und Transportierens sind aber regelmäßig deutlich übersetzt. Keinesfalls dürfte es im Rahmen einer Drittbeauftragung gerechtfertigt sein, dem Gebührenzahler etwa die vollständige Differenz zwischen dem kalkulierten und aktuellen Dieselpreis aufzuerlegen. Auch die vom Auftragnehmer kalkulierten Gewinn- und Wagniszuschläge müssen bei der Prüfung, was dem Auftragnehmer zugemutet werden kann, berücksichtigt werden.

Indizierung von Angebotspreisen im Vergabeverfahren

In laufenden Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist und in derzeit in Vorbereitung befindlichen Verfahren sind die Auftraggeber gut beraten, wenn sie den derzeitigen weltwirtschaftlichen Rahmenbedingungen Rechnung tragen und ihre Vergabekonzeptionen kritisch prüfen. Dies gilt insbesondere, sofern der Beginn der Leistungserbringung sich deutlich vom Zeitpunkt der Angebotsabgabe unterscheidet. Gerade in einem solchen Fall bestehen objektiv im Hinblick auf die aktuellen Marktgegebenheiten erhebliche Probleme, eine verlässliche Kalku-

lation aufzustellen. Je nach Leistungsgegenstand können hier die Verkürzung der Leistungszeiträume oder die Indizierung der Angebotspreise geeignete Instrumente sein, um zu einem angemessenen Interessenausgleich zu gelangen.

[GGSC] berät öffentliche Auftraggeber umfassend zum Vertragsvollzug und unterstützt sie bei der Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens einschließlich der Berücksichtigung der Kriegsfolgen bei Ausgestaltung der Vergabeunterlagen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
[Jens Kröcher](#)



Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht
[Franziska Kaschluhn](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[PREISSCHWANKUNGEN BIS LEISTUNGSBEGINN AUFFANGEN]

Die aktuellen Preisentwicklungen für fossile Kraftstoffe haben nicht nur Auswirkungen auf mögliche Preisanpassungsverlangen für laufende Verträge, sondern sollten vom öffentlichen Auftraggeber auch bei aktuell laufenden bzw. unmittelbar bevorstehenden Ausschreibungen bedacht werden.



Risiken

Die Gefahr besteht, dass Bieter ihre angebotenen Preise mit den derzeit sehr hohen Energiekosten kalkulieren, obwohl sich diese aktuell hohen Ausschläge möglicherweise in den kommenden Monaten bis Leistungsbeginn wieder „nach unten korrigieren“. Die Folge wäre, dass sich der Auftraggeber dauerhaft mit sehr hohen Preisen konfrontiert sieht, die sich ggf. bei einem länger laufenden Auftrag über Jahre hindurchziehen, jedoch nicht mit den tatsächlichen Kosten des Auftragnehmers korrespondieren. Zudem wird es bei einem etwaigen Preisverfall mutmaßlich schwierig, als Auftraggeber mit einem Wegfall bzw. der notwendigen Anpassung der Geschäftsgrundlage zu argumentieren. Die aktuell ungewisse Weltlage – insb. der künftigen Energieversorgung mit Blick auf diskutierte Sanktionen – kann aber auch zu weiteren Preissteigerungen führen. Hier kann nicht ausgeschlossen werden, dass Bieter vorsorglich erhebliche Wagnisaufschläge in ihren Kalkulationen vornehmen und Ausschreibungen entsprechend teuer werden.

Entlastung für beide Vertragsparteien

Es empfiehlt sich daher mit Blick sowohl auf den Auftraggeber als auch auf den Auftragnehmer (bzw. die Bieter), in der Modellierung aktueller Ausschreibungen zu überlegen, eine Preisanpassung bereits in der Zeit-

spanne vor Auftragsbeginn, also z.B. zwischen Kalkulation der Preise und dem eigentlichen Auftrags- bzw. Vertragsbeginn vorzusehen. Der Vorteil liegt ggf. darin, dass die Bieter Gewissheit haben, im Auftragsfall zu einem an der tatsächlichen Kostenentwicklung angepassten Preis ihre Leistung erbringen zu können. Dies kann Unsicherheiten beim Bieter bei der Preiskalkulation verhindern und zugleich den Auftraggeber vor zu hohen Kosten schützen, sollte es zu kurzfristigen Preissenkungen kommen.

[GGSC] berät öffentliche Auftraggeber bei der Ausgestaltung von Vergabeverfahren. Hierzu gehört auch die konkrete Ausgestaltung von Vergabeunterlagen einschl. Preisanpassungsklauseln.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwalt
[Felix Brannaschk](#)

-> [zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[LIEFERENGPÄSSE UND PREISSTIEGERUNGEN WICHTIGER BAUMATERIALIEN ALS FOLGE DES UKRAINEKRIEGS – PREISGLEITKLAUSELN]

Preisgleitklauseln bieten für Auftragnehmer die Möglichkeit, gestiegene Kosten an den Auftraggeber weiterzugeben. Das Thema ist aktuell in Ausschreibungsverfahren vor allem, aber nicht nur im Bausektor von immenser Bedeutung.

Grundsätze

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.

Geregelt werden muss also grundsätzlich, welche Kostenarten von einer Preisgleitklausel

umfasst sein sollen und ob sie auch zulasten des Auftragnehmers wirkt. Ferner muss geregelt werden, ab welcher Preisveränderung die Preisgleitklausel überhaupt erst greifen soll und was der Anknüpfungs- bzw. Bezugspunkt für die veränderten Preise sein kann. Zudem muss ein nachvollziehbarer Berechnungsmechanismus vereinbart und geklärt sein, ab wann zeitlich die Preisanpassung in der Projektabwicklung und bei der Stellung von Abschlagsrechnungen berücksichtigt werden sollen.

AG ist privater Bauherr

Hier gilt Vertragsfreiheit, was vereinbart wird. Explodierende Preise für Baustoffe stehend aktuell (wie auch schon im Verlauf der Corona-Pandemie) im Fokus der Berichterstattung und sind in der praktischen Abwicklung von Bauvorhaben ein großes Thema. Unternehmen spüren sehr deutlich, dass sich ihre Lieferanten nur für kurze Zeit an Baustoffpreise binden. 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 AN ausreichend sein? Muss der AN 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 Preisanpassung generell schon ab der Mitteilung des AN gelten? Oder erst für die nächste Materialbestellung, die unter die geänderten Preise fällt? Für die Abrechnung wäre es grundsätzlich am leichtesten, auf den Zeitpunkt der nächsten Abschlagsrechnung abzustellen. Das führt naturgemäß dann aber zu einer nicht ganz exakten Weiterberechnung der Mehrkosten zum leichten Nachteil des Bauherrn.

AG ist öffentliche Hand

Der Ukraine-Krieg und die damit einhergehenden Verwerfungen auf den Rohstoffmärkten hat das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen mit Schreiben vom 25. März 2022 (BW17-70437/9#4) veranlasst, dem Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung sowie der Fachaufsicht der führenden Ebenen der Länder mitzuteilen, dass von der Regelung in Nummer 2.3 der Richtlinie zum Formblatt 225 des VHB (ausnahmsweise Vereinbarung

einer Stoffpreisgleitklausel für Betriebsstoffe) Gebrauch gemacht werden darf, sofern die Vertragsunterlagen so aufgestellt sind, dass sie sich für eine indexbasierte Preisgleitung eignen (eigene Ordnungsziffer) und der Wert der Betriebsstoffe ein Prozent der geschätzten Auftragssumme übersteigt. Die Bundesländer haben den Inhalt des Schreibens teilweise wörtlich übernommen.

- Für neue Vergabeverfahren gilt: Trotz der mit den Preissteigerungen einhergehenden Unwägbarkeiten sind ausschreibungsreife Gewerke zu vergeben, Planungen fortzusetzen und zur Ausschreibung zu führen. Die Voraussetzungen zur Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel nach dem Formblatt 225 VHB dürften bei Stahl/Stahllegierungen, Aluminium, Kupfer, Erdölprodukten, Epoxidharzen, Zementprodukten, Holz und gusseisernen Rohren regelmäßig erfüllt sein.
- Für laufende Vergabeverfahren gilt: Soweit Vergabeverfahren bereits eingeleitet sind, aber die Angebote noch nicht geöffnet wurden, sind die Stoffpreisgleitklauseln nachträglich einzubeziehen. Ausführungsfristen sind an die aktuelle Situation anzupassen. Die Angebotsfrist ist ggf. zu verlängern. Bieteranfragen zur Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel zu o.g. Produktgruppen ist zu folgen, es sei denn, der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lieferung/Fertigstellung



unterschreitet einen Monat oder der Stoffkostenanteil des betroffenen Stoffes unterschreitet wertmäßig ein Prozent der von der Vergabestelle geschätzten Auftragssumme. Ist die Angebots(er)öffnung bereits erfolgt, ist das Verfahren zur Vermeidung von Streitigkeiten bei der Bauausführung in den Stand vor Angebotsabgabe zurück zu versetzen, um Stoffpreisgleitklauseln einbeziehen und ggf. Ausführungsfristen verlängern zu können.

Vergaberechtlicher Anknüpfungspunkt für Preisgleitklauseln ist der bieterschützende Grundsatz, dass den Bietern kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden darf. § 9d VOB/A sieht zudem die Möglichkeit vor, 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 vorzusehen und die Einzelheiten der Preisänderungen festzulegen.

Das Formblatt 225 VHB 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. Hinzu kommt: Das Formblatt 225 VHB geht von einer gewerkweisen Vergabe mit Detail-Leistungsverzeichnis als Regelfall aus.

Problemfall funktionale Ausschreibung mit Leistungsprogramm

Wenn Ausschreibungen aber etwa mit funktionaler Leistungsbeschreibung (=Leistungsprogramm) gestaltet werden, dann gibt es kein Detail-Leistungsverzeichnis mit Ordnungsziffern für einzelne LV-Positionen, die sich für eine indexbasierte Preisgleitung eignen. Insofern sind die Voraussetzungen aus dem Scheiben des BWI dann nicht erfüllt. Das Scheiben setzt sich aber schlicht und ergreifend nicht mit „atypischen“ Ausschreibungen auf der Grundlage von funktionalen Leistungsbeschreibungen auseinander, sondern ausschließlich mit dem vergaberechtlichen Regelfall. Aber auch bei Vergaben mit Leistungsprogramm wird sich eine Vergabestelle Lösungen überlegen müssen, wie in derartigen Fällen eine Preisgleitung möglich sein kann.

Bieterperspektive

Aus Bieterperspektive ist Folgendes wichtig: Wenn 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 BWI auch vorstellt, oder es besteht aus Bietersicht bei negativer Entscheidung die Möglichkeit, ein Vergabenachprüfungsverfahren zur verbindlichen Klärung in die Wege zu leiten.

Das BWI hat deutlich gemacht, dass Bieteranfragen zur Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel zu den oben aufgeführten Produktgruppen zu folgen ist, es sei denn, der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lieferung/Fertigstellung unterschreitet einen Monat oder der Stoffkostenanteil des betroffenen Stoffes unterschreitet wertmäßig ein Prozent der von der Vergabestelle geschätzten Auftragssumme.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwalt
[René Hermann](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[HINWEIS: SONDERREGELUNGEN ZUR AUSSCHREIBUNG VON LEISTUNGEN, DIE INFOLGE DES UKRAINE-KRIEGS NÖTIG WERDEN]

An dieser Stelle sei ergänzend darauf hingewiesen, dass in den einzelnen Bundesländern mittlerweile als „Verfahrenserleichterung“ Sonderregelungen für die Ausschreibung von Leistungen, die infolge des Ukraine-Kriegs nötig werden, getroffen wurden (z.B. Unterbringung von Geflüchteten etc., aber auch ganz allgemein Sektorentätigkeit, so z.B. in Niedersachsen):

Zumeist werden zum einen Schwellenwerte erhöht, zum anderen Verhandlungsverfahren unter erleichterten Voraussetzungen für zulässig gehalten. Beispielhaft seien folgende Bekanntmachungen genannt:

- Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration vom 18.2.2022 für kommunale Auftragsvergaben (Az. B3-1512-33-32)
- Rundschreiben der freien und Hansestadt Hamburg zu Vergaberechtlichen Erleichterungen im Zusammenhang mit der Ukraine-Krise vom 4.3.2022
- Pressemitteilung des Niedersächsischen Wirtschaftsministeriums vom 17. März 2022

Einige Länder gehen auch davon aus, dass die bereits bestehenden Vergaberegulungen im



konkreten Fall von Beschaffungen aufgrund der Ukraine-Krise in aller Regel ausreichen, um z.B. im Ernstfall den Rückgriff auf ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zu eröffnen. Dies gilt z.B. für die Bundesländer Brandenburg, Hessen und Nordrhein-Westfalen.

- Rundschreiben des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen vom 23. März 2022

In aller Regel dürften sich auch nach Einschätzung von [GGSC] aufgrund der Dringlichkeit dieser Vergaben Ausnahmeregelungen in Richtung Verhandlungsverfahren – auch ohne Teilnahmewettbewerb begründen lassen. Natürlich kommt es auch hier auf den Einzelfall an.

Instruktiv dazu auch das jüngst veröffentlichte Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) vom 13.04.2022, in dem die Voraussetzungen für die Dringlichkeitsvergabe nochmals ausführlich dargestellt werden: -> [Rundschreiben des BMWK](#)

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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

[KALKULATORISCHE ZINSEN UND ALLGEMEINES UNTERNEHMERWAGNIS IM KONTEXT DER PREISRECHTSNOVELLE ZUM 01.04.2022]

Dass im öffentlichen Preisrecht seit dem 01.04.2022 teilweise neue Regelungen gelten, wissen Sie (spätestens seit unserem [Artikel im Newsletter Vergabe Februar 2022](#)) bereits. Von hoher Relevanz sind regelmäßig die Vorgaben der LSP zur Bemessung der kalkulatorischen Zinsen und des allgemeinen Unternehmerwagnisses. Was hat sich hier geändert?

(Noch) Keine Anpassung der Obergrenze des kalkulatorischen Zinssatzes

Wider Erwarten keine Änderung hat sich bei der Obergrenze des kalkulatorischen Zinssatzes in Nr. 43 LSP i.V.m. § 1 VO PR Nr. 4/72 ergeben. Nach wie vor können für die Bereitstellung des betriebsnotwendigen Kapitals kalkulatorische Zinsen in Höhe von bis zu 6,5 % jährlich angesetzt werden. Angesichts der aktuellen Niedrigzinspolitik ist das überraschend. Für öffentliche Auftraggeber stellt sich (insbesondere, wenn sie Benutzungsgebühren erheben) die Frage, ob Auftragnehmer die 6,5 % in Dienstleistungsverträgen „ausreizen“ dürfen oder ob der Grundsatz der Erforderlichkeit und Angemessenheit von Fremdleistungsentgelten in der Gebührekalkulation nicht schon früher Grenzen setzt. Ganz vereinzelt gibt sich die Rechtsprechung großzügig und sieht es – auch in Zeiten der



Niedrigzinspolitik – nicht als per se unzulässig an, kalkulatorische Zinsen in Höhe von 6,5 % p.a. zu vereinbaren. Die Mehrheit der Gerichte dürfte dagegen strenger sein und das (annähernde) Ausschöpfen der in Nr. 43 LSP i.V.m. § 1 VO PR Nr. 4/72 festgelegten Höchstgrenze nur mit einer äußerst profunden Begründung billigen.

Dass mit der Preisrechtsnovelle zum 01.04.2022 bezüglich der zulässigen Höhe des kalkulatorischen Zinssatzes noch nicht das letzte Wort gesprochen ist, zeigt überdies die Bundesrat-Drucksache 732/21 zur 3. Änderung der VO PR Nr. 30/53. Hiernach soll der in Nr. 43 LSP i.V.m. § 1 VO PR Nr. 4/72 festgelegte Höchstzinssatz im Laufe des Jahres 2022 extern evaluiert und gegebenenfalls – doch noch – angepasst werden.

Neuerungen beim allgemeinen Unternehmerwagnis

Einige Änderungen haben sich hingegen in der Regelung zum allgemeinen Unternehmerwagnis (Nr. 52 LSP) ergeben. Während das Entgelt für das allgemeine Unternehmerwagnis nach Nr. 52 Abs. 1 LSP (alte Fassung) in einem Hundertsatz vom betriebsnotwendigen Vermögen bzw. vom Umsatz, in einer Summe von zwei solchen Hundertsätzen oder in einem festen Betrag bemessen werden konnte, ist die Bemessung seit dem 01.04.2022 nur noch in einem Hundertsatz auf die Netto-Selbstkosten oder in einem festen Betrag möglich.

Der kalkulatorische Gewinn darf den Kostenträgern für absatzbestimmte Leistungen nach Nr. 52 Abs. 3 LSP seit dem 01.04.2022 nur noch unmittelbar und nicht mehr mittels einfacher Schlüssel zugerechnet werden.

Darüber hinaus wurde der Nr. 52 LSP ein neuer Absatz 4 angefügt. Hiernach ist ein Entgelt für das allgemeine Unternehmerwagnis künftig auch in Fällen vorzusehen, in denen keine entsprechende vertragliche Vereinbarung getroffen wurde.

Der für die Höhe dann heranzuziehende „übliche Gewinnzuschlag im Rahmen öffentlicher Aufträge“ richtet sich laut der Verordnungsbegründung (BR-Drs. 732/21) nach dem Entgelt, das

- zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses
- für nach Art, Güte und Umfang der Leistung nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise
- am Ort der Leistung üblicherweise gewährt wird.

Berücksichtigt werden müssen in diesem Zusammenhang dann insbesondere auch die Vorgaben der Rechtsprechung. So hat beispielsweise das OVG Münster ein allgemeines Unternehmerwagnis in Höhe von maximal 1 % der Netto-Selbstkosten bei Selbstkostenerstattungspreisen (Urteil vom 24.06.2008, Az.: 9 A 373/06) anerkannt. Das VG Düsseldorf hat ein allgemeines Unternehmerwagnis von maximal 3 % der Netto-Selbstkosten bei Selbstkostenfestpreisen



(Urt. v. 08.06.2021, Az.: 17 K 6804/19) für rechtmäßig befunden.

Das öffentliche Preisrecht ist eine komplexe Materie. Wenn Sie hierzu Fragen haben, können Sie sich gerne an uns wenden. [GGSC] berät regelmäßig öffentliche Auftraggeber zu vergabe-, abgabe- und preisrechtlichen Fragestellungen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwalt
[Dr. Manuel Schwind](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[ZWEIFEL AN DER EIGNUNG BESTBIETER – ERNEUTE PRÜFUNG]

In der Praxis kommt es durchaus vor, dass sich im Laufe der Wartefrist nach § 134 VgV durch Hinweise von Mitbieter, oder auch infolge von Veränderungen auf Seiten des Bieters selbst, Anhaltspunkte dafür ergeben, dass bei der Eignungsprüfung doch noch einmal genauer hingeschaut werden muss.

Referenzen etwa werden häufig zunächst nicht näher überprüft, weil kein Anlass dazu bestand. Muss dann z.B. nachträglich und im Anschluss an die Vorabinformation der Bieter über eine beabsichtigte Zuschlagserteilung, doch eine Prüfung vorgenommen werden, die Zweifel an der Eignung ergibt, kann im äußersten Fall und bei entsprechenden Gründen sogar zum Ausschluss des bisherigen Bestbieters beim Vorliegen entsprechender Gründe ein Ausschluss des Angebots geboten sein. Eine Entscheidung, die mehrere relevante und uns aus der Beratungspraxis bekannte Themenfelder abdeckt, hat letztes Jahr die VK Baden-Württemberg erlassen (vom 25.08.2021, 1 VK 42 / 21).

Keine Bindung der Vergabestelle an ursprüngliche Eignungsprüfung

Vertrauensschutz zugunsten des Bieters, dessen Eignung zunächst bejaht worden war, besteht dabei im Zuge der erneuten Eignungsprüfung nicht. Ein solcher ist auch nicht notwendig, weil auch nach Angebotslegung in aller Regel kein wesentlicher (Zusatz-) Aufwand des Bieters erforderlich wird. Die Vergabestelle darf zwar nicht aus sachwidrigen Erwägungen erneut in die Eignungsprüfung eintreten. Gerade wenn dies so spät im Verfahren erneut stattfindet, muss sich dies aber gut begründen lassen und sind die Gründe sorgfältig zu prüfen. Wird die Vergabestelle aufgrund eines Irrtums, infolgedessen sie bestimmte Sachverhalte zu Unrecht



mit dem zunächst als Bestbieter vorgesehenen Bieter in Verbindung bringt, erneut mit der Sache befasst, müssen darin noch keine sachwidrigen Gründe liegen.

Sobald beim öffentlichen Auftraggeber bei seiner erneuten Prüfung Zweifel aufkommen, was die Eignung des Bieters angeht, verdichtet sich sein Aufklärungsermessen nach § 15 Abs. 5 S. 1 VgV sodann zu einer Aufklärungspflicht.

Referenzen müssen eigene Leistungen des Bieters wiedergeben

Auch für die Vorlage von Referenzen lassen sich der Entscheidung Maßstäbe entnehmen. Es entspricht danach bereits der Wortbedeutung, dass Referenzen eigene Leistungen eines Bieters wiedergeben. Davon müsse ohne anderweitige Angaben nach dem objektiven Empfängerhorizont auch ausgegangen werden. War der Bieter gar nicht selbst Auftragnehmer bzw. Vertragspartner des Referenz-Auftraggebers, muss er genau darlegen, welche Tätigkeit konkret und in welcher Funktion erbracht wurde. Nur anhand solcher Angaben ist eine Beurteilung der Leistungsfähigkeit über die Referenzen für die Vergabestelle möglich.

Keine Annahmefähigkeit eines zweifelbehafteten Angebots

Kommt ein Bieter einem Aufklärungsverlangen nicht oder unzureichend nach, bestehen also Zweifel am Angebot fort, ist das Angebot

zwingend auszuschließen. „Ein zweifelbehaftetes Angebot ist nicht annahmefähig.“ Unzureichende Angaben sollen insoweit einer Weigerung gleichstehen. Auf ein klares Aufklärungsverlangen der Vergabestelle muss der Bieter mit ausreichenden Angaben reagieren. Dabei darf es nicht zu einer Änderung des Angebots kommen. Wenn ein Bieter mittels einer Referenzliste den objektiven Erklärungsinhalt schafft, selbst Vertragspartner gewesen zu sein, und dann im Rahmen der Aufklärung präzisiert, dass er „Kooperationspartner“ ohne nähere Erklärung war, liegt aber eine Änderung vor.

Aufklärungsfrist muss angemessen sein – 2 Tage können ausreichend sein

Gegenstand der Entscheidung war auch die Bemessung der Frist für die Aufklärung des Angebots. Die Vergabekammer hielt die von der Vergabestelle gesetzte Frist zur Aufklärung für ausreichend. Die VgV enthält keine Regelung zur Länge der Frist, sie muss aber angemessen sein. Bei einer leicht zu bewerkstelligen Aufklärung kann daher im Extremfall auch eine Frist von zwei Tagen angemessen sein. Gerade bei Aufklärungen, die lediglich eine Stellungnahme bzw. Eigenerklärung und gerade keine noch (von Dritten) zu beschaffenden Nachweise erfordern, reicht eine sehr kurze Frist aus.

Vergabestellen sollten sich nicht scheuen, auch bei erst nachträglich auftretendem Zweifel noch einmal – auch umfassend – in



die Eignungsprüfung des bisherigen Bestbieters einzusteigen, um solche Zweifel zuverlässig auszuräumen. Jeweils ist eine sorgfältige Dokumentation der Vorgehensweise anzuraten, um im Streitfall vor der Vergabekammer zu bestehen.

[GGSC] berät öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe auch in Einzelfragen und in heiklen Situationen, die mit gewichtigem Zeitdruck verbunden sein können.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwältin
Fanny Jahnke

-> [zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[ERFAHRUNGSUSTAUSCH KOMMUNALE ABFALLWIRTSCHAFT - 23. [GGSC] INFOSEMINAR]



„Kreislaufwirtschaft als Booster des Klimaschutzes – ein Rückblick auf 10 Jahre KrWG und ein Ausblick auf die neue Legislaturperiode“.

Der aktuelle Sachstandsbericht des Weltklimarats IPCC „Klimawandel 2022: Folgen, Anpassung und Verwundbarkeit“ hat noch einmal die Bedeutung und die Dringlichkeit des Themas unterstrichen. Dem wollen wir mit unterschiedlichen Blickwinkeln und in prominenter Besetzung auf unserem Infoseminar Rechnung tragen. Zugleich bietet es – namensgebend – reichlich Gelegenheit zum Erfahrungsaustausch. Neben den praktischen Alltagsfragen wird hier mutmaßlich der Umgang mit den wirtschaftlichen Folgen des Ukraine-Krieges weiterhin für viel Gesprächsstoff sorgen.

Melden Sie sich bitte bald an, da das Kontingent für die Präsenz-Teilnahme in Berlin aktuell auf 120 Plätze beschränkt ist.

23. [GGSC] Infoseminar „Erfahrungsaustausch Kommunale Abfallwirtschaft“

23. bis 24. Juni 2022

Hier gelangen Sie zur [Anmeldung](#) und hier zum [Programm](#).



Wir freuen uns auf spannende Vorträge über das gesamte Spektrum der kommunalen Abfallwirtschaft mit dem Fokus Klimaschutz. Dabei wagen wir sowohl einen Rückblick auf 10 Jahre KrWG als auch einen Ausblick auf die neue Legislaturperiode.

Daneben kommen Alltagsfragen natürlich nicht zu kurz – hier sei v.a. auf den Themenblock **Vergabe und Neuorganisation hingewiesen (Block[D])**. Wir stellen dort nicht nur die aktuelle und praxisrelevante Vergabe-Sprachpraxis dar, sondern befassen uns auch mit Sonderfragen zur klimaschutzgerechten Ausschreibung und zur Neuorganisation abfallwirtschaftlicher Aufgaben.

Wir freuen uns insbesondere auf unsere externen Expert:innen, u.a.

Christina Dornack

(Sachverständigenrat für Umweltfragen),

Barbara Metz

(Deutsche Umwelthilfe),

Gunda Rachut

(Zentrale Stelle Verpackungsregister),

Dietmar Böhm

(Präsidium BDE),

Felix Ekardt (Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik),

Patrick Hasenkamp

(Präsidium VKU).

Gemeinsam mit den Fachbeiträgen der [GGSC]-Rechtsanwält:innen gliedert sich unser Programm in folgende Themenblöcke

[A] Klimaschutz und Kreislaufwirtschaft

[B] 10 Jahre KrWG – ein konstruktiver Rückblick

[C] Perspektiven des Recyclings und Digitalisierung

[D] Vergabe und Neuorganisation

[E] Papier – die bessere Plastikverpackung?

[F] Praxisfragen der kommunalen Kreislaufwirtschaft

Für die Präsenzveranstaltung kehren wir zurück an unseren beliebten, langjährigen Veranstaltungsort -> [Umweltforum Auferstehungskirche](#) in Berlin-Friedrichshain. Dort – und bei unserer Abendveranstaltung direkt an der Spree – findet sich reichlich Gelegenheit für den direkten Austausch in geselliger Runde.

Alternativ besteht die Möglichkeit einer Online-Teilnahme für die gesamte Dauer der Veranstaltung. Seien Sie auch dieses Jahr wieder dabei - wir freuen uns auf Ihre Teilnahme! [Zum Programm](#)

[GGSC] SEMINARE

Rechtsanwalt Prof. Hartmut Gaßner

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Rechtsanwalt Linus Viezens

Online-Seminar: Umsetzung Verpackungsgesetz – Schwerpunkt PPK

[19.05.2022](#)



9. [GGSC] Expert:innen-Interview: „5 vor 12! Klimaschutz und Kreislaufwirtschaft - Initiative EU-Kreislaufpaket“

Experte: Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, LL.M., MA.
(Uni Rostock und Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik)

Interviewer: Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel
[08.06.2022](#)

Prof. Felix Ekardt wird auch auf dem 23. [GGSC] Infoseminar einen Vortrag halten: „Umsetzung von Klimaschutz-Zielen – vom Mut zur Transformation. Eine Anleitung für kommunale Akteure der Abfall- und Energiewirtschaft“.

23. [GGSC] Infoseminar „Erfahrungsaustausch Kommunale Abfallwirtschaft“ am [23. und 24. Juni 2022 in Berlin und online](#)

[-> zum Programm](#)

[GGSC] AUF VERANSTALTUNGEN

Rechtsanwältin Caroline v. Bechtolsheim
Rechtsanwalt Dr. Franz Wenzel

Fachkonferenz Entsorgungsvergaben

Akademie Dr. Obladen GmbH in Kooperation mit [GGSC] Seminare GmbH

[26.04.2022](#)

Rechtsanwältin Katrin Jänicke
Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind
Seminar: Update Abfallgebühren

Akademie Dr. Obladen GmbH

[28.04.2022](#)

Rechtsanwältin Katrin Jänicke
Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind
Online-Seminar: Finanzierung von Deponien nach Kommunalabgaben-, Handels- und Steuerrecht

Akademie Dr. Obladen GmbH

[10.05.2022](#)

[GGSC-VERÖFFENTLICHUNGEN]

In der Ausgabe der Zeitschrift Müll und Abfall (Heft 12/2021, Seite 687) findet sich ein Beitrag von [GGSC] Rechtsanwält:innen zu folgendem Thema:

- Über-/Unterdeckungsausgleich gem. § 6 Abs. 2d KAG M-V in der Abfallgebührenkalkulation
- Überarbeitung des Referentenentwurfs der novellierten Bioabfallverordnung

[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

Abfall Newsletter

MÄRZ 2022

- [PPK-Mitentsorgung: Wieder geht es um Millionen](#)
- [Elektrolyseure und Abfallwirtschaft](#)
- [Einwand gegen Verbringung auch für behandelte Siedlungsabfälle aus Haushalten](#)



- [Brandenburg: Bekanntmachung kommunaler Satzungen im Internet](#)
- [Novelle der Bioabfallverordnung passiert Bundesrat](#)
- [OVG Greifswald: Grundsätzliches zur Erhebung von Abfallgebühren in Mecklenburg-Vorpommern](#)
- [§ 2b UStG: Unterfallen Zweckverbandsumlagen ab 2023 der Umsatzsteuerpflicht?](#)

[HINWEIS AUF KOMMUNALWIRTSCHAFT.DE]

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

Vergabe Newsletter

Januar 2022

Einige Themen dieser Ausgabe:

- [In eigener Sache: Frischgebackene Fachanwältin für Vergaberecht bei \[GGSC\]](#)
- [Update Wettbewerbsregister – Abfragepflicht kommt 2022](#)
- [Konzeptverfahren zur Grundstücksvergabe können Vergaberecht und Zuständigkeit Vergabekammer unterfallen!](#)
- [Herausforderungen bei Gründung von ÖPP-Unternehmen](#)
- [Preisangaben – Fehler vorprogrammiert?](#)
- [Preiswertung in der Schülerbeförderung](#)
- [Bisherige Auftragnehmer sind nicht vorbefasst](#)