



[GGSC]

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

Vergabe Newsletter

Januar 2022

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

ein gutes und erfolgreiches neues Jahr wünschen wir Ihnen! Unser Ehrgeiz ist es, aktuell zu bleiben und Sie stets auf aktuellem Stand zu halten. Da kann es schneien, regnen und sonst ungemütlich werden – wir haben z.B. in dieser Ausgabe einen top-aktuellen Beitrag über ein von [GGSC] betreutes Verfahren zu Konzeptverfahren für Grundstücke, weisen Sie auf die Fallstricke bei der Prüfung von Preisangaben hin und informieren Sie noch über weitere vergaberechtliche Neuigkeiten.

Und wir wollen es nicht versäumen, Sie auf unsere neue Fachanwältin für Vergaberecht Frankziska Kaschluhn aufmerksam zu machen. Jetzt sind wir schon fünf Fachanwälte im Team [GGSC] – Sie können sich also auf geballte Kompetenz verlassen!

Eine anregende Lektüre wünscht

Ihr [GGSC] Vergabeteam

DIE 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](#)
- [\[GGSC\] Seminare](#)
- [\[GGSC\] Veranstaltungen](#)
- [\[GGSC\] Online](#)



[IN EIGENER SACHE – FRISCHGEBACKENE FACHANWÄLTIN FÜR VERGABERECHT BEI GGSC]

[GGSC] baut das Arbeitsfeld Ausschreibungsverfahren und Vergaberecht weiter aus. Wir freuen uns sehr, dass Frau Rechtsanwältin Franziska Kaschluhn am 11.10.2021 von der Rechtsanwaltskammer Berlin die Befugnis verliehen wurde, die Bezeichnung „Fachanwältin für Vergaberecht“ zu führen.

Sie berät seit ihrem Eintritt in die Kanzlei im Jahr 2017 überwiegend öffentliche Auftraggeber von der Vergabekonzeption, über die Verfahrensdurchführung bis hin zu Nachprüfungsverfahren mit einem regionalen Schwerpunkt in Hessen, Rheinland-Pfalz und Niedersachsen.

[GGSC] verfügt damit insgesamt über fünf Fachanwält:innen für Vergaberecht, was die besondere Expertise von [GGSC] in diesem Bereich unterstreicht.

Wir gratulieren!

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[UPDATE WETTBEWERBSREGISTER – ABFRAGEPFLICHT KOMMT 2022]

Mit Bekanntmachung vom 29.10.2021 und somit vier Jahre nach Inkrafttreten des Wettbewerbsregistergesetzes hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie nunmehr mitgeteilt, dass die Voraussetzungen für die elektronische Datenübermittlung an das Bundeskartellamt vorliegen. Damit steht der Einführung des Wettbewerbsregisters nichts mehr im Wege.

Pflicht für öffentliche Auftraggeber zur Abfrage des Wettbewerbsregisters vor Zuschlagserteilung

Das Wettbewerbsregister stellt den öffentlichen Auftraggebern für Vergabeverfahren Informationen zur Verfügung, die es ihnen ermöglichen zu prüfen, ob ein Unternehmen wegen begangener Wirtschaftsdelikte von dem Vergabeverfahren auszuschließen ist oder ausgeschlossen werden kann. Ziel ist es, die Überprüfung von Ausschlussgründen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Vergabeverfahren zu erleichtern, indem Verstöße zentral erfasst und abgefragt werden können. Vor diesem Hintergrund sind öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 GWB künftig verpflichtet, bei einem geschätzten Auftragswert über 30.000 € (netto) vor Zuschlagserteilung das Wettbewerbsregister zu demjenigen Bieter abzufragen, der den Auftrag erhalten soll. Darüber hinaus eröffnet § 6 Abs. 2 WRegG eine freiwillige Abfragemöglichkeit für



Vergaben unterhalb der genannten Wertgrenzen oder im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs.

Mitteilungspflichten und Abfragemöglichkeit ab 01.12.2021

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie veröffentlichte nunmehr am 29.10.2021 die Bekanntmachung, dass die Voraussetzungen für die elektronische Datenübermittlung an das Bundeskartellamt vorliegen. Ab Dezember 2021 gilt die Pflicht zur Mitteilung relevanter Rechtsverstöße durch die zuständigen Behörden. Zeitgleich werden auch die registrierten öffentlichen Auftraggeber in Vergabeverfahren erstmals auf das Wettbewerbsregister zugreifen können. Ab 01.06.2022 wird dann die Abfrage ab bestimmten Auftragswerten verpflichtend.

Dringender Aufruf zur Registrierung

Für öffentliche Auftraggeber, die noch nicht beim Wettbewerbsregister registriert sind, wird es nun allerhöchste Zeit, dies nachzuholen und intern die organisatorischen und technischen Voraussetzungen zu schaffen, damit sie ihrer gesetzlichen Abfragepflicht nachkommen können. Bis zur Anwendbarkeit der Abfragepflicht bleiben die bisher bestehenden Abfragepflichten im Hinblick auf die Korruptionsregister der Länder- / Gewerbezentralregister bestehen.

[GGSC] verfügt über langjährige Expertise in der Begleitung von Vergabeverfahren und

der Einhaltung aller gesetzlichen Pflichten durch öffentliche Auftraggeber.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Jens Kröcher](#)
Fachanwalt für
Vergaberecht



Rechtsanwältin
[Franziska Kaschluhn](#)
Fachanwältin für
Vergaberecht

[>zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[KONZEPTVERFAHREN ZUR GRUNDSTÜCKVERGABE KÖNNEN VERGABERECHT UND ZUSTÄNDIGKEIT DER VERGABEKAMMER UNTERFALLEN!]

Die Vergabekammer des Landes Berlin hat in einem noch laufenden Vergabenachprüfungsverfahren die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf und ihre Zuständigkeit für die Vergabe von landeseigenen Grundstücken in Konzeptverfahren bejaht.

[GGSC] vertritt in dem Vergabenachprüfungsverfahren (Az.: 82-40/21) vor der VK Berlin einen unterlegenen Bieter, der gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung vorgeht. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.



Rechtlicher Hintergrund

Ein öffentlicher Auftrag, der dem Vergaberecht unterfällt, ist gemeinhin ein entgeltlicher Vertrag eines öffentlichen Auftraggebers zur Beschaffung von Leistungen. An einer „Beschaffung“ fehlt es regelmäßig aber dann, wenn die öffentliche Hand selber Leistungen auf dem Markt anbietet, etwa den Abschluss von Miet- oder Pachtverträgen. Gleiches gilt für Grundstücke, welche die öffentliche Hand zum Kauf oder auf der Grundlage eines Erbbaurechts zur Verwertung des eigenen Vermögens auf den Markt wirft.

Ein dem Vergaberecht unterliegender Bauauftrag liegt bei Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand unter anderem nur dann vor, wenn eine Gegenleistung vereinbart werden soll, mit der sich ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber verbindet. Eine bloße Bauverpflichtung für das Grundstück dürfte hierfür nicht ausreichend sein. Anders sieht es aber aus, wenn der öffentliche Auftraggeber das Grundstücksgeschäft so ausgestaltet, dass damit eine öffentliche Zweckbestimmung sichergestellt wird und er hierfür Merkmale der Bauleistung festlegt oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung nehmen kann, vgl. etwa zuletzt EuGH, Urteil vom 22.04.2021, C-537/19.

Berliner Konzeptverfahren

In dem hier streitgegenständlichen Konzeptverfahren des Landes Berlin hat das Land den Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages für ein landeseigenes Grundstück einschließlich Bauverpflichtung mit europaweiter EU-Bekanntmachung für eine Bauvergabe nach EU-VOB/A auf den Markt gegeben. Da der Erbbauzins nach den Berliner Vorgaben feststeht, sollten die Bieter Konzepte und Planungen vorlegen, welche von einem Bewertungsgremium gemäß vorher den Interessenten mitgeteilter Zuschlagsmatrix hinsichtlich der städtebaulichen Qualität, der architektonischen Qualität, der Freiraumqualität, des lokalen Mehrwerts, der Nutzungsmischung der Arbeitsräume für Künstler/Kulturschaffende sowie der Mobilität und der Ressourceneffizienz bewertet werden.

Das Land Berlin stellte in den Ausschreibungsunterlagen diverse Anforderungen und Zielsetzungen an Städtebau, Architektur, Freiraumplanung und Ökologie auf. Ein besonderer Schwerpunkt galt dem Nutzungskonzept, damit „mit dem Ort ein angemessener Bereich zu einem attraktiven, belebten und nutzungsgemischtem Eingangsbereich zum Stadtviertel mit Marktplatzcharakter“ geleistet werden kann. Zu den Anforderungen des Nutzungskonzeptes gehörte etwa, dass Räumlichkeiten für Künstler und Kulturschaffende (z.B. Ateliers, Proberäume für Musik) in einem Umfang von mindestens 400 Quadratmetern Bruttogeschossfläche geschaffen werden. Die Flächen



für diese Nutzungsart müssen nach den Ausschreibungsunterlagen über die gesamte Laufzeit des Erbbaurechtsvertrages zur Verfügung stehen, Planungsdetails für die Ateliers und die Probenräume wurden vorgegeben. Die Pflichten aus dem Nutzungskonzept sind nach dem vorgegebenen Erbbaurechtsvertrag vertragsstrafenbewehrt, einschließlich Unterwerfung hinsichtlich der sofortigen Zwangsvollstreckung. Auch wäre bei Verstößen in letzter Konsequenz der Heimfall, mit hin die Rückgabe des Erbbaurechts, möglich.

Rechtliche Einordnung der Vergabekammer

Die Vergabekammer machte deutlich (rechtliche Hinweise vom 26.11.2021), dass der Anwendungsbereich des Kartellvergabe rechts und die Zuständigkeit der Kammer vorliegend eröffnet sein dürften: Insbesondere dürfte das vorliegende Konzeptverfahren insoweit eine „Beschaffung“ darstellen, als das Land Berlin konkrete Anforderungen sowohl in baulicher als auch vor allem hinsichtlich des Nutzungskonzepts (künstlerisch/kulturelle Nutzung auf mindestens 400 Quadratmeter über die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts) aufgestellt habe.

Praxishinweis

Seit 2021 werden landeseigene Grundstücke im Land Berlin ausschließlich in derartigen Konzeptverfahren vergeben. Vorliegend hatte das Land Berlin die Ausschreibung selber als offenes Verfahren nach EU-VOB/A gestaltet und auf die Zuständigkeit der

Vergabekammer hingewiesen. Aber auch wenn dies nicht geschieht, kommt es inhaltlich darauf an, ob mit der Veräußerung bestimmte Pflichten beim Käufer oder Erbbauberechtigten verbunden sind, mit denen eine öffentliche Zweckbestimmung verbunden ist. Das können bestimmte Vorgaben zur kulturellen Nutzung, aber auch zum Städtebau sein, die über die Bestimmungen eines Bebauungsplanes hinausgehen. Der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet ein formalisiertes Verfahren zur Überprüfung und Akteneinsichtsrechte, was für mehr Transparenz, mehr Wettbewerb und einen effektiven Rechtsschutz in diesem wirtschaftlich bedeutsamen Bereich begrüßenswert ist.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwältin
[Stefanie Jauernik](#)



Rechtsanwalt
Christian Steinhäuser

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[HERAUSFORDERUNGEN BEI GRÜNDUNG VON ÖPP-UNTERNEHMEN]

Im Entsorgungsbereich kommt es nicht selten vor, dass Kommunen ihre hoheitlichen Entsorgungsleistungen an ein Gemeinschaftsunternehmen vergeben, an denen sie mehrheitlich (regelmäßig 51 %) beteiligt sind. In dem Fall wird zugleich mit der Vergabe der Entsorgungsleistungen die Beteiligung eines Privatunternehmens (regelmäßig 49 %) an diesem Gemeinschaftsunternehmen mitausgeschrieben. Die Komplexität eines solchen Vergabeverfahrens, die möglichen gewerblichen Betätigungsfelder des Gemeinschaftsunternehmens sowie das Kommunalrecht stellen die Beteiligten vor Herausforderungen. Das OLG Rostock hat sich zuletzt sehr ausführlich mit verschiedenen Aspekten solcher Vergabeverfahren befasst (*OLG Rostock*, Beschluss vom 30.09.2021, Az.: 17 Verg 3/21).

Ausgangslage vor dem OLG Rostock

Dem Beschluss des OLG Rostock lag zugrunde, dass ein Landkreis Abfalllogistikleistungen verbunden mit einer Beteiligung eines privaten Partners an dem gemeinsamen Unternehmen mit 49 % als öffentlich-private Partnerschaft (ÖPP) im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ausschrieb (Laufzeit: 10 Jahre mit Verlängerungsoption). Die Bieter sollten im Angebot zudem u.a. ein Konzept vorlegen, wie das Gewerbegeschäft des Gemeinschaftsunternehmens ausgestaltet sein kann. Der obsie-

gende Bieter schlug zu letzterem die Ausgründung einer eigenen Tochtergesellschaft vor, an der sich das Gemeinschaftsunternehmen mit 74,9 % beteiligen könne (Share Deal). Das Gewerbegeschäft beinhaltete nach dem Angebot des Bieters auch Tätigkeiten außerhalb des Landkreises.

Kommunalrecht nicht bieterschützend

Nicht unumstritten ist, ob kommunalrechtliche Vorschriften in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren gerügt werden können. Dahinter verbirgt sich die Frage, ob Kommunalrecht bieterschützend sein kann. Im konkreten Fall verneinte dies das OLG Rostock: Der unterlegene Bieter rügte, dass das (gewerbliche) Tochterunternehmen über den Landkreis hinaus örtlich tätig sein sollte. Dies sei ein Verstoß gegen das Örtlichkeitsprinzip nach §§ 68 ff. Kommunalverfassung M-V (KV M-V). Dem Gericht zufolge fällt jedoch die Einhaltung kommunalrechtlicher Vorschriften allein in die Risikosphäre des öffentlichen Auftraggebers und entfaltet keinen Bieterschutz. Dies gilt auch dann, wenn die Beachtung gesetzlicher Vorschriften als Mindestanforderung explizit in den Vergabeunterlagen enthalten ist. Eine Rügemöglichkeit bestünde somit nur, sofern in den Vergabeunterlagen ein „Mehr“ – als ohnehin im Gesetz vorgesehen ist – verlangt wird. Daneben stellt das Gericht auch klar, dass laut §§ 68 ff. KV M-V sog. Annextätigkeiten eines kommunalen Gewerbegeäfts auch außerhalb des eigenen Landkreises zulässig seien. Konkreter wird das Gericht an dieser Stelle nicht.



Keine Ausschreibungspflicht für Tochtergesellschaften ohne Auftragsbezug

Von praktischer Relevanz dürfte sein, wenn ÖPP-Gemeinschaftsunternehmen wiederum (Unter-)Gesellschaften gründen, in denen ihr Gewerbebetrieb abgewickelt werden soll. Die (mittelbare) Beteiligung Privater an solchen Tochtergesellschaften ist nicht ausschreibungspflichtig, wenn damit nicht eine öffentliche Auftragsvergabe – wie z.B. hoheitliche Entsorgungsleistungen – verbunden sind. Das bedeutet: Der Aufbau bzw. die Durchführung des gewerbewirtschaftlichen Geschäfts muss von der Auftragsvergabe getrennt sein. Das OLG Rostock bringt es wie folgt auf den Punkt: „Die Gründung einer ÖPP-Gesellschaft ist nur insoweit ausschreibungspflichtig, als sie mit dem öffentlichen Auftrag ein unteilbares Ganzes bildet.“

Weitere vergaberechtliche Punkte

Der genannte Beschluss ist auch deshalb sehr lesenswert, weil er zu einer Reihe von vergaberechtlichen Klassikern Stellung bezieht, mit denen öffentliche Auftraggeber oft konfrontiert werden. Das betrifft u.a. die Frage nach dem Ausschluss von Bietern aus dem Verfahren oder auch den Umgang mit Rügen, die „ins Blaue hinein“ erfolgen, ohne dass belastbare Anhaltspunkte für Fehler vorgebracht werden. Interessant ist auch, dass das Gericht betont, es sei der Verhandlungsvergabe zu eigen, wenn sich einzelne Aspekte des ausgeschriebenen Auftrags im Laufe der Verhandlungen noch verändern und sich die

ursprünglichen Vertragsentwürfe noch entwickeln. Eine Gratwanderung dürfte es dennoch sein, da dem Gleichbehandlungsgebot gegenüber allen Bietern auch in den Verhandlungen stets Rechnung zu tragen ist.

Fazit

Die Gründung von ÖPP-Gemeinschaftsunternehmen und deren Beauftragung mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben kann durchaus Vorteile, wie z.B. Effizienzgewinne und/oder die Entlastung der öffentlichen Haushalte bieten. Die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung und Eingrenzung der möglichen Aufgaben sollte vor der Ausschreibung gut überlegt werden. Das Vergaberecht bietet durchaus Spielraum für die notwendigen Ausschreibungen. Stets davon zu trennen, ist die Frage nach der Zulässigkeit des Vorhabens nach Kommunalrecht. Ob kommunalrechtliche Vorgaben in einem Vergabenausschreibungsverfahren beanstandet werden können, ist dagegen zweifelhaft.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwalt
Felix Brannaschk

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[PREISANGABEN – FEHLER VORPROGRAMMIERT?]

Unabhängig von der genauen Ausgestaltung eines Vergabeverfahrens ist die Bedeutung von Preisangaben nicht hoch genug einzuschätzen. In der Beratungspraxis kommt es hier immer wieder zu Fehlern – sowohl bei der Festlegung von Kalkulationsvorgaben durch Auftraggeber als auch bei Angaben von Bietern. Zwei aktuelle Entscheidungen von Vergabekammern aus 2021 bieten Anlass zur Vor- und Umsicht zu mahnen.

Kalkulationsvorgaben zulässig, aber anspruchsvoll in der Darstellung

Die Vergabekammer Rheinland-Pfalz hat in einem Beschluss vom 28.05.2021 (VK 2-33/20) bestätigt, dass es dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich freisteht, konkrete Kalkulationsvorgaben für die Angebotspreise festzulegen. Der Auftraggeber muss hierfür im Leistungsverzeichnis unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass bestimmte Kosten in einer konkret benannten Einzelposition einzustellen sind. Das OLG Düsseldorf hatte bereits im Jahr 2017 entschieden, dass die Grenze für solche Vorgaben lediglich bei einer unzumutbaren Belastung für die Bieter gezogen wird (Beschluss vom 06.09.2017, VII-Verg 9/17).

Was ist schon unmissverständlich?

Der Auftraggeber in dem von der VK Rheinland-Pfalz entschiedenen Fall hatte sich an solche Vorgaben gewagt und in seine Unterlagen sehr detaillierte Vorgaben zur Kalkulation der Angebotspreise in vier unterschiedlichen Kategorien aufgenommen. Erst im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens wurde offenkundig, dass zwei Bieter die Vorgaben der Zuordnung der einzelnen Kosten unterschiedlich verstanden haben. Die Vergabekammer gelangte zu dem Ergebnis, dass die Festlegungen nicht eindeutig und unmissverständlich sind. Maßstab ist dabei der objektive Empfängerhorizont, d.h. die Bieter hätten den Vorgaben deutlich und sicher entnehmen können müssen, welche Kosten der jeweiligen Einzelposition zuzurechnen sind.

Dies war nach Auffassung der Vergabekammer nicht der Fall. Daher könne auf einen Verstoß gegen diese Vorgaben auch kein Ausschluss wegen „fehlender“ Preisangaben nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV gestützt werden. Auch wenn die Begründung der Vergabekammer nicht ganz zweifelsfrei ist, ist ihr zuzustimmen, dass die Anforderungen an die Eindeutigkeit entsprechender Angaben in den Vergabeunterlagen vor dem Hintergrund eines drohenden Ausschlusses bei einer Abweichung hoch sein müssen. Alle Auftraggeber sollten daher sehr zurückhaltend mit der Aufstellung von Kalkulationsvorgaben sein, denn die rechtssichere und unmissverständliche Abfassung solcher Festlegungen



ist anspruchsvoll. Vorgaben sollten nur vorgesehen werden, wenn sie sich als zwingend erforderlich erweisen.

Widersprüchliche Preisangaben können regelmäßig nicht aufgeklärt werden

Bieter sollte bewusst sein, dass die Preisangaben in einem Angebot zweifelsfrei sein müssen. Gleichwohl kommt es hier regelmäßig zu Fehlern. Die Vergabekammer des Bundes hatte am 12.03.2021 (VK 1 – 20/21) einen Fall zu entscheiden, in dem die Eintragungen der Preise im Leistungsverzeichnis unstrittig nicht mit denen im Angebotsblatt übereinstimmten.

Die Vergabekammer gelangte daher zu dem Ergebnis, dass der tatsächlich gemeinte Preis vom Auftraggeber nicht ermittelt werden konnte. Eine Auslegung der Erklärungen des Bieters sei nicht zulässig, wenn der Auftraggeber hierfür Nachforschungen über das wirklich Gewollte beim Bieter anstellen müsste. Die Vergabekammer weist zu Recht darauf hin, dass der Bieter es andernfalls in der Hand hätte, den angebotenen Preis nachträglich gegen einen anderen auszutauschen.

Sorgfalt der Bieter erforderlich und Zurückhaltung der Vergabestellen geboten

Die Bieter sollten daher bei allen Preisangaben besondere Sorgfalt walten lassen und insbesondere vor der elektronischen Einreichung eines Angebots nochmals prüfen, ob

die Angaben im Angebot übereinstimmen. Im von der VK Bund entschiedenen Fall war etwa das Leistungsverzeichnis mit Datum vom 18.11.2020, das Angebotschreiben hingegen mit Datum vom 20.10.2020 versehen und Preisangaben in vier von fünf Positionen stimmten nicht überein. Die Auftraggeber sollten es den Bietern aber auch nicht unnötig schwer machen und auf eine Wiederholung von Preisangaben in verschiedenen Teilen des Angebots verzichten.

An dieser Stelle wird auf den nachgehenden Fall verwiesen, im dem bei einer Vergabe von Leistungen zur Schülerbeförderung Preisangaben und –wertung umstritten waren.

[GGSC] verfügt über langjährige Expertise in der Begleitung von Vergabeverfahren und insbesondere der Preisabfrage und Preisprüfung nach § 60 VgV bzw. § 16d EU Abs. 1 VOB/A.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwältin
[Wiebke Richmann](#)



Rechtsanwältin
[Franziska Kaschluhn](#)
Fachanwältin für
Vergaberecht

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[PREISWERTUNG IN DER SCHÜLER-BEFÖRDERUNG]

Die Schülerbeförderung stellt Vergabestellen immer wieder vor neue Herausforderungen, ein geeignetes Preismodell zu wählen und dies anschließend fehlerfrei zu werten. Die Vergabekammer Berlin hatte jüngst in einem Verfahren dazu zu entscheiden und schickte die Vergabestelle in der Folge zurück in die Wertung. [GGSC] vertrat hierbei an der Seite des Landes den bestbietenden Beigeladenen (Beschl. v. 11.11.2021, Az.: B1-10/21).

Unterschiedliche Preisangaben

Dieser hatte einen Angebotspreis in einem (elektronischen) Preisblatt eingetragen, in dem Preise je Tour abgefragt wurden. Das eigentliche Angebotsblatt war dagegen anders strukturiert und letztlich nicht eindeutig. Die Beigeladene hatte daher –mit entsprechender Anmerkung– einen „gemittelten Tag“ als Wert eingetragen, sich allerdings dabei unglücklicherweise auch verrechnet. Aus Sicht der Vergabestelle war aber das Preisblatt eindeutig, so dass dieses zugrunde gelegt wurde.

Auf Antrag des Zweitplatzierten folgte die Vergabekammer der Wertung der Vergabestelle nicht und hob diese auf. Aus ihrer Sicht war das Angebot des Bestbieters nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV auszuschließen, da es sich um keinen „offensichtlichen sachlichen Fehler“ handelte und der Preis im Angebotschreiben nicht mehr korrigiert werden konnte. Die Beigeladene hätte nicht „eine

eigene Formel für die Preisangabe entwickeln“ dürfen.

Ungefragte Fehlersuche

Die Vergabekammer hatte diesen Umstand von sich aus bemängelt. Die Antragstellerin, deren Vortrag eigentlich Anlass zum Nachprüfungsverfahren gibt, hatte dies – mangels Kenntnis des Angebots des Konkurrenten – nicht thematisiert. Wie die Vergabekammer selbst einräumte, ist sie gem. § 163 Abs. 1 Satz 3 GWB im Nachprüfungsverfahren nicht zu einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle verpflichtet. Allerdings sah sie sich befugt, auch auf nicht gerügte Punkte einzugehen, nachdem der Antrag aus anderen Gründen die Hürde der Zulässigkeit genommen hatte.

Aus Sicht von [GGSC] bedarf es hier noch einer grundsätzlichen, höchstrichterlichen Klärung der Kontrolldichte der Vergabekammern. Im Verwaltungsprozessrecht hatte in einer ähnlichen Situation das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2002 der sog. „ungefragten Fehlersuche“ einen Riegel vorgeschoben (Urt. v. 17.04.2002, Az.: 9 CN 1.01) und angemahnt, bei der Kontrolle dürfe „nicht das Rechtsschutzbegehren des Klägers aus dem Auge verloren werden“. Im Vergaberecht sollte schon mit Blick auf das Beschleunigungsgebot, das den Vergabekammern eine schnelle Entscheidung abverlangt, der Prüfraum weitestgehend auf das Vorbringen der Antragstellerin beschränkt bleiben.



Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwalt
Felix Brannaschk

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BISHERIGE AUFTRAGNEHMER SIND NICHT VORBEFASST]

Bei wiederkehrenden Leistungen nehmen häufig auch die bisherigen Auftragnehmer an Neuausschreibungen teil – diese sind nicht „vorbefasst“.

Die Vergabekammer des Bundes hat in einem jetzt erst veröffentlichten Beschluss vom 18.09.2020 (VK 2-51/20) darauf hingewiesen, dass die Anforderungen, welche § 7 VgV zur „Vorbefassung“ eines Bieters aufstellt, nicht für die bisherigen Auftragnehmer gelten, wenn sie nicht in die Vorbereitung der Neuausschreibung einbezogen sind. Ähnlich hatte die Vergabekammer des Bundes bereits in der Vergangenheit entschieden.

Zur Rechtslage

Hat ein Unternehmen oder ein mit ihm in Verbindung stehendes Unternehmen den öffentlichen Auftraggeber beraten oder war

auf andere Art und Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt („vorbefasstes Unternehmen“), so ergreift der öffentliche Auftraggeber angemessene Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Unternehmens nicht verzerrt wird, § 7 Abs. 1 VgV.

Die Vorschrift wird weit gefasst und das Thema des vorbefassten Bieters stellt sich häufig dann, wenn ein Unternehmen partielle Zuarbeiten für eine Ausschreibung geliefert hat, etwa Bedarfsuntersuchungen zur Vorbereitung einer Vergabe von Planungsleistungen. Dann ist regelmäßig der Informationsvorsprung dieses vorbefassten Bieters auszugleichen, etwa, indem allen Bietern sämtliche Unterlagen zur Verfügung gestellt werden, die auch dem vorbefassten Bieter bei seinen partiellen Zuarbeiten vorlagen.

Die Entscheidung

Die Vergabekammer des Bundes musste über die Rüge eines unterlegenen Bieters entscheiden, der unter anderem geltend machte, der Erstplatzierte als das bisher für den Auftraggeber tätige Unternehmen sei in der neuen Ausschreibung als vorbefasst zu qualifizieren und der Wissensvorsprung hätte durch die Vergabestelle ausgeglichen werden müssen. Die Vergabekammer betont, dass es vorliegend keine Anhaltspunkte gegeben habe, dass das bisherige Unternehmen in irgendeiner Form an der Konzeptionierung der Neuausschreibung beteiligt gewesen sei; § 7 VgV regelt jedoch



nur diese Vorbefassung im Zusammenhang mit einem neuen Vergabeverfahren.

Es mag durch die Vortätigkeit Wettbewerbsvorsprünge geben, weil sich der Bieter besser auf die Besonderheiten des Auftraggebers einstellen kann. Diese, so die Vergabekammer, bedürfen jedoch keines Ausgleichs durch den Auftraggeber und entsprechen einer normalen Rollen- und Risikoverteilung im Wettbewerb, sich zum Markteintritt zu qualifizieren.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GGSC SEMINARE]

Umsetzung Verpackungsgesetz – Schwerpunkt PPK

10. 02.2022

10:00-13:00 Uhr, online

[-> zur Anmeldung](#)

Genehmigung von Elektrolyseuren

23.02.2022

10:00-13:00 Uhr, online

[-> zur Anmeldung](#)

Kooperationsveranstaltung - gemeinsame Fachveranstaltung von DWV - Deutscher Wasserstoff- und Brennstoffzellenverband und [GGSC] Seminare

[GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]

Rechtsanwältin Katrin Jänicke
Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind
Kooperation Straßenreinigung und Grünflächenpflege Onlineveranstaltung

Kooperationsveranstaltung
[GGSC] Seminare GmbH/Akademie
Dr. Obladen GmbH

[27.01.2022 in Berlin](#)



Rechtsanwältin Katrin Jänicke
Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind
Aktuelle Fragen bei der Erhebung von
Straßenreinigungsgebühren

Onlineveranstaltung

Kooperationsveranstaltung
[GGSC] Seminare GmbH/Akademie
Dr. Obladen GmbH

[17.03.2022 in Berlin](#)

Rechtsanwalt Prof. Hartmut Gaßner
Rechtsanwalt Linus Viezens

33. Kasseler Abfall- und Ressourcenforum -
Bioabfall- und stoffspezifische Verwertung

Präsenzveranstaltung mit begleitender
Kongressmesse
Witzenhausen-Institut für Abfall, Umwelt
und Energie GmbH

[05.-07.04.2022 in Kassel](#)

Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim
Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Entsorgungsvergaben 2022

Onlineveranstaltung

Kooperationsveranstaltung
[GGSC] Seminare GmbH/Akademie
Dr. Obladen GmbH

[26.04.2022 in Berlin](#)

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Stralauer Platz 34
10243 Berlin

**[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-
NEWSLETTER]**

NEWSLETTER ENERGIE

DEZEMBER 2021

- [Koalitionsvertrag: Ausbauziele und Impulse für Erneuerbare Energien](#)
- [Aktuelle Entwicklungen - Artenschutz für den Ausbau der Windenergie an Land](#)
- [Entschädigung für Netzabschaltungen 2.0](#)
- [Vorsicht beim Abschluss von Netzverträgen für Windenergie- und Solaranlagen-Update](#)
- [Nachhaltigkeitszertifizierung Biogas ab 01.01.2022](#)
- [\[GGSC\] betreut auch Realisierung des Windparks Gaishecke in Hessen](#)
- [Vorsicht bei nicht marktconformen Pachtverträgen](#)

NEWSLETTER BAU

NOVEMBER 2021

- [Mehrvergütung für notwendige Zusatzleistungen – auch ohne Anordnung](#)
- [Einstweilige Verfügung auch für VOB-Nachträge](#)
- [Vorsicht: Vereinbarung von Fristen in Baubesprechungen](#)
- [Umlageklauseln häufig unwirksam](#)
- [Erste Entscheidung zu § 31 Abs. 3 BauGB](#)

Tel. 030 726 10 26 0
Fax 030 726 10 26 10

www.ggsc.de
berlin@ggsc.de



- [Nicht alle Anbauten sind abstandsflächenrechtlich privilegiert: Klarstellung des Begriffs des „Vorbaus“](#)
- [Solargesetz Berlin in Kraft getreten](#)
- [Mehr Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen im Land Berlin](#)
- [Wesentliche Änderungen der Brandenburgischen Bauordnung](#)
- [OVG Berlin-Brandenburg stärkt kommunale Planungshoheit](#)