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

Vergabe Newsletter

April 2025

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

das Vergaberecht bleibt stets in Bewegung, wie auch mit der neuen Ausgabe unseres Newsletters belegt werden kann. Neben der großen Bandbreite an Vergabeverfahren, die [GGSC] auch außerhalb der Bereiche Entsorgung, Bau und Planung begleitet und Gegenstand unserer Berichte sind, stehen wieder aktuelle Entscheidungen im Fokus, aber auch die Koalitionsvereinbarung von CDU und SPD, die die Grundlage der nächsten Bundesregierung auch für Änderungen im Vergaberecht bilden soll.

Aktuelles finden Sie in unseren Seminaren:

Fachkonferenz Entsorgungsvergaben 2025
Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim
Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel
[GGSC] Kooperationsveranstaltung mit der Akademie Obladen
06.05.2025

26. [GGSC] Infoseminar Erfahrungsaustausch Kommunale Abfallwirtschaft
26./27.06.2025

Wie immer gilt: Bleiben Sie dran!

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- Vergaberecht im Koalitionsvertrag
- Keine nachträgliche Festlegung von Bewertungsmethoden im Vergabeverfahren
- OLG Jena: Wesentliche Klarstellungen zur Handhabung von Referenzen im Vergabeverfahren
- Anforderungen an Referenzen im Rahmen der Eignungsprüfung
- Auftragsbezug von Zuschlagskriterien
- Vergabe von Planungsleistungen – auf die Dokumentation kommt es an!
- Fördermittelsanktionen nach Vergaberechtsverstößen: EuGH stärkt Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
- Verstöße gegen die wegen VOB/A-Verstoß führen zur Rückforderung von Fördermitteln
- VK Berlin zu Schülerbeförderungen
- [GGSC] Seminare
- [GGSC] Inhouseschulungen
- [GGSC] auf Veranstaltungen
- Hinweis auf andere [GGSC] Newsletter

Eine spannende Lektüre wünscht
Ihr [GGSC]-Team Vergabe

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Stralauer Platz 34
10243 Berlin

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

www. ggsc.de
berlin@ggsc.de

[VERGABERECHT IM KOALITIONS-VERTRAG]

Auch die mutmaßlich nächste Bundesregierung möchte das Vergaberecht ändern. Dies geht aus dem Koalitionsvertrag von CDU und SPD hervor, der nun vorliegt.

Vereinfachen und Beschleunigen

Unter dieser Überschrift können sich fast alle Beteiligten versammeln. Doch die Umsetzung ist spannend. Die Koalitionäre wollen „das Vergaberecht auf das Ziel einer wirtschaftlichen, diskrimierungs- und korruptionsfreien Beschaffung zurückführen“. Das positiv formulierte Ziel heißt letztlich: Beschränkung der weiteren Zuschlagskriterien und Anforderungen an die Leistungserbringung. In der sozialen und ökologischen Ausgestaltung der Beschaffung liegt allerdings gerade ein Bereich, bei der Auftraggeber eine faire und nachhaltige Leistungserbringung politisch ausgestalten können. Soll also ausschließlich die Wirtschaftlichkeit maßgeblich sein?

Ein zweiter Blick lohnt auch bei dem Vorhaben, künftig weiterhin den „Grundsatz der mittelstandsfreundlichen Vergabe“ hochzuhalten. Die Betonung des Grundsatzes lässt Jurist:innen aufhorchen, da die Ausnahme meist nicht weit ist. Spannend daher auch hier die Umsetzung: wird ausgehend von diesem Grundsatz das Gebot der Losbildung eingeschränkt? Nicht nur hier wird das europäische Recht möglicherweise Grenzen setzen, das bekanntlich im Oberschwellenbereich den Rahmen setzt und eine Losbildung vorsieht.

Verlockend klingt sodann die Heraufsetzung von Wertgrenzen bei der Unterschwellenvergabe. Natürlich lassen sich Vergabeverfahren beschleunigen, wenn ein Auftraggeber nur noch drei – oder gar nur einen – Wettbewerber zur Angebotsabgabe auffordern muss. Aber zeigt nicht die Praxiserfahrung, dass gerade ein offener Wettbewerb Garant der Wirtschaftlichkeit der Beschaffung ist, und auch Korruption verhindert?

Und werden sich die Länder alle beteiligen, wenn der Bund eine Vereinheitlichung der Vergaberegelungen im Unterschwellenbereich anstrebt? Länder setzen bekanntlich gerne politische „Duftmarken“, auch außerhalb von Bayern.

Und steht dazu im Widerspruch, wenn Länder – wie aktuell in NRW – überlegen, das Vergaberecht faktisch zum Gegenstand des kommunalen Satzungsrechts zu machen?

Angriff auf den Rechtsschutz

„Wir werden die Vergabe öffentlicher Aufträge beschleunigen, indem die aufschiebende Wirkung der Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Vergabekammern zu den Oberlandesgerichten entfällt“. Mit einer

Änderung des § 173 Abs. 1 Satz 1 GWB droht nicht nur Symbolpolitik – angesichts vergleichsweise weniger Fälle, die im Vergaberecht in die zweite Instanz gehen. Übersetzt bedeutet ein solches Vorhaben: faktische Abschaffung des Rechtsschutzes. Denn was ist ein Rechtsschutz noch wert, der nach Zuschlagserteilung erfolgt und nur noch für Schadensersatzforderungen relevant sein kann? Viel dringlicher und praxisorientierter wäre hier eine deutliche Verbesserung der personellen und finanziellen Ausstattung der Vergabekammern im gesamten Bundesgebiet (es muss ja nicht gleich ein Sondervermögen sein). Denn wirklich bremst die lange Verfahrensdauer: der Grundsatz, dass ein Nachprüfungsverfahren binnen 5 Wochen entschieden ist, ist in der Praxis die offensichtliche Ausnahme, eine Verfahrensdauer von bis zu einem Jahr mittlerweile keine Seltenheit mehr.

Die Koalition wird also noch einmal nachsitzen müssen, um das Vergaberecht wirklich zu verbessern und Verfahren auch in der Praxis zu vereinfachen und zu beschleunigen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
Dr. Frank Wenzel

-> zurück zum Inhaltsverzeichnis

[KEINE NACHTRÄGLICHE FESTLEGUNG VON BEWERTUNGSMETHODEN IM VERGABEVERFAHREN]

Bei der Vergabe von Planungsleistungen ist die Bewertung des Honorars besonders anspruchsvoll. Denn anders als bei klassischen Liefer- oder Bauaufträgen steht das Honorar oft noch nicht abschließend fest – etwa, weil die anrechenbaren Kosten im Zeitpunkt der Ausschreibung nur geschätzt werden können. Umso wichtiger ist eine transparente und nachvollziehbare Bewertungsmethodik. Dass es daran in der Praxis mitunter fehlt, zeigt eine Entscheidung der Vergabekammer Südbayern vom 18.07.2024 (Az:. 3194.Z3-3_01-24-27).

Der Fall

Ein Auftraggeber führte ein Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Objektplanungsleistungen durch. Die Zuschlagskriterien umfassten neben qualitativen Aspekten auch preisbezogene Unterkriterien wie Grundhonorar, Nachlässe und Stundensätze. Wie diese in Bewertungspunkte umgerechnet werden sollten, war den Vergabeunterlagen jedoch nicht zu entnehmen. Diese legte der Auftraggeber erst bei Angebotswertung fest. So erhielt ein Bieter mit verhältnismäßig hohen Stundensätzen die volle Punktzahl in einem Unterkriterium, während andere Bieter mit niedrigeren Sätzen Punktabzüge hinnehmen mussten. Die Bewertung ließ weder

ein stringentes System noch eine konsistente Anwendung erkennen. Der Bieter, der das günstigste Gesamtangebot abgegeben hatte, sah sich dadurch benachteiligt und stellte einen Nachprüfungsantrag.

Die Entscheidung

Mit Erfolg! Die Vergabekammer Südbayern beanstandete die fehlende Bewertungsmethodik und stellte fest, dass eine nachträgliche Definition der Bewertungslogik gegen die Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsätze (§§ 97, 127 GWB) verstößt. Die Kammer betonte in ihrer Entscheidung, dass eine mathematisch nachvollziehbare Bewertungsmethode für Preisangebote bereits vor Kenntnis der Angebote festgelegt und dokumentiert sein muss. Ein nachträgliches Entwickeln oder Anpassen der Bewertungslogik in Kenntnis der konkreten Angebotspreise ist unzulässig, da dies Manipulationsmöglichkeiten eröffne und den Wettbewerb verzerren könne. Zudem sei es erforderlich, dass sämtliche Bieter bereits in der Angebotsphase erkennen können, welche preislichen Parameter wie gewertet werden.

Fazit

Die Entscheidung der VK Südbayern verdeutlicht die besondere Bedeutung einer frühzeitigen, eindeutigen und dokumentierten Festlegung von Zuschlagskriterien inklusive etwaiger Bewertungsmethoden. Auftraggeber sind deswegen gehalten, ihre Zuschlagskriterien – auch hinsichtlich der Unterkriterien und deren Gewichtung – klar und nachvollziehbar zu formulieren. Fehlt eine klare Bewertungsmethodik oder wird sie erst nachträglich festgelegt, sollten Bieter nicht zögern, dies frühzeitig zu rügen. Nur auf diese Weise kann ein fairer und rechtssicherer Wettbewerb gewährleistet werden.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:

Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Stefanie Jauernik

-> zurück zum Inhaltsverzeichnis

[OLG JENA: WESENTLICHE KLARSTELLUNGEN ZUR HANDHABUNG VON REFERENZEN IM VERGABEVERFAHREN]

In seinem Beschluss vom 19.02.2025 (Az.: Verg 10/24) stellt das OLG Jena klar, dass es für die Anerkennung einer Referenzleistung nicht zwingend erforderlich ist, dass diese zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vollständig erbracht wurde. Insbesondere bei mehrjährigen Dienstleistungsaufträgen, deren zeitlicher Verlauf oft zufällig variiert, genügt es, wenn die Leistung bereits über einen längeren Zeitraum hinweg erbracht wurde. Zudem ist es unerheblich, ob die

Beauftragung auf einer rechtswidrigen Vergabe basiert.

Sachverhalt

Im Rahmen eines offenen Vergabeverfahrens schrieb die Vergabestelle einen Dienstleistungsauftrag für den Winterdienst und die Störungsbeseitigung auf Bundes- und Landesstraßen im Unstrut-Hainich-Kreis für den Zeitraum vom 01. Oktober 2022 bis zum 30. September 2026 aus.

Nach der Bekanntmachung des Auftrags wurde der Preis als einziges Zuschlagskriterium festgelegt. Zudem legte die Vergabestelle Anforderungen an die Eignung der Bieter fest, die sowohl die wirtschaftliche und finanzielle als auch die technische und berufliche Leistungsfähigkeit betrafen. Im Bereich der wirtschaftlichen Eignung verlangte die Vergabestelle unter anderem die Vorlage einer „Eigenerklärung zur Eignung“. Darüber hinaus mussten die Bieter verschiedene technische Nachweise erbringen, etwa Referenzen für vergleichbare Leistungen, den Nachweis über die Eignung der eingesetzten tauenden Streustoffe sowie den Nachweis der Vorhaltung eines Bereitschaftsdienstes in einem bestimmten Umfang. Ferner waren sie verpflichtet, die Verfügbarkeit von mindestens 1.060 Tonnen Streusalz sowie einer Solelagerkapazität von mindestens 90 Tonnen im Unstrut-Hainich-Kreis nachzuweisen.

Die Antragstellerin machte geltend, dass ihr Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften verletzt wurde, da das Angebot des Bieters, der den Zuschlag erhalten hat, die geforderten Referenzen für Winterdienst und Störungsbeseitigung nicht ordnungsgemäß vorlegte und die erforderlichen Lagerkapazitäten für Streusalz und Sole sowie deren sachgerechte Lagerung nicht nachgewiesen wurden.

Entscheidung

Das OLG Jena hob die Entscheidung der Vergabekammer auf und wies den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurück, da es zum Schluss kam, dass der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, seine Eignung ordnungsgemäß nachgewiesen hatte und keine Mängel bei der Aufklärung vorlagen.

Das Gericht führte folgende Argumente an:

- Für die Vergleichbarkeit ist es erforderlich und ausreichend, Referenzleistungen vorzulegen, die der ausgeschriebenen Leistung in einem Maße ähneln, dass sie eine fundierte Schlussfolgerung über die Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Bieters auch für die ausgeschriebene Leistung zulassen.

- Die als Referenz angeführte Leistung muss zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht vollständig abgeschlossen sein. Bei mehrjährigen Dienstleistungsaufträgen, deren zeitlicher Verlauf oft zufällig variiert, kann der Nachweis auch dadurch vorgelegt werden, dass die Leistung bereits über einen längeren Zeitraum erbracht wurde.

- Es spielt keine Rolle, ob der Referenzauftrag auf einer festgestellten rechtswidrigen Vergabe basiert.

- Wenn der öffentliche Auftraggeber aufgrund anderer verlässlicher Informationen zu dem Schluss kommt, dass das Angebot eines Bieters weder ungewöhnlich noch unangemessen niedrig ist, darf er auf eine weitere Aufklärung verzichten.

- Dokumentationsmängel können durch geeignete Erläuterungen im Zuge einer Rüge oder im Nachprüfungsverfahren geheilt werden.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:

Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht
Caroline von Bechtolsheim

Juristin (LL.M.)
Leslye Herr

-> zurück zum Inhaltsverzeichnis

[ANFORDERUNGEN AN REFERENZEN IM RAHMEN DER EIGNUNGSPRÜFUNG]

Ein häufiger Streitpunkt in Vergabeverfahren ist die Frage nach dem Ob, dem Umfang oder dem Inhalt von Nachweisen, um die Erfüllung der Eignungskriterien zu belegen. Auch die 2. Vergabekammer des Bundes war in einem aktuellen Nachprüfungsverfahren mit der Frage befasst, ob ein Bieter seine Eignung durch eigene Referenzen ausreichend nachgewiesen hat.

Vergleichbarer Umfang des Referenzauftrags

Relevant war hierbei zunächst die Frage, wann eine Referenz mit der auszuführenden Leistung vergleichbar ist. Nach Ansicht der VK Bund (Beschluss vom 05.02.2025, Az.: VK 2 – 119/24) ist bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit der Umfang des Referenzauftrags stets zu berücksichtigen, selbst wenn sich der Auftraggeber auf die Forderung vergleichbarer Referenzen beschränkt und darüber hinaus keine weiteren Spezifikationen zum Vergleichbarkeitsmaßstab vorgibt. Für die Vergleichbarkeit der Leistungen genüge es nicht,

wenn der Bieter überhaupt Erfahrungen in der Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen hat, sondern er müsse zudem über die für die Ausführung des Auftrags erforderlichen Kapazitäten in personeller und sachlicher Hinsicht verfügen.

Keine Entbindung des Bieters von der Pflicht zur Vorlage von Nachweisen

Die VK Bund hat in der Entscheidung zudem die Anwendbarkeit von § 6b EU Abs. 3 2. Anstrich VOB/A näher spezifiziert: Hiernach sind Nachweise durch den Bieter dann nicht gesondert vorzulegen, wenn die den Zuschlag erteilende Stelle bereits im Besitz der Nachweise ist. Der Bieter hatte sich im zugrundeliegenden Vergabeverfahren auf eine Referenz berufen, die zwar nicht in der Eigenerklärung zur Eignung aufgeführt wurde, dem Auftraggeber aber aufgrund seiner Kontakte bekannt gewesen sei. Nach Ansicht der VK Bund ist die geltend gemachte Vorschrift jedoch nicht anwendbar, wenn bieterseitig keinerlei Angaben zu der betreffenden Referenz gemacht worden sind.

Abgrenzung Eignungsleihe von bloßer Zurverfügungstellung von Geräten

Ob ein Fall der Eignungsleihe vorliegt und sich der Bieter somit auf die Referenzen eines anderen Unternehmens berufen kann, differenziert die VK Bund danach, ob das andere Unternehmen einen Teil des in der Leistungsbeschreibung festgelegten Leistungsumfangs selbstständig ausführt. Die Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen zwecks Herstellung der auftraggeberseitig geforderten beruflichen Erfahrung ergebe in der Sache nur Sinn, wenn diese Kapazitäten bei der operativen Auftragsausführung auch tatsächlich zum Einsatz kommen und dem Bieterunternehmen nicht nur „auf dem Papier“ zugerechnet werden. Die bloße Zurverfügungstellung von Geräten durch ein anderes Unternehmen stelle somit keinen Fall der Eignungsleihe dar.

Die Auswahl (und Beschränkung) auf geeignete und erforderliche Eignungsnachweise wird leider regelmäßig vernachlässigt. Die Vergabestellen sind gut beraten, hier nur solche Nachweise zu fordern, die sie tatsächlich als relevant ansehen und transparent festzulegen, wie der Nachweis geführt werden soll.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:

Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht
Franziska Kaschluhn

Rechtsanwältin
Ella Bergel

-> zurück zum Inhaltsverzeichnis

[AUFTRAGSBEZUG VON ZUSCHLAGSKRITERIEN]

Zuschlagskriterien müssen nicht nur abstrakt eine Verbindung zum Auftragsgegenstand aufweisen, sie müssen auch Gegenstände betreffen, die sich in der späteren Ausführung des Auftrags auswirken. Das Bayrische Oberste Landesgericht (BayObLG) hat zuletzt im Dezember 2024 einen solchen Auftragsbezug bei Zuschlagskriterien verneint, die ausschließlich die Leistungsfähigkeit des Bieters und die theoretische Fähigkeit, die Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu erfüllen, betreffen, sofern sie keine Relevanz für die spätere Auftragsdurchführung vorweisen können.

Erforderlicher Auftragsbezug und Transparenz von Zuschlagskriterien

Ein Auftragsbezug ist nach § 127 Abs. 3 GWB in Bezug auf alle (qualitativen) Wertungs- oder Zuschlagskriterien erforderlich. Wird sich im Rahmen der Zuschlagskriterien auf die Bewertung von geforderten Konzepten für die Auftragsausführung bezogen, dürfen diese nicht lediglich die Eignung des Bieters bewerten, ohne die konkret zu erbringende Leistung zu beeinflussen.

Im vom BayObLG entschiedenen Fall (Beschluss vom 11.12.2024, Az.: Verg 7/24 e) sollte in einer Ausschreibung von Catering-Dienstleistungen mit dem Angebot ein Beispielsspeiseplan eingereicht werden, der einer qualitativen Bewertung (Regionalität und Bioanteil, etc.) unterzogen wurde. Neben dem Angebotspreis sollte diese Bewertung zu 50 % in der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots berücksichtigt werden. Im Rahmen der Auftragsausführung bestand aber keinerlei Bindung an den Beispielsspeiseplan.

Das BayOblG stellt hierzu klar, dass ein Auftragsbezug fehlt, wenn im Angebot abstrakte Übungsaufgaben zu lösen sind, aus denen sich kein verbindlicher Rahmen für die spätere Leistungserbringung ableiten lässt. Eine ausreichende Verbindung zum Auftragsgegenstand liegt hingegen vor, wenn ein Muster des konkret zu liefernden Produkts präsentiert werden soll oder im Rahmen einer wertenden „Teststellung“ ein noch in der Entwicklung befindliches Produkt getestet und bewertet werden soll.

Ergänzend ist zudem stets darauf zu achten, dass die Anforderungen an den Inhalt der einzureichenden Konzepte hinreichend klar formuliert werden. Erforderlich ist hierbei, dass aus Sicht eines vernünftigen durchschnittlichen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt hinreichend sicher zu erkennen ist, welche Vorgaben die einzureichenden Konzepte zu erfüllen haben.

Erkennbarkeit eines Vergabeverstoßes für den Bieter

Die Entscheidung des BayObLG ist dabei auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht für öffentliche Auftraggeber interessant. Hinsichtlich der in § 160 GWB geregelten Rügeobliegenheit des Bieters verweist das BayObLG auf die restriktive Auslegung der Präklusionsregelung und die Anwendung eines objektiven Maßstabs hinsichtlich der Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften für den Bieter. Der Auftraggeber könne sich hierbei nicht darauf berufen, dass der Bieter aufgrund eines ähnlich gelagerten, anderen Vergabeverfahrens bereits über rechtliches Spezialwissen verfüge. Bei der Beurteilung der Erkennbarkeit des Vergaberechtsverstoßes ist vielmehr auf den durchschnittlich fachkundigen Bieter und dessen laienhafte und durch vernünftige Beurteilung hervorgebrachte rechtliche Wertung abzustellen. Positive Kenntnis des Bieters vom Rechtsverstoß ist daher häufig erst nach anwaltlicher Beratung zu bejahen. Den Bietern wird eine solche Kenntnis regelmäßig nicht nachzuweisen sein.

[GGSC] berät öffentliche Auftraggeber regelmäßig bei der rechtssicheren Festlegung von Zuschlagskriterien und bei Auseinandersetzungen vor Nachprüfungsinstanzen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
Jens Kröcher

Rechtsanwältin
Ella Bergel

-> zurück zum Inhaltsverzeichnis

[VERGABE VON PLANUNGSLEISTUNGEN – AUF DIE DOKUMENTATION KOMMT ES AN!]

Ausgangslage

Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, § 122 GWB. Die Bewertung der Eignung von Bietern erfolgt – gerade bei der Vergabe von Planungsleistungen - in der Regel auf der Grundlage von Referenzen. Definiert der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung keine konkreten Mindestanforderungen an die Referenzen, kommt es für den Nachweis der Eignung anhand der eingereichten Referenzen auf die „Vergleichbarkeit“ der eingereichten Referenzen mit der ausgeschriebenen Leistung an. Vergleichbar sind nach stabiler Rechtsprechung Referenzen, die einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters mit Blick auf die ausgeschriebene Leistung zulassen. Das ist der Fall, wenn die

Referenz einen ähnlich hohen oder einen höheren Schwierigkeitsgrad als die ausgeschriebene Leistung aufweist.

Der Fall

Die VK Bund war mit mehreren Nachprüfungsverfahren befasst, in denen der unterlegene Bieter die Vergleichbarkeit der Referenzen eines Konkurrenten anzweifelte (Beschluss vom 26.8.2024, Az.: VK 2-67/24 und Beschluss vom 18.12.2024, Az.: VK 2-95/24). Gefordert waren unter anderem Referenzen zu Metallarbeiten, die mit den entsprechenden im Leistungsverzeichnis verankerten Leistungen technisch-künstlerisch vergleichbar sein sollten. Zunächst hatte der Nachprüfungsantrag Erfolg. Die Vergabekammer bemängelte, dass die Eignungsprüfung nicht korrekt umgesetzt worden sei. Die Eignungsprüfung sei praktisch nicht dokumentiert worden. Der Vergabevermerk enthalte lediglich wenige allgemein gehaltene, ein Ergebnis festhaltender Sätze, wonach die Vergleichbarkeit bejaht werde. So hätte es z.B. nahe gelegen, die technisch-künstlerische Vergleichbarkeit der Referenzprojekte mit der ausgeschriebenen Leistung darzulegen und zu begründen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die Größenordnung eines Referenzprojektes Rückschlüsse auf die Fähigkeit des Bewerbers zulassen muss, den Anforderungen der ausgeschriebenen Leistung gerecht zu werden. Das sei hier nicht nachvollziehbar dargelegt. Die Vergabestelle musste die Eignungsprüfung daher erneut durchführen und dokumentieren.

Der unterlegene Bieter griff die sodann wiederholte Eignungsprüfung erneut an; diesmal ohne Erfolg: Dabei stellt die VK heraus, dass der Vergabestelle bei der materiellen Eignungsprüfung ein Beurteilungsspielraum zusteht. Dieser ist umso weiter, je mehr es um optische und nicht um technische/statisch tragende Elemente eines Gebäudes geht. So sei es beurteilungsfehlerfrei, wenn die Vergabestelle die künstlerische Vergleichbarkeit zweier Referenzen vor dem Hintergrund der einschlägigen Positionen des Leistungsverzeichnisses auf der Grundlage eines Fotos feststelle, aus dem sich zum ausgeschriebenen Auftrag fast identische Bauformen und Ausführungsaufgaben ergeben. Dabei ist es unschädlich, wenn das Referenzprojekt einen geringeren Umfang hat als der ausgeschriebene Auftrag. Das gilt jedenfalls dann, wenn diese Referenz aufgrund von Komplexität, Form und Ausführungsart keinen Zweifel an der ausreichenden Erfahrung des Bieters zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistung lässt.

Empfehlung für Praxis

Vergabestellen sollten sich bei der Strukturierung zu Beginn des Verfahrens die Frage stellen, ob bei für den Nachweis der Eignung durch Referenzen nur vergleichbare Referen-

zen gefordert werden oder ob Mindestanforderungen festgelegt werden sollen. Letzteres hat den Vorteil, dass die Prüfbarkeit der Vergleichbarkeit von Referenzen entfallen kann.

Definiert die Vergabestelle hingegen keine konkreten Anforderungen an die Referenzen, kommt es immer auf die Vergleichbarkeit der Referenzen mit dem Ausschreibungsgegenstand an. Eine gelungene Eignungsprüfung setzt in erster Linie eine sorgfältige Dokumentation der transparent und willkürfrei begründeten Entscheidung voraus. Entscheidend ist, dass die Vergabestelle die Entscheidung über die Vergleichbarkeit von Referenzen auf die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere das Leistungsverzeichnis stützt, den Sachverhalt, hier also die für die Vergleichbarkeit maßgeblichen Rahmenbedingungen des Projekts und der vom Bieter eingereichten Referenz, vollständig ermittelt und vor dem Hintergrund der gestellten Anforderungen sorgfältig vergleicht.

[GGSC] berät regelmäßig Vergabestellen bei der Vergabe von Planungsleistungen und begleitet Bieter insbesondere bei Verhandlungsverfahren in allen Verfahrensschritten bis zum Zuschlag oder in Nachprüfungsverfahren.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:

Rechtsanwalt
Dr. Benjamin Tschida

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
René Hermann

-> zurück zum Inhaltsverzeichnis

[FÖRDERMITTELSANKTIONEN NACH VERGABERECHTSVERSTÖßEN: EUGH STÄRKT VERHÄLTNISMÄßIGKEITS-GRUNDSATZ]

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in einem Vorabentscheidungsverfahren klargestellt, dass Fördermittelsanktionen bei Vergaberechtsverstößen sich an einer Einzelfallbewertung orientieren müssen. Eine pauschale Rückforderung allein aufgrund eines Katalogs vordefinierter Arten von Vergaberechtsverstößen ist damit unzulässig (Urteil vom 4.10.2024, Az.: C-175/23).

Der Fall

Eine Gemeinde erhält für ein Projekt teilweise Fördermittel aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE). In Folge von Vergaberechtsverstößen bei der Auftragsvergabe fordert die zuständige Ver-

waltungsbehörde 5 % der förderfähigen Kosten der von den Unregelmäßigkeiten betroffenen Verträge zurück. Die Ermittlung der Höhe der Fördermittelsanktion erfolgt dabei anhand einer Leitlinie, die für die jeweiligen, in einem Vergabeverfahren möglichen Unregelmäßigkeiten, bestimmte Pauschalsätze vorsieht.

Die Gemeinde wendet sich gegen diese Entscheidung und das zuständige Verwaltungsgericht legt daraufhin dem EuGH die Frage vor, ob solche Fördermittelrückforderungen anhand von Pauschalsätzen bei vordefinierten Unregelmäßigkeiten mit EU-Recht vereinbar sind.

Die Entscheidung

Der EuGH entscheidet, dass es unzulässig ist, wenn jeder Verstoß gegen das Vergaberecht pauschal zu einer Rückforderung von Fördermitteln führt. Eine solche automatische Sanktionierung anhand von Pauschalsätzen wäre unverhältnismäßig. Stattdessen muss die Fördermittelbehörde zunächst ermitteln, ob dem EU-Haushalt durch den Vergaberechtsverstoß zumindest ein potentieller finanzieller Schaden droht. Nur wenn auf der ersten Stufe diese Voraussetzung erfüllt ist, kommen Fördermittelsanktionen in Betracht. Soweit es die Höhe der finanziellen Sanktionen betrifft, darf die Nachprüfungsbehörde zwar auf Leitlinien mit Pauschalsätzen zurückgreifen. Aber auch hier ist ein Automatismus in der Anwendung unzulässig. Die Behörde muss vielmehr jeweils prüfen, ob Art und Schweregrad der festgestellten Unregelmäßigkeit sowie der potentiell entstandene finanziellen Verlust für den jeweiligen Fördermitteltopf eine Abweichung von den Pauschalsätzen im Einzelfall gebietet.

Praxishinweise

In der Beratungspraxis von [GGSC] sind (drohende) Fördermittelrückforderungen bei Vergaberechtsverstößen ein Dauerbrenner. Das betrifft nicht nur öffentliche Auftraggeber, sondern auch private Auftraggeber, deren Projekte mit Fördermitteln (ko-)finanziert werden. Bestandteil der Fördermittelauflagen ist dann regelmäßig die Verpflichtung des Mittelempfängers zur Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen (**siehe nachfolgenden Beitrag)**

Der Fokus von [GGSC] bei der Begleitung von Vergabeverfahren für Subventionsmittelempfänger liegt daher auf der strikten Einhaltung vergaberechtlicher Verfahrensbestimmungen, der Dokumentation und einer Schärfung des Problembewusstseins der Auftraggeber für finanzielle Risiken durch Fördermittelsanktionen. Zur Vermeidung von Haftungsrisiken sollte das auch Architekten bewusst sein, die im Rahmen der HOAI-Leistungsphasen 6 und 7 an der Vergabe von Bauleistungen mitwirken.

Sind (nicht korrigierbare) Fehler im Vergabeverfahren unterlaufen, wird [GGSC] zur Abwendung oder Minderung von Fördermittelrückforderungen tätig. Die Entscheidung des EuGH zeigt, dass bei EU-Subventionen die konkrete Rückforderungsquote detailliert auf ihre Begründung hin überprüft werden sollte. In der Vergangenheit konnte [GGSC] bereits durch entsprechende Stellungnahmen Rückforderungen von EFRE-Mitteln in beträchtlicher Höhe von Auftraggebern abwenden.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:

Rechtsanwalt
Christian Steinhäuser M.A.

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Dr. Joachim Wrase

-> zurück zum Inhaltsverzeichnis

[VERSTÖSSE GEGEN DIE WEGEN VOB/A-VERSTOß FÜHREN ZUR RÜCKFORDERUNG VON FÖRDERMITTELN]

Das Verwaltungsgericht Magdeburg hat entschieden, dass ein Fördermittelgeber berechtigt ist, Subventionen wegen Verstößen gegen die VOB/A bei Bauvergaben zurückzufordern (Urteil vom 09.07.2024, Az.: 3 A 159/22).

Der Fall

Die Klägerin (K) ist ein privatrechtlich organisierter Träger einer Gemeinschaftsschule. Sie erhält vom Land (L) Subventionen zur energetischen Sanierung von ca. 2,28 Mio. Euro. In den Nebenbestimmungen zum Fördermittelbescheid heißt es, die K müsse die „vergaberechtlichen Bestimmungen gemäß Nr. 3 AN-Best-Gk“ einhalten. Die K vergibt daraufhin in Einzelvergaben Bauleistungen nach der VOB/A und lässt die Schule energetisch sanieren.

Fünf Jahre nach Durchführung der Baumaßnahme bemängelt die L bei der Verwendungsnachweisprüfung verschiedene Verstöße gegen die VOB/A. Die K habe vergaberechtswidrig bei einem Bieter im Formblatt 124 VHB Umsatzzahlen für *abgeschlossene* Geschäftsjahre akzeptiert, weil der Jahresabschluss für ein Jahr noch nicht vorlag. Bei einem Formblatt zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen fehlte ein Kreuz. In einem weiteren Los habe eine abgelaufene Unbedenklichkeitsbescheinigung der BG Bau nicht nachgefordert werden dürfen. Nach einer Anhörung erlässt die L einen Teilwiderrufsbescheid über ca. 143.000 Euro.

Die Entscheidung

Das Verwaltungsgericht Magdeburg weist die Klage des K ab und bestätigt den Teilwiderruf der Zuwendung. Ein rein textlicher

Verweis im Fördermittelbescheid auf die „vergaberechtlichen Bestimmungen gemäß Nr. 3 ANBest-Gk“ reiche aus, um die K zur Einhaltung des Vergaberechts zu verpflichten, obwohl weder die ANBest-Gk, noch die VOB/A 2016 im Volltext beigefügt waren. Die K habe auch gegen Vergaberecht verstoßen. Offene Verfahren für Bauleistungen nach der VOB/A sind von einem höheren Grad an Formalismus geprägt, als etwa Verhandlungsverfahren. Das zeige sich u.a. im sog. Nachverhandlungsverbot. Bei der Frage, was *abgeschlossene* Geschäftsjahre sind, habe sich L bei ihrer Rückforderung korrekt an § 6a Abs. 2 Nr. 1 VOB/A (a.F.) und der entsprechenden Spruchpraxis der Vergabekammer Sachsen-Anhalt orientiert. Die Entscheidung des L war auch nicht ermessensfehlerhaft. Bei Verstößen gegen das Vergaberecht gebietet es der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung in der Regel, dass mindestens eine anteilige Rückforderung erfolgt.

Praxishinweise

Die Entscheidung verdeutlich wieder einmal, dass Empfänger von Fördermitteln penibel darauf achten müssen, ob sie bei der Verwendung der Fördermittel an das Vergaberecht gebunden sind (https://www.ggsc.de/aktuelles/newsletter/newsletter-vergabe-februar-2024/vorsicht-risiko-der-rueckforderung-von-foerdermitteln-bei-vergaberechtsverstoessen). Bei der Frage, ob ihre Zuschlagsentscheidungen deshalb von den Vergabekammern überprüfbar sind, kann das anders sein (https://www.ggsc.de/aktuelles/newsletter/newsletter-vergabe-dezember-2024/oeffentlicher-auftraggeber-aufgrund-foerdermittelbescheid).

Schreiben die Nebenbestimmungen die Einhaltung des Vergaberechts vor, muss peinlichst genau auf die Einhaltung und die Dokumentation der Verfahren geachtet werden. Die konkreten Verstöße der K waren Kleinigkeiten und hätten bei vorausschauender Verfahrensgestaltung (teilweise) nicht zur Rückforderung führen müssen. Zudem zeigt der aktuelle Fall aus Magdeburg, dass es sich lohnt im Anhörungsverfahren vor Erlass eines Subventionswiderrufs die eigene Position zu verteidigen. Die L hatte den Rückforderungsbetrag im Verwaltungsverfahren noch einmal prozentual gekürzt. Künftig wird gerade diese Frage aufgrund der aktuellen EuGH-Judikatur zur Verhältnismäßigkeit pauschaler Rückforderungsquote vermehr eine Rolle spielen (**siehe Beitrag davor)**.

[GGSC] berät laufend öffentliche und private Träger bei der Gestaltung von Vergabeverfahren und berät Subventionsempfänger in Verfahren zur (Teil)-Rückforderung wegen behaupteter Vergaberechtsverstöße.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Till Schwerkolt

Rechtsanwältin
Isabelle-K. Charlier, M.E.S.

-> zurück zum Inhaltsverzeichnis

[VK BERLIN ZU SCHÜLERBEFÖRDERUNGEN]

In gleich vier Nachprüfungsverfahren vertritt [GGSC] ein privates Busunternehmen vor der Vergabekammer Berlin. Diese haben Vergabeverfahren für Leistungen der Schülerbeförderungen zum Gegenstand, die von Berliner Bezirken auf den Weg gebracht worden sind.

Kritik an den Vergabebedingungen

Im Fokus der Auseinandersetzungen sind Zweifel an der Leistungsfähigkeit eines konkurrierenden Bieters, der nicht über hinreichend moderne, insb. den Umweltanforderungen genügende Fahrzeuge zum Einsatz bringen würde. Und Kritik an den Preismodellen der Auftraggeber, die nur die sog. Besetztzeiten vergüten, was mutmaßlich aber nicht von allen Bietern im selben Sinne verstanden wurde. Schließlich begegnet auch die Wertung Kritik, da von den Bietern Tourenpläne exemplarisch an alten Adressen und mit einer Software zu erstellen sind, die keine vernünftigen Rückschlüsse auf die zu erwartende Leistungserbringung erwarten lassen.

Interventionen der Vergabekammer

In den zwei ersten Verfahren hat die VK Berlin mittlerweile mit entsprechenden Verfügungen erkennen lassen, dass sie die Kritik der Antragstellerin teilt. Ein Vergabeverfahren ist daraufhin bereits in den Stand vor Wertung zurückversetzt worden, ein zweites Verfahren wird mutmaßlich streitig entschieden werden.

[GGSC] berät öffentliche Auftraggeber und Bieter in Vergabeverfahren für Personenbeförderungsleistungen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
Dr. Frank Wenzel

Rechtsanwalt
Cornelius Buchenauer

-> zurück zum Inhaltsverzeichnis

[GGSC] SEMINARE

26. [GGSC]
Infoseminar Kommunale Abfallwirtschaft – mit Vergabe-Block!
26./27.06.25
Präsenzteilnahme

[GGSC]AUF VERANSTALTUNGEN

Akademie Dr. Obladen
Rechtsanwältin Katrin Jänicke
Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel
Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind
Erhebung einer kommunalen Verpackungssteuer
29.04.2025

Akademie Dr. Obladen
Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim
Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel
Fachkonferenz Entsorgungsvergaben 2025
06.05.2025

Akademie Obladen und [GGSC]
Rechtsanwältin Katrin Jänicke
Finanzierung von Deponien nach Kommunalabgaben-, Handels- und Steuerrecht
06.05.2025

[GGSC-INHOUSE-SCHULUNGEN]

Die [GGSC] Seminare GmbH bietet Ihnen Inhouse-Schulungen zu allen aktuellen Rechtsfragen der Abfallwirtschaft, insb. zum Abfallgebühren, Vergabe- und Verpackungsrecht an. Selbstverständlich besteht das Angebot auch für Webinare, die wir online mit Ihren Mitarbeiter:innen durchführen können. Senden Sie uns Ihre Anfrage bitte an info@ggsc-seminare.de.

[GGSC]-VERÖFFENTLICHUNGEN

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel
Rechtsanwältin Katrin Jänicke
Die Einbeziehung von Abfallbehandlungsanlagen in das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG)

Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), Heft 5/2025, 265 (267 ff. zur Berücksichtigung von BEHG-Kosten bei der Ausschreibung).

Newsletter HOAI

März 2025

- Kündigungsvergütung ist doch umsatzsteuerpflichtig!
- Pauschalhonorar und Vergütungsanpassung – Tücken aus Planersicht
- Ersparte Aufwendungen und Füllaufträge beim Architektenvertrag
- Welchen Auftragsumfang hat die Erstellung der Genehmigungsplanung?
- Bereits die Schadensneigung kann einen Mangel darstellen!
- Architektenurheberrecht: Eigentümerinteressen überwiegen nur, wenn sie hinreichend konkretisiert sind.
- Architektenverträge mit Verbrauchern – Rechte, Pflichten und Fallstricke
- Vergabe von Planungsleistungen – auf die Dokumentation kommt es an!

Energie Newsletter

März 2025

- EuGH entzieht Kundenanlagen i. S. d. EnWG den Boden
- Vertragliche Herausforderungen bei Grundstücksnutzverträgen – Besonderheiten bei Erbengemeinschaften
- Erneuerbare und kohlenstoffarme Brennstoffe mit Emissionsfaktor Null
- Novellen light zum 31.01.2025
- „Baurecht auf Zeit“ – Lösungsmöglichkeiten für den Nutzungskonflikt zwischen Photovoltaikanlagen und Vorranggebieten für Rohstoffgewinnung
- Realisierung von PV-Anlagen für gemeinnützige Organisationen

Newsletter Vergabe

Februar 2025

- Veröffentlichung Projektbericht „Dienstleistungen nachhaltig beschaffen“
- EuGH stärkt Wettbewerbsgrundsatz: Strenge Anforderungen an Ausschließlichkeitsrechte in Vergabeverfahren
- Neuerungen im Vergaberecht: Erhöhte Wertgrenzen für vereinfachte Verfahren
- Wann sind Bieterangaben zu überprüfen
- Die Gesamtvergabe einer Planungs- und Bauleistung

[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“.