



[GGSC]

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

Vergabe Newsletter

Oktober 2024

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

jetzt liegt er endlich vor – der Referentenentwurf für das Vergabe-Transformationspaket. Zu einem der Schwerpunkte, der stärkeren Ausrichtung an einer sozialen und ökologischen Nachhaltigkeit geben wir erste Hinweise. Natürlich berichten wir daneben auch über besondere Beratungsschwerpunkte und neue Entscheidungen, wie z.B. der Oberlandesgerichte Rostock und Hamburg sowie des Bayerischen Obersten Landesgerichts. Und gehen auch auf erste Reaktionen auf die Entscheidung des BGH zu Vertragsstrafen in der Spruchpraxis ein.

- Wenn Sie sich für Entsorgungsvergaben interessieren, legen wir Ihnen unser Update Entsorgungsvergaben am 5.12.2024 ans Herz (s. unsere Hinweise auf [\[GGSC\] Seminare](#))

Wie immer gilt: Bleiben Sie dran!

Eine interessante Lektüre wünscht

Ihr [GGSC] Team Vergabe

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [Transformation des Vergaberechts hin zu mehr Nachhaltigkeit?](#)
- [Energiewende: Ausschreibung von Ladeinfrastruktur](#)
- [BGH-Urteil zu Vertragsstrafenklauseln in Einheitspreisverträgen: Erste Reaktionen](#)
- [Vergaberechtliche Möglichkeiten bei Insolvenz des Auftragnehmers](#)
- [Gesamtvergabe nur mit hinreichend dokumentierten Gründen – OLG Rostock](#)
- [Leistungsbeschreibung zu Mengenschwankungen und Marktbesonderheiten - BayObLG](#)
- [Voraussetzung für den Verzicht auf ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb – OLG Hamburg](#)
- [\[GGSC\] Seminare](#)



[TRANSFORMATION DES VERGABE-RECHTS HIN ZU MEHR NACHHALTIGKEIT?]

Der Referentenentwurf des lang erwarteten Vergabetransformationspaketes liegt nun vor. Geändert werden sollen die maßgeblichen Vergabegesetze auf Bundesebene, so etwa das GWB, die Vergabeverordnung und die UVgO.

Ziele der Reform

Neben einzelnen Änderungen, die vor allem die Beschleunigung und Digitalisierung von Vergabeverfahren bewirken sollen, wurden auch Neuerungen vorgeschlagen, die die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte bei Ausschreibungen ermöglichen, fördern, und teilweise sogar verbindlich vorgeben sollen.

Neuer Nachhaltigkeitsparagraf § 120a GWB – Mindestens ein Kriterium

Zentrale Vorschrift der „nachhaltigen“ Vergabetransformation ist der neue § 120a GWB. Danach „sollen“ alle Auftraggeber bei Oberschwellenvergaben im Rahmen der Leistungsbeschreibung, oder, sofern geeigneter, auf anderen Stufen des Vergabeverfahrens mindestens ein soziales oder ein umweltbezogenes Kriterium berücksichtigen.

Derzeit ist die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien gesetzlich eher als Option

ausgestaltet – dem Auftraggeber wird insoweit ein Spielraum eingeräumt: Zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes nach § 127 Abs. 1 GWB „kann“ er soziale oder umweltbezogene Aspekte berücksichtigen, nach § 128 Abs. 2 „können“ Ausführungsbedingungen auch umweltbezogene und soziale Belange umfassen.

Zwingend zu berücksichtigen wäre nach dem Referentenentwurf bei der Ausgestaltung der Vergabeunterlagen nach Absatz (4) mindestens ein umweltbezogenes Kriterium, wenn der Beschaffungsgegenstand in einer der in Absatz (5) genannten Verwaltungsvorschriften aufgeführt ist, in der für eine solche Berücksichtigung besonders geeignete Beschaffungsgegenstände aufgeführt werden sollen.

Auch ein Entwurf dieser Allgemeinen Verwaltungsvorschrift (AVV) liegt bereits vor. Als besonders geeignete „Leistungen“ genannt werden jeweils in Absatz (1) der §§ 2, 3 dieser AVV ausschließlich Sachen, aber gerade keine Dienstleistungen. Für einen Teil von Dienstleistungen würde jeweils der zweite Absatz heranzuziehen sein, wonach bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistung die Vorgaben aus § 120a GWB auch zu beachten sind, soweit die in § 2 Abs. 1 Nr. 11 AVV benannte Leistung (Holzprodukte) in nicht unerheblichem Maße für die Ausführung der zu beschaffenden Leistung verwendet wird.



Denkbar wäre natürlich auch eine Ausweitung auf die anderen genannten Beschaffungsgegenstände, zumal die Liste in der AVV lt. vorliegendem Entwurf noch recht überschaubar ist.

Neu ist in dem Entwurf auch die Legaldefinitionen von „umweltbezogenen“ und „sozialen“ Kriterien, die in den Absätzen (2) und (3) des § 120 a GWB enthalten sind.

Auch Markterkundungen „sollen“ nunmehr ausdrücklich umweltbezogene, soziale und innovative Aspekte der Nachhaltigkeit umfassen (§ 20 Abs. 2 UVgO, § 28 Abs. 2 VgV).

Für Unterschwellenvergaben ist der neue § 22a UVgO relevant. Dieser ist inhaltlich weitestgehend identisch mit § 120 a GWB.

... und das Bundestariftreuegesetz?

§ 14 b Abs. 3 der UVgO enthält bereits einen Verweis auf das ebenfalls lang erwartete und noch in Abstimmung befindliche Bundestariftreuegesetz (BTTG). Wie auf der Website des BMWK zu lesen ist, bestehen u.a. zu diesem Verweis und der umgebenden Norm zur Wertgrenze für Direktaufträge noch unterschiedliche Ansichten zwischen den Ressorts. Der Referentenentwurf des BTTG wird zwar schon erörtert und diskutiert, ist aber im Gegensatz zum Referentenentwurf für das Vergabetransformationspaket noch nicht öffentlich einsehbar.

Wir werden Sie über beide Projekte weiterhin informieren und über die Pläne des Transformationspakets – v.a. zur Beschleunigung und Vereinfachung von Vergabeverfahren – in den nächsten Ausgaben weiter berichten.

Interessierte können sich über diesen [-> Link](#) den Zugriff auf Downloads der Entwürfe für das Transformationspaket verschaffen

Bis 1. November 2024 wurde vorab eine Länder- und Verbändeanhörung gestartet – obwohl der Entwurf innerhalb der Bundesregierung noch nicht (end-) abgestimmt ist. Alle Stellungnahmen sollen veröffentlicht werden.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



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



Rechtsanwältin
[Clara Nicola](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[ENERGIEWENDE: AUSSCHREIBUNG VON LADEINFRASTRUKTUR]

Das Bundeskartellamt hat Anfang Oktober den [-> Abschlussbericht](#) seiner „Sektoruntersuchung zur Bereitstellung und Vermarktung öffentlich zugänglicher Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge“ veröffentlicht. „Der Bericht identifiziert Wettbewerbsdefizite und zeigt auf, durch welche Maßnahmen wettbewerbliche Strukturen besser geschützt bzw. gefördert werden können, um die Attraktivität und einen erfolgreichen Markthochlauf der E-Mobilität zu gewährleisten“, so das Bundeskartellamt.

Diskriminierungsfreie Vergabe gefordert

Im Ergebnis kritisiert das Amt insbesondere, dass auf kommunaler Ebene eine diskriminierungsfreie Vergabe öffentlicher Flächen zu oft ganz unterbleibe. Auch verkannten Kommunen bei der Vergabe eigener Flächen regelmäßig, dass sie insoweit nicht hoheitlich, sondern wirtschaftlich tätig würden. Sie unterlägen damit dem Kartellrecht und dürften im Zuge der Vergabe von öffentlichen Flächen den Wettbewerb zwischen verschiedenen, um die Flächen konkurrierenden Betreibern von Ladesäulen nicht beschränken.

Gerade bei eigenen Stadtwerken bestehe die Gefahr einer unzulässigen Privilegierung.

Lösungsansätze

Für die kommunale Flächenvergabe öffentlich zugänglicher Ladepunkte sind unterschiedliche Vergabeformen – auch in Mischformen – denkbar, so z.B. Gestattungsverträge, Pachtverträge, Sondernutzungserlaubnisse u.a.m.. In der Praxis erschwert wird die Vergabe durch die gleichzeitige Ausreichung von Fördermitteln. Ferner ist durch geeignete Verfahren und Maßnahmen sicherzustellen, dass die Mehrfachfunktion der Kommune als Eigentümerin von Flächen, Straßenbaulastträgerin und ggf. auch Mitgesellschafterin eines kommunalen Unternehmens nicht zu diskriminierungsbehafteten Vergabeverfahren führt, wenn öffentlich-rechtliche Aufgaben mit einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit faktisch verquickt werden.

Unbenommen der auch vom Bundeskartellamt diskutierten Frage der konkreten kartellrechtlichen Interventionsmöglichkeiten der Bundes- und Landeskartellämter ist Kommunen vorsorglich zu empfehlen, Vergabeverfahren für die Ladeinfrastruktur so aufzusetzen, dass eigenständige Verfahren unter organisatorischer Trennung der Zuständigkeiten geführt werden und es auch keine personellen Überschneidungen gibt (Stichwort „Chinese Wall“), soweit die Vorprüfung ergeben hat, dass eine Inhouse-Vergabe ausscheidet.



Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



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



Rechtsanwalt
Vincent Walter

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BGH-URTEIL ZU VERTRAGSSTRAFENKLAUSELN IN EINHEITSPREISVERTRÄGEN: ERSTE REAKTIONEN]

Die Entscheidung des BGH aus Februar 2024, wonach eine in den Vertragsbedingungen des Auftraggebers enthaltene Vertragsstrafe von 5 % der vor Ausführung des Auftrags vereinbarten Auftragssumme für die Überschreitung des Fertigstellungstermins bei einem Einheitspreisvertrag unwirksam ist (siehe dazu -> [Beitrag aus dem \[GGSC\] Bau-Newsletter Mai 2024](#)), zieht erste Folgen in der Rechtsprechung und Praxis nach sich.

Die BGH-Entscheidung

Das Urteil des BGH befasste sich mit einer häufig verwendeten Vertragsstrafenklausel aus dem Vergabehandbuch des Bundes (VHB Bund), wonach der Auftraggeber eine Vertragsstrafe von 5 % der Auftragssumme bei Verzug der Fertigstellung zu zahlen habe.

Sofern eine Vertragsstrafenklausel an den Begriff der „Auftragssumme“ anknüpfe, sei nach Ansicht des BGH unklar, ob damit der Wert bei Angebotsabgabe oder die nach Abwicklung des Vertrags geschuldete Abrechnungssumme gemeint sei. Jedenfalls bei einer Anknüpfung an die „im Auftragschreiben genannte Auftragssumme“ sei bei einem Einheitspreis zweifelsfrei klargestellt, dass als Bezugsgröße der Wert gemeint sei, der sich nach der von den Parteien vor der Ausführung des Auftrags vereinbarten Netto-Vergütung bemisst. Da bei einem Einheitspreis die Anknüpfung der Vertragsstrafe an die vor Auftragsausführung vereinbarte Auftragssumme eine nachträgliche Absenkung des Auftragsvolumens dazu führen könne, dass die vom Auftragnehmer zu erbringende Strafzahlung die Grenze von 5 % seines Vergütungsanspruchs ggf. erheblich übersteigt, benachteilige die Regelung nach Ansicht des BGH den Auftragnehmer unangemessen und verstoße damit gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Weitreichende Folgeentscheidung des OLG Hamm

In seinem Urteil vom 05.07.2024 (12 U 95/22) hat das OLG Hamm sich ausdrücklich der Entscheidung des BGH angeschlossen und entschieden, dass die Festlegung einer Vertragsstrafe in Höhe von 5 % der vor der Ausführung des Auftrags vereinbarten Auftragssumme den Auftraggeber unangemessen



benachteilige. Dies gelte insbesondere, wenn sich die Vertragsstrafenregelung allein auf die Auftragssumme beziehe und somit unklar sei, ob mit der Klausel auf die Angebotssumme vor Auftragsausführung oder die Schlussrechnungssumme Bezug genommen werde. Die Auslegung derartiger Klauseln ginge zu Lasten des Verwenders, also des Auftraggebers.

Berlin passt Vergabeformulare an

Auch in der Praxis werden erste Maßnahmen ergriffen: als Reaktion auf das Urteil hat die Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe in Berlin neue Formulare auf der elektronischen Vergabeplattform bereitgestellt. Hierbei wurde unter anderem die Vertragsstrafenregelung angepasst, die nun an die tatsächlich zu zahlende Vergütung des Auftragnehmers gekoppelt ist.

Ausblick: Anpassungen im Vergabehandbuch des Bundes erwartet

Das Urteil des BGH könnte bundesweit zu weiteren Anpassungen führen. Es ist zu erwarten, dass auch das Vergabehandbuch des Bundes überarbeitet wird, um der neuen Rechtsprechung Rechnungen zu tragen.

Auch Auftraggeber sollten ihre Vertragsbedingungen im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH und OLG Hamm prüfen und sicherstellen, dass diese den aktuellen recht-

lichen Anforderungen entsprechen und Vorkehrungen enthalten, durch die die Gefahr einer Überschreitung der für die Vertragsstrafe maßgeblichen Grenze angemessen Rechnung getragen wird.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht
[Franziska Kaschluhn](#)



Rechtsanwältin
[Emily Jürgens](#)

-> [zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[VERGABERECHTLICHE MÖGLICHKEITEN BEI INSOLVENZ DES AUFTRAGNEHMERS]

Die derzeitige Krise auf dem Markt für Alttextilien hinterlässt seine Spuren. Gegen ein namhaftes Unternehmen dieser Branche, die SOEX Textil-Verwertungsgesellschaft m.b.H. wurde ein Insolvenzverfahren in – derzeit noch vorläufiger – Eigenverwaltung eröffnet (mehr dazu in unserem Newsletter Abfall). Das gibt Anlass zur allgemeinen Frage, welche vergabe- bzw. vertragsrechtlichen Möglichkeiten zur Sicherstellung der Bedarfsdeckung bei Insolvenz des Auftragnehmers bestehen.



Insolvenz als Ausschlussgrund

Sowohl bei EU-weiten Vergabeverfahren (§ 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB, § 6e Abs. 6 Nr. 2 VOB/A-EU, § 42 Abs. 1 VgV) als auch bei innerstaatlichen Vergabeverfahren (§ 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A, § 31 Abs. 1 UVgO) haben öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, insolvente Bieter zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens auszuschließen. Der Ausschlussgrund ist ein fakultativer, der von einer Ermessensentscheidung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abhängt. Ebenso steht mit der Insolvenz die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Unternehmens als Teil seiner Eignung in Frage, wobei der Auftraggeber auch hier eine Ermessensentscheidung treffen muss, ob das Unternehmen noch die Gewähr für die ordnungsgemäße Vertragsausführung bietet.

Insolvenz nach Zuschlagserteilung

Ist der Zuschlag bereits erteilt, stellt sich die Frage, wie der weiterhin bestehende Bedarf schnellstmöglich gedeckt werden kann. Ein Rückgriff auf den zweitplatzierten Bieter des ursprünglichen Vergabeverfahrens ist vergaberechtlich spätestens nach Ablauf der Bindefrist unzulässig. Der Auftraggeber muss die Leistung daher neu ausschreiben, wenn er den Vertrag gegenüber dem insolventen Auftraggeber kündigen will.

Kündigung des insolventen Auftragnehmers und Folgen

Im Einzelfall können für eine dann notwendige „Folgeausschreibung“ flexiblere Verfahren zur Verfügung stehen. So kann der öffentliche Auftraggeber im Oberschwellenbereich das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (vgl. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, § 3 a Abs. 3 Nr. 4 VOB/A-EU) und im Unterschwellenbereich die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb bzw. die Freihändige Vergabe (vgl. § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO, § 3 a Abs. 3 Nr. 2 VOB/A) zur Beschaffung der Leistung nutzen. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV setzt voraus, dass die Leistungserbringung äußerst dringlich ist und daher die Fristen für das offene oder nicht offene Verfahren nicht eingehalten werden können. Für den zur Daseinsvorsorge gehörenden Bereich der Abfall-/Altkleiderentsorgung dürfte dies beispielweise oftmals begründbar sein. Außerdem dürfen die die Dringlichkeit auslösenden Gründe für den Auftraggeber nicht vorhersehbar gewesen sein und diesem auch nicht zuzurechnen sein. Das ist bei der Insolvenz eines Auftragnehmers regelmäßig nicht der Fall.

Vor einer Neuvergabe der Leistung ist allerdings zu beachten, dass zunächst der Vertrag mit dem insolventen Auftragnehmer gekündigt werden muss, soweit dort nach entsprechender Prüfung die Voraussetzungen vorlie-



gen. Vertragsbedingungen enthalten regelmäßig eine Klausel zur außerordentlichen Kündigung bei Insolvenz.

Leistung trotz Insolvenz

Schließlich ist zu beachten, dass auch ein insolventes Unternehmen – zumindest für einen gewissen Zeitraum – in der Lage sein kann, die Leistung weiter zu erbringen. Das ist insbesondere bei einer Insolvenz in (vorläufiger) Eigenverwaltung nach §§ 270 InsO der Fall. Mit der Eigenverwaltung soll unternehmensinternes Know-How genutzt werden, um eine Sanierung aus eigener Kraft zu ermöglichen. Hier hilft eine schnelle Kontaktaufnahme mit dem Auftragnehmer, um die Möglichkeiten der Vertragsfortführung auszuloten.

[GGSC] hilft öffentlichen Auftraggebern, auch bei der Insolvenz von Auftragnehmern die richtigen Schritte einzuleiten und den Beschaffungsbedarf zu decken.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



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



Rechtsanwalt
[Cornelius Buchenauer](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GESAMTVERGABE NUR MIT HINREICHEND DOKUMENTIERTEN GRÜNDEN – OLG ROSTOCK]

Die Gesamtvergabe eines Auftrags darf nur dann erfolgen, wenn der Auftraggeber die Vor- und Nachteile einer Fachlosvergabe sorgfältig abwägt und dokumentiert, dass technische und wirtschaftliche Gründe für eine Gesamtvergabe überwiegen.

Der AG hat dabei einen gewissen Beurteilungsspielraum, muss jedoch die typischen Vor- und Nachteile einer Fachlosvergabe unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben und der spezifischen Umstände des Einzelfalls in seine Abwägung einbeziehen.

Sachverhalt

In einem konkreten Fall wollte ein Auftraggeber die Gewerke für den Bau einer Lärmschutz- und einer Kollisionsschutzwand nicht getrennt als Fachlose, sondern im Gesamtpaket an einen Generalunternehmer vergeben. Begründet wurde dies mit der engen Verzahnung der Wände mit dem Brückenbau, da die Bohrpfähle sowohl als Stützwand für den Straßendamm als auch als Absturzsicherung dienen sollten. Der Zeitpunkt der Herstellung der Bohrpfähle sei von der noch zu bestimmenden Technologie für die Vorlandbrücken abhängig. Eine nachträgliche Losvergabe der Gewerke würde zu einer späteren Freigabe



der Ortsumgebung und einem damit verbundenen volkswirtschaftlichen Schaden führen. Ein spezialisierter Bieter, der auf Schutzwände spezialisiert ist, beanstandete die fehlende Fachlosbildung mit der Begründung, dass typische Schnittstellenprobleme keine hinreichende Grundlage für eine Gesamtvergabe seien.

Die Entscheidung

Das Oberlandesgericht Rostock (Beschluss vom 18.07.2024 – Az. 17 Verg 1/24) entschied zugunsten des Bieters und forderte den Auftraggeber auf, die Prüfung und Dokumentation der Gesamtvergabe zu wiederholen. Da der Einsatz von Nachunternehmern für die Schutzwandarbeiten nicht ausgeschlossen wurde, prüfte das Gericht die Vorteile der Generalunternehmer-Vergabe im Vergleich zur Fachlosvergabe. Nachteile, die in beiden Szenarien gleichermaßen auftreten, waren bei der Abwägung nicht relevant. Typische Nachteile wie erhöhte Koordinierungsaufgaben bei einer Fachlosvergabe wurden ohne das Vorliegen besonderer Umstände nicht als ausschlaggebend angesehen.

Wesentlich für die Entscheidung war, dass der Auftraggeber nicht nachvollziehbar dokumentiert hatte, warum die Nutzung der Schutzwände als Absturzsicherung bei Einsatz eines Nachunternehmers nicht sichergestellt werden könne. Ebenso konnte der

volkswirtschaftliche Schaden infolge einer verzögerten Verkehrsfreigabe nicht ausreichend belegt werden, da die Berechnungsgrundlagen zur Beschleunigungsvergütung ungenau waren.

Fazit

Der Auftraggeber hat bei der Abwägung zwar nach § 5 Abs. 2 VOB/A bzw. § 5 Abs. 2 Nr. 1 EU VOB/A einen Ermessensspielraum, doch die Begründung für eine Gesamtvergabe muss nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 EU VOB/A begründet und möglichst umfassend und gut dokumentiert sein. Die Anforderungen an die Begründung und Dokumentation sind hoch, um sicherzustellen, dass die Gesamtvergabe die Ausnahme bleibt. Kommt es zu einem Nachprüfungsverfahren, sollte der Auftraggeber etwaige Lücken in der Begründung und Dokumentation schnellstmöglich beheben.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau- und
Architektenrecht
[Stefanie Jauernik](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[LEISTUNGSBESCHREIBUNG ZU MGENSCHWANKUNGEN UND MARKTBESONDERHEITEN – BAY OBLG]

Die Eignungsvoraussetzungen im Vergabeverfahren gewährleisten in der Praxis im Regelfall, dass sich Unternehmen mit guten Marktkenntnissen um den Auftrag bewerben. Entsprechend kann erwartet werden, dass auch im Markt bekannte und diskutierte Themen präsent sind und keiner Vertiefungen in der Leistungsbeschreibung bedürfen.

Bei der Ausschreibung der Altpapierverwertung kann daher beispielsweise eigentlich erwartet werden, dass Bietern der seit langem anhaltende Streit um die Mitbenutzung der kommunalen Erfassungsstruktur durch Systembetreiber und die von ihnen lizenzierten Verkaufsverpackungen bekannt sein müsste.

Bieterfragen zu Marktbesonderheiten

Das BayObLG hat jedoch in einem aktuellen Beschluss (vom 01.08.2024, Az.: Verg 19/23) entschieden, dass auftragsbezogene Fragen der Bieter auch zu diesem Thema umfassend zu beantworten sind. Richtigerweise hätte der Auftraggeber über den Stand der Verhandlungen bzw. den Abschluss einer Abstimmungsvereinbarung informieren müssen. Auch die Fragen zu Bestand, Laufzeit und Inhalt der Abstimmungsvereinbarung

sowie zum Umfang der Herausgabepflicht seien als auftragsbezogene Sachfragen zu beantworten. Denn hierdurch werde die Höhe des kommunalen und nicht-kommunalen Anteils sowie die Möglichkeit der Systeme, Herausgabeansprüche geltend zu machen, vorgegeben. Dies habe unmittelbare Auswirkung auf den Auftragsgegenstand.

Umfassende Antworten an Bieter bei Vergabe Altpapierverwertung über Abstimmung mit Systembetreibern gefordert

Selbst mit Blick auf mögliche Geheimhaltungsinteressen von Systembetreibern hätte nach Ansicht des Gerichts zumindest die von geltend gemachten Herausgabeansprüchen betroffene Gesamtmenge und die Anzahl der Systembetreiber benannt werden müssen. Das gelte umso mehr unter Gleichheitsaspekten, weil der Altunternehmer hiervon Kenntnis und damit einen Wettbewerbsvorteil gehabt habe. Für vergleichbare Ausschreibungen ist daher anzuraten, diese Informationen bereits in die Vergabeunterlagen aufzunehmen.

Das Mengenrisiko sah das Gericht dagegen im konkreten Fall hinreichend genau beschrieben. Der Auftraggeber sei in vergleichbaren Fällen nicht zu einer Methode verpflichtet, „nach der die Angebotspreise möglichst risikolos kalkuliert werden können“.



Angaben zu Mengenschwankungen ausreichend

Nach Abwägung aller Umstände hatte der Auftraggeber hier die Bieter hinreichend informiert, so dass sogar extreme Mengenschwankungen ohne Einfluss auf die Höhe des Auf- oder Abschlags bleiben würden, den die Bieter zu kalkulieren und anzugeben hatten. Dafür sprachen im konkreten Fall die kurze Laufzeit, die Angabe mehrjähriger Erfahrungswerte, die gesetzliche Entsorgungspflicht des Auftraggebers und fehlende „konkrete Anhaltspunkte für extreme Änderungen in der nächsten Zukunft“.

Keine Unzumutbarkeit der Kalkulation

Eine Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Angebotskalkulation konnte daher ebenso wenig festgestellt werden wie eine Abweichung von der bisherigen obergerichtlichen Spruchpraxis hierzu.

Der Senat erachtete deswegen zusammenfassend auch keine Divergenzvorlage an den BGH für geboten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



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



Rechtsanwalt
[Cornelius Buchenauer](#)

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

– 11 –

[VORAUSSETZUNG FÜR DEN VERZICHT AUF EIN VERHANDLUNGSVERFAHREN OHNE TEILNAHMEWETTBEWERB – OLG HAMBURG]

Gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2 b VgV kann ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb dann durchgeführt werden, wenn aus technischen Gründen kein Wettbewerb möglich ist – also deswegen nur ein Unternehmen die erforderliche Leistung erbringen kann. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Auftraggeber durch eine sorgfältige Markterkundung nachweist, dass keine vernünftigen Alternativen oder Ersatzlösungen verfügbar sind. Diese Anforderung wurden in einem aktuellen Fall vor dem OLG Hamburg näher beleuchtet.

Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber wollte ein elektronisches Vergabemanagementsystem (eVMS) beschaffen. Um sich über die auf dem Markt verfügbaren Systeme zu informieren, führte er eine Markterkundung durch und befragte neun potenzielle Anbieter. Alle kontaktierten Unternehmen, darunter auch der Bieter B, wurden gebeten, einen einheitlichen Fragebogen auszufüllen und ihre Produkte vorzustellen. Danach führte der Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durch. Im Anschluss daran veröffentlichte der Auftraggeber eine Ex-ante-Transparentbekanntmachung, in



der er seine Absicht erklärte, das eVMS des Anbieters A zu beschaffen. Er begründete seine Entscheidung damit, dass nur das System von A eine vollständige Integration in das bereits vorhandene ERP-System der Firma X ermöglicht und damit technische, betriebliche und finanzielle Risiken minimiert. Diese habe die Markterkundung ergeben, was auch der Grund sei, weshalb hier ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gerechtfertigt sei.

Rüge der Verfahrenswahl

Bieter B rügte diese Entscheidung und argumentierte, dass seine Software die geforderten Schnittstellen standardmäßig unterstütze und an das System des Auftraggebers angepasst werden könne. Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag von Bieter B ab und befand, dass die Bedarfsbestimmung des Auftraggebers nachvollziehbar sei. Die Software von B habe zum Zeitpunkt der Prüfung gerade nicht über die geforderte Schnittstelle verfügt. Bieter B legte daraufhin Beschwerde ein.

Entscheidung

Das OLG Hamburg (Beschluss vom 06.04.2023 (1 Verg 1/23) gab der Beschwerde von Bieter B nun statt. Für die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 b VgV müsse nämlich nachgewiesen

werden, dass kein anderes Unternehmen in der Lage sei, eine Leistung zu erbringen, die den Anforderungen des Auftraggebers entspricht. Zusätzlich darf es keine vernünftigen Alternativen oder Ersatzlösungen geben.

Keine unzulässige Verengung des Wettbewerbs

Außerdem darf der öffentliche Auftraggeber den Wettbewerb nicht durch eine künstliche Einschränkung der Vergabekriterien unzulässig verengen. Die Beweislast hierfür liegt beim Auftraggeber.

Im vorliegenden Fall konnte der Auftraggeber jedoch nicht hinreichend belegen, dass er alle relevanten Anforderungen im Zuge der Markterkundung klar kommuniziert hatte. Insbesondere war den potenziellen Anbietern nicht ausreichend mitgeteilt worden, dass eine vollständige Integration in das ERP-System der Firma X zwingend notwendig sei. Die Markterkundung war daher unzureichend. Beim OLG war der Eindruck entstanden, es werde lediglich ein Vergabemanagementsystem gesucht, das an das bestehende Betriebssystem des Auftraggebers anschließt.

Diese ungenaue Kommunikation bzw. Dokumentation führte dazu, dass die Markterkundung als unzureichend eingestuft wurde. Dies wiederum zog die Bewertung nach sich, der Auftraggeber habe keine tragfähige



Grundlage für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb geschaffen.

Fazit

Die Entscheidung des OLG Hamburg zeigt deutlich, wie wichtig es für öffentliche Auftraggeber ist, ihre Beschaffungsanforderungen im Vorfeld eines Verfahrens präzise zu definieren und transparent an potenzielle Anbieter zu kommunizieren. Eine ungenaue Markterkundung kann nicht als Grundlage für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb herangezogen werden.

Der Auftraggeber muss im Fall von § 14 Abs. 4 Nr. 2 b VgV vielmehr sicherstellen, dass alle relevanten Anforderungen klar dargelegt werden, um den Verzicht auf den Teilnahmewettbewerb rechtfertigen zu können.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau- und
Architektenrecht
[Stefanie Jauernik](#)

-> [zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GGSC] SEMINARE



Online-Seminar Ersatzbaustoffverordnung – 1 Jahr Praxiserfahrung
am 06.11.2024

[Ersatzbaustoffverordnung – 1 Jahr Praxiserfahrung am 06.11.2024](#)



18. [GGSC] Expert:innen-Interview Serie
am 28.11.2024

[18. \[GGSC\] Expert:innen-Interview-Serie zur Novelle des BauGB und des Berliner Schneller-Bauen-Gesetzes](#)



Online-Seminar Update Entsorgungsvergaben von Fachanwält:innen – für Praktiker:innen
am 05.12.2024

[am 05.12.2024](#)



[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

Newsletter Abfall

Oktober 2024

- [Beschleunigungsgebiete Solar: Praktische Beschleunigung](#)
- [Gesetze zur Beschleunigung der Geothermienutzung](#)
- [Kabinettschluss BauGB](#)
- [Renaissance von PV-Anlagen auf sonstigen baulichen Anlagen](#)
- [Neuer Referentenentwurf EEG folgt BGH für Netzanschlussbegehren](#)

Sonder-Newsletter Bau

September 2024

- [„Schneller-Bauen-Gesetz“ – Wo es wirkt, wo der Entwurf widersprüchlich ist und wo er noch nachgebessert werden muss](#)

Newsletter Abfall

September 2024

- [Wasserstoffhochlauf – Erleichterte Genehmigung von Elektrolyseuren geplant](#)
- [Ersatzbaustoffverordnung auf Wertstoffhöfen \(?\)](#)
- [Neuer Emissionshandel für Abfallverbrennung ab 2027](#)
- [öRE = Kritische Infrastruktur?](#)
- [Eigentümergeinschaften und die Erhebung von Abfallgebühren](#)
- [Standortkonzepte und die Getrenntsammlungspflicht für Textilabfälle ab 01.01.2025](#)
- [Verpackungsgesetz: Anlage 7 und Wertausgleich - Systeme wollen Kosten drücken](#)
- [Mitteilung gem. § 30 StromPBG](#)