

# Newsletter Vergaberecht

August 2022



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe August 2022.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

**Stephan Rechten**

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



## **ADVANT Beiten Textsammlung Vergaberecht 2022 jetzt kostenlos abrufbar**

Auch wenn sich die Vergabewelt in den vergangenen drei Jahren nicht ganz so schnell gedreht hat, haben sich gleichwohl zahlreiche legislative Änderungen und Neuerungen ergeben. Grund genug für uns, unsere beliebte Textsammlung Vergaberecht auf einen aktuellen Stand zu bringen. Die Ausgabe 2022 enthält alle wichtigen Rechtstexte zum ober- und unter-schwelligen Vergaberecht sowie die 2021 hinzuge-tretene Wettbewerbsregisterverordnung (WRegV) und das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz (SaubFahrzeugBeschG). Zudem haben wir erstmals weitere beschaffungsrelevante Normen weiterer Bundesgesetze im Auszug hinzugefügt (z. B. MiLoG, SchwarzArbG oder KSG) und um weitere praxisrelevante Dokumente ergänzt (z. B. Schwellenwerte 2022/2023, Katalog der Bauleistungen im Anhang II zur RL 2014/24/EU, Zusammenstellung der sozialen und besonderen Dienstleistungen im Anhang XIV zur RL 2014/24/EU).

Das Kompendium können Sie ab sofort auf unserer Homepage kostenlos herunterladen:

[zur Textsammlung](#)

# Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz in Kraft getreten

Das "Gesetz zur Beschleunigung von Beschaffungsmaßnahmen für die Bundeswehr" (Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz – BwBBG) ist am 19. Juli 2022 in Kraft getreten ([BGBl I S. 1078](#)). Zuvor hatte der Deutsche Bundestag den Gesetzentwurf am 7. Juli in Zweiter und Dritter Lesung beraten und mit breiter Mehrheit verabschiedet. Das Gesetz soll eine Stärkung der Einsatzfähigkeit der Bundeswehr durch vergaberechtliche Erleichterungen mittels Beschleunigung der Vergabe und einer vereinfachten gemeinsamen europäischen Beschaffung erreichen (wir berichteten im [Newsletter Juli 2022](#) ausführlich). Es beinhaltet die Änderungen, die der [Wirtschaftsausschuss](#) noch während des Verfahrens eingebracht hatte. Dabei wurde der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes auch auf bundeseigene Gesellschaften ausgedehnt. Zudem wurde sichergestellt, dass bei der Identifizierung marktverfügbarer Leistungen und Produkte einer Erfüllung der Fähigkeitsanforderungen der Bundeswehr hinreichend Rechnung getragen wird. Schließlich wurde die Geltung des Gesetzes um ein Jahr bis zum 31. Dezember 2026 verlängert.

Im Gesetzgebungsverfahren hatte der Bundestag die Bundesregierung in einem Entschließungsantrag unter anderem dazu aufgefordert, Maßnahmen zur Beseitigung verbleibender Hürden für eine Beteiligung des wehrtechnischen Mittelstandes an Vergabeverfahren der Bundeswehr zu ergreifen. Ob und inwieweit die Bundesregierung dies aufgreifen wird, steht noch nicht fest.

Und unklar ist auch, inwieweit die Beschleunigungen der Vergabeverfahren (§ 3 BwBBG) und die Einschränkungen des vergaberechtlichen Rechtsschutzes (§§ 5 und 6 BwBBG) mit höherrangigem EU-Recht, namentlich der Verteidigungsrichtlinie 2009/81/EG und der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG, vereinbar sind. Hier dürften langwierige rechtliche Auseinandersetzungen, die durch das BwBBG gerade vermieden werden sollen, durchaus zu erwarten sein.

**Stephan Rechten**

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



# Verordnung zum International Procurement Instrument veröffentlicht

Nachdem zuletzt eine Einigung im Trilog zwischen Rat, Parlament und Kommission über das International Procurement Instrument (IPI) erzielt werden konnte (wir berichteten im [Newsletter April 2022](#) ausführlich), ist der lange Weg zur Verabschiedung dieses wichtigen Werkzeugs endlich abgeschlossen. Die entsprechende Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juni 2022 zur Inkraftsetzung des IPI ist im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden ([ABl. vom 30. Juni 2022, L 173/1](#)).

Das IPI befähigt die Kommission, zunächst Untersuchungen und Konsultationen einzuleiten, wenn Unternehmen aus der EU auf den öffentlichen Beschaffungsmärkten von Drittstaaten Beschränkungen ausgesetzt sind. Als letztes Mittel kann dann auch der Zugang von Unternehmen aus diesen Drittländern zum EU-Beschaffungsmarkt im Wege von Gegenmaßnahmen eingeschränkt werden.

Die Verordnung tritt am sechzigsten Tag nach Veröffentlichung im Amtsblatt, also am 29. August 2022, in Kraft. Als Akt des EU-Primärrechts bedarf sie keiner Umsetzung in nationales Recht, sondern gilt unmittelbar.

**Sebastian Hartwig**

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



# Rundschreiben des BMWK zum Umgang mit Preissteigerungen in der öffentlichen Auftragsvergabe bei Liefer- und Dienstleistungen

Preissteigerungen bei bestimmten Produkten und Rohstoffen infolge der Situation in der Ukraine können die Durchführung öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge erheblich erschweren. Obwohl die Risiken solcher Preisschwankungen grundsätzlich nicht von den Auftraggebern zu tragen sind, kann ein umsichtiger Umgang mit Auftragnehmern dennoch angezeigt sein. Die rechtlichen Handlungsoptionen im Umgang mit Preissteigerungen in der öffentlichen Auftragsvergabe für Liefer- und Dienstleistungen zeigt das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz in seinem [Rundschreiben vom 24. Juni 2022](#) auf.

Dort verweist es für bestehende Verträge, die vor dem 24. Februar 2022 geschlossen wurden, zunächst auf die Möglichkeit einer Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB. Voraussetzung ist hier eine Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag, die stets eine Frage des Einzelfalls ist. Auch unterhalb der Grenze des § 313 BGB kommt eine Vertragsanpassung nach § 55 BHO (bzw. LHO) in Betracht, wofür eine Gesamtabwägung der Vor- und Nachteile im Hinblick auf den Auftrag erforderlich ist. Zudem geht das Rundschreiben auf das Verhältnis etwaiger Preisanpassungen zu § 132 GWB ein, der Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit regelt. Die Regelung dürfte häufig nicht im Wege stehen, da etwa die Vertragsanpassung nach § 313 BGB das "wirtschaftliche Gleichgewicht" des Auftrags (vgl. § 132 Abs. 1 Nr. 2 GWB) nicht verschiebt, sondern in Reaktion auf die aufgetretenen Preisschwankungen gerade wiederherstellt. Schließlich werden die Möglichkeiten und Grenzen der Vereinbarung von Preisgleitklauseln in laufenden und neuen Vergabeverfahren beleuchtet. Dabei hat, so das BMWK, jede Vergabestelle eigenverantwortlich zu prüfen, ob die Vereinbarung einer solchen Klausel im konkreten Einzelfall sachgerecht ist.

Das Rundschreiben des BMWK ergänzt den bereits am 25. März 2022 herausgegebenen Erlass des BMWSB zu Lieferengpässen und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien (s. den ausführlichen Beitrag im [Newsletter Juni 2022](#)) für den Bereich der Liefer- und Dienstleistungen und richtet sich an alle Bundesressorts, die Länder und die Kommunen.

**Sebastian Hartwig**

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



# Newsticker

## **Leistungsansatz als Wertungskriterium: Kein Ausschluss wegen fehlender Auskömmlichkeit (VK Bund, Beschluss vom 7. Juni 2022 - VK 2-40/22)**

Bei Reinigungsdienstleistungen, die personalintensiv sind, entfällt der ganz überwiegende Anteil des Preises auf die Lohnkosten. Da die Löhne im Gebäudereiniger-Handwerk durch allgemeinverbindliche Tarifverträge geregelt sind, eröffnet die Höhe der Löhne keinen Wettbewerbsspielraum. Dies ist bei der Bewertung möglicher Gründe für einen niedrigen Angebotspreis zu berücksichtigen. Ein Angebot mit einem hohen Leistungsansatz ist zwangsläufig günstiger als ein solches mit einem niedrigen Ansatz, da weniger Personal zum Einsatz kommt. Wird aber auf der einen Seite der hohe Leistungsansatz mit Pluspunkten belohnt, kann nicht auf der anderen Seite die zwangsläufige Folge des entsprechend niedrigeren Preises als Kehrseite derselben Medaille zum Ausschluss wegen fehlender Auskömmlichkeit führen.

## **Einziges Angebot ungeeignet: Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter zulässig? (EuGH, Urteil vom 16. Juni 2022 - Rs. C-376/21)**

Artikel 32 der RL 2014/24/EU über die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung erlaubt in Absatz 2 Buchstabe a) den Rückgriff auf diese Verfahrensart, wenn im Rahmen eines offenen oder nichtoffenen Verfahrens keine oder keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmeanträge abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden. Laut dem Urteil des EuGH vom 16. Juni 2022 – Rs. C-376/21 ist diese Bestimmung dahingehend auszulegen, dass sich ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung an einen einzigen Wirtschaftsteilnehmer wenden darf, wenn dieses Verfahren die ursprünglichen Auftragsbedingungen, die in einem zuvor eingeleiteten Verfahren genannt waren, das eingestellt worden ist, weil das einzige abgegebene Angebot ungeeignet war, ohne grundlegende Änderungen übernimmt, auch wenn der Gegenstand des fraglichen Auftrags objektiv keine Besonderheiten aufweist, die es rechtfertigen, seine Ausführung nur diesem Wirtschaftsteilnehmer anzuvertrauen.

## **Erfahrungen anderer Vergabestellen können in Eignungsprüfung einbezogen werden (OLG Koblenz, Beschluss vom 16. Dezember 2021 - 12 U 1143/21)**

Bei jeder öffentlichen Ausschreibung ist die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei sind anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bieten. Die Feststellung, ob ein Bieter die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzt, ist das Ergebnis einer fachlich-tatsächlichen Prognose, die die Vergabestelle im Rahmen eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums trifft. Der Vergabestelle ist es dabei nach Ansicht des OLG Koblenz (Beschluss vom 16. Dezember 2021 – 12 U 1143/21) nicht verwehrt, auch die Erfahrungen anderer Vergabestellen mit dem betreffenden Bieter in ihre Erwägungen im Zusammenhang mit der zu treffenden Zuschlagsentscheidung einzubeziehen. Ein Bieter kann dann wegen fehlender Zuverlässigkeit von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn aus Dokumentationen zu anderen von diesem Bieter ausgeführten Arbeiten hervorgeht, dass es zu zahlreichen Mängelrügen und erheblichen Diskussionen (u. a. wegen Bauzeitverzögerungen) gekommen ist.

## **Voraussehbare Verzögerungen begründen keine Dringlichkeit (KG Berlin, Beschluss vom 10. Mai 2022 - Verg 1/22)**

Der öffentliche Auftraggeber kann Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nichtoffene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind. Jedoch dürfen die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit nicht dem öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen sein. Das ist anzunehmen, wenn die Verzögerungen voraussehbar waren. Denn auch im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb muss ein Mindestmaß an Wettbewerb gewährleistet sein und es müssen zumindest drei Angebote eingeholt werden.

## **20 Prozent Preisabstand löst Aufklärungspflicht aus (VK Sachsen, Beschluss vom 25. Mai 2022 - 1/SVK/005-22)**

Wann ein ungewöhnlich niedriger Angebotspreis und mithin eine Aufklärungspflicht des öffentlichen Auftraggebers vorliegt, bestimmt sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls und liegt im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Der Auftraggeber ist jedoch jedenfalls dann verpflichtet, in die Prüfung der Preisbildung einzutreten, wenn der

Abstand zwischen dem Angebot des bestplatzierten und dem Angebot des zweitplatzierten Bieters mindestens 20 Prozent beträgt. Bezugspunkt für die Berechnung der prozentualen Abweichung der Angebote untereinander ist das nächsthöhere Angebot. Dieses wird mit 100 Prozent angesetzt und ausgehend davon der Abstand zum günstigsten Angebot berechnet.

Die VK Sachsen ergänzte in diesem Zusammenhang, dass ihr nicht die Bewertung obliegt, ob ein Angebot auskömmlich oder unauskömmlich ist, sondern nur ob die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot als auskömmlich oder unauskömmlich zu bewerten, auf Basis eines zutreffend und hinreichend ermittelten Sachverhaltes und einer gesicherten Erkenntnisgrundlage getroffen wurde und im Ergebnis nachvollziehbar und vertretbar ist. Bei dieser Prognoseentscheidung steht dem Auftraggeber demnach ein Beurteilungsspielraum zu, welcher nur einer eingeschränkten Nachprüfbarkeit durch die Vergabekammer unterliegt.

# Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den ADVANT Beiten Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das ADVANT Beiten Vergaberechts-Team:

## Berlin

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin

Tel.: +49 30 86471-219

### Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



### Max Stanko

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Vergaberecht

[E-Mail](#)



## Düsseldorf

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf

Tel.: +49 211 518989-0

### Sascha Opheys

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Vergaberecht

[E-Mail](#)



## Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 756095-195

### Christopher Theis

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Vergaberecht

[E-Mail](#)





## München

Ganghoferstraße 33 | 80339 München

Tel.: +49 89 35065-1452

### Michael Brückner

Rechtsanwalt

[E-Mail](#)



### Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt  
für Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)



### Katrin Lüdtke

Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für  
Verwaltungsrecht

[E-Mail](#)



## REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

[Vergaberecht@advant-beiten.com](mailto:Vergaberecht@advant-beiten.com)

[www.advant-beiten.com](http://www.advant-beiten.com)



## Zur Newsletter Anmeldung

### E-Mail weiterleiten

#### **Hinweise**

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2022

#### **Impressum**

ADVANT Beiten

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/de/impressum>

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.