

subreport

11. Kölner Vergabetage

Modul III

„Aktuelle Vergaberechtsprechung 2023
& Neue Wege der Energiebeschaffung“



KUNZ
RECHTSANWÄLTE

Katharina Strauß

Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

katharina.strauss@kunzrechtsanwaelte.de

FON 0261 3013-350
FAX 0261 3013-359

KUNZ Rechtsanwälte
Mainzer Str. 108
56068 Koblenz

www.kunzrechtsanwaelte.de

KUNZ Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB

1

Über 14-jährige Berufserfahrung im Vergaberecht & verwandten Rechtsgebieten wie dem Zuwendungsrecht

2

Beratung der öffentlichen Hände auf der Bundes- Landes- und Kommunalebene;
Beratung der Bieterseite

**Rechtsanwältin
Katharina Strauß**

Fachanwältin für Vergaberecht & Verwaltungsrecht

4

Beratung von der Erstellung der Vergabeunterlagen bis hin zur Vertretung vor den Nachprüfungsinstanzen

3

1. Teil: Aktuelle Rechtsprechung

- I. EuGH: Taxi Horn Tours (EEE)
- II. VK Rheinland folgt OLG Düsseldorf
- III. Kehrtwende OLG Düsseldorf zu Informations- & Wartepflicht
- IV. VK Bund: Neues zu Newcomern
- V. Verschiedenes
- VI. Entfallen von § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV
- VII. Ausblick
 1. Neue eForms & Ted2
 2. Neue Schwellenwerte 2024-2025

2. Teil: Neue Wege der Energiebeschaffung

- Photovoltaik
- Anderweitige Strombeschaffung
- Wärmeversorgung

Teil 1:

Aktuelle Rechtsprechung

I. EuGH: Taxi Horn Tours (EEE)

- Jedes Unternehmen auch in dauerhaften Zusammenschlüssen (wie hier einer OHG nach niederländischem Recht) muss eine **EEE** (Einheitliche Europäische Eigenerklärung) vorlegen, sofern ein Fall der **Eignungsleihe** hinsichtlich der Gesellschafter vorliegt
- EuGH: Ausschlussgründe jedes Gesellschafters sind zurechenbar
 - **ABER**: nationale Regelung des **§ 123 Abs. 3 GWB** sieht derart umfassende Zurechnung derzeit nicht vor
 - **7** Teile der Literatur halten daher eine **gesetzgeberische Anpassung** für notwendig

I. EuGH: Taxi Horn Tours (EEE)

- Zumindest auf die deutsche Vergaberechtspraxis sind wenige Auswirkungen zu erwarten
 - ⑦ EEE wird von Auftraggebern wie interessierten Unternehmen **kaum genutzt**
- EEE ist durch **doppelten Prüfungsumfang** häufig zu umständlich (§ 50 Abs. 2 Satz 2 VgV)
 - ⑦ EEE hat Ziel der Verwaltungsvereinfachung wohl verfehlt
- Auch viel diskutiertes *Vergaberechtstransformationsgesetz* lässt wenig auf einen Bedeutungszuwachs hoffen

II. VK Rheinland folgt OLG Düsseldorf - Vertrauensschutz - Beschl. v. 28.6.2022, VK 39/21

- Anfang 2021 hatte das OLG Düsseldorf (Verg 9/21) entschieden, dass Bieter, deren Eignung fehlerhaft bejaht wurde, **Vertrauensschutz** beanspruchen können und dieser dem Grundsatz der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 2 GWB) vorgeht ⑦ dies wurde kritisiert.
- Nun folgt auch die VK Rheinland dem Beschluss:
 - Bejaht eine AG im Teilnahmewettbewerb die Eignung, begründet dies einen Vertrauenstatbestand, so dass der Bewerber nicht damit rechnen muss, dass der Angebotserstellungsaufwand nachträglich nutzlos werden würde, weil die Eignung abweichend beurteilt wird.
- Andere Bieter müssen dies hinnehmen
 - ⑦ Das kritisiert aber die VK unter Verweis auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes, lässt eine Vereinbarkeit mit Unionsrecht aber letztlich offen.

III. Kehrtwende OLG Düsseldorf zu Informations- & Wartepflicht - Beschl. v. 21.6.2023 (27 U 4/22)

- Ende 2017 war OLG noch in obiter dictum davon ausgegangen, dass viel dafürspreche, dass den öffentlichen Auftraggeber auch bei Vergaben **unterhalb der EU-Schwellenwerte** eine **Informations- und Wartepflicht** vor dem Vertragsschluss treffe ⑦ dem war kein anderer Vergabesenat gefolgt (ausdrücklich: OLG Celle, KG Berlin)
- Nunmehr wendet sich das OLG in ausdrücklich erwähnter komplett neuer personeller Besetzung davon ab.
- Für eine analoge Anwendung von § 134 GWB bestehe kein Raum; § 46 Abs.1 Satz 1 UVgO sehe nur eine **ex-post**-Transparenzpflicht vor.
- Auch das verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes gem. Art.19 Abs. 4 GG verlange eine **Informations- und Wartepflicht nicht**.

III. Kehrtwende OLG Düsseldorf zu Informations- & Wartepflicht - Beschl. v. 21.6.2023 (27 U 4/22)

- Sekundärrechtsschutz sei ausreichend (hier schließt sich das OLG einem BVerfG-Urteil von 2006 an)
- Fazit: Außer bei gesetzlicher Regelung -> **keine** Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich
- **ABER: landesgesetzliche Regelungen** für unterschwellige Vergaben bisher in:
 - Mecklenburg-Vorpommern
 - Niedersachsen
 - RLP
 - Sachsen
 - Sachsen-Anhalt und
 - Thüringen

IV. VK Bund: Neues zu Newcomern - Beschl. v. 27.1.2022, VK 2-137/21

Bereich: Eignung und Eignungskriterien; Fachkunde (technische Leistungsfähigkeit)

- Wenn weitgehende Personalidentität besteht, können auch **vorherige Erfahrungen** aus anderer Tätigkeit einem Newcomer zugerechnet werden
- Mitbringen von Know-How jedenfalls zulässig, wenn es in **Ausschreibungsunterlagen** ausdrücklich zugelassen ist
- Argument jedenfalls:
 - AG kann sicher sein, dass auch neu gegründetes Unternehmen **Gewähr dafür bietet**, dass bisherige Leistungen des vorherigen Unternehmens und Referenzgebers auch weiterhin erbracht werden.

V. Verschiedenes

- **OLG Celle** (Beschl. v. 7.7.2022, 13 Verg 4/22)
 - **Preisbewertungsformel** muss nicht bekanntgemacht werden, auch wenn das aus Transparenzgründen „wünschenswert“ wäre
 - ⑦ Zuschlagskriterien müssen bekannt gemacht werden, Bewertungsmethoden allerdings weder nach nationalem noch nach EU-Recht nicht!
- **EuGH** (Urteil 26.1.2023, C-682/21 – HSC Baltic)
 - Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt Einzelfallprüfung **der Unzuverlässigkeit** eines Einzelunternehmens als **Mitglied einer ARGE**
 - ⑦ ARGE kann nicht gänzlich als unzuverlässig „abgestempelt“ werden ⑦ ~~ändert~~ richtet sich die Einordnung nach den einzelnen Verursachungsbeiträgen.
- **BayObIG** (Beschl. V. 11.1.2023, Verg 2/21)
 - Miteinander **verbundene Unternehmen** haben mit ihren Angeboten nur dann eine Chance, wenn sie zur Erstellung der Angebote „**chinese walls**“ eingezogen haben, als eine vollständige personelle und organisatorische Trennung gegeben ist.
 - ⑦ Im vorliegenden Fall hatte ein **Alleingesellschafter eines Bieters** ein weiteres Angebot als Einzelkaufmann abgegeben.

V. Verschiedenes

- **BayObIG** (Beschl. v. 20.1.2023, Verg 14/22)
 - Liegt das Angebot eines Bieters auf einem **abgeschlagenen Platz**, muss er zur Begründung seiner Antragsbefugnis i.S.v. § 160 Abs. 2 GWB schlüssig Vergabeverstöße behaupten, die sich **auf die Rangfolge** der Angebote in der Weise auswirken können, dass sein Angebot auf eine aussichtsreiche Rangstelle vorrückt, oder die es gebieten, das Vergabeverfahren – bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht – noch weitergehend zurückzusetzen.
 - ⑦ Es müssen Anknüpfungstatsachen vorgetragen werden, die einen hinreichenden Verdacht auf den gerügten Vergabeverstoß begründen. Daran fehlt es, wenn die Argumentation des ASt. deswegen **unplausibel** ist, weil er relevante und ihm bekannte Tatsachen ausblendet.
 - ⑦ Ein Informationsschreiben nach § 134 GWB enthält nicht die Aussage, der AG habe die **Eignung** des nicht-berücksichtigten und informierten Bieters bejaht.

V. Verschiedenes

- **KG Berlin** (Beschl. v. 10.5.2022, Verg 2/21)
 - Für die Eignungsprüfung maßgeblich sind ausschließlich die in der **Bekanntmachung festgelegten Kriterien** und die dort geforderten Nachweise. Gefordert werden kann nur, was sich aus der Ausschreibung nach allg. Auslegungsgrundsätzen ergibt.
 - Auf Angaben in den übrigen Unterlagen sowie dort in Bezug genommen DIN-Normen kommt es nicht an.
 - ⑦ Auftraggeber sind gut beraten, Eignungskriterien samt geforderten Nachweisen in die Bekanntmachung aufzunehmen und sorgfältig mit den übrigen Vergabeunterlagen abzugleichen.

VI. Entfallen von § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV

- Mit Wirkung vom 24.08.2023 gelten für die Auftragswertschätzung bei der Vergabe von Planungsleistungen dieselben Regeln wie für sonstige Dienstleistungen.
 - Reaktion des Bundesgesetzgebers auf ein von der EU-Kommission eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren, in dem die EU-Kommission der Bundesrepublik Deutschland u.a. vorwirft, die Regelungen zur Auftragswertschätzung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge **nicht korrekt umgesetzt** zu haben.
 - Alte Regelung: bei Schätzung der Werte von Planungsleistungen sind nur die Werte von „gleichartigen“ **Planungsleistungen** zu addieren.

VI. Entfallen von § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV

- Zur Bestimmung der Gleichartigkeit orientierte sich die Vergabepraxis an den **Leistungsbildern** der HOAI ← ⑦ das sahen EuGH und Kommission anders.
- Aufhebung der Norm erfolgte vorbeugend hinsichtlich weiterer **Missinterpretation** und Vermeidung eines Verfahrens vor dem EuGH.
- Damit dürften in Zukunft grundsätzlich die Werte von Planungsleistungen für ein Projekt zu addieren sein.
- **ABER:** Das bedeutet freilich keine gleichsam „automatisch“ europaweite Ausschreibungspflicht für sämtliche für ein Bauvorhaben erforderliche Planungsleistungen!

VI. Entfallen von § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV

In vielen Fällen werden Auftraggeber aber künftig schon aus Praktikabilitätserwägungen (noch) sorgfältiger prüfen (nicht abschließend):

- Welche Leistungen müssen im Rahmen des sog. **20 %-Kontingentes** nicht europaweit ausgeschrieben werden (§ 3 Abs. 7, 9 VgV)?
- In welchen Fällen kann die Vergabe von **Generalplanerleistungen** statthaft sein (§ 97 Abs. 4 GWB)?
- Vorbehalt, im Verhandlungsverfahren den Zuschlag auf Erstangebote zu erteilen (§ 17 Abs. 11 VgV) oder
- „Standard“-Planungsleistungen im **offenen Verfahren** zu vergeben.

1. **Ausblick: Neue eForms und Ted2 - was ändert sich?**
 - Ab dem **25.10.2023** ändert sich das Format der zur Versendung von für die Veröffentlichung von Bekanntmachungen auf **TED** in der Beilage zum Amtsblatt der Europäischen Union verwendeten Formulare.
 - Öffentliche Auftraggeber senden dann ihre Beschaffungsbekanntmachungen unter Verwendung des **Formats eForms**, das mit der **Durchführungsverordnung 2019/1780 der Kommission** eingeführt wurde.
 - Die aktuelle Plattform eNotices wird ersetzt.

1. Ausblick: Neue eForms und Ted2 - was ändert sich?

- Nutzer sollten **neue Konten** auf der **neuen Plattform eNotices2** anlegen, die bereits unter <https://enotices2.ted.europa.eu> zur Verfügung steht.
 - ⑦ Das bisherige EU-Login für eNotices funktioniert auch auf der neuen Plattform!
- Unter <https://enotices2.preview.ted.europa.eu> steht eine Testumgebung zum „Ausprobieren“ zur Verfügung.
- Um Zugang zu diesem Testsystem zu erhalten, muss aber ein separates EU-Login-Konto unter <https://ecas.acceptance.ec.europa.eu/cas> erstellt.
- Weitere Informationen zu eForms und eNotices2 gibt unter <https://enotices2.ted.europa.eu/help>.

1. Ausblick: Neue eForms und Ted2 - was ändert sich?

- Es wird ein Fachdatenstandard „**eForms-DE**“, vergleichbar dem der „eRechnung“, festgelegt.
- **ABER:** Einarbeitungsaufwand wohl eher gering. Betreiber der e-Vergabepattformen haben die neue Formularwelt in ihre Programme bereits eingepflegt bzw. werden sie bis zum Stichtag einpflegen.
- **Andererseits:** Bereits vorhandene Vergabeunterlagen müssen nun sämtlich darauf geprüft werden, ob darin enthaltene Verweise auf die bisherigen EU-Bekanntmachungsformulare überholt und entfallen sind!

2. Ausblick: Neue Schwellenwerte 2024/2025

- Turnusmäßig alle zwei Jahre passt die EU die Schwellenwerte im Vergaberecht an. Ab dem 01.01.2024 gelten demnach neue Schwellenwerte.
- Dies sollte bei Vergabeverfahren, die rund um die Jahreswende begonnen werden sollen schon jetzt berücksichtigt werden.
- Auftraggeber/innen sind daher schon jetzt gut beraten Augen und Ohren nach der neuen delegierten Verordnung der EU-Kommission offen zu halten.

Teil 2:

Neue Wege der (kommunalen) Energiebeschaffung

- Egal ob Betriebshof, kommunale Bildungseinrichtung oder Krankenhaus
 - Eines haben alle Gebäude gemeinsam: Sie verfügen über **Dachflächen**, die für die Stromerzeugung durch Photovoltaik sinnvoll genutzt werden können.
 - Auch Freiflächen kommen zur Bewirtschaftung in Frage
 - Neben Eigennutzung besteht auch die Möglichkeit eines **Pachtmodells**
 - ⑦ Pacht selbst ist nicht ausschreibungspflichtig. Wird aber Strom „zurückgekauft“, unterfällt der Gesamtvorgang dem Vergaberecht
 - ⑦ **ACHTUNG** auch: Beihilfenrecht
- **ABER:** Auch Eigennutzung und -vermarktung kann Vorteile bringen! (Z. B. Refinanzierung anderer Projekte)
 - ⑦ Beschaffung der Anlage selbst als auch der Betreiber- und Versicherungsleistungen = öffentlicher Auftrag, § 103 Abs. 1 GWB
 - ⑦ Beschaffung der Module, Planung und Aufbau sind trotz hohem Lieferleistungsanteil **Bauleistung** (OLG Düsseldorf)

- ABER:
 - z. B. in RLP nur 68 MW Windkraftanlagen in 2022 hinzugekommen
 - Quote laut Koalitionsvertrag: 500 MW.
- **Besser** sieht es bei Photovoltaik aus:
 - hier wurde jedenfalls ein Zubau an Leistung von 338 von 500 MW erreicht.
- Daher: Fokus auf **erneuerbare Energien** legen!
- Lichtblick:
 - **NRW** hat im August die 1000m Abstandsflächenregel für Windkraftanlagen gekippt und somit den Weg für mehr Zubau zumindest erleichtert und neue Flächen freigemacht.
 - ⑦ Damit ist NRW aber nur eines von 3 Bundesländern, die keine pauschalen Abstandsregeln mehr vorsehen.

- Umfassender rechtlicher Rat sollte **frühestmöglich** eingeholt werden
 - Nicht zu unterschätzen: Bürger sollten frühestmöglich von dem Projekt überzeugt werden! Das sichert nachhaltige Kooperationsbereitschaft, z. B. beim Ankauf von Flächen.
- Berücksichtigung bereits von **bauplanungsrechtlicher** Seite (privilegiertes Vorhaben im Außenbereich, § 35 BauGB).
- Ist die Maßnahme förderfähig?
- Daran anknüpfend: Welche **Verfahrensart** ist nach allgemeinem Vergaberecht zu wählen?
 - ⑦ Erlegt der Fördermittelbescheid weitere/strengere vergaberechtliche Verpflichtungen auf?
 - ⑦ Kann oder muss die Leistung losweise vergeben werden? (Stichwort: Mittelstandsschutz)
 - ⑦ Kann von Vereinfachungen Gebrauch gemacht werden?
 - ⑦ Was lässt der Fördermittelbescheid zu?

- **Dachanlagen** sollten bereits bei den Ausschreibungen der Planungsleistungen berücksichtigt werden.
 - ⑦ Können vorhandene Ressourcen beim Bau genutzt werden? (z. B. Gerüst am Rohbau)
 - ⑦ Welche zeitlichen Rahmenbedingungen gibt es zur bestmöglichen Nutzung von Synergieeffekten?
- **Weitere Ausschreibung** der eigentlichen Bauleistung nach Abschluss der Planung
 - ⑦ Flächensicherung, Blendgutachten.
 - Berücksichtigung von technischem Fortschritt durch die Zulassung von Nebenangeboten oder offen gestalteter Leistungsbeschreibung (keine Produkt- oder Zertifizierungsvorgaben), Ausgestaltung von Optionen
 - Möglichst keine Versteifung auf konkrete Hersteller o. Anbieter
- **Weitere Ausschreibungen** für Betriebsführung, Anlagenversicherung etc.

Ziel: Bedarfsgerechte Vertragsgestaltung

- Müssen zwingend bestimmte allgemeine, besondere oder zusätzliche Vertragsbedingungen genutzt werden oder können diese als Ausgangspunkt dienen?
 - ⑦ ggf. Verweis auf gesetzliche Vorschriften wie BGB, VOB/B o.ä. falls einschlägig
- Sollen Bürgschaften/Sicherheiten vereinbart werden?
 - ⑦ z. B. für Vertragserfüllung, Mängelbeseitigung, Vorauszahlung
- Androhung von Vertragsstrafen?
- Wie soll mit potenziellen Bieter-AGB umgegangen werden?
 - ⑦ Stichwort: unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen?
 - ⑦ Folge: Ausschluss, § 16a Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A bzw. § 16 EUAbs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 13 EUAbs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A bzw. § 57 VgV
 - ⑦ Lösung über Ausschreibungsbedingungen?

- **Leitfaden** zur öffentlichen Beschaffung von Öko- und Regionalstrom des Umweltbundesamtes von 2022
 - Rechtliche Absicherung durch Herkunftsnachweise
 - Regionale Anknüpfung bei Regionalstrom mit Vorgabe der produktneutralen Ausschreibung vereinbar
 - ⑦ Rechtsgutachten zur Ausschreibung von Regionalstrom

- ⑦ [Arbeitshilfe für eine europaweite Ausschreibung der Lieferung von Ökostrom in offenen Verfahren | Umweltbundesamt](#)

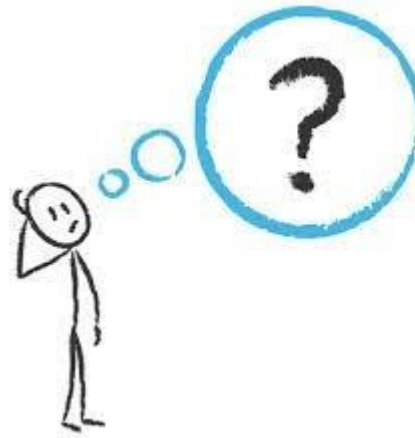
- ⑦ [Ausschreibung von Regionalstrom durch öffentliche Auftraggeber \(umweltbundesamt.de\)](#)

- Wieso **Ökostrom**?
 - Fossile Energieträger verursachen hohe Treibhausgasemissionen.
 - Neben Eigenproduktion, z. B. mittels Photovoltaik kann Öko-Strom zur Deckung des Restbedarfs sinnvoll sein.
 - Ziel: Klimaneutralität der Verwaltungen bis 2030 (Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit der Bundesregierung)
 - ⑦ damit einhergehend: Vorbildfunktion der öffentlichen Hand.

- Wieso stellt sich die Frage?
 - **Altverträge mit langer Laufzeit** laufen aus oder sind nach Rechtsprechung des EuGH wegen ursprünglichen Vergabeverstößen zu kündigen
 - ⑦ Neuausschreibungen werden erforderlich

- Vergaberechtlicher Rat sollte frühestmöglich eingeholt werden
- Ggf. Einholung **indikativer** Angebote
- Technische Klärung aller offenen Punkte:
 - Eindeutige Leistungsbeschreibung (offenes Verfahren) oder
 - Funktionale Leistungsbeschreibung (Verhandlungsverfahren)
- Auch hier: Berücksichtigung von technischem Fortschritt durch die Zulassung von **Nebenangeboten, Ausgestaltung von Optionen**
- Möglichst keine Versteifung auf konkrete Hersteller o. Anbieter
- Sorgfältige Vertragsgestaltung
- Möglichst: Bereitstellung umfassender Planungsunterlagen

- Maßnahmen zu nachhaltiger Energiebeschaffung **frühestmöglich in Planung** integrieren.
- Technischen Fortschritt über Ausnutzung **vergaberechtlicher Instrumente** bestmöglich zulassen.
- **Vergabereife** prüfen.
- Verfahrensschritte und -entscheidungen – wie immer – sorgfältig **dokumentieren**.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !



Rechtsanwältin

Katharina Strauß

Fachanwältin für Vergaberecht

Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Kanzlei: Koblenz

Tel.: 0261/ 3013 - 350

Fax: 0261/ 3013 - 359

katharina.strauss@kunzrechtanwaelte.de



<https://www.linkedin.com/in/katharina-strauss-475393269/>