

# Trägheit rechtfertigt keine Direktvergabe!

1. Beabsichtigt der Auftraggeber, eine Leistung im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zu vergeben, hat er eine systematische Markterkundung vorzunehmen und die technischen Gründe, die gegen das Vorhandensein eines Wettbewerbs sprechen, in nachvollziehbarer Tiefe zu dokumentieren.
2. Ein durch die Untätigkeit des öffentlichen Auftraggebers entstandener Zeitdruck rechtfertigt keine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb.
3. Im Bereich des (wasserwirtschaftlichen) Anlagenbaus einschließlich der Steuerungstechnik und im Bereich der Telekommunikation haben sich eigenständige Anbietermärkte etabliert, so dass der öffentliche Auftraggeber die Bildung von Fachlosen zumindest prüfen muss.

VK Lüneburg, Beschluss vom 23.06.2021 – VgK-19/2021, Volltext: IBRRS 2021, 2591

SektVO § 13 Abs. 2 Nr. 3 b

## Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG), ein im Bereich der Wasserversorgung tätiger Zweckverband, vergibt einen Auftrag auf direktem Wege an einen Bestandsauftragnehmer. Der Auftrag umfasst die Umstellung der Telekommunikationsanschlüsse mehrerer hundert Pumpstationen auf digitale Telefonie zusammen mit dem Austausch der Automatisierungs- und Steuerungstechnik. Die Direktvergabe wird auf § 13 Abs. 2 Nr. 3 b SektVO gestützt. Zur Begründung beruft sich der AG vor allem auf Schnittstellenrisiken, hohe Transaktionskosten und Kompatibilitätsprobleme bei der Zusammenarbeit eines Dritten mit dem Bestandsanbieter, dessen Vorkenntnisse über die genauen Standorte der Pumpwerke und eine Minimierung zeitlicher Risikofaktoren bei einem knapp bemessenen Umstellungszeitraum von zwei Jahren.

## Entscheidung

Die Vergabekammer gibt dem gegen die Direktvergabe gerichteten Nachprüfungsantrag eines Telekommunikationsdienstleisters statt. In der ausführlich und vorbildlich begründeten Entscheidung legt die Kammer dar, dass die Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 Nr. 3 b SektVO („aus **technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden**“) **nicht gegeben** oder jedenfalls **nicht hinreichend nachgewiesen** sind. Unter anderem erfolge mit dem Auftrag keine Änderung oder Erweiterung der bestehenden Steuerungstechnik, sondern deren Austausch. Dass nur der Bestandsauftragnehmer eine pünktliche Auftragsausführung gewährleiste, sei ebenfalls nicht belegt. So müssten alle Anbieter vergleichbare Abstimmungen vornehmen und es wolle

auch der Bestandsanbieter nicht alle Arbeiten selbst ausführen, sondern Nachunternehmer einsetzen. **Etwaiger Zeitdruck** sei zudem **dem AG selbst zuzurechnen**.

## Praxishinweis

Es ist kein seltenes Phänomen, dass Direktvergaben an einen Bestandsanbieter erfolgen, weil sich dies für die Akteure als der einfachste Weg der Bedarfsdeckung darstellt. Den strengen Voraussetzungen, die das Vergaberecht für Direktvergaben aufstellt, halten solche Vergaben regelmäßig nicht stand. Bei genauerem Hinsehen sind es oftmals keine technischen oder fachlichen Gründe, die eine Beauftragung im Wettbewerb vermeintlich ausschließen, sondern organisatorische Umstände und zeitliche Erfordernisse, die eine Beauftragung im Wettbewerb unbequem machen. Insofern ist darauf zu achten, dass die Ausnahmenvorschriften für dringliche Direktvergaben (§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO) nicht durch extensive Anwendung anderer Ausnahmenvorschriften wie § 14 Abs. 4 Nr. 2 b VgV und § 13 Abs. 2 Nr. 3 b SektVO ausgehöhlt werden.

RA Dr. Marc Opitz, Frankfurt a.M.

## ibr-online-Links:

IBR 2020, 199: VK Bund – Wann ist eine Direktvergabe ohne vorherige Bekanntmachung zulässig?

IBR 2019, 217: VK Sachsen – Mehraufwand bei Produktwechsel ist kein Grund für eine Direktvergabe!

IBR 2017, 690: OLG Düsseldorf – Kein Wettbewerb aus technischen Gründen: Direktvergabe zulässig?

# Rahmenvereinbarung birgt höhere Kalkulationsrisiken!

1. Beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung müssen weder die genaue Gesamtmenge noch sämtliche Auftragsbedingungen für die Einzelaufträge feststehen.
2. Das Verbot einer Aufbüdung ungewöhnlicher Wagnisse gilt zwar nicht mehr. Dennoch können Ausschreibungsbedingungen unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit zu beanstanden sein.
3. Kalkulatorische Unwägbarkeiten sind hinzunehmen. Gehen Risiken deutlich aus den Vergabeunterlagen hervor, ist es Sache des Bieters, diese einzukalkulieren.

VK Westfalen, Beschluss vom 24.02.2021 – VK 1-53/20, Volltext: IBRRS 2021, 2221

GWB § 121 Abs. 1; VgV § 21

## Problem/Sachverhalt

Der öffentliche Auftraggeber (AG) schreibt eine Rahmenvereinbarung „Beseitigung von Waffen und Munition“ im offenen Verfahren aus. Ein auf Kampfmittelräumung und -bergung spezialisiertes Unternehmen (U) rügt die Leistungsbeschreibung als unzureichend sowie eine damit verbundene Überschreitung der Zumutbarkeitsschwellen. Eine wirtschaftliche und wettbewerbliche Preisbildung sei aufgrund der in mehrfacher Hinsicht unklaren Beschreibung der Leistungen und des nicht mehr vertretbaren Risikos durch einige Bestimmungen in der Leistungsbeschreibung nicht möglich. Nach Zurückweisung der Rüge durch den AG beantragt U die Nachprüfung und gibt sodann „rein vorsorglich“ auch noch ein Angebot ab.

## Entscheidung

Ohne Erfolg! Die VK Westfalen weist den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurück. Die Leistungsbeschreibung verstößt nicht gegen § 97 Abs. 6 i.V.m. § 121 GWB. Diese ist eindeutig und enthält auch keine Regelungen, die für die Bieter unzumutbar sind. Wenngleich das Verbot der Aufbüdung ungewöhnlicher Wagnisse nicht mehr gilt, können **Ausschreibungsbedingungen noch unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit zu beanstanden** sein. Die Zumutbarkeitsschwelle erhöht sich bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen (im weiteren Sinne) aber zu Lasten der Bieter. **Kalkulatorische Unwägbarkeiten sind hinzunehmen**. Unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit wird geprüft, ob eine Leistungsbeschreibung branchen- und markttypische Risiken enthält, die aus der Sphäre des AG stammen, oder ob eine Anforderung aus den Vergabeunterlagen die Bieter in einem Maß belasten, das nicht mehr in

einem angemessenen Verhältnis zu den Vorteilen für den AG steht. Das kann man beispielsweise annehmen, wenn das Verwendungsrisiko auf den Auftragnehmer überbürdet wird. Für den Fall, dass – wie hier – die **Risiken deutlich aus den Vergabeunterlagen hervorgehen**, ist es Sache des Bieters, diese **in die Preise einzukalkulieren**. Wenn das zu einer **Verteuerung der Leistungen** führe, hat das die **Vergabestelle zu vertreten**. Wenn eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation grundsätzlich möglich ist, liegt kein Verstoß gegen § 121 GWB vor.

## Praxishinweis

Die Entscheidung enthält eine instruktive Zusammenfassung der wesentlichen Rechtsprechungsgrundsätze zur (Un-)Zumutbarkeit von Kalkulationsrisiken bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen. Für die vergaberechtliche Zulässigkeit ist letztlich entscheidend, ob die mit den Unwägbarkeiten einer Rahmenvereinbarung verbundenen Risiken **kaufmännisch vernünftig bewertet** und entsprechend eingepreist werden können. Selbst wenn also die mit einer Rahmenvereinbarung verbundenen Risiken für den Bieter nicht unzumutbar sind, sollten öffentliche Auftraggeber bei der Festlegung der Auftragsbedingungen stets berücksichtigen, dass grundsätzlich mit höheren Kosten zu rechnen ist, je größer die Unsicherheiten für die Bieter ausfallen.

*RA Dr. Maximilian Voll, Berlin*

## ibr-online-Link:

IBR 2013, 370: OLG Düsseldorf – Rahmenvereinbarung: Zumutbarkeitsschwelle für Kalkulationsrisiken erhöht!