

Vergabekammer Berlin zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen

# Backup-Lose sind unzulässig

Eine Vergabestelle schrieb in 24 Losen den Betrieb, die Wartung, Inspektion und Instandsetzung von Heizanlagen sowie Heizungs- und Warmwasseraufbereitungsanlagen als Rahmenvereinbarung europaweit aus. Die Vertragslaufzeit sollte sechs Jahre mit zweimaliger Verlängerungsoption um jeweils weitere fünf Jahre betragen. Für die Hauptleistung wurden zwölf Lose gebildet, die übrigen zwölf Lose wurden als sogenannte Backup-Lose bezeichnet. Der Backup-Vertragspartner sollte zur fortlaufenden Gewährleistung der Versorgungssicherheit für die zwölf Hauptlose gebunden werden. Für den Backup-Vertragspartner gelten die Festlegungen des Hauptvertrags gleichermaßen mit der Ausnahme, dass seine Leistungspflichten für das jeweilige Los nur dann eintreten sollten, soweit der Hauptvertragspartner nach gesicherten Erkenntnissen nicht nur vorübergehend an der ordnungsgemäßen Leistungserbringung (zum Beispiel Insolvenz) gehindert wird und die Vergabestelle den Backup-Vertragspartner schriftlich auf den Beginn seiner Leistungspflichten hingewiesen hat.

## Leistungsbereitschaft unverzüglich herstellen

Der Backup-Vertragspartner ist verpflichtet, seine Leistungsbereitschaft unverzüglich, spätestens jedoch binnen acht Wochen nach Hinweis herzustellen, der Vergabestelle anzuzeigen und mit seinen Leistungen zu dem vom öffentlichen Auftraggeber genannten Termin zu beginnen. Zudem ist die Vergabestelle berechtigt, den Backup-Vertragspartner vorübergehend zum Abfangen von Spitzen nach Abstimmung mit dem Hauptvertragspartner anzufragen und einzusetzen.

Ein Unternehmer rügte die Backup-Regelungen als vergaberechtswidrig. Insbesondere die Leistungsgrenzen in Bezug auf die Backup-Lose seien unklar, weil Zeitpunkt und Umfang der Leis-



Um die Vergabe von Wartung, Inspektion und Instandsetzung von Heizanlagen gab es Streit.

FOTO: DPA/GEORG WENDT

tungen nicht transparent wären. Wegen der ungewissen Leistungserbringung könne er kein kaufmännisch vernünftiges Angebot unterbreiten. Außerdem bestehe für ihn ein erhebliches Risiko, dass er sämtliche Vorhaltekosten tragen müsse.

Die zwecks Nachprüfung angeordnete Vergabekammer Berlin (Beschluss vom 13. September 2019 – VK B 1-13/19) gab dem Unternehmer recht. Bei den Backup-Losen handelt es sich um das bloße Inaussichtstellen eines Vertrags über einen noch nicht bestehenden Bedarf sowie eine doppelte zu vergebende Rahmenvereinbarung. Dies verstößt gegen die Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit, der Transparenz und das

Gebot des fairen Wettbewerbs sowie gegen das Missbrauchsverbot nach § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV (beziehungsweise § 4a EU Abs. 1 Satz 3 VOB/A). Danach ist es öffentlichen Auftraggebern untersagt, eine Rahmenvereinbarung auszusprechen, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht. Das Verbot der missbräuchlichen Verwendung einer Rahmenvereinbarung dient der Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs und ist folglich Ausfluss des Wettbewerbsgebots aus § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB. Ein solcher Missbrauch wird beispielsweise bei der Ausschreibung zu vergabefremden Zwecken angenommen oder der doppelten Vergabe einer Rahmenvereinbarung. Das Verbot der

Doppelvergabe ergibt sich aus dem Wettbewerbsgebots- und letztlich auch aus dem Missbrauchsverbot. Die mit der Ausschreibung beabsichtigte Beschaffung muss auf einen tatsächlichen Beschaffungsbedarf gerichtet sein und darf nicht bloß theoretische Chancen der Leistungserbringung eröffnen. Auch wenn Rahmenvereinbarungen nicht zwingend eine Abrufverpflichtung des öffentlichen Auftraggebers beinhalten müssen, so ist dennoch für eine angemessene Risikoverteilung Sorge zu tragen, um dem Gebot des fairen Wettbewerbs gerecht zu werden. Insbesondere ist die Vergabestelle angehalten, auch bei einer Rahmenvereinbarung eine kaufmännisch vernünftige Kalku-

lation zu ermöglichen, wenn gleich die auf den Auftragnehmer übertragenen Risiken naturgemäß deutlich höher sein können. Eine Rahmenvereinbarung darf allerdings nicht dazu missbraucht werden, unstatthafte Bedingungen einzuführen.

Im vorliegenden Fall sollte die Rahmenvereinbarung doppelt vergeben werden. Der Backup-Vertrag sollte mit Ausnahme des Abfangens von Leistungsspitzen erst zur Anwendung gelangen, wenn eine bestimmte Bedingung eintritt, nämlich der Ausfall oder die unzureichende Leistungsfähigkeit des Hauptvertragspartners. Hinsichtlich des Auftragsvolumens konnte die Vergabestelle keinerlei Angaben treffen, weil sie keine

Kenntnis darüber hat, ob überhaupt und gegebenenfalls wann der Vertrag über das jeweilige Backup-Los tatsächlich ausgeführt wird. Der Backup-Vertragspartner trägt somit das alleinige Risiko, jederzeit zur Leistungserbringung aufgefordert zu werden, ohne dass er das Ob und Wann abschätzen kann. Die Bezuschlagung der Backup-Lose würde lediglich eine rein theoretische Leistungserbringung in Aussicht stellen, ohne dass es der Vergabestelle unmittelbar möglich ist, auf deren Erforderlichkeit beziehungsweise auf ihren Eintritt überhaupt einzuwirken.

## Unverhältnismäßig benachteiligt

Dadurch wird der Unternehmer unverhältnismäßig benachteiligt. Er wäre vorliegend verpflichtet, für die gesamte Vertragslaufzeit entsprechende Ressourcen vorzuhalten, sodass er nach spätestens acht Wochen einsatzbereit sein müsste. Bei der gesamten Personalplanung oder auch der Annahme weiterer Aufträge müsste der Backup-Vertragspartner stets eine mögliche Leistungserbringung aus den Backup-Losen berücksichtigen und einkalkulieren. Hieraus ergeben sich erhebliche Bedenken gegen das Gebot des fairen Wettbewerbs. Überdies ist eine Rahmenvereinbarung mit einer vertraglichen Bindungsfrist von 16 Jahren für die Bieter unzumutbar, sodass auch die grundsätzliche Höchstlaufzeit von vier Jahren nach § 21 Abs. 6 VgV (beziehungsweise § 4a EU Abs. 6 VOB/A) verletzt wird. Die Begrenzung der Laufzeit einer Rahmenvereinbarung dient nicht nur dem Schutz des Wettbewerbs, sondern auch der Verringerung von Kalkulationsrisiken der Unternehmen, so die Berliner Vergabekammer.

&gt; HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg.

### Durchführung von Vergabeverfahren für Architekten-, Ingenieur- und Projektsteuererleistungen nach VgV 2016

- rechtssicher
- kompetent
- schnell
- kostengünstig

Rechtsanwälte Prof. Dr. Rauch & Partner mbB  
Hoppestraße 7, 93049 Regensburg  
www.prof-rauch-baurecht.de



## Staatsanwaltschaft fordert Bewährungsstrafe

# Ein Jahr und zehn Monate

Im zweiten Regensburger Korruptionsprozess hat die Staatsanwaltschaft für den angeklagten Ex-Oberbürgermeister Joachim Wolbergs eine Bewährungsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten gefordert. Sie legte ihm zwei Fälle der Bestechlichkeit sowie drei Fälle der Vorteilsannahme zur Last, in Tateinheit mit Untreue. Wolbergs habe im Wahlkampf 2014 Parteispenden von Bauträgern angenommen, wohlwissend, dass diese sich damit – im Falle seiner Wahl zum OB – seine positive Einflussnahme auf die Genehmigung von Bauprojekten erwarteten, sagte Oberstaatsanwalt Jürgen Kastenmeier am Dienstag vor dem Landgericht. Der beruflichen Zukunft Wolbergs' im Stadtrat will die Behörde jedoch ausdrücklich nicht im Weg stehen.

Insgesamt geht es in dem Verfahren um eine Spendensumme in sechsstelliger Höhe. Von den zunächst drei mitangeklagten Bauunternehmern sitzt noch einer mit Wolbergs vor Gericht. Für diesen forderte die Staatsanwaltschaft eine Bewährungsstrafe von einem Jahr und vier Monaten wegen Bestechung und Vorteilsgewährung sowie eine Geldauflage in Höhe von 100 000 Euro. Es handele sich um Korruption in großem Ausmaß, fasste Kastenmeier zusammen.

Jedoch sprächen einige Punkte dafür, die Strafe auch für Wolbergs zur Bewährung auszusetzen. Und so schlug der Oberstaatsanwalt am Ende des mehrstündigen Plädoyers einen fast schon versöhnlich anmutenden Ton an. Die Folgen des Prozesses seien für Wol-

bergs katastrophal. Er habe seinen Beruf als Oberbürgermeister verloren und somit „das Unrecht seiner Taten massiv zu spüren bekommen“, er sei jahrelang einer enormen medialen Berichterstattung ausgesetzt gewesen, verbunden mit erheblichen psychischen Belastungen für ihn und seine Familie. Wolbergs sei nicht vorbestraft und Wiederholungsgefahr bestehe nicht.

Dem Gesetz nach bestehe die Möglichkeit, Wolbergs seine Wählbarkeit abzuerkennen, so Kastenmeier. Dafür gebe es aber keine Veranlassung. Denn: „Der Wähler hat in Kenntnis sämtlicher Vorwürfe seine Wahl getroffen, und sie haben Wolbergs wieder in den Stadtrat gewählt. Der Wählerwille ist massiv zu berücksichtigen.“ Das hätte auch gegolten, wenn Wolbergs wieder zum OB gewählt worden wäre. Im Stadtratsmandat sehen die Ankläger einen „Baustein für die neue Lebensperspektive“ des 49-Jährigen.

Von einer Geldauflage sah die Staatsanwaltschaft angesichts der „prekären finanziellen Lage“ des Ex-OB ab. Stattdessen solle er 200 Stunden Sozialdienst ableisten. Mit den vergleichsweise milden Worten war zu Beginn des Prozesses nicht unbedingt zu rechnen. „Er hat sich mit Spenden übergossen, bis er durchtränkt war“, sagte Kastenmeier über Wolbergs und beklagte die von Wolbergs im Laufe des Prozesses wiederholt gezeigte Wut gegenüber der Staatsanwaltschaft. Die Behörde dagegen habe sich ihm gegenüber korrekt und menschlich

verhalten, urteilte Kastenmeier. Einen Hass, wie er ihnen von Wolbergs entgegengeschlagen sei, hätten sie noch nie bei einem Angeklagten erlebt. „Respekt gegenüber der Staatsanwaltschaft ist für ihn keine Option“, so Kastenmeier über Wolbergs.

Dann richtete sich der Oberstaatsanwalt „insbesondere an die lieben Schöffinnen und belehrte sie, sich nicht von Empathie und Sympathie leiten zu lassen, sondern vom gesunden Menschenverstand. Wolbergs' Verteidiger Peter Witting habe die Schöffinnen „verbal in die Arme genommen“, sagt der Oberstaatsanwalt. Er selbst habe nicht den Charme und die Stimme des Herrn Witting.

Ausführlich ging Staatsanwalt Wolfgang Voit auf die einzelnen Tatvorwürfe ein. Bei mehreren der fraglichen Spenden sei Wolbergs die Spendenintention – nämlich nicht die allgemeine Unterstützung der Politik, sondern die Einflussnahme auf Entscheidungen über Bauprojekte – hinreichend bekannt gewesen.

Dabei sei nicht von Belang, ob Wolbergs ohnehin innerlich einem Bauprojekt zugestimmt hätte. „Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit setzt nicht voraus, dass Einfluss genommen wurde, sondern nur, dass Einflussnahme möglich war.“ Es genüge, dass der Angeklagte Kenntnis hatte in Bezug auf die geplanten Bauprojekte und nicht ausschließen konnte, dass handfeste wirtschaftliche Interessen der Investoren bei den Spenden eine Rolle gespielt haben. > DPA

## Ausschreibungen in Bayern

### Das eVergabe-Portal

DER eSERVICE FÜR AUSSCHREIBER UND BEWERBER

BayVeBe  
Anbindung

#### Für Ausschreiber

- Editier- und speicherbare Formulare
- Schnittstellen zu allen relevanten Plattformen und der Bayerischen Staatszeitung
- Zertifiziert und vergaberechtskonform
- Komplette Vergabe-Abwicklung online
- für öffentlich, freihändig oder beschränkt

#### Für Bewerber

- Gezielte Suche nach Aufträgen
- Öffentliche und private Ausschreibungen
- Größtes Angebot in Bayern
- Download von Vergabeunterlagen
- Upload Ihrer Angebotsabgabe
- GAEB online



Staatsanzeiger  
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG

www.staatsanzeiger-eservices.de

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH, Arnulfstraße 122, 80636 München  
Telefon: (+49) 89/290142-30, E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de