



## Neues zum Vergaberecht 01/2023



Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen eine weitere Ausgabe unseres Vergaberechtsnewsletters präsentieren zu dürfen, die neben einer Auswahl praxisrelevanter Entscheidungen in dieser Ausgabe auch einen Kurzbeitrag des Kollegen Schwientek zum „einjährigen“ des EVB-IT Cloud Standards enthält.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre.

Über Ihre Anregungen, Rückfragen oder auch Diskussionen über weitere Problemstellungen resultierend aus der derzeitigen Praxis freuen wir uns. Schreiben Sie uns unter: [vergaberecht@leinemann-partner.de](mailto:vergaberecht@leinemann-partner.de).

Mit den besten Grüßen aus Frankfurt und bleiben Sie gesund.

Jonas Deppenkemper

## Themen

Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

**Stoffpreisgleitklausel bei Bauvergaben ein „Muss“?**

Peter Schwientek, Hamburg

**Die Vergabe von Cloud-Leistungen (EVB-IT Cloud)**

Mark von Dahlen, Düsseldorf

**Zuschlagskriterien - Nachträgliche Konkretisierung zulässig, sogar als Testaufgabe**

Maren Elvira Hintze, Frankfurt am Main

**Auch, wenn es der Bieter besser weiß: Der AG bestimmt, was beschafft wird!**



Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

## Stoffpreisgleitklausel bei Bauvergaben ein „Muss“?

Die Stoffpreisgleitklausel ist im Baurecht schon länger ein Thema und nun erreicht der aktuelle „Dauerbrenner“ der baurechtlichen Beratung auch das Vergaberecht:

Im Zuge des Ausbruches des Krieges in der Ukraine und der hiermit verbundenen, gravierenden Preisschwankungen auf dem Weltmarkt hat das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) am 25.03.2022 ein Rundschreiben veröffentlicht, in welchem Sonderregelungen in Bezug auf die Vereinbarung von Stoffpreisklauseln sowohl für Vergabeverfahren wie auch für bestehende Verträge getroffen worden sind. Ähnliche Rundschreiben und Erlasse folgten dann auch in einer Vielzahl der Bundesländer für Vergaben auf Landesebene.

Ungeachtet dieser Vorgaben/Empfehlungen kam es jedoch regelmäßig und bis dato immer wieder vor, dass Auftraggeber ohne entsprechende Preisgleitklauseln ausschreiben.

Über die Folgen des Fehlens einer Stoffpreisgleitklausel im Lichte dieses Runderlasses hatte die VK Thüringen (**Beschl. v. 03.06.2022 – 5090-250-4002/779**) zu entscheiden.

### Sachverhalt:

Mitte Februar des Jahres 2022 schrieb die Auftraggeberin unter einer Angebotsfrist bis zum 24.03.2022 einen Bauauftrag zur Herstellung von elektrotechnischen Anlagen aus. Die Antragstellerin reichte Fristgerecht ein Angebot ein.

Im Zuge der Auswertung wurde die Antragstellerin ausgeschlossen, da ihr Angebot von den Vertragsunterlagen abwich. Die Antragstellerin rügte den ihr im Vorabinformationsschreiben gemäß § 134 GWB mitgeteilten Ausschluss und suchte einen Rechtsanwalt auf, der Mitte Mai die Vergabeentscheidung erneut bei der Auftraggeberin rügte. In diesem Schreiben wurde erstmalig das Fehlen einer Stoffpreisgleitklausel gerügt: Um diese hätte die Auftragsgeberin aufgrund des durch sie umgesetzten Rundschreibens des BMWSB nachträglich die Vergabeunterlagen ergänzen müssen. Durch die Durchführung des Verfahrens ohne eine Preisgleitklausel werde dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann, aufgebürdet und folglich gegen

die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/A verstoßen. Die Auftragsgeberin war der Ansicht, die Antragstellerin ihrer Rügeobliegenheit nicht rechtzeitig nachgekommen, da sie bereits am 05.04.2022 Kenntnis von dem Rundschreiben des BMWWSB hatte.

#### Entscheidung:

Die Vergabekammer folgte dem Vortrag der Antragstellerin und stellte fest, dass das Vergabeverfahren durch das Fehlen einer Stoffpreisgleitklausel vergaberechtswidrig war und die Antragstellerin dadurch in eigenen Rechten verletzt worden ist: Die Antragsgegnerin wurde verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Angebotsabgabe zu versetzen und – sofern an der Beschaffungsabsicht festgehalten wird – die Unterlagen im eine Stoffpreisgleitklausel zu ergänzen.

Die VK sieht in der sehr dynamischen Preisentwicklung des Marktes auf Grund des Krieges in der Ukraine und der weltweiten Sanktionen gegen Russland durch das Fehlen einer Preisgleitklausel die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Nr. 3 EU als erfüllt an. In der Folge der Ereignisse hätte die Ausschreibung nach Ansicht der Vergabekammer unter Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel erfolgen müssen. Wörtlich führt sie hierzu aus:

*Die Bieter haben keinen Einfluss auf die Kriegssituation in der Ukraine sowie auf die weltweiten Sanktionsfolgen und die dadurch ausgelöste und noch anhaltende dynamische Entwicklung der Preise für viele Baustoffe. Den Bietern ist aufgrund dieser Entwicklung eine kaufmännisch vernünftige Preiskalkulation unzumutbar erschwert bzw. unmöglich gemacht worden. Die Bieter der vorliegenden Ausschreibung sind daher derzeit einem ungewöhnlichen Wagnis ausgesetzt, das durch die bislang vom AG abgelehnte Aufnahme einer Stoffpreisklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen beseitigt werden kann.*

In dem Erlass des BMWWSB wurde angeordnet, Stoffpreisgleitklausel auch in laufende Verfahren einzubeziehen, sodass auch der Antragsgegnerin grundsätzlich klar gewesen sein musste, dass eine Ergänzung der Unterlagen noch möglich war. Überdies war die Rüge der Antragstellerin auch nicht verspätet, denn die Notwendigkeit der Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel war nach Ansicht der Vergabekammer ohne eine anwaltliche Beratung nicht erkennbar.

#### Hinweise für die Praxis:

Der Krieg in der Ukraine und seine Auswirkungen gehören leider noch nicht der Vergangenheit an. Das Rundschreiben, welches die Grundlage der Entscheidung bildete, wirkt sich auch noch heute aus: Die inhaltlichen Regelungen des Rundschreibens gingen unter Einarbeitung von einigen kleineren Änderungen in dem Bundeserlass vom 22.06.2022 auf. Durch den Bundeserlass vom 06.12.2022 wurden diese Sonderregelungen zuletzt bis zum 30.06.2023 verlängert.

Auch im Unterschwellenbereich sollten stets die Landesregeln und insbesondere die aktuellen Vergabeerlasse und Rundschreiben geprüft werden: Auch dort finden sich häufig entsprechende Vorgaben.

Ob allerdings eine Vergabekammer auch betreffend einen späteren Sachverhalt gleichermaßen entschieden hätte, ist fraglich. Wie auch vom BMWWSB selbst festgestellt, ist auf den Weltmärkten ein Stabilisierungstrend zu erkennen. Die sehr dynamische Situation vom März dieses Jahres besteht in der Art nicht mehr. Dem Erlass von 22.06.2022 ist hinzukommend zu entnehmen, dass eine nachträgliche Einbeziehung einer Stoffpreisgleitklausel in laufende Vergabeverfahren nicht ausnahmslos erfolgen müsse, sondern in begründeten Ausnahmefällen auch hiervon abgesehen werden könne.

Zu beachten ist hinzukommend, dass § 7 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/A nur für Bauvergaben gilt:

Die VK Bund hat in einer jüngeren Entscheidung (**VK Bund, Beschluss vom 19.10.2022 - VK 1-85/22**) bestätigt, dass bei Lieferverträgen die Rechtslage nicht anders als vor dem Ausbruch des Ukrainekrieges zu bewerten sei. Hiermit erteilt sie einem etwaigen Anspruch der Bieter auf eine Preisgleitklausel abseits von Bauvergaben eine klare Absage, was angesichts der Preissteigerungen auch für andere Rohstoffe (z. B. Papier, Lebensmittel etc.) nicht zwangsläufig zu erwarten war.

Ob eine Preisgleitklausel in ein vergaberechtliches Verfahren einbezogen werden sollte, ist vom Auftraggeber stets einzelfallbezogen zu prüfen. Mit entsprechenden Ersuchen von Bietern während eines laufenden Vergabeverfahrens sollte sich der Auftraggeber entsprechend ergebnisoffen und fair auseinandersetzen und gegebenenfalls die Vergabeunterlagen um eine Preisgleitklausel ergänzen. Vor dem Hintergrund, dass auch der Auftraggeber auf Angebote angewiesen ist, sollten diese Überlegungen stets und unabhängig davon erfolgen, ob es sich um eine Bauleistung handelt oder nicht.

Bieter können eine Preisgleitklausel aktuell nur im Rahmen von Bauvergaben „erzwingen“. Allerdings sollten sich Bieter nicht darauf verlassen, dass auch andere Vergabekammern die Präklusionsregeln so großzügig auslegen, wie die Vergabekammer Thüringen. Spätestens seit dieser Entscheidung müssen Bauunternehmen dieses Problem kennen, erkennen und frühzeitig rügen.

*Der Beitrag wurde mit Unterstützung von Frau Monika Wojciechowska erstellt, die als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Frankfurter Standort von Leinemann Partner tätig ist.*



Peter Schwientek, Hamburg

## Die Vergabe von Cloud-Leistungen (EVB-IT Cloud)

Das neue Mitglied der „EVB-IT-Familie“ - die EVB-IT-Cloud - wurde im März 2022 veröffentlicht und gilt als Meilenstein für die Beschaffung neuartiger Informationstechnik. Im Folgenden sollen zum einjährigen Bestehen die Besonderheiten, die Vorteile und Praxisschwierigkeiten dargestellt werden.

Die EVB-IT Cloud besteht im Kern aus vier Unterlagen (EVB-IT Cloud-AGB, EVB-IT Cloudvertrag, Anlage zur Einbeziehung von auftragnehmerseitigen AGB und Kriterienkatalog für Cloudleistungen), wobei sich die beiden erstgenannten unmittelbar in das Grundsystem der EVB-IT einreihen. Hat man das bewährte EVB-IT System im Hinterkopf, so wirken die beiden neuen Anlagen hingegen eher systemfremd. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die neuen Bestandteile wichtige Puzzlestücke für Vereinfachung und Flexibilität der Cloudbeschaffung darstellen können. Vor Veröffentlichung der EVB-IT Cloud mussten sich die Beschaffungsstellen unter Umständen noch mit nicht unerheblichen Modifikationen in den älteren EVB-IT behelfen. Insgesamt besticht die Zusammenstellung durch einen relativ geringen Umfang und Übersichtlichkeit.

Der neue Kriterienkatalog ermöglicht es – ähnlich wie beim Vertragsentwurf – einzelne Kriterien durch Checkboxen, Verweise und unmittelbarer Befüllung spezifisch zu definieren. Im Ergebnis soll damit der technischen Komplexität der Beschreibung von cloudbasierten Leistungen begegnet werden. Die Legende auf der rechten Seite weist die einzelnen Abschnitte den Cloudvarianten zu (S = Software as a Service, P = Platform as a Service, I = Infrastructure as a Service, M = Managed Cloud Services).

Die neue Anlage zur Einbeziehung (vorrangiger und nachrangiger) auftragnehmerseitiger AGB kann durchaus als erhebliche Neuerung im EVB-IT-System betrachtet werden. Ziel dieser Anlage ist eine vergaberechtskonforme Öffnung für Bieter-AGB. Diese Kompromisslösung soll dem hohen Standardisierungsgrad von Cloud-Leistungen Rechnung tragen und hat den Hintergrund, dass der Cloudmarkt von sog. „Hyperscalern“ dominiert wird. Praktisch funktioniert die Einbeziehung vorrangiger AGB über eine „Aktivierung“ im „Anhang zum Kriterienkatalog“. Durch diese Aktivierung wird die jeweilige Ziffer, die wiederum in die Anlage Kriterienkatalog verweist, sodann zur Disposition gestellt. Wählt man die Aktivierung, sollte eine Bepunktung der vorrangigen Auftragnehmer AGB (z.B. in Form von Bewertungskriterien in einer Leistungsbewertungsmatrix) in Betracht gezogen werden, damit eine Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt wird. Die Einbeziehung nachrangiger Bieter-

AGB erfolgt durch den „Anhang zum EVB-IT Cloudvertrag“.

Datenschutz und die IT-Sicherheit haben ebenfalls Beachtung gefunden. So ist gemäß Ziffer 6.1.3 der AGB ggf. ein Auftragsverarbeitungsvertrag mit zu beachtenden TOMS zu schließen. Ziffer 6.2.1 der AGB fordert vom Auftragnehmer ein zertifiziertes Sicherheitskonzept und ein Informationssicherheitsmanagementsystem (ISO 27001, 27017, ggf. 27018). Nach Ziffer 18 des Kriterienkatalogs besteht die Möglichkeit - abweichend von Ziffer 1.2 der AGB - nicht nur die Einhaltung der C5 Basiskriterien (Cloud Computing Compliance Criteria Catalogue), sondern auch die C5 Zusatzkriterien zu fordern. Hierbei ist sowohl bei Vorgabe der Basis- als auch der Zusatzkriterien eine vorherige Markterkundung zu empfehlen, um sicherzustellen, dass der geforderte IT-Sicherheitsstandard vom Markt angeboten wird. Auch die Haftungshöchstgrenzen bei leicht fahrlässiger Pflichtverletzung in Ziffer 19 der EVB-IT Cloud AGB sollten stets einer Angemessenheitsprüfung im Einzelfall unterzogen werden.

Praxistipp: Beachtenswert ist, dass die erste Version der EVB-IT Cloud einem Evaluationsprozess durchlaufen soll. Anwender können hierfür auf der Seite [www.DGI5@bmi.bund.de](mailto:www.DGI5@bmi.bund.de) Erfahrungen und Anregungen mitteilen. Ab Anfang September 2023 soll die EVB-IT Cloud sodann einer neuen Überprüfung und ggf. Anpassung unterzogen werden.



Mark von Dahlen, Düsseldorf

## Zuschlagskriterien - Nachträgliche Konkretisierung zulässig, sogar als Testaufgabe

Die Pflicht zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien sowie auch der Unterkriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen alleine stellt keine nennenswerte Neuerung im Vergaberecht dar. Im Rahmen einer Entscheidung der Vergabekammer des Bundes vom 07.12.2022 (**Vgl. VK Bund, Beschluss vom 07.12.2022, Az. VK 2-96/22**) wurde jedoch nunmehr festgehalten, dass ein öffentlicher Auftraggeber aber nicht daran gehindert sei, nachträglich - auch erst nach dem Ablauf der Angebotsfrist - eine weitere Präzisierung der bekannt gemachten Zuschlagskriterien vorzunehmen. Auch eine von den Bietern zu lösende Testaufgabe sei hiervon umfasst.

### Sachverhalt

Gegenstand des europaweiten Vergabeverfahrens war eine Rahmenvereinbarung über die Beratung zu Informationssicherheitsmanagementsystemen und IT-Sicherheitskonzepten. Nach den Vergabebedingungen sollte das wirtschaftlichste Angebot aufgrund der im zunächst nur fünfseitigen Katalog geforderten Kriterien ermittelt werden. Zentraler Bestandteil der qualitativen Angebotswertung war die Beantwortung einer in neun Stunden zu bearbeitenden Testaufgabe. Nach Angebotsabgabe wurde den beiden verbliebenen Bietern die Aufgabenstellung um 9:00 Uhr über die E-Vergabeplattform mit der Maßgabe übermittelt, die Lösungen bis spätestens 18:00 Uhr desselben Tages auf gleichem Wege einzureichen. Diese Aufforderung enthielt allerdings einen ergänzten Kriterienkatalog, der anstatt fünf nun neun Seiten umfasste, wobei die ersten vier Seiten unverändert blieben und ab Seite fünf sechs Arbeitspakete in tabellarischer Form mit einer Beschreibung der Aufgabenstellung, der Gewichtung und Ausführungen zum Erwartungshorizont eingefügt waren. Nachdem die Antragstellerin gemäß § 134 GWB darüber informiert wurde, dass der Zuschlag, u.a. aufgrund der besseren Bewertung der Testaufgabe, an die Beigeladene erfolgen sollte, stellte sie einen Nachprüfungsantrag. Diesen begründete sie vor allem mit einer vergaberechtswidrigen Wertungsentscheidung sowie der fehlenden Bekanntmachung von Unterkriterien und deren Gewichtung.

### Entscheidung

Der Nachprüfungsantrag wurde von der Vergabekammer als unbegründet zurückgewiesen. Nach § 127 Abs. 4, S. 1 GWB müssen Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Hierfür sei dem Auftraggeber ein weiter Beurteilungs- und Handlungsspielraum eröffnet. § 127 Abs. 5 GWB schreibe zwar vor, dass die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen aufgeführt werden müssen, was grundsätzlich sowohl für die Zuschlags(haupt)kriterien als auch für die Unterkriterien gelte (Vgl. BGH, Beschluss vom 04.04.2017, Az. X ZB 3/17), dies hindere den Auftraggeber aber nicht daran, nachträglich - auch erst nach dem Ablauf der Angebotsfrist - eine Präzisierung der bekannt gemachten Zuschlagskriterien vorzunehmen. Dies habe bereits der EuGH ausdrücklich für Gewichtungskoeffizienten der Unterkriterien klargestellt. Voraussetzung hierfür sei, dass die nachträglichen Präzisierungen

*"im Wesentlichen den Kriterien entsprechen, die den Bietern vorher zur Kenntnis gebracht wurden"* (Vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2016, Az. Rs. C-6/15).

Nach diesen Grundsätzen sei im gegenständlichen Fall festzuhalten, dass der den Bietern übermittelte auf neun Seiten erweiterte Kriterienkatalog in Form der Testaufgabe mit sechs Arbeitspaketen keine zusätzlichen Unterkriterien oder Gewichtungen, die eine wesentliche Veränderung der bereits bekannten Zuschlagskriterien bewirken könnten, enthalte. Die zusätzlichen Informationen (Aufgabenstellung, Einzelfragen der Arbeitspakete, Gewichtungsfaktoren und Erläuterungen zum Erwartungshorizont) seien lediglich übermittelt worden, um Ausgangspunkt, Anforderungen und Erwartungen in der befristeten Prüfungssituation klarzustellen und den Bietern eine Hilfestellung zur Ermöglichung eines transparenten Wettbewerbs zu geben. Es liege in der Natur von Test- und Prüfungsaufgaben, dass der Inhalt den Bearbeitern nicht vorab bekannt gegeben werde. Einziges Ziel sei es gewesen, eine für alle Bieter vergleichbare Prüfungssituation zu schaffen.

## Fazit

Im Rahmen der Schulnotenrechtsprechung (Bewertung anhand von Punkten oder Schulnoten) zeigte die Entwicklung in den vergangenen Jahren bereits, dass die Maßstäbe an die Transparenz der Bewertungsmethode und der Zuschlagskriterien dahingehend zu korrigieren sind, dass die konkrete Punktevergabe nicht schon im Vorhinein vollständig erkennbar sein und den Bietern die Bewertungsmethode nicht vorab bekannt gemacht werden muss. Nun wird von der Vergabekammer des Bundes - nach der Ansicht des Verfassers erfreulicherweise - ebenso eine nachträgliche Konkretisierung der Zuschlagskriterien und sogar die Schaffung einer auftragsspezifischen Wettbewerbssituation in Form einer von den Bietern zu lösenden Testaufgabe als zulässig angesehen. Dies zeigt einmal mehr, dass Auftraggebern bei der Bewertung zwingend ein Beurteilungsspielraum zustehen muss, der von den Nachprüfungsinstanzen nur darauf überprüft werden darf, ob das vorgeschriebene Verfahren sowie die Kriterien eingehalten und keine sachwidrigen Erwägungen für die Entscheidung herangezogen worden sind. Es empfiehlt sich dabei allerdings stets eine ausführliche Dokumentation der Bewertung im Vergabevermerk.



Maren Elvira Hintze, Frankfurt am Main

## Auch, wenn es der Bieter besser weiß: Der AG bestimmt, was beschafft wird!

In der Welt der öffentlichen Auftragsvergaben gibt es immer wieder Diskussionen und Streitigkeiten bezüglich der Vergabeunterlagen. Eine regelmäßig wiederkehrende Herausforderung ist das Erfassen der Leistungsbeschreibung.

Die Vergabeunterlagen stellen die Grundlage für die Bewertung der Angebote der Bieter dar. Zur Sicherung eines fairen Wettbewerbs darf der Auftraggeber nur Angebote berücksichtigen, die seinen Vorgaben entsprechen und somit vergleichbar sind. Demnach genügt bereits die formale Abweichung von den Vergabeunterlagen bzw. der Leistungsbeschreibung für einen Ausschluss des Angebots, ohne dass es auf die Wettbewerbsrelevanz, Wesentlichkeit oder Geringfügigkeit der Abweichung ankommt.

Sofern sich bei der Auslegung ergibt, dass eine Leistungsbeschreibung zu unbestimmt oder unklar ist, genügt sie ihrerseits den Anforderungen des § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB nicht und ist vergaberechtswidrig. Ist die Leistungsbeschreibung zu unbestimmt und unklar, kann ein „Abweichen“ des Bieters nicht zu dessen Ausschluss führen solange er sich im Rahmen des beschriebenen bewegt.

Welche rechtlichen Auswirkungen es hat, wenn Vergabeunterlagen subjektiv als „unzweckmäßig“ beurteilt werden und Bieter aufgrund dessen von diesen abweicht, hat das OLG Bremen in einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung (**Beschluss vom 04.11.2022 – 2 Verg 1/22**) bewertet:

### Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) schrieb einen Lieferauftrag von Rechenclustern (Verbund aus Prozessoren samt Grafikkarten) aus. Die Antragstellerin wurde bei der Angebotsbewertung mit der Begründung ausgeschlossen, sie sei mit ihrer angebotenen Lieferung von Rechenknoten technisch von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abgewichen. Hiergegen wendet sich die Antragstellerin.

Das Angebot umfasste die Lieferung von GPU-Rechenknoten mit insgesamt 16 identischen GPU-Karten, wobei die GPU-Rechenknoten teils mit zwei und teils mit drei GPU-Karten bestückt werden

sollten. Der AG vertritt die Ansicht, die von der Antragstellerin angebotenen GPU-Rechenknoten (Grafikkarten) seien untereinander nicht identisch. Identität bestehe dann, wenn ein Prozessor mit zwei Grafikkarten (= 1 Rechencluster) ODER zwei Prozessoren mit vier Grafikkarten (= 1 Rechencluster) angeboten werden.

Dagegen argumentiert die Antragstellerin: Aus der Sicht eines Erklärungsempfängers aus dem Verkehrskreis der angesprochenen Hersteller von solchen Rechenclustern sei ein anderes Verständnis der Vorgaben des Leistungsverzeichnisses wegen besonderer technischer Umstände anzunehmen.

### Entscheidung

Das OLG Bremen gab dem AG Recht und erklärte den Angebotsausschluss der Antragstellerin für rechtskonform. Auf eine Zweckmäßigkeit der Vergabeunterlagen kommt es nicht an, denn

*„Ihre Ausführung, dass es technisch auf eine exakte Identität der GPU-Rechenknoten mit Blick auf die Anzahl der jeweils verwendeten GPU-Karten deshalb nicht ankomme, weil es unproblematisch möglich sei, eine ausgewogene Ansteuerung auch ungleich verteilter GPU-Karten mit Rechenvorgängen durch die verwendete Software sicherzustellen, vermag ein solches abweichende technische Verständnis jedenfalls nicht zu belegen. Auf diese Weise stellt die Antragstellerin vielmehr lediglich die Zweckmäßigkeit der Vorgaben der Antragsgegnerin infrage. Dies allein rechtfertigt aber keine Abweichung von für sich genommen eindeutigen Vorgaben der Leistungsbeschreibung, da es Sache des Auftraggebers ist, den eigenen Bedarf bis hin dazu zu definieren, welche Anforderungen er an die von ihm gewünschte Leistung stellt. Der Auftraggeber ist auch nicht verpflichtet, in der Ausschreibung eine weitergehende Vielfalt von technischen Lösungen zuzulassen. Daher muss auch der Darstellung der Antragsgegnerin, dass die Aufteilung der GPU-Karten technisch sehr wohl einen Unterschied mache, nicht nachgegangen werden.“*

Der Senat stellt nochmals klar, dass die Vorgaben des Auftraggebers für die Vergabeunterlagen bindend sind, solange sie eindeutig formuliert sind. Dies war vorliegend der Fall.

Die Argumentation der Antragstellerin, wonach es technisch unproblematisch sei, eine ausgewogene Steuerung ungleich verteilter GPU-Karten zu gewährleisten, führt zu keiner anderen Bewertung, da lediglich die Zweckmäßigkeit der Vorgaben des AG infrage gestellt wird. Ein Bieter kann zwar die Unzweckmäßigkeit der Vorgaben bemängeln, dies rechtfertigt aber keine Abweichung von den eindeutigen Vorgaben. Es liegt in der Verantwortung des Auftraggebers, den eigenen Bedarf korrekt und eindeutig zu definieren, um Missverständnissen vorzubeugen. Der AG ist nicht gehalten, in der Ausschreibung weitere/andere technische Lösungen zuzulassen.

### Praxistipp

Auftraggeber sollten das Ziel verfolgen, die Vergabeunterlagen so weit wie möglich zu konkretisieren bevor sie veröffentlicht werden. Hierfür ist eine sorgfältige Prüfung des eigenen Bedarfs Voraussetzung, um sicherzustellen, dass dieser verständlich dargestellt und letztlich bedient werden kann. Hierfür kann es – gerade dann, wenn eigenes Know-How fehlt – sinnvoll sein, externe Berater hinzuzuziehen.

Umgekehrt reicht für einen Bieter nicht, sich auf – aus seiner Sicht ungeeignete – Vergabeunterlagen zu berufen, um eine Abweichung von den festgelegten Vorgaben wirksam zu begründen. Im Gegenteil berechtigt jede Abweichung von den Vergabeunterlagen einen Ausschluss des Angebots.

Dem Bieter ist somit dringend zu raten, die Vorgaben des Auftraggebers sorgfältig zu beachten und

das eigene Angebot entsprechend den Vorgaben auszuarbeiten. Ein Angebot dient nicht der Platzierung eigener Zweckmäßigkeitserwägungen. Sofern der Bieter eine (vermeintlich) „bessere Idee“ zur Erreichung des Vergabeziels hat, muss er eine Bieterfrage stellen und hoffen, dass der AG diese Ansicht teilt und die Unterlagen anpasst.

Denn es bleibt dabei: Jede (noch so kleine) Abweichung führt zum Ausschluss!