



Neues zum Vergaberecht 02/2025



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die zweite Ausgabe 2025 unseres Newsletters „Neues zum Vergaberecht“.

Nach der positiven Resonanz auf dessen Neustart freuen wir uns, Sie in der Rubrik „Meldungen“ ganz aktuell zum einen über die politischen Ziele informieren zu können, die der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD im Hinblick auf das Vergaberecht enthält. Zum anderen hat das Land Nordrhein-Westfalen konkrete Reformen zum Vergaberecht auf der Ebene der Kommunen angestoßen.

Die Inhalte des Koalitionsvertrags zum Vergaberecht haben Herrn Kollegen Prof. Dr. Leinemann veranlasst, sich kritisch mit dem Reformvorhaben auseinanderzusetzen und eigene Vorschläge zu erarbeiten, um Beschaffungsvorhaben mit Blick auf den 500-Milliarden-Infrastrukturfonds effizienter durchzuführen. Seine dazu aufgestellten 10 Thesen sind in diesem Newsletter enthalten.

Als ein Thema mit besonderer Praxisrelevanz möchten wir Ihnen sodann die neuen EVB-IT Rahmenvereinbarung und das Tool EVB-IT Digital vorstellen, die bei der Beschaffung von IT-Leistungen zugrunde gelegt werden können.

Des Weiteren finden Sie in der aktuellen Ausgabe des Newsletters die Besprechungen von zwei aktuellen Entscheidungen des EuGH, die für die Vergabepaxis von großer Wichtigkeit sind. Eines seiner Urteile befasst sich mit der Bedeutung von Ausschließlichkeitsrechten für die Wahl der Vergabeverfahrensart. In dem anderen Urteil des EuGH geht es um die Produktneutralität bei Materialvorgaben und der Gleichrangigkeit der funktionalen Leistungsbeschreibung mit einem Leistungsverzeichnis. Der letztgenannte Aspekt mag dazu beitragen, Hürden bei Gesamtvergaben aus dem Weg zu räumen, wie in den Thesen 1 und 2 zur Reform des Vergaberechts beschrieben.



LEINEMANN PARTNER
RECHTSANWÄLTE

Außerdem geht es in zwei Entscheidungen von Vergabekammern um den Umgang mit unklaren oder unvollständigen Konzepten, die mit einem Angebot eingereicht werden mussten, und die Behandlung von Unterkostenangeboten.

Sollten Sie Fragen zu unseren Beiträgen haben, können Sie uns gern unter vergaberecht@leinemann-partner.de schreiben oder die jeweiligen Autoren ansprechen.

Viele weitere Entscheidungen, Hinweise auf unsere Bücher, Seminare und Veranstaltungen zum Thema finden Sie auch auf unserer Website unter www.leinemann-partner.de.

Ich wünsche Ihnen eine interessante Lektüre!

Dr. Martin Büdenbender



Themen

Meldungen

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Vergaberecht besser machen, um den 500-Milliarden-Infrastrukturfonds umzusetzen - 10 Thesen für eine schnelle Verbesserung der öffentlichen Infrastruktur

Peter Schwientek, Hamburg

Digitale Revolution in der IT-Vergabe? - EVB-IT digital und EVB-IT Rahmenvereinbarung im Überblick

Dr. Thomas Kirch, Berlin

Ausschließlichkeitsrechte und Verhandlungsverfahren

Dr. Martin Büdenbender, Köln

Vorgaben zum Material eines Produkts sind nur im Ausnahmefall zulässig!

Aliena Metken, Berlin

Unterkostenangebote sind nicht per se auszuschließen!

Yaroslav Shevchuk, Berlin

Unklare oder unvollständige Konzepte führen zwingend zum Angebotsausschluss!



Meldungen

Koalitionsvertrag - Eckpunkte für Änderungen im Vergaberecht

Nach der gescheiterten Vergabetransformation liegt nun der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vor. Zur Planungs- und Baubeschleunigung soll das Vergaberecht grundsätzlich überarbeitet werden. Durch einfachere Vergabeverfahren soll auch der Mittelstand und das Handwerk unterstützt werden. Beabsichtigt ist, das Vergaberecht auf sein Ziel einer wirtschaftlichen, diskriminierungs- und korruptionsfreien Beschaffung zurückzuführen. Die nationalen Wertgrenzen sollen vereinheitlicht und insbesondere für Direktvergaben und freihändige Vergaben heraufgesetzt werden. Direktvergaben sollen auf Bundesebene für Liefer- und Dienstleistungen bis EUR 50.000 und für Start-ups mit innovativen Leistungen in den ersten vier Jahren nach ihrer Gründung bis EUR 100.000 möglich sein.

Für die dringend benötigten Investitionen aus dem Sondervermögen ist geplant, die bereits bestehenden Möglichkeiten zur Beschleunigung bei der Beschaffung und Vergabe auszuschöpfen. Flankiert werden soll dies durch ein Infrastruktur-Zukunftsgesetz, mit welchem die betroffenen Vorhaben rechtlich priorisiert werden. Als Vorbild dienen die Regelungen des LNG-Beschleunigungsgesetzes.

Eingeführt werden soll ein strategisches Beschaffungsmanagement, wobei Behörden künftig auf Rahmenvereinbarungen anderer öffentlicher Dienststellen und auf zentrale Einkaufsplattformen zurückgreifen können sollen. Geplant ist ferner, das Kaufhaus des Bundes zu einem digitalen Marktplatz für Bund, Länder und Kommunen zu entwickeln und die Vergabepattformen zu konsolidieren.

Weiterhin ist die bereits nach dem Vergabetransformationspaket umstrittene Maßnahme, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen Vergabekammerentscheidungen entfallen zu lassen, erneut vorgesehen.



NRW plant Reform des kommunalen Vergaberechts

In Nordrhein-Westfalen hat das Landeskabinett am 11.02.2025 einen Gesetzentwurf zur Reform des Vergaberechts beschlossen.

Die Reform soll das Vergaberecht erheblich vereinfachen. Der Gesetzentwurf hebt alle landesrechtlichen Wertgrenzen für kommunale Vergabeverfahren auf. Kommunen müssen künftig erst ab Erreichen der europäischen Schwellenwerte eine förmliche Ausschreibung durchführen.

Der neue § 75a der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung legt fest, dass Kommunen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wirtschaftlich, effizient und sparsam handeln müssen. Sie sollen die Grundsätze von Gleichbehandlung und Transparenz beachten. Weitere landesrechtliche Vorschriften zur Vergabe entfallen mit der Reform des Vergaberechts.

Die nordrhein-westfälischen Kommunen bekommen denselben Handlungsspielraum wie ihre Tochtergesellschaften. Die Reform reduziert bürokratische Hürden. Kommunen können gemäß § 75a Absatz 2 eigene Vergaberegeln festlegen, wenn sie dies per Satzungsbeschluss tun. Außerdem streicht der Gesetzentwurf § 26 der Kommunalhaushaltsverordnung Nordrhein-Westfalen. Dadurch entfällt die Pflicht zur Anwendung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) sowie der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A). Kommunen können künftig flexibler über ihre Vergabeverfahren entscheiden.



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Vergaberecht besser machen, um den 500-Milliarden-Infrastrukturfonds umzusetzen - 10 Thesen für eine schnelle Verbesserung der öffentlichen Infrastruktur

These 1: Die Vorgabe in § 97 Abs. 4 GWB, dass Aufträge in Fach- und Teillosten vergeben werden sollen, gehört abgeschafft, jedenfalls für Großbauprojekte ab 30 Mio. Euro.

Aktuell sind nach § 97 Abs. 4 GWB öffentliche Auftraggeber zur Vergabe von Fach- und Teillosten angehalten, unabhängig von der Größe eines Projekts. Das führt zu zersplitterter Verantwortung, großem Projektsteuerungsaufwand bei den Auftraggebern und einer Vielzahl von Verträgen mit allen typischen Risiken, Schnittstellenproblemen und Verzögerungen. Die öffentlichen Auftraggeber werden die Zusatzvolumina des 500-Milliarden-Infrastrukturpakets mit ihrem Personalstand nicht bewältigen können. Hier müssten für die vielen Teilloste erhebliche, externe Steuerungs- und Überwachungskapazitäten eingekauft werden, die wieder nur neue Schnittstellen und Steuerungsaufwand schaffen. Die Steuerung eines Großprojekts sollte dem darin erfahrenen Generalunternehmer (GU) überlassen werden. Er überwacht die Ausführung und setzt viele Subunternehmer ein, die er auch überwacht. Der Bauherr überwacht nur seinen GU als alleinigen Bau-Vertragspartner und kann so auch mit überschaubarem Personalaufwand große Projekte begleiten. Der GU haftet für alles und gerade auch für die Funktionalität und Betriebstauglichkeit seiner Gesamtleistung, es können sich nicht mehr viele Verantwortliche die Schuld gegenseitig zuschieben.

These 2: Planung und Bau gehören zusammen - in eine Hand.

Bisher plant der Auftraggeber allein, ohne Beteiligung von Firmen, die die vom Auftraggeber beigestellte Planung dann später im Bau nur noch umsetzen. Das kostet viele kreative Ideen und praktische Verbesserungen, die erst später, nach Beauftragung der Bauleistungen, als Nachträge den



Preis und die Bauzeit treiben. Der Auftraggeber kann seine Anforderungen aber auch nach Art eines Lastenhefts (Zweckbeschreibung, Raumbuch) genau beschreiben, ohne eine konkrete Planung vorlegen zu müssen. Auf diese sog. Funktionale Leistungsbeschreibung können dann Generalunternehmer im Vergabeverfahren ihre Angebote erstellen, wobei sie die wesentlichen Planungsleistungen mit übernehmen. Dann kann im Wettbewerb auch die Ästhetik eines Planungsentwurfs mit bewertet werden, z.B. bei architektonisch anspruchsvollen Gebäuden (weniger bei Straße und Schiene). Ein leistungsstarker Generalunternehmer kann sowohl die Planung wie auch die Baugewerke effizient koordinieren und so Großprojekte schneller betriebsbereit herstellen.

These 3: Kein Angebotsausschluss mehr wegen fehlender oder falsch ausgefüllter Formulare und Angaben

Noch immer scheitern viele Angebot an öffentliche Auftraggeber an Formalitäten: Nachweise fehlen, ein Zertifikat wird nicht beigelegt, ein verwandtes Formular ist veraltet oder es wird falsch ausgefüllt - und das Angebot wird ausgeschlossen. Das ist nicht mehr zeitgemäß und nicht sachgerecht.

Angebote sollten grundsätzlich ohne Nachweise eingereicht werden können. Erst die beiden bestplatzierten Bieter liefern vom Auftraggeber gewünschte Angaben und Unterlagen auf Anforderung nach. Schon mit der Ausschreibung wird vorab mitgeteilt, was der Auftraggeber dann noch anfordern wird. Das sichert eine schnelle Angebotserstellung, ist unkompliziert und fair.

Vergabeverfahren sollen Qualität sichern, nicht Bürokratie verwalten. Kein Bieter sollte wegen eines fehlenden Dokuments rausfliegen, obwohl sein Angebot technisch und preislich gut ist.

These 4: Auftragsvergaben sollten ohne Formularbücher auskommen

Vergabehandbücher des Bundes (teilweise auch Handbücher der Länder) sind mittlerweile aufgeblähte, dicke Regelwerke mit Hunderten Seiten und Dutzenden Formularen für jede vorstellbare Variante. Allein das Heraussuchen der passenden Formblätter und deren Ausfüllen kostet jede Seite Zeit, Nerven und Effizienz.

Es muss darauf verzichtet werden, solche Handbücher zur verpflichtenden Grundlage von Ausschreibung und Vergabe zu machen. Sie können eine Ideensammlung darstellen, aus der man einzelne Formulare heranziehen kann oder auch nicht. Solange die Vergabevorschriften (VOB/A, VgV, SektVO) eingehalten werden, ist das nicht zu beanstanden. Wer viele Formulare verteilt, bekommt viele Fehler beim Ausfüllen geliefert und kann sich gezwungen sehen, ein Angebot allein wegen falsch ausgefüllter oder vergessener Formulare vom Wettbewerb auszuschließen, obwohl es technisch und wirtschaftlich gut ist. Das führt nur zu mehr Frust und mehr Verzögerungen.

These 5: Nachprüfungsverfahren beschleunigen - ohne Rechtsstaat light.

Werden Bieter benachteiligt oder läuft eine Vergabe schief, muss man sie stoppen oder modifizieren können. Für solchen Rechtsschutz gibt es Vergabekammern. Viele Verfahren dort dauern aber zu lange, weil die Kammern zu knapp besetzt sind oder zu bürokratisch arbeiten. Dann werden die Bearbeitungsfristen oft mehrfach verlängert. Es muss Schluss damit sein, dass solche Kammern sich mit einem Fall beliebig lange befassen können und Bundesländer sich hinter Personalproblemen verstecken und die Bearbeitungsdauer darauf schieben können.

Die Vergabekammer muss die Vorgabe erhalten, zwingend in 7 Wochen zu entscheiden. Ergibt bis dahin keine Entscheidung, sollte der Nachprüfungsantrag als erfolgreich gelten - der Bieter bekäme dann allein deshalb Recht, weil die Vergabekammer zu langsam arbeitet. Das ist ein guter Anreiz,



schnell und effizient zu verfahren. Bei der Vergabekammer des Bundes läuft die Bearbeitung schon jetzt ziemlich zügig. Mit dieser neuen Vorgabe würden lange Verfahrensdauern zu Lasten des Staates gehen.

Auch die Verfahrenskosten für eine Nachprüfung sind zu hoch. Die Gebühren der Vergabekammer müssen um 50 % gesenkt werden. Bei den Gebühren der Vergabekammer fehlt auch eine echte gesetzliche Grundlage, sie werden innerhalb einer Spanne von 2.500 bis 100.000 Euro nach Ermessen festgesetzt. Auch das gehört sauber geregelt, bei abgesenkten Kosten. Wenn es schneller geht, kann es auch billiger werden.

These 6: Beschwerdeverfahren muss echten Rechtsschutz geben, aber schnell

Wenn es gegen die Entscheidung der Vergabekammer in die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht geht, muss diese Beschwerde zum OLG automatisch aufschiebende Wirkung haben, d.h. solange sie läuft, kann der Auftrag nicht erteilt werden. Ausnahme: Das OLG hält die Beschwerde für aussichtslos und gestattet den Zuschlag vorab. Geschieht das nicht, wird die Beschwerde meist erfolgreich sein. Das OLG sollte eine Maximalfrist zur Entscheidung von drei Monaten haben.

Die alte wie die neue Bundesregierung wollten umgekehrt vorgehen: Wer sich an das OLG wendet, soll die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittelverfahrens verlieren. Das ist ein falscher Weg: Der Auftrag könnte dann wirksam erteilt werden, obwohl die Vergabe noch angefochten wird. So wird Rechtsschutz zur Farce. Schon heute gilt: Wenn der Auftraggeber dringend den Zuschlag erteilen muss, kann er das aktiv beim OLG in einem Zwischenschritt beantragen. Dabei kann es bleiben. Die von der Regierung beabsichtigte Neureglung zu Lasten des Beschwerdeführers begünstigt schlechte und/oder falsche Auftragsvergaben und ist rechtsstaatlich bedenklich, allein unter dem Deckmantel, dass die Vergabe schnell gehen soll. Am Ende zahlt der Staat doch, denn Schadensersatz kann der übergangene Bieter auch später noch geltend machen. Solche Prozesse werden unweigerlich zunehmen, wenn man eine Auftragsvergabe in 2. Instanz nicht mehr stoppen kann.

These 7: Landesvergabegesetze abschaffen - kein Mensch braucht sie

Wer bundesweit für die öffentliche Hand arbeitet, kennt das Problem: Jedes Bundesland hat sein eigenes Vergabegesetz, seinen eigenen Mindestlohn, eigene Formulare. Was in Hamburg gilt, kann in Hessen schon zum Ausschluss führen, Bayern will andere Erklärungen zum Angebot als Berlin oder Sachsen-Anhalt.

Seit es den bundesweiten Mindestlohn gibt, braucht es keine landesspezifischen Regelungen mehr. Sie wurden ursprünglich nur eingeführt, weil es keinen bundesweiten Mindestlohn gab. Jetzt haben wir allerlei „Vergabe-Mindestlöhne“ nebeneinander, z.B. auch in Bremen und Niedersachsen, obwohl de facto ein einheitlicher Wirtschaftsraum besteht. Das ist grotesk, ebenso wie der eifernde Wettbewerb der Bundesländer um den höchsten Mindestlohn, der scheinbar die höchsten Sozialstandards signalisieren soll, in Wirklichkeit aber nur kaum zu überprüfende bürokratische Anforderungen aufbaut. Alle Landesvergabegesetze gehören schleunigst abgeschafft, nur der Bund sollte vergaberechtliche Vorgaben treffen. Ein schlankes Vergaberecht spart Zeit, vermeidet Fehler - und macht den Wettbewerb effizienter und fairer.

These 8: Bieter müssen leichter Alternativvorschläge zur Ausschreibung machen können

Alternativvorschläge - sog. Nebenangebote - sind seit langem in Angeboten für Bauleistungen üblich, werden aber oft nicht berücksichtigt, weil Auftraggeber Sorge haben, sie würden nicht in die vorab mitgeteilten Wertungs- oder Qualitätskriterien passen. Dennoch werden oft Nebenangebote mit



wesentlich intelligenteren technischen Ideen oder einer schnelleren Ausführung oder niedrigeren Folgekosten erarbeitet. Es muss leichter werden, solche intelligenten Bieteranschläge zu berücksichtigen, ohne ein Vergabeverfahren aufzuheben oder an den Anfang zurückzusetzen. Über solche Nebenangebote sollten Verhandlungen ermöglicht werden, damit viele Bieter sich Gedanken machen, ob und wie sie eine ausgeschriebene Leistung besser machen und anbieten können.

These 9: Mut zu großen Ausschreibungen und neuen Vertragskonzepten

Das gewaltige Investitionsprogramm für Verteidigung und Infrastruktur kann von den bestehenden Beschaffungsstrukturen des Bundes und der Länder nicht bewältigt werden. Hier bedarf es beherzter, neuer Ausschreibungskonzepte. Maßnahmen wie Brückensanierungen und Neubauten könnten sowohl auf der Genehmigungsseite, wie auch bei Planung und Ausführung einem Komplettanbieter überlassen werden. Brücken sollten möglichst als vorgefertigte Teile gebaut werden, weil das die Bauzeit maximal verkürzt und den Verkehr minimal beeinträchtigt. Dieser Anbieter muss dann auch die Planung erbringen, nicht der Bauherr wie bisher. Ob dann viele Brücken gleich aussehen werden, ist demgegenüber nachrangig. Bei wichtigen Verkehrsstrecken muss das ganze Jahr über 7 Tage die Woche und auch nachts gearbeitet werden können, allerdings auch seitens des Auftraggebers, der Zwischenabnahmen und Prüfungen auch am Wochenende durchführen muss. Hier stehen oft noch überholte Feiertagsgesetze im Weg.

Mehrkosten in der Ausführung müssen nach einfachen Formeln vorläufig an die Auftragnehmer gezahlt werden können, das erhöht die Motivation. Später wird dann im Detail verhandelt. Die Auftraggeber müssen generell kurze Zahlungsfristen einhalten und sonst automatisch zu Verzugszinsen verpflichtet sein. Die Kündigungsmöglichkeiten bei Bauaufträgen sind sinnvoll einzuschränken, um den Projektfortschritt nicht zu gefährden. Auf Basis der VOB/B sollte die öffentliche Hand einen echten Musterbauvertrag entwickeln, der eine faire Risikoverteilung vorsieht.

These 10: Wenn es doch Streit gibt - dann mit neuen Methoden

Bei Streitigkeiten in Bauprojekten ist eine verbindliche Adjudikation auch in öffentlichen Verträgen vorzusehen, damit nicht alles auf einen späteren, langen Prozess vor Gericht geschoben werden kann. Alle großen Infrastrukturprojekte sollten vor den neuen Commercial Courts bei den Oberlandesgerichten prozessiert werden können, die seit April in Deutschland für große Verfahren eingeführt wurden. Auch der staatliche Auftraggeber soll sich dort verklagen lassen können, was bisher noch nicht vorgesehen ist. Und: um ein faires Verfahren zu gewährleisten, muss die Befreiung staatlicher Auftraggeber von den Gerichtskosten entfallen oder sie muss auch der anderen (privaten) Partei gewährt werden. Dass bisher der Staat kostenfrei prozessieren kann, seine Vertragspartner aber das Gericht zu 100% bevorschussen und am Ende auch Kosten tragen müssen, ist eine überholte Regelung und heute nicht mehr rational begründbar. Zusätzlich ist den Vertragsparteien die Wahl zu lassen, dass auch ein Schiedsgericht mit der Klärung von Streitigkeiten eingesetzt werden kann.



Peter Schwientek, Hamburg

Digitale Revolution in der IT-Vergabe? - EVB-IT digital und EVB-IT Rahmenvereinbarung im Überblick

Die Digitalisierung der Verwaltung erfordert moderne IT-Beschaffungsprozesse. Ein wichtiger Schritt können die im September 2024 veröffentlichte neue EVB IT-Rahmenvereinbarung und vor allem das bereits 2023 veröffentlichte Tool „EVB-IT digital“ darstellen. Letzteres ist als innovatives Werkzeug der automatisierten Vertragserstellung („Vertrags-Wizard“) ausgestaltet. Es soll Abläufe vereinfachen, die Effizienz erhöhen und die IT-Beschaffung letztendlich zukunftsfähig machen.

Die fortschreitende Digitalisierung führt zu immer komplexeren Herausforderungen bei der IT-Vergabe. Zur Optimierung der Prozesse wurde 2023 die open source Anwendung „EVB-IT digital“ vom Bundesministerium des Inneren (BMI) und der Arbeitsgruppe EVB-IT entwickelt und kostenfrei bereitgestellt. Im September 2024 folgte dann erstmals ein EVB-IT Vertragsmuster, das aufgrund seines Umfangs ausschließlich über dieses Tool konfigurierbar ist - die EVB-IT Rahmenvereinbarung. Die bisherigen 11 EVB-IT-Vertragstypen bleiben vorerst in textbasierter Form bestehen. Laut Website des Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik (CIO Bund) ist die Digitalisierung dieser Vertragsdokumente jedoch bereits im Gange.

Das kostenfrei Downloadpaket des EVB-digital enthält die drei Dateien EVB-IT Rahmenvereinbarung Formulardesigner.json, EVB-IT Rahmenvereinbarung.json und die eigentliche Anwendung, den EVB-IT.digital.1.5.8.Player. Die Anwendung läuft als HTML-Datei direkt im Browser, was eine Installation nicht erforderlich macht. Vertragsmuster werden als JSON-Playbook zur Bearbeitung hochgeladen, wo dann ein interaktiver Dialog mit der Anwendung beginnt.

Im Rahmen des durch die Anwendung gesteuerten Frage-Antwort-Systems wird der Vertrag schrittweise und strukturiert erstellt. Der Nutzer wird systematisch durch das EVB-IT Vertragsmuster geführt, wobei abhängig von den gewählten Antworten nachfolgende Schritte automatisch entfallen



können. Dies führt zu einer erheblichen Effizienzsteigerung gegenüber der herkömmlichen EVB-IT-Vertragsbearbeitung und ermöglicht eine intelligente, regelbasierte Vertragserstellung. Zudem bietet das Tool Hinweise und Erläuterungen, die potenzielle Fehler vermeiden sowie inhaltliche Konsistenz und Optimierung sicherstellen können. Beispielsweise wird darauf hingewiesen, dass eine Mindestabnahmemenge in der Rahmenvereinbarung in der Regel die Kalkulationssicherheit der Bieter erhöht und somit zu günstigeren Preisen führen kann.

Nach aktuellem Stand kann ausschließlich die EVB-IT Rahmenvereinbarung in die Anwendung EVB-IT-digital hochgeladen werden. Bemerkenswerter hierbei ist, dass bis September 2024 keine EVB-IT Vorlage für eine Rahmenvereinbarung existierte, obwohl Rahmenvereinbarungen (vgl. § 103 GWB, § 21 VgV, § 15 UVgO) ein wesentliches Instrument der Vergabepaxis sind, da sie eine flexible und effiziente Beschaffung bei wiederkehrenden Bedarfen ermöglichen. Die neue EVB-IT Rahmenvereinbarung besteht aus zwei Teilen, wobei der zweite Teil in weitere Module unterteilt ist. Der erste Teil wird als „Teil A“ bezeichnet. Hier werden Regelungen festgelegt, die für alle Leistungsbereiche gelten, wie beispielsweise die Bestimmung von mehreren Auftraggebern oder Auftragnehmern, Laufzeit und Kündigung der Rahmenvereinbarung, Modalitäten der Einzelaufträge oder etwaige Mindest- und Höchstabnahmevolumina. In „Teil B“ können verschiedene „Module“ integriert werden, die durch die bestehenden EVB-IT-Vertragstypen abgebildet werden. Für die EVB-IT Rahmenvereinbarung existieren keine eigenen AGB. Stattdessen werden - je nach Einbeziehung in „Teil B“ - die AGB anderer EVB-IT Vertragstypen herangezogen.

Fazit: Das durch EVB-IT digital eingeführte Konzept eines „intelligenten“ Workflows stellt eine wesentliche Verbesserung in der IT-Beschaffung dar, indem es effiziente Abläufe mit erhöhter Entscheidungssicherheit kombiniert. Gezielte Hinweise und eine strukturierte Prozessführung ersetzen die teilweise mühsame Befüllung von Vertragsmustern. Besonders positiv ist die Einführung der EVB-IT Rahmenvereinbarung, die öffentliche Auftraggeber von der Notwendigkeit entbindet, eigene Vereinbarungen zu erstellen, und so Standardisierung, Transparenz und Effizienz fördert.



Dr. Thomas Kirch, Berlin

Ausschließlichkeitsrechte und Verhandlungsverfahren

Nach der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) darf die „Ausschließlichkeitssituation“ zur Begründung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb beim Rückgriff auf technische Gründe oder zum Schutz von Ausschließlichkeitsrechten nicht dem Auftraggeber zuzurechnen sein.

EuGH, Urteil vom 09.01.2025, Rs. C-578-23

Das Finanzministerium der tschechischen Republik schloss 1992 mit einem im IT-Bereich tätigen Unternehmen einen Vertrag, auf dessen Grundlage ein Informationssystem für die tschechische Steuerverwaltung geschaffen wurde. Im Frühjahr 2016 führte die nunmehr zuständige staatliche Stelle, die neu gegründete GFD, als Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung exklusiv mit dem vom Finanzministerium bereits früher beauftragten Unternehmen durch und vergab einen Auftrag über die Wartung des betroffenen Informationssystems. Dies wurde mit der technischen Kontinuität zwischen dem in Rede stehenden Informationssystem und seiner Wartung nach der Garantiezeit sowie mit dem Schutz von ausschließlichen Urheberrechten der Auftragnehmerin am Quellcode dieses Systems begründet. Die Auftragnehmerin ist Inhaberin der Lizenzrechte für das System. Dieses Vorgehen hat das tschechische Wettbewerbsamt für rechtswidrig gehalten, da die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Auftragsbekanntmachung nicht vorgelegen hätten. Die Auftraggeberin habe nicht nachgewiesen, dass der in Rede stehende öffentliche Auftrag aus technischen Gründen ausschließlich von der Auftragnehmerin ausgeführt werden können. Auch sei die Erforderlichkeit, die ausschließlichen Rechte der Auftragnehmerin zu schützen, die Folge des vorherigen Verhaltens des Rechtsvorgängers der Auftraggeberin, des Finanzministeriums, gewesen. Eine hiergegen gerichtete Klage der Auftraggeberin blieb in der ersten Instanz erfolglos. In der zweiten Instanz legt das zuständige Gericht die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.



Das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung ist nur in den in den Vergaberichtlinien bestimmten, abschließend aufgezählten Fällen zulässig und hat im Verhältnis zum offenen und nicht offenen Verfahren Ausnahmecharakter. Dementsprechend sind diese Regelungen eng auszulegen und die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen der betreffenden Vorschriften erfüllt sind, trägt derjenige, der sich auf diese Ausnahme berufen will.

Ein Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung ist möglich, wenn der Auftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden kann. Dabei stellt der EuGH klar, dass hierbei zu berücksichtigen ist, ob ein öffentlicher Auftraggeber durch sein eigenes Verhalten eine Ausschließlichkeitssituation im Sinne des Vergaberechts herbeigeführt hat. Es kommt dabei auch auf die rechtlichen und tatsächlichen Umstände an, die den Abschluss des Vertrags über die ursprüngliche Leistung, auf dem die öffentlichen Folgeaufträge beruhen, begleitet haben. Dies vorausgesetzt, fordert der EuGH, dass der öffentliche Auftraggeber nachweisen muss, dass ihm die Ausschließlichkeitssituation nicht zuzurechnen ist. Der Wortlaut der Vorschrift sieht ein solches Erfordernis - anders als bei einer Rechtfertigung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb wegen des Vorliegens dringlicher, zwingender Gründe - zwar nicht vor. Der EuGH betont aber, dass ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet ist, alles zu tun, was vernünftigerweise erwartet werden kann, um den Rückgriff auf den Ausnahmetatbestand eines exklusiven Verhandlungsverfahrens aus den aufgezeigten Gründen zu vermeiden. Es dürfe einem Auftraggeber nicht erlaubt sein, die betreffenden Bestimmungen anzuwenden, wenn er zur Erreichung des Ziels des betreffenden Auftrags die Ausschließlichkeitssituation nicht herbeiführen musste oder über tatsächliche und wirtschaftlich vertretbare Mittel verfügte, um diese Situation zu beenden.

Fazit

Hat der öffentliche Auftraggeber den Erstauftrag ordnungsgemäß im Vergabewettbewerb vergeben und wurden so Ausschließlichkeitsrechte begründet, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Auftraggeber über tatsächliche und wirtschaftlich vertretbare Mittel verfügt, um diese Situation zu beenden. Das bedeutet jedoch nicht, dass ein ordnungsgemäß angeschafftes, mit einem Ausschließlichkeitsrecht verbundenes IT-Bestandssystem vollständig neu auszuschreiben wäre, wenn der Auftraggeber nur ein zusätzliches Modul erwerben will, welches lediglich der Bestandsanbieter liefern kann. Auch sind die bereits getätigten Investitionen bei der Frage, ob die Alleinstellung tatsächlich und mit wirtschaftlich vertretbaren Mitteln beendet werden kann, zu berücksichtigen.



Dr. Martin Büdenbender, Köln

Vorgaben zum Material eines Produkts sind nur im Ausnahmefall zulässig!

Nach dem Grundsatz der Produktneutralität dürfen öffentliche Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung nur ausnahmsweise auf bestimmte Produkte oder Hersteller verweisen. Nach der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sollen Vorgaben zu Materialien, aus denen die auftragsgegenständlichen Produkte bestehen, nun denselben strengen Voraussetzungen unterfallen. Zudem besteht keine Nachrangigkeit der funktionalen Leistungsbeschreibung gegenüber einem Leistungsverzeichnis.

EuGH, Urteil vom 16.01.2025, C-424-23

Ein öffentlicher Auftraggeber aus Belgien, der für die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung zuständig ist, schrieb einen Auftrag für den Bau und die Erneuerung von Abwasserkanälen aus. Die Leistungsbeschreibung sah vor, dass für die Systeme zur Ableitung von Abwasser Rohre aus Steinzeug und für die Systeme zur Ableitung von Regenwasser Rohre aus Beton angeboten werden mussten. Die Verwendung anderer Materialien wurde nur unter besonderen technischen Umständen gestattet. Ein Unternehmen, das Abwasserrohre nur aus Kunststoff herstellte, war der Auffassung, dass die genannten Vorgaben der Leistungsbeschreibung gegen das Vergaberecht verstießen.

Auf eine entsprechende Vorlagefrage des für den Rechtsstreit zuständigen belgischen Gerichts zur Auslegung von Art. 42 der EU-Vergaberichtlinie 2014/24 hat der EuGH zunächst klargestellt, dass zwischen den Methoden der Leistungsbeschreibung keine Hierarchie besteht. Zudem dürfen öffentliche Auftraggeber in den technischen Spezifikationen - also der Leistungsbeschreibung - grundsätzlich keine Vorgaben zu den Materialien der angebotenen Waren machen.

Das Gericht stützt sich bei seiner Entscheidung darauf, dass das Material, aus dem ein Produkt



bestehe, nicht als Leistungs- oder Funktionsanforderung im Sinne von Art. 42 Abs. 3 lit. a) der Richtlinie 2014/24 eingestuft werden kann. Ein Material kann zwar dazu beitragen, eine Funktionsanforderung zu erfüllen, ist aber selbst keine Leistungs- oder Funktionsanforderung. Daher gehört eine Materialvorgabe nicht zu den vom EU-Vergaberecht anerkannten Methoden der Formulierung technischer Anforderungen an den Leistungsgegenstand. Das EU-Recht erlaubt nämlich ausschließlich die Beschreibung des Leistungsgegenstands anhand von Leistungs- oder Funktionsanforderungen (Variante 1) oder unter Bezugnahme auf bestimmte technische Bezugssysteme (Variante 2) oder als Kombination beider Varianten (Variante 3). Dabei besteht zwischen einer funktionalen Leistungsbeschreibung und einem Leistungsverzeichnis keine Hierarchie.

Nach Art. 42 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 ist es zudem grundsätzlich verboten, in die technischen Spezifikationen „auf eine bestimmte Herstellung oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer bereitgestellten Waren oder Dienstleistungen charakterisiert“ zu verweisen, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Waren begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise tragen nämlich nicht dazu bei, das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb zu öffnen, sondern bewirken umgekehrt eine Einengung des Wettbewerbs. Dies gilt gerade auch für Vorgaben an bestimmte Materialien. Dementsprechend ist die Vorgabe eines bestimmten Materials der zu beschaffenden Waren lediglich in zwei Fällen zulässig: Zum einen kann eine Materialvorgabe mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ erfolgen, wenn der Auftragsgegenstand andernfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Zum zweiten ist die Vorgabe eines Materials - auch ohne den Zusatz „oder gleichwertig“ - zulässig, wenn die Anforderung sachlich gerechtfertigt ist.

Fazit

Bislang war die Auffassung weit verbreitet, dass die Wahl des Materials von der Freiheit des öffentlichen Auftraggebers umfasst sei, den Beschaffungsgegenstand zu definieren. Darüber hinaus sollten Materialvorgaben zu einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung dazugehören. Das Urteil des EuGH steht in Widerspruch zu der Praxis, Materialvorgaben in konstruktive Leistungsbeschreibungen bzw. Leistungsverzeichnisse aufzunehmen. Stattdessen unterstreicht die Entscheidung die besondere Bedeutung einer offenen und innovationsfreundlichen Vergabepaxis, bei der unterschiedliche Lösungen miteinander konkurrieren sollen. Auftraggeber müssen demzufolge in jedem Einzelfall sorgfältig prüfen, ob Gründe vorliegen, die eine Materialvorgabe sachlich rechtfertigen.

Darüber hinaus dürfte der in § 7c EU Abs. 1 VOB/A vorgesehene grundsätzliche Vorrang des Leistungsverzeichnisses gegenüber der funktionalen Leistungsbeschreibung nach der aktuellen Rechtsprechung des EuGH nicht mehr anzuwenden sein. Das erleichtert die gemeinsame Vergabe von Planungs- und Bauleistungen und kann eine Gesamtvergabe im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ermöglichen.



Aliena Metken, Berlin

Unterkostenangebote sind nicht per se auszuschließen!

Mit Beschluss vom 08.08.2024 hat die Vergabekammer Niedersachsen klargestellt, dass den Bieter im Rahmen der Aufklärung eines als zweifelhaft erkannten Angebotspreises eine Mitwirkungsobliegenheit trifft.

VK Niedersachsen, Beschluss vom 08.08.2024, VGK-14/2024

Die Auftraggeberin (AG), eine Sektorenauftraggeberin, schrieb den Betrieb von Busverkehrsleistungen nach Maßgabe der SektVO aus. Als alleiniges Zuschlagskriterium wurde der niedrigste Preis festgelegt. Das Angebot der Beigeladenen (Bg) lag preislich erheblich unter dem der zweitplatzierten Antragstellerin (ASt). Die AG forderte die Bg zur Offenlegung ihrer Kalkulation auf und führte auch einen Aufklärungstermin durch. In diesem ging sie jedoch nicht auf sämtliche zuvor im Aufklärungsschreiben konkret benannten Punkte ein. Die ASt rügte, die Bg habe wesentliche Kostenelemente fehlerhaft oder unvollständig kalkuliert, weshalb das Angebot aus Sicht der ASt nicht auskömmlich sei. Zudem habe die AG - trotz des auffällig niedrigen Angebotspreises - keine hinreichende Preisaufklärung vorgenommen. Nach Zurückweisung der Rüge stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag.

Ohne Erfolg! Ein Angebot ist nicht bereits deshalb von der Wertung auszuschließen, weil sein Preis unterhalb der eigenen Kostenkalkulation des Auftraggebers liegt. Bestehen beim Auftraggeber aufgrund eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebots, ist er vielmehr gemäß § 54 SektVO - inhaltsgleich mit § 60 VgV - verpflichtet, eine vertiefte Prüfung vorzunehmen und eine umfassende Preisaufklärung durchzuführen. Die VK verweist in diesem Zusammenhang auf die mittlerweile überwiegend anerkannte sogenannte Aufgreifschwelle von 20 % gegenüber dem nächsthöheren Angebot. Wird diese Schwelle erreicht, besteht eine Pflicht zur Aufklärung. Nach entsprechender Aufforderung obliegt es dem Bieter, durch nachvollziehbare und widerspruchsfreie Angaben sowie durch geeignete objektive Nachweise eine schlüssige Darlegung



seiner Kalkulation zu ermöglichen. Der Bieter hat sämtliche relevanten Kostenelemente transparent zu erläutern und so aufzubereiten, dass eine sachgerechte und objektive Prüfung erfolgen kann.

Liefert der Bieter im Rahmen dieser Aufklärung nachvollziehbare und konsistente Angaben und erweist sich die Kalkulation trotz etwaiger Verluste oder einer äußerst knappen Wirtschaftlichkeit als nachvollziehbar, steht dies der Zuschlagserteilung nicht entgegen. Maßgeblich ist allein, ob die vertraglich geschuldete Leistung inhaltlich und qualitativ ordnungsgemäß erbracht werden kann und ob die hierfür erforderlichen betrieblichen Kapazitäten tatsächlich zur Verfügung stehen. Gerade bei langfristigen Vertragsverhältnissen kann eine vorübergehende Kalkulation unterhalb der Vollkosten betriebswirtschaftlich plausibel sein - etwa zur Sicherung von Marktanteilen, zur besseren Auslastung vorhandener Kapazitäten oder zur Deckung fixer Gemeinkosten.

Bestehen demnach keine durchgreifenden Zweifel an der Realisierbarkeit der angebotenen Leistung, ist ein sogenanntes Unterkostenangebot nicht vom Wettbewerb auszuschließen. Ein automatischer Ausschluss aufgrund eines signifikanten Preisunterschieds ist vielmehr unzulässig, solange die Kalkulation nach sachgerechter Prüfung als wirtschaftlich vertretbar angesehen werden kann. Nach Auffassung der Vergabekammer ist ein solches Vorgehen sogar im Sinne der Wettbewerbsförderung geboten, sofern die Erfüllbarkeit des Auftrags nicht gefährdet wird.

Fazit

Ein „Unterkostenangebot“ ist somit erst dann nicht zuschlagsfähig, wenn feststeht, dass die angebotene Leistung zu dem genannten Preis tatsächlich nicht ordnungsgemäß erbracht werden kann, der Bieter seiner Mitwirkungspflicht bei der Preisauflärung nicht nachkommt oder lediglich pauschale, inhaltsleere Erklärungen abgibt. In diesen Konstellationen ist der Auftraggeber berechtigt - und gegebenenfalls verpflichtet - das Angebot vom weiteren Verfahren auszuschließen.



Yaroslav Shevchuk, Berlin

Unklare oder unvollständige Konzepte führen zwingend zum Angebotsausschluss!

Die Vergabekammer des Bundes entschied im vorliegenden Beschluss, dass unklare oder unvollständige Konzepte im Angebot zwingend zum Ausschluss führen, da diese eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen darstellen. Zudem stellte die VK klar, dass eine Angebotsabgabe über den E-Mail-Account Dritter grundsätzlich zulässig ist.

VK Bund, Beschluss vom 06.11.2024, VK 2-87/24

Im vorliegenden Fall schrieb der Antragsgegner (AG) Wach- und Sicherheitsdienstleistungen nach der Vergabeordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) aus. Im Leistungsverzeichnis (LV) waren insbesondere konkrete Vorgaben zu vorbereitenden Maßnahmen und deren zeitlichen Umsetzung enthalten. Die Antragstellerin (ASt), die aktuell Vertragspartnerin des AG ist, reichte fristgerecht ihr Angebot ein, verwendete dabei jedoch eine unklare Darstellung zur zeitlichen Umsetzung der erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen. So enthielt ihr Konzept keine ausdrückliche Aussage darüber, dass sämtliche geforderten Maßnahmen - wie von dem AG im LV gefordert - rechtzeitig abgeschlossen sein würden. Zudem plante sie, in ad hoc-Szenarien ggf. auch Ressourcen von Drittunternehmen einzusetzen, obwohl dies laut Vergabeunterlagen nur nach vorheriger schriftlicher Genehmigung des AG zulässig wäre. Der AG schloss das Angebot der ASt aus. Nach einer erfolglosen Rüge stellte diese einen Nachprüfungsantrag bei der VK Bund.

Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag der ASt zurück. Sie bestätigte den Ausschluss ihres Angebots, da das Konzept - unabhängig von den per se unklaren Formulierungen - inhaltlich unvollständig war und somit die Vergabeunterlagen gemäß § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV unzulässig änderte. Nach Ansicht der VK bestand keine Pflicht zur Aufklärung durch den AG, da keine widersprüchlichen, sondern unvollständige bzw. fehlerhafte Angaben vorlagen. Den Hinweis der ASt



auf die Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 18.07.2019, X ZR 86/17), wonach die abweichenden Vertragsbedingungen des Bieters nicht zwingend zu einem Angebotsausschluss führen müssen, wies die VK Bund ausdrücklich zurück, da diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragbar ist.

Des Weiteren stellte die Vergabekammer klar, dass gegen die Nutzung eines fremden E-Mail-Accounts eines konzernverbundenen Unternehmens im Rahmen der Angebotsabgabe keine Bedenken bestehen. Der pauschale Rückschluss auf eine unzulässige Änderung der Bieteridentität darf in einer derartigen Konstellation nicht gezogen werden, so die VK Bund. Der Einsatz eines fremden Accounts als reine Botentätigkeit ist demnach zulässig, sofern aus den Unterlagen eindeutig hervorgeht, wer tatsächlich Bieter ist.

Fazit

Die Entscheidung zeigt die immense Bedeutung sorgfältiger Vorgaben an die Angebote durch den Auftraggeber, die die Anforderungen klar definieren. Bieter müssen diese bei der Angebotserstellung vollständig prüfen und auch bei der Erstellung von Konzepten vollständig umsetzen. Im Übrigen soll bei der Angebotsabgabe die Nutzung des (E-Mail-)Accounts eines Dritten grundsätzlich zulässig sein. Will der Auftraggeber von vornherein Zweifel an der Bieteridentität ausschließen, sollte er hinsichtlich der zwingenden Nutzung eines eigenen Accounts Vorgaben für die Angebotsabgabe machen.