

Vergaberecht

Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht

in Zusammenarbeit mit der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V.

in Verbindung mit der AG Vergaberecht im Deutschen Anwaltverein

HERAUSGEBER

Bernhard Stolz, München

Loni Goldbrunner, München

FACHBEIRAT

Univ.-Prof. Dr. Martin Burgi, München

Jochem Gröning, Berlin

Dr. Matthias Krist, Koblenz

VorsRi'inOLG Dr. Christine Maimann, Düsseldorf

Malte Müller-Wrede, Berlin

Dr. Annette Mutschler-Siebert, Berlin

Dr. Olaf Otting, Hanau

Dr. Norbert Reuber, Köln

Ri'inBGH Dr. Stefanie Roloff, Karlsruhe

Prof. Dr. Mark von Wietersheim, Berlin

Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer



Heft 1

Januar 2026

Seiten 1–124

26. Jahrgang

Art.-Nr. 23888601

1

AUS DEM INHALT:

Aufsätze

Grahl Großgerätebeschaffung zwischen Produktneutralität und Alleinstellungsbehauptung – aktuelle Rechtsprechung und Praxishinweise • S. 1

Herrmann Kontrolle von Leistungsversprechen durch die öffentlichen Auftraggeber • S. 9

Osseforth/Hensel Praxisrelevante Änderungen bei der Anwendung der VO (EG) Nr. 1370/2007 im Bereich des SPNV durch die neuen Auslegungsleitlinien der EU-Kommission • S. 17

Rechtsprechung

BayObLG, 10.09.2025 Parkleitsystem; Bauauftrag; Abgrenzung Liefer- und Dienstleistungsauftrag; Grundsatz der Losvergabe; Dokumentation • S. 28 • m. Anm. Hertwig

OLG Dresden, 28.08.2025 IT-Leistungen, Vergabe ohne Wettbewerb; technische Gründe; alternative Lösungen; ex-ante-Transparenzberichterstattung • S. 36 • m. Anm. Dörn

KG, 04.06.2025 IT-Leistungen; Verhandlungsverfahren; Mindestanforderungen; Zuschlagskriterien; Unternehmen aus Nicht-EU-Staaten • S. 46 • m. Anm. Hübner

OLG Karlsruhe, 31.07.2025 Rahmenvereinbarung; Mindestabnahmemenge; Änderung der Vergabeunterlagen; Eignungskriterien; Direktlink • S. 63 • m. Anm. Dimieff

OLG Karlsruhe, 18.09.2025 Bauleistungen; vorbehaltene Erklärungen; Umweltschadenversicherung; Ausschluss; Mindestumsatz • S. 77 • m. Anm. Schalk

BayObLG, 11.06.2025 Planungsleistungen; Zuschlagskriterien; Honorarbewertung; Gewichtung; Präsentation; Vortragsqualität • S. 86 • m. Anm. Klein

LG Osnabrück, 11.09.2025 Vergabeberatungsleistungen; Rechtsdienstleistungen; gesetzliche Befugnis; Zurverfügungstellung eines Vertragsentwurfs; Unterlassungsanspruch • S. 112 • m. Anm. Pfarr

Werner Verlag

Anmerkung:

von Rechtsanwalt Dr. Alexander Hübner, Stuttgart*

Aus dem umfangreichen KG-Beschluss stechen aus Praktikersicht die Ausführungen des KG zu den folgenden drei Fragen hervor: (1.) Ist es zulässig, Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien im laufenden Verhandlungsverfahren zu ändern? (2.) Müssen im Verhandlungsverfahren Mindestanforderungen als solche bezeichnet werden? (3.) Müssen Unternehmen aus Drittstaaten von Vergabeverfahren im Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien ausgeschlossen werden?

1. Gem. § 17 Abs. 10 VgV darf im Verhandlungsverfahren über die von Bietern eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel verhandelt werden, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Dabei darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. Auch Art. 29 Abs. 3 UABs. 2 RL 2014/24/EU schreibt vor, dass die Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien nicht Gegenstand von Verhandlungen sind. Zur Wahrung der Bietergleichbehandlung muss der Auftraggeber gem. § 17 Abs. 13 Satz 3 VgV alle nicht ausgeschlossenen Bieter über etwaige Änderungen der Vergabeunterlagen informieren, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien betreffen.

Ist es also unzulässig, Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien im laufenden Verhandlungsverfahren zu ändern? Das KG beantwortet die Rechtsfrage nicht für § 17 Abs. 13 Satz 3 VgV, sondern lediglich für § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV: Dieser Norm lasse sich ein Änderungsverbot nicht entnehmen. Denn aus der Vorgabe, nicht über Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien verhandeln zu dürfen, könne nicht gefolgert werden, dass sie nicht im Laufe des Verhandlungsverfahrens geändert werden könnten. Das KG liegt mit diesem Ergebnis auf der Linie der Rechtsprechung zu Änderungen im laufenden Vergabeverfahren vor Ablauf

28 Vgl. Senat, Beschl. v. 04.12.2015 – Verg 8/15.

29 So aber 20 Stoye/Thomas, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2023, § 173 Rdnr. 37.

30 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.09.2018 – VII-Verg 50/18.

31 Vgl. Senat, Beschl. v. 04.12.2015 -Verg 8/15.

* Fachanwalt für Vergaberecht, Haver & Mailänder Rechtsanwälte Partnerschaft mbB.

der Angebotsfrist. „Der öffentliche Auftraggeber ist berechtigt, die Vergabeunterlagen im laufenden Vergabeverfahren zu ändern, sei es zur Korrektur von Vergaberechtsverstößen oder aus Gründen der Zweckmäßigkeit, sofern dies nur in einem transparenten Verfahren und diskriminierungsfrei geschieht. Die Änderungsbefugnis des Auftraggebers bezieht sich auf alle Bestandteile der Vergabeunterlagen, so die Leistungsbeschreibung, Zuschlagskriterien, Unterkriterien und Gewichtungen.“¹

Die Rechtsfrage, ob sich ein Verbot zur Änderung von Mindestkriterien und Zuschlagskriterien nicht aus § 17 Abs. 13 Satz 3 VgV ergibt, konnte das KG wegen der besonderen Umstände des entschiedenen Sachverhalts unbeantwortet lassen.

Die Rechtsprechung nimmt kein kategorisches Änderungsverbot an, ist allerdings, was die Zulässigkeit von Änderungen der Zuschlagskriterien nach Ablauf der Angebotsfrist betrifft, sehr restriktiv. Stets ist das Verbot der Bieterdiskriminierung zu beachten.² Verboten ist insbesondere eine Änderung, die, wenn sie bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, die Angebotserstellung hätte beeinflussen können.³

2. Eine Verhandlung über Mindestkriterien ist gem. § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV ausgeschlossen. Das KG hält zurecht daran fest, dass keine Pflicht des Auftraggebers besteht, Mindestanforderungen festzulegen.

Der Vergabesenat bestätigt in seinem Beschluss vom 04.06.2025 auch seine Rechtsprechung vom 01.03.2024,⁴ wonach Mindestanforderungen nicht als solche, ausdrücklich, bezeichnet werden müssen, sondern sich auch aus dem „Wesen der Beschaffung“ ergeben können sollen. Im Beschluss vom 01.03.2024 hatte das KG in diesem Zusammenhang Bezug auf Erwägungsgrund 45 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU genommen. Dieser lässt sich allerdings auch anders verstehen, nämlich als Pflicht des Auftraggebers, wenn er Mindestanforderungen aufstellen möchte, diese als solche anzugeben: „Die öffentlichen Auftraggeber sollten insbesondere im Voraus die Mindestanforderungen angeben, die das Wesen der Beschaffung charakterisieren und im Verlauf der Verhandlungen nicht geändert werden sollten.“

In jedem Fall empfiehlt sich wegen der drohenden Verletzung des Transparenzgrundsatzes, auf dessen Bedeutung Erwägungsgrund 45 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU im Zusammenhang mit dem Schutzzweck, den die Mindestanforderungen im Verhandlungsverfahren gewährleisten sollen, ausdrücklich hinweist, eine Bieterfrage und erforderlichenfalls eine Bieterfrage in Betracht zu ziehen.⁵

3. Muss ein Wirtschaftsteilnehmer aus einem Drittstaat, mit dem die Europäische Union kein internationales Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungs-

wesen geschlossen hat, von einem Vergabeverfahren im Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien ausgeschlossen werden?⁶

Im Ergebnis verneint das KG die Frage zurecht und prüft und verneint zunächst einen unionsrechtlichen Anspruch von Bietern aus Drittstaaten ohne Beschaffungsabkommen mit der EU auf Zugang zum EU-Beschaffungsmarkt.

Wirtschaftsteilnehmer aus Drittländern, die keine Beschaffungsübereinkommen mit der EU abgeschlossen haben, können sich gem. Art. 25 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 43 RL 2014/25/EU nicht auf die EU-Grundsätze der Gleichheit, der Nichtdiskriminierung, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes berufen.⁷ Solche Wirtschaftsteilnehmer haben keinen Anspruch auf Zugang zum Beschaffungsmarkt in der Union und können insbesondere keine Gleichbehandlung ihres Angebots mit Angeboten fordern, die Bieter aus den EU-Mitgliedstaaten und Bieter aus Unterzeichnerstaaten gem. Art. 43 RL 2014/25/EU und Art. 25 RL 2014/24/EU abgegeben haben.⁸

Zutreffend weist das KG darauf hin, dass sich aus dem somit fehlenden Anspruch eines Drittstaatenbieters auf Zugang zum EU-Beschaffungsmarkt aber noch nicht ergibt, dass der Drittstaatenbieter, der trotz fehlenden Rechts vom Auftraggeber zum Vergabeverfahren zugelassen wurde, ausgeschlossen werden muss.⁹

1 OLG Karlsruhe, 20.09.2024 – 15 Verg 9/24; ähnlich OLG Düsseldorf, 14.09.2016 – Verg 7/16.

2 OLG Karlsruhe, 20.09.2024 – 15 Verg 9/24.

3 Vgl. EuGH, 20.12.2017, C-677/15 P – European Dynamics, Rdnr. 33; 14.07.2016 – C-6/15 – Dimarso, Rdnr. 31.

4 KG, 01.03.2024 – Verg 11/22, VergabeR 2024, 410.

5 So schon die Anm. d. Verf. zu KG, 01.03.2024 – Verg 11/22, VergabeR 2024, 445 (446).

6 Dazu grundlegend Hübner, VergabeR 2025, 113; Friton/Ader NZBau 2025, 164; Gundel, EuZW 2025, 1006.

7 So für Art. 25 RL 2014/24/EU: EuGH, 22.10.2024 – C-652/22, Rdnr. 45; für Art. 43 RL 2014/25/EU: EuGH, 13.03.2025 – C-266/22, Rdnr. 59. Bisher noch a.A. (Vergaberichtlinie 2014/24/EU gestatte nicht die Diskriminierung von Bietern aus Drittstaaten): OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.12.2021 – Verg 53/20, Rdnr. 29 und 31, zitiert nach BeckRS 2021, 55834; so bisher auch VK Bund, Beschl. v. 03.12.2020 – VK 1 – 94/20, Rdnr. 54, zitiert nach juris.

8 EuGH, 22.10.2024 – C-652/22, Rdnr. 45 und 47; EuGH, 13.03.2025 – C-266/22, Rdnr. 59.

9 Demgegenüber meinen Friton/Ader NZBau 2025, 164 (168), allerdings ohne weitere Begründung, wenn sich aus Vergabebekanntmachung und Vergabeunterlagen nichts zu der Frage ergebe, ob Bieter aus Drittstaaten ohne Abkommen an dem jeweiligen Verfahren teilnehmen dürfen, spreche „viele dafür, dass solche Unternehmen ausgeschlossen werden müssen.“

Nach seiner Auseinandersetzung mit der EU-Rechtslage wäre zu erwarten gewesen, dass sich das KG der Frage nach einem Anspruch von Drittstaatenbieterinnen auf Zugang zum deutschen Beschaffungsmarkt aus deutschem Recht zuwendet und damit der Spruchpraxis des OLG Düsseldorf und der Vergabekammer des Bundes¹⁰ aus der Zeit vor den EuGH-Urteilen Kolin vom 22.10.2024 und CRRC Qingdao vom 13.03.2025. Das OLG Düsseldorf und die VK Bund haben bislang angenommen, dass das Verbot der Ungleichbehandlung in § 97 Abs. 2 GWB einer Diskriminierung von Bieterinnen aus Drittstaaten entgegensteht.

Der Beschluss des KG ist dennoch im Ergebnis richtig. Denn hätte sich das KG mit der bisherigen Spruchpraxis von OLG Düsseldorf und der VK Bund befasst, wäre es im Abgleich mit den EuGH-Urteilen Kolin und CRRC Qingdao zu dem Ergebnis gelangt, dass das deutsche Recht in § 97 Abs. 2 GWB, das sich – noch¹¹ – über das Fehlen unionsrechtlicher Rechtspositionen von Unternehmen aus Drittstaaten hinwegsetzt, wegen des Verstoßes gegen die ausschließliche Zuständigkeit der EU für die gemeinsame Handelspolitik insoweit mit dem Unionsrecht unvereinbar und damit unanwendbar ist.¹²

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH¹³ gelangt das KG zu dem Ergebnis, dass es, solange EU-Recht über den Umgang mit Bieterinnen aus Drittstaaten ohne Beschaffungsabkommen mit der EU fehlt, Sache jedes öffentlichen Auftraggebers ist, im Einzelfall zu entscheiden, solche Drittstaatenbieterinnen entweder vom Vergabeverfahren auszuschließen oder zwar zuzulassen, dann aber, wenn er sich für die Zulassung von Drittstaatenbieterinnen entscheidet, diesen keinesfalls eine Gleichbehandlung mit Angeboten von Bieterinnen aus der EU oder Staaten mit Beschaffungsabkommen zuzugestehen oder sie sogar schlechter zu stellen.

10 OLG Düsseldorf, 01.12.2021 – Verg 53/20, Rdnr. 29 und 31, zitiert nach BeckRS 2021, 55834; VK Bund, 03.12.2020 – VK 1 – 94/20, Rdnr. 54, zitiert nach juris.

11 Zur geplanten Änderung des Gleichbehandlungsgebots in § 97 Abs. 2 GWB zur Anpassung an die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen C-652/22 und C-266/22 siehe die amtliche Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung auf BT-Drucks. 21/1934 v. 01.10.2025, S. 45.

12 So zum kroatischen Recht: EuGH, 22.10.2024 – C-652/22, Rdnr. 56; zum rumänischen Recht: EuGH, 13.03.2025 – C-266/22, Rdnr. 64.

13 EuGH, 22.10.2024 – C-652/22, Rdnr. 45 und 47; EuGH, 13.03.2025 – C-266/22, Rdnr. 59 und 64, 66.