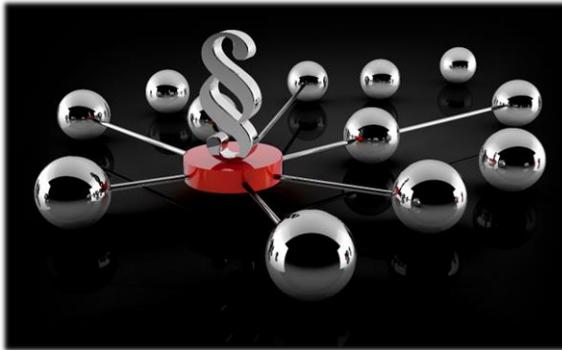


Kundentagung der Administration Intelligence AG 2025
Vergabe(recht) aktuell

Maritim Hotel Würzburg | 6. März 2025



Prof. Dr. Manfred Mayer
 Rechtsanwalt
 Fachanwalt für IT-Recht
 Fachanwalt für Vergaberecht
 Geschäftsführender Gesellschafter

MAYBURG
 Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
 Paul-Wassermann-Str. 3
 81829 München
 Tel 089 45108896-0
 Fax 089 45108896-9

mayer@mayburg.de
 www.mayburg.de

1

MAYBURG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH



DeutscherAnwaltVerein



2

2

Mia san mia!

**Bayerisches Gesetz über wirtschafts- und vergaberechtliche
Vorschriften (BayWiVG)**

Teil 3
Vergaberechtliche Vorschriften

Art. 20
Unterswellenvergabe

3

3

**Mia san mia! –
Liefer-, Dienst- oder freiberuflichen Leistungen**

(1) ¹Bei der Vergabe von **Liefer-, Dienst- oder freiberuflichen Leistungen**, deren voraussichtlicher Auftragswert ohne Umsatzsteuer die Schwellenwerte gemäß § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterschreitet, gelten für **staatliche und kommunale Auftraggeber** folgende

Wertgrenzen:

1. ein Direktauftrag ist bis zu einer Wertgrenze von einschließlich 100 000 € ohne Umsatzsteuer zulässig;
2. [...].

IMBek → s.u.

²Das Recht eines Auftraggebers, in einem Vergabeverfahren höhere als die nach Satz 1 maßgeblichen Anforderungen zu stellen, bleibt unberührt.

4

4

Mia san mia! – Bauleistungen

(1) ¹Bei der Vergabe von **Bauleistungen**, deren voraussichtlicher Auftragswert ohne Umsatzsteuer die Schwellenwerte gemäß § 106 GWB unterschreitet, gelten für **staatliche und kommunale Auftraggeber** folgende **Wertgrenzen**:

1. ein Direktauftrag ist bis zu einer Wertgrenze von einschließlich 250 000 € ohne Umsatzsteuer zulässig;
2. [...].

²Das Recht eines Auftraggebers, in einem Vergabeverfahren höhere als die nach Satz 1 maßgeblichen Anforderungen zu stellen, bleibt unberührt.

5

5

Mia san mia!

(3) Aufträge dürfen nicht mit dem Ziel aufgespalten werden, eine Überschreitung vergaberechtlicher Wertgrenzen zu vermeiden.

(4) ¹Die Abs. 1 bis 3 gelten entsprechend für juristische Personen des öffentlichen Rechts im Sinne des Art. 105 Abs. 2 der Bayerischen Haushaltsordnung (BayHO). ²Im Übrigen bleibt Art. 105 BayHO unberührt. [→ **landesunmittelbare jur. Pers. des ö.R.**]

(5) Die Staatsregierung oder das jeweils zuständige Staatsministerium können Näheres durch **Verwaltungsvorschrift** regeln.

6

6

Mia san mia!

Bayerisches Gesetz über wirtschafts- und vergaberechtliche Vorschriften (BayWiVG)

Teil 3
Vergaberechtliche Vorschriften

Art. 21
Inkrafttreten, Außerkrafttreten

[...]

(4) Teil 3 tritt mit Ablauf des **31. Dezember 2029** außer Kraft.

7

7

Mia san mia! – Aber.... (Kommunen)

Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern und für Integration über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich vom 31. Juli 2018 (AllMBI. S. 547), die zuletzt durch Bekanntmachung vom 27. Dezember 2024 (BayMBI. 2025 Nr. 11) geändert worden ist

Nr. 1.2.1

¹Ein Direktauftrag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens ist gemäß Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayWiVG zulässig

- bei der Vergabe von Bauleistungen bis zu einer Wertgrenze von einschließlich 250 000 Euro (ohne Umsatzsteuer) und
- bei der Vergabe von Liefer-, Dienst- oder freiberuflichen Leistungen bis zu einer Wertgrenze von einschließlich 100 000 Euro (ohne Umsatzsteuer).

8

8

Mia san mia! – Aber....

Nr. 1.2.1

²Maßgeblich ist bei Bauleistungen der geschätzte Wert je Gewerk, bei Liefer- und Dienstleistungen der geschätzte Wert je Auftrag, der an denselben Auftragnehmer vergeben werden soll.

³Nr. 1.1.1 ist nicht verpflichtend anzuwenden.

⁴Der **Haushaltsgrundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit** ist zu beachten und die Manipulations- und Korruptionsgefahr ist zu minimieren.

 ⁵Zur Wahrung der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit kommen je nach der Eigenart des Auftrags beispielsweise eine formlose Abfrage bei mehreren Anbietern, eine **Recherche im Internet** oder eine ex-ante-Veröffentlichung auf dem Bayerischen Vergabe- und Bekanntmachungportal (BayVeBe) in Betracht.

⁶Der Auftraggeber soll **zwischen den beauftragten Unternehmen wechseln**.

⁷Der Wechsel der Unternehmen und die im Interesse der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit getroffenen **Maßnahmen sind zu dokumentieren**.

9

9

Mia san mia! – Aber....

Nr. 1.2.1

 ⁸Der Wechsel der Unternehmen kann beispielsweise durch Führen einer Liste nach Nr. 7.1.5 der Korruptionsbekämpfungsrichtlinie (KorruR) dokumentiert werden.

⁹Nr. 1.10.4 gilt entsprechend. [→ **Aufbewahrungszeitraum 3 Jahre ab Zuschlag**]

¹⁰Das Recht eines Auftraggebers, höhere Anforderungen zu stellen als die in den Sätzen 1 bis 9 genannten, bleibt unberührt (Art. 20 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 BayWiVG).

¹¹§ 2 Abs. 2 der Vergabestatistikverordnung und § 6 Abs. 1 des Wettbewerbsregistergesetzes sind mangels Vorgaben zu verpflichtenden Verfahrensregelungen bei einem Direktauftrag **nicht anwendbar**.

[→ **Melde- und Abfragepflichten**]

10

10

Mia san mia! – Aber....

Nr. 3 Geltung von europäischem Primärrecht

3.1

¹Bei binnenmarktrelevanten Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte sind die aus den primärrechtlichen Vorgaben des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007 abgeleiteten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung zu beachten. [...]

3.2

¹Ein Auftrag ist binnenmarktrelevant, wenn er von eindeutigem grenzüberschreitendem Interesse ist. ²Vor der Einleitung des Vergabeverfahrens muss anhand objektiver Tatsachen eine Prognose angestellt werden, ob der Auftrag nach den konkreten Marktverhältnissen für ausländische Anbieter interessant sein könnte. ³Es ist zu beurteilen, ob von der jeweiligen Branche wegen des Auftragsvolumens in Verbindung mit dem Leistungsort oder wegen der technischen Merkmale des Auftragsgegenstands eine Bereitschaft bestehen könnte, den Auftrag auch grenzüberschreitend auszuführen

11

11

Mia san mia! – Aber.... (Staatliche)

**Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung über die
Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA)
vom 24. März 2020 (BayMBI. Nr. 155), die zuletzt durch
Bekanntmachung vom 18. Dezember 2024 (BayMBI. Nr. 665)
geändert worden ist**

Nr. 1.2 Wertgrenze für den Direktauftrag bei Liefer-, Dienst- oder freiberuflichen Leistungen

¹§ 14 UVgO findet für Liefer-, Dienst- oder freiberufliche Leistungen mit der Maßgabe Anwendung, dass ein Direktauftrag bis zu einer Wertgrenze von einschließlich 100 000 € ohne Umsatzsteuer zulässig ist. ²Zur Wahrung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit kann beispielsweise eine Markterkundung formlos als Abfrage bei mehreren Anbietern, im **Internet** oder durch eine ex-ante-Veröffentlichung auf dem Bayerischen Vergabe- und Bekanntmachungportal (BayVeBe) erfolgen.

12

12

Mia san mia! – Aber.... (Staatliche)

Nr. 1.6 Wertgrenze für den Direktauftrag bei Bauleistungen

¹ § 3a Abs. 4 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) findet mit der Maßgabe Anwendung, dass ein Direktauftrag bis zu einer Wertgrenze von einschließlich 250 000 € ohne Umsatzsteuer zulässig ist. ²Nr. 1.2 Satz 2 gilt entsprechend. [→ s.o.]

Nr. 4.2

¹Bei **innenmarktrelevanten Aufträgen** sind unabhängig von den in Bayern geltenden Wertgrenzen die aus dem europäischen Primärrecht abgeleiteten Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung zu beachten. ²Hinweise zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen finden sich in der Mitteilung der Kommission 2006/C 179/02.

13

13

Mia san mia! – Oh weh, das auch noch...!

Korruptionsbekämpfungsrichtlinie (Korrur) vom 13. April 2021 (BayMBI. Nr. 298)

Nr. 1.2.1 Begriffsbestimmungen

¹„Korruptionsgefährdet“ ist ein Arbeitsbereich, bei dem durch das Verhalten eines dort Beschäftigten oder durch eine dort getroffene Entscheidung ein Dritter einen materiellen oder immateriellen Vorteil erhält oder einer Belastung entzogen wird.

²„Besonders korruptionsgefährdet“ ist ein Arbeitsbereich, wenn durch das Verhalten eines dort Beschäftigten oder durch eine dort getroffene Entscheidung der mögliche Vorteil oder die mögliche Belastung für einen Dritten von besonderer Bedeutung und der Arbeitsbereich insbesondere mit einer der folgenden Tätigkeiten verbunden ist:

[...]

- **Vorbereitung und Entscheidung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, Konzessionen** und von Fördermitteln oder Subventionen

14

14

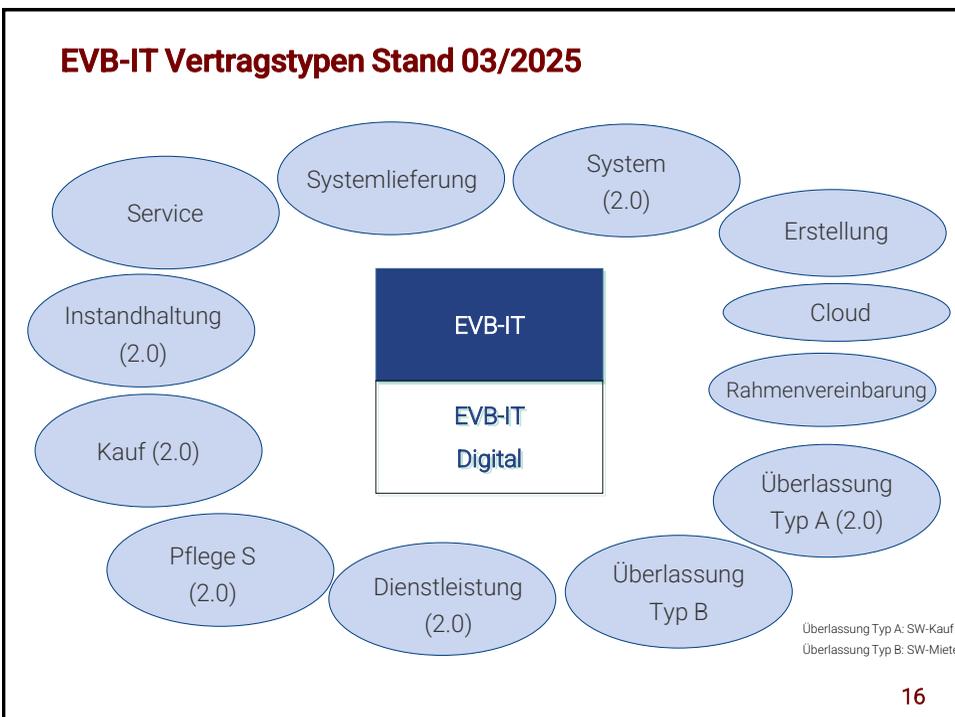
Mia san mia! – Aber doch nicht nur in Bayern...

...denn:

- ... so auch in Baden-Württemberg ...
- ... und wohl bald auch in Nordrhein-Westfalen.

15

15



16

Vertrag(surkunde) ist Teil der Vergabeunterlagen

Warum EVB-IT oder überhaupt irgendein Vertragsentwurf?



Vertragsentwurf „nachgeschoben“: Kein Vertrag zu Stande gekommen!

(OLG Celle, Urt. v. 29.12.2022 – 13 U 3/22)

17

17

EVB-IT digital (I)

- Legal Tech Tool
- Anwendung zur geführten Erstellung von Verträgen
- Player und Designer
- einfache Bedienbarkeit durch Low-Code-Oberfläche
- browserbasiert
- lokal und ohne Server-Infrastruktur nutzbar
- kostenfreie Bereitstellung als Open Source Software
- Tool auf Open CoDE verfügbar

18

18

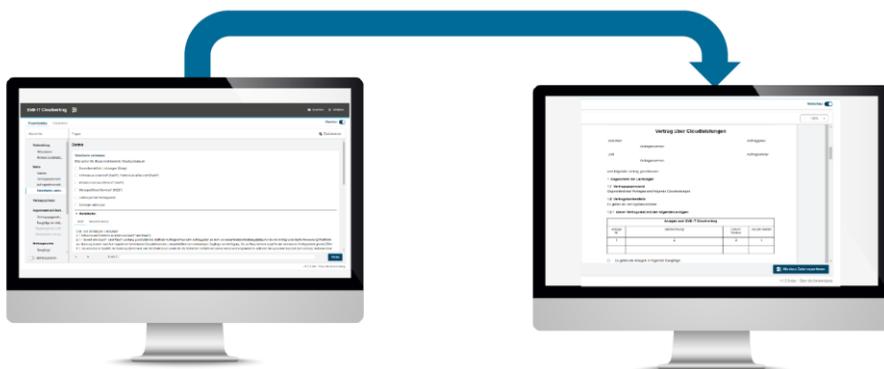
EVB-IT digital (II)

- Formulare werden zu flexiblen, modularen, klickbaren Verträgen
- interviewgeführte Vertragserstellung
- Abbildung von EVB-IT AGB und Nutzerhinweisen
- Trennung von Fragen, Anlagenverwaltung, Dokumenten
- Zwischenergebnisse lokal speicherbar
- Dokumentenausgabe als docx-Datei

19

19

EVB-IT digital (III)



Bildquelle: Ciecior/Berger/Stegers | 2024

20

20

EVB-IT digital (IV)

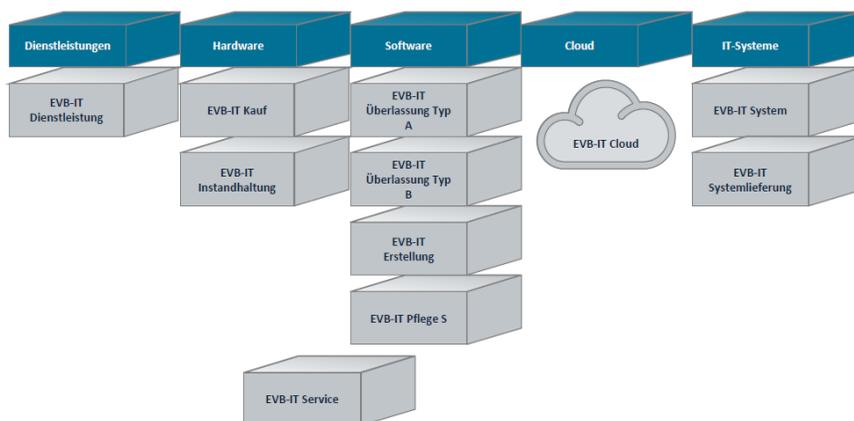
- Qualitätserhöhung durch Minimierung von Fehlerquellen
- Zusammenspiel mit EVB-IT AGB und passende Nutzerhinweise
- Integration in weitere Geschäftsprozesse möglich
- Designer zur Erstellung eigener Verträge
- Fähigkeit zur Entwicklung zukunftsfähiger EVB-IT

21

21

EVB-IT Rahmenvereinbarung

In den EVB-IT abgebildete Leistungsgegenstände:



Bildquelle: Thiele / Hoffmann | 2024

22

22

EVB-IT Rahmenvereinbarung

Ausgangslage und Anforderungen:

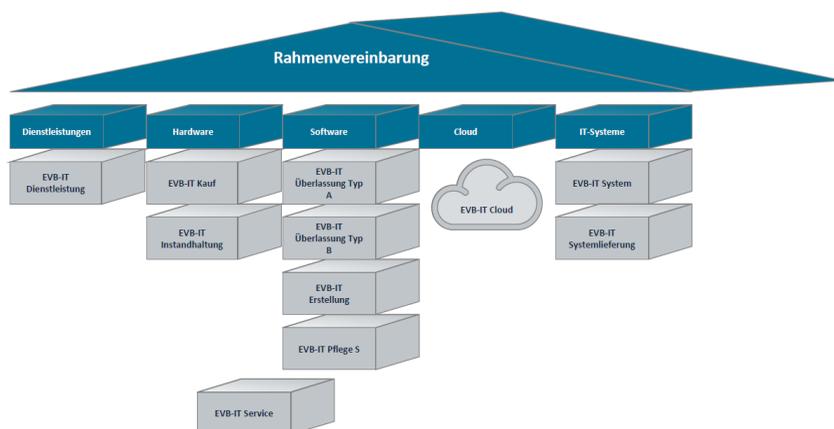
- EVB-IT sind grundsätzlich nicht als Rahmenvereinbarung ausgestaltet.
- Einige EVB-IT haben Rahmenvereinbarungselemente (z.B. EVB-IT Dienstvertrag).
- Rahmenvereinbarungen sind ein zentrales Werkzeug der strategischen Beschaffung und in der IT-Beschaffung erforderlich.
- Praxis benötigt dringend eine EVB-IT Rahmenvereinbarung. Daher zunehmende Anzahl von individuell gestalteten Rahmenvereinbarungen.
- Umsetzung der Anforderungen des EuGH zu Höchstmengen.
- EVB-IT sind zeitlich hintereinander entstanden und voreinander abweichen.
- Neuverhandlung aller EVB-IT musste vermieden werden.

23

23

EVB-IT Rahmenvereinbarung

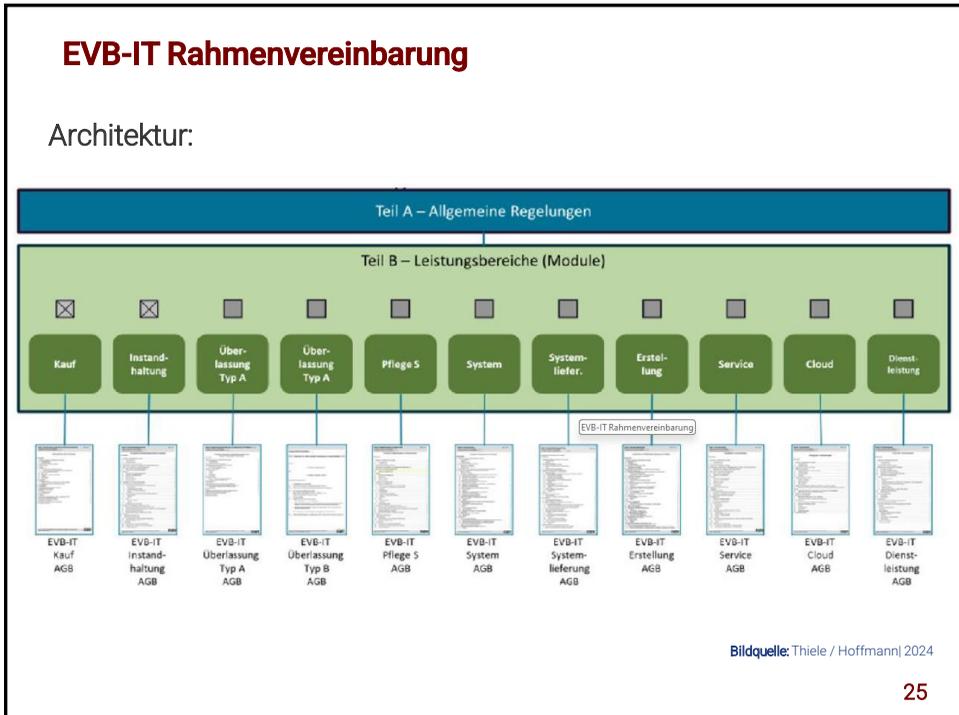
Vertragsmodell:



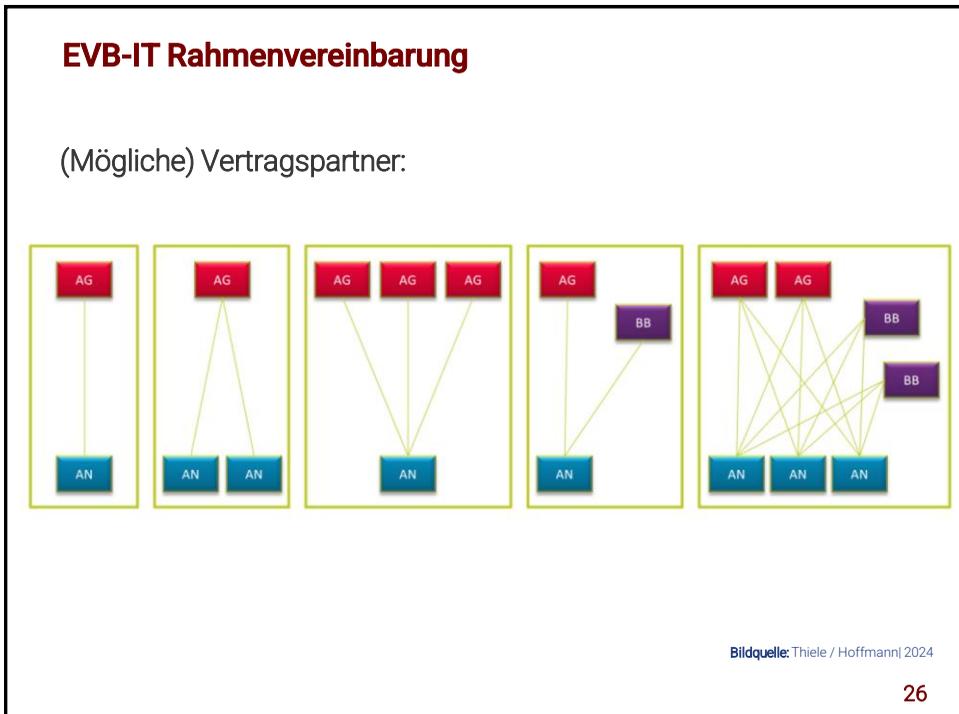
Bildquelle: Thiele / Hoffmann | 2024

24

24



25



26

EVb-IT Rahmenvereinbarung

Zentrale Verhandlungspunkte mit dem BITKOM:

Höchstvolumen	Berichtspflichten / Monitoring	Haftungsbegrenzung
Laufzeitenregelung Rahmenvereinbarung / Einzelabrufe	Produktdynamik	Mindestabnahme
Personalpool	Preisanpassung	Cloudleistung

Bildquelle: Thiele / Hoffmann| 2024

27

27

EVb-IT Rahmenvereinbarung

Ausschließlich digital (I):

The screenshot shows the 'Teil A: Vergütung' section of the EVb-IT Rahmenvereinbarung software. The main content area contains the following text:

Teil A: Vergütung

Index DL-IT

Soll der Erzeugerpreisindex für IT-Dienstleistungen (DL-IT (2015 = 100) gelten? Bitte beachten Sie, dass es ggf. sinnvoller ist, statt dieses Indexes je nach Leistung die konkreten DL-IT Indizes zu verwenden (siehe dazu die Hinweise in der Karteikarte unten).

Nein

Ja, und zwar

Für folgende Leistungsbezeichnungen:

Nutzerhinweise der AG EVb-IT

Dieser Index bildet die Obergruppe über die verschiedenen Indizes:

- DL-IT 01 Software und Softwarelizenzen
- DL-IT 02 Beratung und Support
- DL-IT 03 Softwareentwicklung und Programmierung
- DL-IT 04 IT-Management
- DL-IT 05 Datenverarbeitung, Hosting und damit verbundene Dienstleistungen

Sie sollten daher prüfen, ob die Leistungen, deren Preise Sie indizieren wollen, eher einer konkreten Gruppe zugeordnet werden sollten. Sie sollten dazu auch ggf. die Entwicklung der Indizes heranziehen, die Sie unter www.dista.de finden.

At the bottom of the interface, there is a progress bar showing '41 von 180' and a 'Weiter' button.

28

28

EVB-IT Rahmenvereinbarung

Ausschließlich digital (II):

29

29

Höchstgrenze einer Rahmenvereinbarung wegen Kündigungsrecht nicht wirksam (?)

OLG Koblenz,
Beschl. v. 12.12.2022 – Verg 3/22

Entscheidung:

Bei der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung sind in der (Auftrags-) Bekanntmachung und/oder in den Vergabeunterlagen sowohl die Schätzmenge und/oder der Schätzwert als auch eine Höchstmenge und/oder ein Höchstwert der zu erbringenden Dienstleistungen bzw. der zu liefernden Waren anzugeben. **Außerdem ist anzugeben, dass die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn die Höchstmenge oder der Höchstwert erreicht sind.**

30

30

Höchstgrenze einer Rahmenvereinbarung wegen Kündigungsrecht nicht wirksam (?)

OLG Koblenz,
Beschl. v. 12.12.2022 – Verg 3/22

Anmerkung:

- Nach Ansicht des OLG führt ein Kündigungsrecht des Auftraggebers für den Fall des Erreichens der Höchstgrenze dazu, dass diese nicht transparent aufgestellt und damit vergaberechtswidrig ist.
- Kritik:
 - Eine Rahmenvereinbarung erlischt nicht automatisch bei Erreichen des Höchstwerts.
 - Dies fordert auch nicht der EuGH (s.o.).
 - Vielmehr muss das Erreichen des Höchstwerts zu einem Erlöschen der Leistungspflicht des AN führen. Das bedeutet, dass der AG ab Erreichen des Höchstwerts nicht mehr einseitig Leistungen vom AN abrufen darf. Die Parteien können aber in den Grenzen des **§ 132 GWB** weitere Leistungen des AN vereinbaren (s.o.). § 132 GWB erfordert dafür jedoch einen noch bestehenden Vertrag.

31

31

Höchstgrenze einer Rahmenvereinbarung wegen Kündigungsrecht nicht wirksam (?)

➔ Nr. 6.1 der EVB-IT Rahmenvereinbarung

6.1 Folgen des Erreichens von Höchstvolumina

Bei Erreichen oder Überschreiten des Höchstvolumens ist der Auftragnehmer nicht mehr zur Erfüllung künftiger Einzelaufträge verpflichtet.

Unabhängig davon

- hat der Auftraggeber das Recht, diese Rahmenvereinbarung fristlos oder mit einer von ihm bestimmten Frist
 - von maximal 3 Monaten
 - von maximal ____ Monatenzu kündigen.
Sieht die Rahmenvereinbarung mehrere Höchstvolumina vor und sind nicht alle Höchstvolumina ausgeschöpft, hat der Auftraggeber das Recht, die Kündigung auf die Teile der Rahmenvereinbarung zu beschränken, für die die Höchstvolumina ausgeschöpft sind.
- endet die Rahmenvereinbarung, ohne dass es einer Kündigung bedarf.
Sind mehrere Höchstvolumina vereinbart, gilt dies erst, wenn alle Höchstvolumina ausgeschöpft sind. Sieht die Rahmenvereinbarung mehrere Höchstvolumina vor und sind nicht alle Höchstvolumina ausgeschöpft, hat der Auftraggeber das Recht, die Teile der Rahmenvereinbarung fristlos oder mit einer von ihm bestimmten Frist
 - von maximal 3 Monaten
 - von maximal ____ Monatenzu kündigen, für die die Höchstvolumina ausgeschöpft sind.

32

32

Preis Anpassungsklauseln zwingend: JA

Preis Anpassungsklausel ist ein Muss!

Ob eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar ist, bestimmt sich nach dem Ergebnis einer Abwägung aller Interessen der Bieter bzw. Auftragnehmer und des öffentlichen Auftraggebers im Einzelfall.

Erst dann, wenn das aufgebürdete Wagnis über die üblichen Risiken hinausgeht, sich nicht abschätzen lässt und demzufolge eine Kalkulation unmöglich macht, kann gegen das Gebot des § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2019 verstoßen werden.

Unzumutbar ist eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation, wenn Preis- und Kalkulationsrisiken über das Maß, das Bieter typischerweise obliegt, hinausgehen.

Unbeachtlich ist insoweit, ob das Wagnis vom Auftraggeber selbst oder weder von ihm noch dem Auftragnehmer beherrschbar ist.

[hier: Bauleistungen]

(VK Westfalen, Beschl. v. 12.07.2022 – VK 3-24/22)

33

33

Preis Anpassungsklauseln zwingend: NEIN

Preis Anpassungsklausel ist kein Muss!

Nachdem es bei der Vergabe von Lieferleistungen kein allgemeines Verbot für öffentliche Auftraggeber mehr gibt, den Bietern ungewöhnliche Wagnisse aufzubürden, ist eine Preis Anpassungsklausel nur dann anzuordnen, wenn den Bietern eine vernünftige kaufmännische Kalkulation unzumutbar ist (hier – Lieferleistungen – verneint).

(VK Bund, Beschl. v. 19.10.2022 – VK 1-85/22)

Argumente:

- jährliches Kündigungsrecht vertraglich vorgesehen
- Preis Anpassung nach § 313 BGB bei unvorhersehbaren Ereignissen nicht gänzlich ausgeschlossen
- Vertragliche Regelungen zu Fristverlängerung, Kündigungs- oder Rücktrittsrecht
- Risiko trifft alle Bieter

➔ Die EVB-IT Rahmenvereinbarung sieht hier drei (3) Möglichkeiten vor:
...mit **Index** | ...anhand von maximalen **Prozentwerten** | ...anhand von **Preislisten**

34

34

Vertragsstrafen bei Abrechnung nach Aufwand (BGH, Urt. v. 15.02.2024, VII ZR 42/22)

Ausgangssituation VHB Bund unter 214:

- „2.1 Der Auftragnehmer hat bei Überschreitung der unter 1. als Vertragsfrist vereinbarten Einzelfristen oder der Frist für die Vollerfüllung als Vertragsstrafe für jeden Werktag des Verzugs zu zahlen:
___ € (ohne Umsatzsteuer)
___ Prozent **der im Auftragschreiben genannten Auftragssumme** ohne Umsatzsteuer; Beträge für angebotene Instandhaltungsleistungen bleiben unberücksichtigt. Die Bezugsgröße zur Berechnung der Vertragsstrafe bei der Überschreitung von als Vertragsfrist vereinbarten Einzelfristen ist der Teil dieser Auftragssumme, der den bis zu diesem Zeitpunkt vertraglich zu erbringenden Leistungen entspricht.
- 2.2 Die Vertragsstrafe wird auf insgesamt ___ Prozent **der im Auftragschreiben genannten Auftragssumme** (ohne Umsatzsteuer) begrenzt. Bei der Überschreitung von als Vertragsfrist vereinbarten Einzelfristen ist die Vertragsstrafe auf den in Satz 1 genannten Prozentsatz des Teils der Auftragssumme (ohne Umsatzsteuer) begrenzt, der den bis zu diesem Zeitpunkt vertraglich zu erbringenden Leistungen entspricht.
- 2.3 Verwirkte Vertragsstrafen für den Verzug wegen Nichteinhaltung als Vertragsfrist vereinbarter Einzelfristen werden auf eine durch den Verzug wegen Nichteinhaltung der Frist für die Vollerfüllung der Leistung verwirkte Vertragsstrafe angerechnet.“

35

35

Vertragsstrafen bei Abrechnung nach Aufwand (BGH, Urt. v. 15.02.2024, VII ZR 42/22)

Entscheidung:

Diese Vertragsklausel sei gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, wie der Bundesgerichtshof darlegt. Es könne daher dahinstehen, ob die Vertragsstrafenregelung überhaupt in den Vertrag der Parteien einbezogen wurde und worauf die Verzögerung der Vollerfüllung beruhte.

36

36

Vertragsstrafen bei Abrechnung nach Aufwand

(BGH, Urt. v. 15.02.2024, VII ZR 42/22)

Lösung in Berlin:

„2.2.1 Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbaren für jeden unter II.2.2.2 benannten schuldhaften Verstoß gegen die Verpflichtungen aus den in II.2.1 aufgeführten Besonderen Vertragsbedingungen eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 Prozent **der an den Auftragnehmer zu zahlenden Vergütung** (ohne Umsatzsteuer). [...]“

UND

„2.2.5 Die Summe der Vertragsstrafen für die Verstöße darf insgesamt 5 Prozent des **der an den Auftragnehmer zu zahlenden Vergütung** (ohne Umsatzsteuer) nicht überschreiten. [...]“

37

37

Vertragsstrafen bei Abrechnung nach Aufwand

(BGH, Urt. v. 15.02.2024, VII ZR 42/22)

z.B. EVB-IT Dienstleistungs-AGB 2.1:

Ziff. „10.3

Des Weiteren ist der Auftraggeber für den Fall der Überschreitung eines im Vertrag als vertragsstrafenrelevant vereinbarten Termins berechtigt, für jeden Werktag, an dem sich der Auftragnehmer mit der Einhaltung des Termins in Verzug befindet, eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,2% **des Auftragswertes*** für die in Verzug befindliche Leistung zu verlangen. Insgesamt darf die Summe der aufgrund dieser Regelung zu zahlenden Vertragsstrafen jedoch nicht mehr als 5% des Auftragswertes* für die in Verzug befindliche Leistung betragen. „

„Auftragswert

Der Auftragswert ist die Summe aller Vergütungen aus dem Vertrag.“

→ Mindestens unklar → RISIKO für Verwender!

38

38

Zur Frage der Gleichbehandlung von Drittstaaten-Unternehmen – „alt“

OLG Düsseldorf,
Beschl. v. 01.12.2021 – Verg 54/20

Sachverhalt:

Der öAG schrieb im offenen Verfahren Rabattverträge für Arzneimittel aus. Dabei war zur Erhöhung der für den Zuschlag maßgeblichen Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl u. a. der Nachweis der kompletten Wirkstoff-, Bulk- und Blisterproduktion in der EU, in den GPA-Unterzeichnerstaaten bzw. in der Freihandelszone der EU zu führen. Der in Indien produzierende Bieter legte gegen das Zuschlagskriterium "Geschlossene EU-Lieferkette" mit Erfolg Nachprüfungsantrag ein. Die Vergabekammer untersagte die Zuschlagserteilung und versetzte das Verfahren zurück. Das Lieferkettenkriterium sei nicht objektiv und verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. In seiner sofortigen Beschwerde verteidigte der AG das Kriterium als objektiv, denn die genannten Staaten böten bei typisierender Betrachtung eine höhere Gewähr für die Einhaltung der angestrebten hohen Umwelt- und Sozialstandards sowie eine von Drittstaaten unabhängige Arzneimittelversorgung.

„Wirtschaftlichkeitsbonus“

39

39

Zur Frage der Gleichbehandlung von Drittstaaten-Unternehmen – „alt“

OLG Düsseldorf,
Beschl. v. 01.12.2021 – Verg 54/20

Entscheidung:

1. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter gebietet, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen.
2. Eine Differenzierung nach Herkunftsstaaten, bei denen Bieter, die in bestimmten Herkunftsstaaten produzieren, einen Wirtschaftlichkeitsbonus erhalten, begegnet grundlegenden Bedenken, weil diese Bieter nicht den gleichen Bedingungen unterworfen sind.
3. Eine Ungleichbehandlung allein wegen des Herkunftsstaates gestatten – von einigen Ausnahmen abgesehen – weder das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen noch die für dessen Auslegung relevanten europäischen Richtlinien.

Aus den Gründen: ... (s. u.)

40

40

Zur Frage der Gleichbehandlung von Drittstaaten-Unternehmen – „alt“

- „Dass Art. 25 der Vergaberichtlinie [2014/24/EU] die Diskriminierung von Bietern aus Drittstaaten gerade **nicht** gestattet, folgt zudem eindeutig aus dem Vergleich mit Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste regelnden Sektorenrichtlinie 2014/25/EU.“

„(2) Ein im Hinblick auf die Vergabe eines Lieferauftrages eingereichtes Angebot kann zurückgewiesen werden, wenn der gemäß der Verordnung (EU) Nr. 952/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates (1) bestimmte Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als 50 % des Gesamtwertes der in dem Angebot enthaltenen Erzeugnisse beträgt.

Im Sinne dieses Artikels gilt Software, die in der Ausstattung für Telekommunikationsnetze verwendet wird, als Erzeugnis.“

- „Vor diesem Hintergrund ist für ein dahingehendes Verständnis, Art. 25 der Vergaberichtlinie gestatte über seinen Wortlaut hinaus eine Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten, kein Raum. Wäre eine Zurückweisung von Angeboten von Bietern mit Erzeugnissen aus Drittstaaten bereits durch Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU allgemein gestattet, bedürfte es einer Regelung für die Zurückweisung von Angeboten mit Erzeugnissen aus diesen Staaten für den Bereich der Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste nicht.“

41

41

Zur Frage der Gleichbehandlung von Drittstaaten-Unternehmen – „alt“

- „Der Umstand, dass die Europäische Union in Bezug auf die nicht durch Art. 25 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU privilegierten Drittstaaten – Art. 25 der Vergaberichtlinie setzt im Grunde nur um, wozu die Europäische Union aufgrund der mit diesen privilegierten Staaten bestehenden völkerrechtlichen Verträgen ohnehin verpflichtet ist – weitgehend frei weitere Ausschlussstatbestände schaffen könnte, **gibt den einzelnen öffentlichen Auftraggebern nicht das Recht, Bieter aus diesen Drittstaaten auch dann auszuschließen, wenn der europäische Gesetzgeber einen solchen Ausschlussstatbestand nicht oder noch nicht geschaffen hat.**

[...]

Bisher kennt das Europäische Vergaberecht keine generellen geographischen Einschränkungen für die Beteiligung an Vergabeverfahren. Der Zugang zu Vergabeverfahren für Unternehmen aus Drittstaaten oder Unternehmen mit Erzeugnissen aus Drittstaaten wird als gegeben angesehen. Dies folgt gerade aus den angeführten Überlegungen der Kommission, ob der Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt der Europäischen Union für Unternehmen aus Drittländern zu begrenzen ist. **Bis zur Verabschiedung dieser Verordnung bleibt es aber dabei,** dass jedes interessierte Unternehmen sich unabhängig etwaiger geographischer Einschränkungen an einem EU-Vergabeverfahren beteiligen kann.“

42

42

Zur Frage der Gleichbehandlung von Drittstaaten- Unternehmen – „neu“

EuGH,

Urt. v. 22.10.2024 – Rs. C-652/22

Entscheidung:

1. **Unternehmen aus Drittstaaten, die keine internationalen Übereinkünfte mit der Union im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geschlossen haben, haben in Vergabeverfahren keinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit mitgliedstaatlichen Unternehmen.**
2. Jeder Rechtsakt, der speziell den Zweck hat, die Modalitäten festzulegen, unter denen Wirtschaftsteilnehmer eines Drittlands an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in der Union teilnehmen können, kann sich auf den Handel mit Waren und Dienstleistungen zwischen diesem Drittland und der Union direkt und sofort auswirken, so dass er nach Art. 3 Abs. 1 e AEUV in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fällt.
3. Es ist denkbar, dass die Modalitäten der Behandlung dieser Wirtschaftsteilnehmer bestimmten Anforderungen, wie denen der Transparenz oder der Verhältnismäßigkeit, entsprechen müssen.
4. Ein Rechtsbehelf eines dieser Wirtschaftsteilnehmer, mit dem gerügt wird, dass der Auftraggeber solche Anforderungen nicht beachtet habe, kann nur anhand des nationalen Rechts und nicht anhand des Unionsrechts geprüft werden.

[s.a.: <https://blog.cosinex.de/2024/11/12/duerfen-sich-drittstaatenunternehmen-auf-das-eu-vergaberecht-berufen/>]

43

43

Zugriff des Bieters auf benannte Mitarbeiter zweifelhaft: Angebot ist auszuschließen!

VK Bund

Beschl. v. 12.09.2024 - VK 2-77/24

Entscheidung:

Ein Angebot, das **Zweifel an der Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens** begründet, ist entweder selbst nicht frei von Zweifeln oder es genügt dem mit dem abzugebenden Angebot abgeforderten, allen Vergabeunterlagen per se zu Grunde liegenden Leistungsversprechen nicht und ändert diese mithin ab. Ein solches Angebot ist auszuschließen.

HINWEIS:

Die VK Bund hält auch die Voraussetzungen des fakultativen Ausschlussstatbestands gem. § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB für erfüllt.

44

44

Transparentes Bewertungsvorgehen

VK Westfalen:

Beschluss vom 17.05.2024, VK 3 – 9/24 (I)

1. [...]

2. Zuschlagskriterien und deren Gewichtung müssen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden, § 127 Abs. 5 GWB. **Das gilt auch für Zuschlagsunterkriterien.**

Zuschlagsunterkriterien stellen nur eine weitere Untergliederung eines Zuschlags(haupt)kriteriums dar:

Während der öffentliche Auftraggeber durch ein Zuschlags(haupt)kriterium die Anforderung an die Qualität einer zu vergebenden Leistung gliedert, ...

...präzisiert das Zuschlagsunterkriterium ein Zuschlags(haupt)kriterium selbst und mit diesem ebenfalls die Leistung.

Die weitergehende Differenzierung ermöglicht dem öffentlichen Auftraggeber, eine nachvollziehbarere Auswahlentscheidung treffen zu können. Die Bieter erhalten demgegenüber eine **inhaltliche Richtung und Orientierungshilfe**, um ihr Angebot erstellen zu können.

In Abgrenzung zur bloßen Subsumtion unter die Anforderung der Leistungsbeschreibung kennzeichnet sich ein Unterkriterium dadurch, dass dieses nicht nur die Leistung und insbesondere deren Qualität definiert, sondern darüber hinaus **unmittelbar Einfluss auf das Wertungsergebnis** hat.

45

45

Transparentes Bewertungsvorgehen

VK Westfalen:

Beschluss vom 17.05.2024, VK 3 – 9/24 (II)

Jedenfalls dann, wenn bestimmte Aspekte herausgestellt werden, im Rahmen der Bewertung einen konkreten Punktwert von einer definierten Höchstpunktzahl zugewiesen bekommen und letztlich rechnerisch nachvollziehbar in die Gesamtwertung einfließen, hat der öffentliche Auftraggeber ein Unterkriterium gebildet.

3. Ein Kausalzusammenhang zwischen der unterbliebenen Bekanntgabe eines Unterkriteriums und dem Inhalt der Angebote besteht, wenn nicht auszuschließen ist, dass die **Bekanntgabe der Unterkriterien und deren Gewichtung die Angebote hätte beeinflussen können**. An die Darlegung des Kausalzusammenhangs sind keine allzu hohe Anforderungen zu stellen.

46

46

Berufung auf Ausschließlichkeitsrechte für Direktvergabe möglich?

EuGH,

Urteil vom 09.01.2025 - Rs. C-578/23 (I)

Sachverhalt:

Das [...] Finanzministerium [...] schloss am **29. Juni 1992** einen Vertrag mit der Gesellschaft IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation (im Folgenden: ursprünglicher Vertrag), auf dessen Grundlage ein **Informationssystem für die tschechische Steuerverwaltung** geschaffen wurde.

Nachdem die GFD [→ *Rechtsnachfolger des FinA*] am 1. März 2016 [...] ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung eingeleitet hatte, vergab sie am **20. Mai 2016** im Rahmen dieses Verfahrens den öffentlichen Auftrag über die Wartung des Informationssystems [...] an die Gesellschaft IBM Česká [...].

Der Rückgriff auf dieses Verfahren wurde mit der technischen Kontinuität zwischen dem in Rede stehenden Informationssystem und seiner Wartung nach der Garantiezeit sowie mit dem Schutz der ausschließlichen Urheberrechte von **IBM** [...] (im Folgenden: Ausschließlichkeitssituation) am Quellcode dieses Systems begründet. Nach den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrags ist diese Gesellschaft nämlich **Inhaberin der Lizenzrechte für das System**.

47

47

Berufung auf Ausschließlichkeitsrechte für Direktvergabe möglich?

EuGH,

Urteil vom 09.01.2025 - Rs. C-578/23 (I)

Sachverhalt:

Das [...] Finanzministerium [...] schloss am **29. Juni 1992** einen Vertrag mit der Gesellschaft IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation (im Folgenden: ursprünglicher Vertrag), auf dessen Grundlage ein **Informationssystem für die tschechische Steuerverwaltung** geschaffen wurde.

Nachdem die GFD [→ *Rechtsnachfolger des FinA*] am 1. März 2016 [...] ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung eingeleitet hatte, vergab sie am **20. Mai 2016** im Rahmen dieses Verfahrens den öffentlichen Auftrag über die Wartung des Informationssystems [...] an die Gesellschaft IBM Česká [...].

Der Rückgriff auf dieses Verfahren wurde mit der technischen Kontinuität zwischen dem in Rede stehenden Informationssystem und seiner Wartung nach der Garantiezeit sowie mit dem Schutz der ausschließlichen Urheberrechte von **IBM** [...] (im Folgenden: Ausschließlichkeitssituation) am Quellcode dieses Systems begründet. Nach den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrags ist diese Gesellschaft nämlich **Inhaberin der Lizenzrechte für das System**.

48

48

Berufung auf Ausschließlichkeitsrechte für Direktvergabe möglich?

EuGH,

Urteil vom 09.01.2025 - Rs. C-578/23 (II)

Vorlagefrage:

Mit seiner Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 31 Nr. 1 Buchst. b der RL 2004/18 dahin auszulegen ist, dass für die Feststellung, ob der öffentliche Auftraggeber durch sein eigenes Verhalten eine Ausschließlichkeitssituation im Sinne dieser Vorschrift herbeigeführt hat, die rechtlichen und tatsächlichen Umstände zu berücksichtigen sind, die den Abschluss des Vertrags über die ursprüngliche Leistung, auf dem die öffentlichen Folgeaufträge beruhen, begleitet haben.

49

49

Berufung auf Ausschließlichkeitsrechte für Direktvergabe möglich?

EuGH,

Urteil vom 09.01.2025 - Rs. C-578/23 (II)

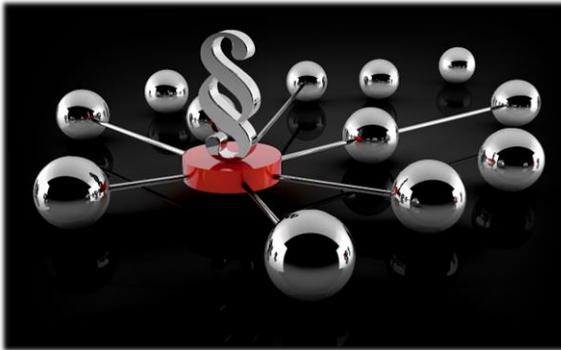
Antwort:

Art. 31 Nr. 1 Buchst. b der RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ist dahin auszulegen, dass sich der öffentliche Auftraggeber zur Rechtfertigung des Rückgriffs auf das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Sinne dieser Vorschrift **nicht auf den Schutz von Ausschließlichkeitsrechten berufen kann, wenn der Grund für diesen Schutz ihm zuzurechnen ist.** Eine solche Zurechenbarkeit ist nicht nur auf der Grundlage der den Abschluss des Vertrags über die ursprüngliche Leistung begleitenden tatsächlichen und rechtlichen Umstände, sondern auch auf der Grundlage derjenigen Umstände zu beurteilen, die den Zeitraum vom Vertragsschluss bis zu dem Zeitpunkt kennzeichnen, zu dem der öffentliche Auftraggeber das Verfahren zur Vergabe eines nachfolgenden öffentlichen Auftrags auswählt.

50

50

**Vielen Dank für
Ihre Aufmerksamkeit!**



Prof. Dr. Manfred Mayer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für IT-Recht
Fachanwalt für Vergaberecht
Geschäftsführender Gesellschafter

MAYBURG
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Paul-Wassermann-Str. 3
81829 München
Tel 089 45108896-0
Fax 089 45108896-9

mayer@mayburg.de
www.mayburg.de

51