ADVANT Beiten



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe November 2026.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen



Stephan Rechten
Rechtsanwalt
vCard

Vorteil ist nicht gleich Vorteil: OLG Frankfurt zu Wettbewerbsvorteilen im Vergabeverfahren

Link zum Beitrag

Newsticker

Oktoberfest 2026: Keine Vergabenachprüfung bei Standplatzvergabe

Nordrhein-Westfalen verabschiedet Tarifentgeltsicherungsgesetz (TESG)

OLG Düsseldorf: Eignungskriterium „Interessenneutralität" nicht zulässig

REDAKTION (verantwortlich)
Stephan Rechten | Rechtsanwalt
© Beiten Burkhardt
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Vergaberecht@advant-beiten.com
www.advant-beiten.com

Hinweis: Zur besseren Lesbarkeit verzichten wir auf die Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen. Wir verwenden das generische Maskulinum, womit alle Geschlechter gleichermaßen gemeint sind.

Vorteil ist nicht gleich Vorteil: OLG Frankfurt zu Wettbewerbsvorteilen im Vergabeverfahren

Mit Beschluss vom 27. Juli 2026 (11 Verg 3/26) hat das OLG Frankfurt entschieden, dass öffentliche Auftraggeber Infrastrukturvorteile eines Bestandsauftragnehmers, und damit Kosten- und Wettbewerbsvorteile, nicht ausgleichen dürfen, wenn dieser den Vorteil durch einen Bestandsauftrag im Wettbewerb erlangt hat. Der Versuch, einen solchen Vorteil durch die Herausnahme eines Leistungsbestandteils aus der Wertung zu neutralisieren, verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB. Während diebisherige Rechtsprechung zum Vorteilsausgleich praktisch durchgängig auf Rügen von Mitbewerbern des Bestandsunternehmens zurückgeht, war es hier das Bestandsunternehmen selbst, das sich – mit Erfolg – gegen die vom Auftraggeber gewählte Ausgleichsmaßnahme zur Wehr setzte.

Sachverhalt

Das Land Hessen (Antragsgegner) schrieb europaweit die Anmietung von Leichtbauhallen, Sanitärcontainern und Mobiltoiletten für Erstaufnahmeeinrichtungen aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Nach den Vergabeunterlagen mussten sämtliche Bieter unter anderem die Kosten für die Montage der Hallen und Container kalkulieren und angeben. Diese Kosten sollten jedoch bei der Angebotswertung unberücksichtigt bleiben.

Der Antragsteller war bereits Bestandsauftragnehmer am betroffenen Standort. Die Leichtbauhallen und Container waren an diesem Standort bereits aufgestellt; lediglich die Dachkonstruktion hätte an die geänderten Anforderungen angepasst werden müssen. Deshalb hätte der Antragsteller, anders als seine Mitbewerber, keine Montagekosten kalkuliert. Der Antragsteller rügte daraufhin, dass die

Nichtberücksichtigung von Montagekosten bei der Angebotswertung ihn als Bestandsauftragnehmer benachteilige und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sowie das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoße. Da die Montagekosten den Mitbewerbern gleichwohl vergütet werden müssten, falls diese den Zuschlag erhielten, führe die Herausnahme aus der Wertung dazu, dass das wirtschaftlich teurere Angebot bezuschlagt werden könnte – und der Antragsteller ihren wettbewerblich erworbenen Preisvorteil verliere. Der Antragsgegner wies dies zurück: Die Ausklammerung der Montagekosten diene gerade der Gleichbehandlung der Bieter, da der Antragsteller als Bestandsauftragnehmer andernfalls aufgrund nicht anfallender Montagekosten einen Wettbewerbsvorteil hätte. Ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot liege ebenfalls nicht vor, weil bei der Wertung nur Kosten berücksichtigt würden, die tatsächlich leistungsbezogen anfielen und zwischen den Bietern vergleichbar seien. Der Antragsteller wandte sich daraufhin mit einem Nachprüfungsantrag gegen die Nichtberücksichtigung der Montagekosten bei der Angebotswertung.

Die Vergabekammer folgte im Ergebnis der Auffassung des Antragstellers und gab dem Nachprüfungsantrag statt. Sie stützte ihre Entscheidung tragend auf einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot aus
§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB: Zwar sei der Vorteil des Bieters als Bestandsauftragnehmer grundsätzlich zur Vermeidung eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz auszugleichen, indem der Vorteil seitens der Vergabestelle durch Zu- oder Abschläge, das Ausklammern bei der Wertung oder auf sonstige Weise ausgeglichen wird. Der Gleichbehandlungsgrundsatz sei jedoch mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot in Einklang zu bringen. Der konkret gewählte Ausgleich durch Ausklammerung der Montagekosten führe dazu, dass nicht das wirtschaftlichste Angebot bezuschlagt werde, weil die Montagekosten der übrigen Bieter dadurch, dass diese in der Wertung unberücksichtigt blieben, in unbegrenzter Höhe zu erstatten wären.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt bestätigte die Entscheidung der Vergabekammer im Ergebnis und wies die Beschwerde des Antragsgegners zurück. Es verlagerte in der Begründung jedoch den Schwerpunkt: Die Regelung, wonach Montagekosten nicht in die Angebotswertung einfließen, verstoße gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB.

Der Senat stellte klar, dass zwischen verschiedenen Arten von Wettbewerbsvorteilen zu unterscheiden ist und stellte so Leitlinien auf, die bei der Beurteilung bestehender Vorteile von Bestandsauftragnehmern herangezogen werden können.

1. Umstände von außen

Nicht auszugleichen sind Vorteile, die nicht auf die Ausschreibung des Auftraggebers zurückzuführen sind, also „von außen" gegeben bzw. vom Auftraggeber „vorgefunden" sind. Diese auszugleichen, würde regelmäßig das betroffene Unternehmen diskriminieren.

Solch ein nicht auszugleichender Vorteil ist insbesondere die unterschiedliche Marktstellung der teilnehmenden Unternehmen, die sich beispielsweise aus deren Präsenz vor Ort oder der bisherigen Geschäftstätigkeit ergibt.

Auch Infrastrukturvorteile des Bestandsauftragnehmers beruhen auf seiner im Wettbewerb erlangten Marktposition und nicht auf der Ausgestaltung der Rahmenbedingungen des zu vergebenden Auftrags durch den Auftraggeber. Sie sind damit nicht ausgleichspflichtig.

2. Selbst geschaffene Bedingungen

Eine Ausgleichspflicht kann hingegen vorliegen, wenn Wettbewerbsvorteile gerade nicht auf der vorgefundenen Marktstellung der Unternehmen beruhen, sondern durch Rahmenbedingungen geschaffen wurden, die der Auftraggeber beeinflussen kann. Dies betrifft insbesondere Umstände, die der Auftraggeber durch die konkrete Bestimmung seines Beschaffungsbedarfs selbst geschaffen hat.

Als Beispiel führt der Senat die Rechtsprechung des OLG Schleswig (Beschluss vom 13. Juni 2019 (54 Verg 2/19)) an: Hier verlangte der Auftraggeber von den Bietern neben der Lieferung von schienenbetriebenen Fahrzeugen auch den Aufbau einer Infrastruktur für deren Antrieb. Systembedingt konnte eine Gruppe von Bietern (Hersteller von elektrisch betriebenen Fahrzeugen) auf bereits vorhandene Infrastruktur aus Oberleitungen des Auftraggebers zurückgreifen, während eine andere Gruppe (Hersteller von wasserstoffbetriebenen Fahrzeugen) entsprechende Wasserstoff-Tankstellen errichten und in den Angebotspreis einkalkulieren musste. Hierin sah das OLG Schleswig einen ausgleichspflichtigen Nachteil. Die Situation sei keine vorgefundene unterschiedliche Marktstellung der Unternehmen. Die Unterschiede resultierten daraus, dass der öffentliche Auftraggeber die Rahmenbedingungen so gestaltet hat, dass die beteiligten Bieter die Neuerstellung oder Ergänzung noch nicht vorhandener Infrastruktureinrichtungen neben der Lieferung der Fahrzeuge selbst anzubieten hätten.

3. Informationsvorteile

Ebenfalls grundsätzlich nicht auszugleichen sind Informationsvorteile eines Bestandsauftragnehmers. Es liege in der Natur der Sache, dass der bisherige Auftragnehmer im Falle der Neuausschreibung auf die

Erfahrungen aus dem ihm zuvor erteilten Auftrag zugreifen und diese im Wettbewerb einbringen könne.

Ausgleichspflichtig sind dagegen Informationsvorteile, wenn ein Bieter als sogenannter Projektant bereits an der Erstellung der Vergabeunterlagen beteiligt war. In diesem Fall ist der Informationsvorsprung durch Offenlegung gegenüber den übrigen Bietern zu neutralisieren (siehe auch § 7 Abs. 1 und 2 VgV, d. Verf.).

4. Grenze: Nicht im Wettbewerb erlangte Vorteile

Die Grundregel aus Punkt 1 gilt nicht grenzenlos. Ausdrücklich grenzt der Senat seine Entscheidung vom Beschluss des Kammergerichts vom 1. März 2024 (Verg 11/22) ab: Dort hatte das KG eine Ausgleichspflicht für Infrastrukturvorteile eines Bestandsunternehmens bejaht – allerdings nur deshalb, weil das Bestandsunternehmen den rund 30-jährigen Bestandsauftrag seinerzeit nicht im Wettbewerb erlangt hatte. Diese Fallgestaltung sei mit dem vorliegenden Fall gerade nicht vergleichbar. Die Darstellung des Senats zeigt jedoch, dass ein Vorteil aufgrund einer erworbenen Marktstellung nicht grenzenlos ohne Ausgleich bleiben kann. Wird ein Vorteil außerhalb eines wettbewerblichen Verfahrens erlangt, kann durchaus ein Ausgleich erforderlich sein.

Im vorliegenden Fall beruhte der Vorteil des Antragstellers darauf, dass er die bestehende Infrastruktur bereits vor Ort vorhielt. Diese Stellung hatte er zuvor in einem ordnungsgemäß durchgeführten europaweiten Vergabeverfahren im Wettbewerb erlangt. Der daraus resultierende Infrastrukturvorteil stelle daher einen marktbedingten Wettbewerbsvorteil und somit einen Umstand „von außen" dar, der nicht ausgeglichen werden müsse und auch nicht ausgeglichen werden durfte.

Nach Auffassung des Gerichts durfte der Antragsgegner diesen Vorteil deshalb nicht dadurch neutralisieren, dass ein wesentlicher Kostenbestandteil der ausgeschriebenen Leistung vollständig aus der Angebotswertung herausgenommen wird. Der Ausgleich eines nicht ausgleichspflichtigen Vorteils stellt vielmehr selbst eine Diskriminierung des bevorteilten Unternehmens dar und verletzt deshalb den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Das Gericht verpflichtete den Antragsgegner, das Vergabeverfahren hinsichtlich des betroffenen Loses bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor der Auftragsbekanntmachung zurückzuversetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut durchzuführen.

Praxistipp

Die Entscheidung befasst sich mit dem in der Praxis regelmäßig auftretenden Fall der Beteiligung des Bestandsauftragnehmers an der Neuausschreibung, beleuchtet das Thema aber aus einer bislang kaum diskutierten Perspektive. Nicht ein Mitbewerber verlangt den Ausgleich eines Bestandsvorteils, sondern der Bestandsauftragnehmer selbst wehrt sich dagegen, dass sein Vorteil im Wertungssystem neutralisiert wird. Für diese Konstellation gibt es bisher kaum obergerichtliche Rechtsprechung, weshalb die vorliegende Entscheidung über den Einzelfall hinaus Wirkung entfalten dürfte. Sie stellt klar: Nicht jeder Vorteil eines Bestandsauftragnehmers ist eine Wettbewerbsverzerrung, die der Auftraggeber korrigieren darf – und nicht jede Korrektur dient der Gleichbehandlung.

Für die Vergabestelle folgt daraus regelmäßig eine zweistufige Prüfung: Erstens, ob der Vorteil überhaupt auf einer vom Auftraggeber beeinflussbaren Rahmenbedingung beruht – nur dann

besteht Raum für einen Ausgleich. Marktbedingte Vorteile und Infrastrukturvorteile aus einem im Wettbewerb erlangten Bestandsauftrag sind hinzunehmen. Nicht im Wettbewerb erlangte Vorteile (so der Fall des Kammergerichts, Beschl. v. 1.3.2024 – Verg 11/22) oder Nachteile aus einer vom Auftraggeber gesetzten Infrastrukturanforderung (so der Fall des OLG Schleswig, Beschl. v. 13.6.2019 – 54 Verg 2/19) können dagegen ausgleichspflichtig sein.

Zweitens, falls ein Ausgleich geboten ist: wie dieser ausgestaltet sein kann, damit gleichwohl das wirtschaftlichste Angebot ermittelt werden kann. Die Entscheidung des OLG Frankfurt zeigt dabei, dass die vollständige Herausnahme eines wesentlichen Kostenbestandteils aus der Wertung dafür regelmäßig ungeeignet ist.

Für Bieter bedeutet die Entscheidung: Wer sich einen Vorsprung im Wettbewerb erarbeitet hat, muss ihn im Regelfall im nächsten Verfahren nicht abgeben. Wie die Entscheidung des OLG Frankfurt zeigt, hat er sogar einen im Nachprüfungsverfahren durchsetzbaren Anspruch darauf, dass dieser Vorsprung bei der Angebotswertung auch tatsächlich zum Tragen kommt.

Christopher Theis
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
vCard



Marie Bonn
Rechtsanwältin
vCard



Newsticker

Oktoberfest 2026: Keine Vergabenachprüfung bei Standplatzvergabe

Mit Beschluss vom 16. Oktober 2026 (Verg 5/26 e) hat das Bayerische Oberste Landesgericht entschieden, dass die Zuteilung von Standplätzen auf dem Münchner Oktoberfest nicht dem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren unterliegt. Dem Verfahren lag ein Nachprüfungsantrag eines Betreibers eines gastronomischen Betriebs in München zugrunde, der die Vergabe von Standplätzen auf dem Oktoberfest 2026 ohne vorherige europaweite Ausschreibung für vergaberechtswidrig hielt. Wir berichteten darüber in unserem Juli-Newsletter (hier abrufbar).

Die Vergabekammer Südbayern hatte den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen, weil nach Ansicht der Kammer die Voraussetzungen für die Anwendung des europäischen Vergaberechts (§§ 97 ff. GWB i. V. m. KonzVgV) nicht vorlagen, so dass auch das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren (§§ 155 ff. GWB) nicht eröffnet sei. Daraufhin verfolgte die Antragstellerin ihr Begehren im Beschwerdeverfahren vor dem Bayerischen Obersten Landesgericht weiter.

Jedoch ohne Erfolg. Nach Auffassung des Gerichts handelt es sich bei den Zulassungsverträgen für Festzelte mangels Beschaffungsbezugs nicht um eine Dienstleistungskonzession im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Die Landeshauptstadt München sei zwar Veranstalterin des Oktoberfests, habe jedoch nicht die Aufgabe übernommen, die Festzelte zu betreiben. Bei einer wertenden Gesamtbetrachtung fehle es an dem

erforderlichen spezifischen Bezug zwischen dem Betrieb der Festzelte und der von der Stadt wahrgenommenen Aufgabe der Veranstaltung des Oktoberfests. Ein Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer war daher unzulässig. Die Entscheidung ist rechtskräftig. Die Frage, ob die Auswahl der Zeltbetreiber inhaltlich rechtmäßig war, blieb ausdrücklich offen und unterliegt nach Angaben des Gerichts grundsätzlich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

Nordrhein-Westfalen verabschiedet Tarifentgeltsicherungsgesetz (TESG)

Wir berichteten im Juni 2026 (hier abrufbar) über die Einbringung des Regierungsentwurfs in den Landtag. Am 14. Oktober 2026 hat der Landtag das TESG mit kleineren inhaltlichen Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf verabschiedet.
Ab dem 1. Januar 2027 dürfen Auftraggeber in Nordrhein-Westfalen bestimmte öffentliche Aufträge nur noch an Auftragnehmer vergeben, die Mindestentgelte nach Branchentarifverträgen zahlen. Kommunen sind von der zentralen Mindestentgeltpflicht ausgenommen. Die konkreten Entgelte werden für 15 Branchen durch Rechtsverordnungen des Arbeitsministeriums festgelegt, die auf den jeweiligen Branchentarifverträgen basieren.

Zusammengefasst regelt das nunmehr verabschiedete TESG folgende wesentliche Punkte:

- Geltungsbereich für Bauaufträge ab EUR **100.000 netto** und Dienstleistungsaufträge ab EUR **50.000 netto**.
- Erfasst werden **15 Branchen**, u. a. Abbruch- und Baugewerbe, Gebäudereinigung, Sicherheitsdienstleistungen, Logistik, Gaststätten und Hotelgewerbe sowie verschiedene Handwerksbereiche.
- Die Mindestentgelte orientieren sich künftig an den jeweiligen **Branchentarifverträgen** und nicht am gesetzlichen Mindestlohn.
- Die Verpflichtungen gelten auch für **Nachunternehmer und Verleihunternehmen**.
- Für tarifgebundene Unternehmen gelten **Erleichterungen bei Nachweis- und Kontrollpflichten** – mit Nachweis der Mitgliedschaft in einer tarifschließenden Arbeitgeberorganisation entfallen Prüfung durch die Prüfstelle und Kontrolle durch den Auftraggeber.
- **Verstöße** können **Vertragsstrafen** und die **außerordentliche Kündigung** nach sich ziehen.

OLG Düsseldorf: Eignungskriterium „Interessenneutralität" nicht zulässig

Mit Beschluss vom 10. Juni 2026 (Verg 30/25) hat das OLG Düsseldorf eine Ausschreibung der Bundesnetzagentur zur Durchführung von Brieflaufzeitmessungen für die Jahre 2026–2032 beanstandet. Die Vergabestelle hatte gefordert, dass der Auftragnehmer während der Vertragslaufzeit keine vergleichbaren Laufzeitmessungen für den Universaldienstleister Deutsche Post durchführen darf. Hintergrund war die Befürchtung, dass parallele Tätigkeiten für die Regulierungsbehörde und das überwachte Unternehmen die Unabhängigkeit und Glaubwürdigkeit der Messergebnisse beeinträchtigen könnten.

Das Gericht stellte jedoch klar, dass § 46 Abs. 2 VgV keine Grundlage für die Aufstellung abstrakter Eignungsanforderungen zur „Interessenneutralität" bietet. Die Vorschrift ermögliche

lediglich den Ausschluss eines Unternehmens, wenn der Auftraggeber im konkreten Einzelfall einen tatsächlichen Interessenkonflikt feststellt. Zudem bewertete das OLG das Verbot paralleler Tätigkeiten als unverhältnismäßig. Zur Vermeidung möglicher Interessenkonflikte stünden mildere Mittel zur Verfügung, etwa organisatorische, personelle und funktionale Trennungen innerhalb eines Unternehmens (sog. „Chinese Walls“). Der Senat gab dem Nachprüfungsantrag teilweise statt und verpflichtete die Bundesnetzagentur, das Verfahren in den Stand vor Bekanntmachung zurückzuversetzen.

Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den ADVANT Beiten Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das ADVANT Beiten Vergaberechts-Team:

Berlin
Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219

Stephan Rechten
Rechtsanwalt
vCard



Max Stanko
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht
vCard



Düsseldorf
Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0

Sascha Opheys
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht
vCard



Frankfurt am Main
Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-195

Christopher Theis
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht
vCard



München
Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452

Michael Brückner
Rechtsanwalt
vCard



Hans Georg Neumeier
Rechtsanwalt,
Fachanwalt
für Verwaltungsrecht
vCard



Katrin Lüdtke
Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht
vCard



Hinweis: Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit abmelden.

Impressum
Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Ganghoferstraße 33, 80339 München
AG München, HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811
Tel.: +49 89 35065-0, Fax: +49 89 35065-123 | E-Mail: munich@advant-beiten.com
Hier finden Sie unser vollständiges Impressum: www.advant-beiten.com/impressum und unsere Datenschutzerklärung: www.advant-beiten.com/datenschutz