

Newsletter Vergaberecht

April 2025



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe April 2025.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[vCard](#)



**Nur die EU kann Regelungen zum Ausschluss von Bietern aus
Drittstaaten erlassen**

[zum Artikel](#)

Newsticker

NRW plant Entfall von VOB/A und UVgO bei kommunalen Vergaben

Evaluierung der Vergaberechtsnovelle von 2016 veröffentlicht

De-facto-Vergabe bei modifiziertem Zuschlag?

EU-Kommission: Neue Webseite zur umweltfreundlichen Beschaffung

[zu den Artikeln](#)

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.

Nur die EU kann Regelungen zum Ausschluss von Bietern aus Drittstaaten erlassen

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 13. März 2025 (Rs. C-266/22) erneut zu der praxisrelevanten Frage Stellung genommen, nach welchen Modalitäten ein Wirtschaftsteilnehmer aus einem Drittland, das mit der EU kein Abkommen über die Gewährleistung des gleichen und wechselseitigen Zugangs zu öffentlichen Aufträgen geschlossen hat, von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann.

Sachverhalt

In dem zugrunde liegenden Fall hatte im Jahr 2021 ein Konsortium, bestehend aus dem federführenden chinesischen Unternehmen und einem rumänischen Unternehmen, an einem Vergabeverfahren in Rumänien über die Lieferung von elektrischen Triebwagenzügen und die Erbringung von Wartungs- und Reparaturdienstleistungen teilgenommen. Der Auftraggeber schloss das Konsortium mit der Begründung aus, dass es sich bei dem federführenden Unternehmen um einen Bieter aus einem "Drittstaat" handle. Er stützte seine Entscheidung auf eine nationale rumänische Vorschrift, die einen Ausschluss von Bietern aus Drittstaaten ohne Abkommen mit der EU vorsah. Das Konsortium erhob Klage gegen diese Entscheidung. Im Rahmen des Verfahrens legte das rumänische Gericht dem EuGH die Frage, ob die einschlägige rumänische Vorschrift mit dem EU-Vergaberecht (Richtlinie 2014/24/EU) vereinbar sei, zur Klärung vor.

Entscheidung

Der EuGH stellte zunächst klar, dass die Richtlinie 2014/24/EU dahin zu verstehen ist, dass der Zugang für Wirtschaftsteilnehmer aus Drittländern zu Vergabeverfahren in der EU nicht gewährleistet ist. Unter Wirtschaftsteilnehmer aus Drittländern sind alle Bieter aus Ländern zu subsumieren, die keine internationale Übereinkunft mit der EU geschlossen haben (wie z.B. das Government Procurement Agreement (GPA) der Welthandelsorganisation (WTO)). Auch Bieter aus China fallen darunter, da China bislang keine solche internationale Übereinkunft geschlossen hat.

Wenngleich sich danach Unternehmen aus solchen Drittstaaten im Hinblick auf einen Ausschluss von einem Vergabeverfahren oder die Zulassung zu einem solchen Verfahren nicht auf diese Richtlinie berufen und eine Gleichbehandlung ihres Angebots mit Angeboten aus der EU oder assoziierten Staaten nicht verlangen können, kann eine Regelung der Ausschluss- oder Zugangsmodalitäten von solchen Unternehmen allerdings nur durch die EU selbst erlassen werden. Denn diese Ausschluss- und Zugangsentscheidungen gehören zum Bereich der gemeinsamen Handelspolitik, der nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. e AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit der EU begründet. Somit darf allein diese den Zugang eines Bieters aus einem Drittstaat durch einen verbindlichen Rechtsakt regeln. Die Mitgliedstaaten wurden von der EU hingegen bisher nicht ermächtigt, gesetzgeberisch tätig zu werden. Die hier herangezogene rumänische Regelung, die den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, den Bieter auszuschließen, durfte dementsprechend nicht angewandt werden. Der EuGH stellt fest, dass eine solche nationale Rechtsvorschrift immer rechtswidrig sei. Vor dem Hintergrund war es im vorliegenden Fall auch unerheblich, dass die nationale Rechtsvorschrift erst nach der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung in Kraft getreten ist.

Dem einzelnen öffentlichen Auftraggeber steht es hingegen frei, in seinen Vergabeunterlagen Modalitäten aufzunehmen, die den objektiven Unterschied zwischen Unternehmen aus Drittstaaten und Unternehmen aus der EU bzw. assoziierten Staaten widerspiegeln. Zwar zieht der EuGH hier gewisse Mindestanforderungen ein, indem er darauf hinweist, dass es denkbar sei, dass diese Modalitäten bestimmten Anforderungen oder Grundsätzen entsprechen müssen wie der Rechtssicherheit oder des Vertrauensschutzes. Ein Rechtsbehelf, der auf die Nichtbeachtung solcher Grundsätze abstellt, kann allerdings nur anhand nationalen Rechts geprüft werden.

Praxistipp

Mit dieser Entscheidung setzt der EuGH seine Rechtsprechung aus dem Urteil vom 22. Oktober 2024 (Rechtssache C-652/22 "Kolin Inaat Turizm Sanayi ve Ticaret") fort, die auf Grundlage der EU-Sektorenrichtlinie 2014/25 zum selben Ergebnis gekommen war. Diese Entscheidung erlangte allerdings weniger Aufmerksamkeit, da die Sektorenrichtlinie mit Art. 85 eine ausdrückliche Vorschrift für den Ausschluss von Angeboten

enthält, die Erzeugnisse aus Drittländern umfassen. Diese wurde mit § 55 SektVO auch in nationales Recht umgesetzt und war seither als Privileg der Sektorenauftraggeber angesehen worden. Vor diesem Hintergrund war auch das OLG Düsseldorf in seiner "Kampfdrohnen-Entscheidung" vom 31. Mai 2017 (Verg 36/16) von der Prämisse ausgegangen, dass der Zugang zu Vergabeverfahren für Unternehmen aus Drittstaaten als "gegeben" angesehen wird. Und auch seine Entscheidung vom 1. Dezember 2021, wonach Art. 25 der Richtlinie 2014/25 EU kein Recht zur Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten gewährt, dürfte danach überholt sein.

Fest steht nach der sich nunmehr festigenden Rechtsprechung des EuGH vielmehr, dass der öffentliche Auftraggeber im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU entscheiden kann, ob er Bieter aus Drittstaaten zu seinem Vergabeverfahren zulässt oder nicht. Nicht explizit geregelt ist jedoch, wie eine solche Entscheidung zu erfolgen hat. Konkret stellt sich die Frage, ob der Zugang zum Vergabeverfahren als Teil der Bekanntmachung oder der Vergabeunterlagen zu regeln ist. Zum jetzigen Zeitpunkt ist auch noch offen, ob die "Behandlungsmodalitäten" der Drittstaatsangehörigen bestimmte Grundsätze und Anforderungen beachten müssen und an welche Grenzen sich der öffentliche Auftraggeber halten muss. Laut EuGH obliegt diese Beurteilung allein den nationalen Gerichten und dem nationalen Recht. Da es vermehrt zu Entscheidungen zu dem Umgang von Drittstaatsangehörigen kommt, sind auch in nächster Zeit Entscheidungen zu den "Behandlungsmodalitäten" zu erwarten.

Überraschend ist, dass die Beteiligung eines EU-Unternehmens am "Konsortium" keine Auswirkungen auf die Entscheidung des EuGH hatte. Offensichtlich verfolgt der Gerichtshof hier – wie zuvor auch schon in anderen Verfahren – eine "Infizierungstheorie", frei nach dem Motto "mitgehangen – mitgefangen". Ob und inwieweit es vorliegend darauf ankam, dass der chinesische Konsortialpartner das federführende Unternehmen des Konsortiums war, ergibt sich aus den Urteilsgründen des EuGH nicht.

Léna Wagner

Rechtsanwältin

[vCard](#)



Newsticker

NRW plant Entfall von VOB/A und UVgO bei kommunalen Vergaben

Am 11. Februar 2025 hat das Landeskabinett Nordrhein-Westfalen den Entwurf für das „Gesetz zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften im Land Nordrhein-Westfalen“ beschlossen. Ziel ist unter anderem eine Erleichterung der Kommunen im Bereich der Unterschwellenvergaben und der Schaffung von größtmöglichem Handlungsspielraum für diese.

Die Kommunen sollen damit künftig vergaberechtlich ebenso viel Handlungsfreiheit erhalten wie Gesellschaften, die in ihrem Eigentum stehen oder an denen sie mehrheitlich beteiligt sind. Im Klartext: die Anwendung der VOB/A und UVgO entfällt somit. Im Ergebnis wären Kommunen insofern erst ab Erreichen oder Überschreiten der europäischen Schwellenwerte nach § 106 GWB verpflichtet, ihren Beschaffungsbedarf förmlich auszuschreiben. Im Bereich der Unterschwellenvergaben wären sie hingegen nur noch angehalten, die Grundsätze einer wirtschaftlichen, effizienten und sparsamen Haushaltsführung einzuhalten.

Durch den Wegfall der Bindung an die VOB/A soll das sogenannte „Schweizer Modell“ umgesetzt werden: den Zuschlag erhält fortan das wirtschaftlichste Angebot, welches nicht notwendigerweise das preislich günstigste sein muss. Kriterien wie Qualität, Zweckmäßigkeit und Betriebskosten können durch die Kommune vorgegeben und damit berücksichtigt werden. Hierdurch soll die Qualität einer Leistung wieder stärker Einfluss erhalten.

Evaluierung der Vergaberechtsnovelle von 2016 veröffentlicht

Vor knapp 9 Jahren, am 18. April 2016, sind das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergRModG) und die Vergaberechtsmodernisierungsverordnung (VergRModVO) in Kraft getreten. Die Vergaberechtsnovelle diente der Umsetzung der maßgeblichen EU-Vergaberichtlinien (RL 2014/24/EU, RL 2014/25/EU und RL 2014/23/EU).

Anvisiertes Ziel der damaligen Novelle war es, ein Regelwerk für Vergaben entsprechend den bestehenden Bedürfnissen des

Binnenmarktes weiterzuentwickeln und innerhalb der Europäischen Union stärker zu vereinheitlichen. Zudem sollten den Mitgliedstaaten neue Handlungsspielräume eingeräumt und die Vergabeverfahren effizienter, einfacher und flexibler ausgestaltet werden sowie die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) an Vergabeverfahren gefördert werden.

In der jeweiligen Gesetzes- bzw. Verordnungsbegründung war festgelegt, dass die Bundesregierung die Auswirkungen begleitend evaluieren und über die Ergebnisse der Evaluierung sechs Jahre nach in Kraft treten des Gesetzes berichten und erforderlichenfalls Änderungen vorschlagen sollen. Nunmehr hat das BMWK das [Ergebnis der Evaluation zur Vergaberechtsnovelle 2016](#) veröffentlicht.

Positiv habe die Evaluierung gezeigt, dass die gesetzgeberischen Ziele zu großen Teilen erreicht werden konnten. Es bestehe mehr Rechtssicherheit in der Vergabepaxis, Vereinfachungen und Effizienzen sowie eine weitergehende Digitalisierung in den Vergabeverfahren wurden erreicht und es konnte eine hohe Beteiligung von KMU an öffentlichen Aufträgen verzeichnet werden.

Zugleich hat die Vergaberechtsnovelle nach Ansicht des BMWK jedoch weniger Entlastung im Erfüllungsaufwand ergeben als angenommen. Zudem habe sich auch gezeigt, dass hinsichtlich der reduzierten Komplexität des Vergaberechts Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung häufig die Vergabepaxis betreffen und nicht den Rechtsrahmen als solchen. Schließlich zeigten die Daten aus der Vergabestatistik, dass die Berücksichtigung von umweltbezogenen, innovationsbezogenen und sozialen Aspekten noch ausbaufähig ist.

De-facto-Vergabe bei modifiziertem Zuschlag?

Mit Beschluss vom 11. Oktober 2024 (6 Verg 2/24) hat das Oberlandesgericht Naumburg klargestellt, dass ein Zuschlagsschreiben mit Änderungen gegenüber dem Entwurf nicht zum Vertragsschluss führt, sondern stattdessen als Ablehnung des Angebots verbunden mit der Unterbreitung eines neuen Angebots zu werten sei.

Ausgeschrieben war eine Rahmenvereinbarung über Ingenieurleistungen, die mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern abgeschlossen werden sollte.

Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis. Der Auftraggeber übermittelte an zwei Bieter gleichlautende Zuschlagsschreiben mit Anlagen, darunter die "finale Rahmenvereinbarung mit Änderungen zum Entwurf". Einer der Bieter rügte den Abschluss der – gegenüber den Vergabeunterlagen modifizierten – Rahmenvereinbarung, da dies seiner Ansicht nach eine vergaberechtswidrige de facto-Vergabe darstellte.

Die Vergabekammer hatte den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen und auch die sofortige Beschwerde zum OLG Naumburg blieb erfolglos.

Zur Begründung führte das Gericht an, dass ein Zuschlagsschreiben mit Änderungen zwar nicht zum Vertragsschluss führe. Denn dies sei nach § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung des Angebots zu verstehen, verbunden mit der Unterbreitung eines neuen Angebots (sog. modifizierter Zuschlag). Dieses kann und müsste wiederum vom Bieter angenommen werden. Ein so zustande gekommener Vertrag stelle gleichwohl keine de-facto-Vergabe nach § 135 Abs. 1 GWB dar. Grund hierfür sei, dass das Vergabeverfahren durch die Ablehnung der Angebote der Bieter nicht beendet wurde. Denn die Unterbreitung eines neuen Angebots enthalte die eindeutige Willenserklärung des Auftraggebers, das Verfahren fortsetzen zu wollen. Zudem befanden sich der Vertragsabschluss durch modifizierten Zuschlag und die unverzügliche Annahmeerklärung der Beigeladenen im zeitlichen und situativen Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren und haben dieses insofern abgeschlossen.

Eine de facto-Vergabe liege ferner auch nicht unter Heranziehung der Vorschriften des § 132 GWB vor, da die Vorschrift bereits nicht anwendbar sei. § 132 GWB betrifft Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit und damit nach Zuschlagserteilung; vorliegend betreffen die Änderungen jedoch den Vertragsinhalt vor dem Vertragsschluss.

EU-Kommission: Neue Webseite zur umweltfreundlichen Beschaffung

Unter dem Stichwort „*Simplify green public procurement with the EU Ecolabel!*“ hat die EU-Kommission eine neue [Website](#) freigeschaltet, die die nachhaltige Beschaffung, insbesondere unter Anwendung des EU-Umweltzeichens, bewirbt.

Dort finden Beschaffer praktische Tipps anhand von Leitfäden für eine einfache, transparente und kosteneffiziente umweltgerechte Beschaffung mit dem EU-Umweltzeichen.

Das Europäische Umweltzeichen ist ein internationales Umweltgütesiegel zur Kennzeichnung von Verbraucherprodukten und Dienstleistungen, die geringere Umweltauswirkungen haben als vergleichbare Produkte. Erfasst sind fast 100.000 Waren und Dienstleistungen in 25 Produktkategorien. Damit bietet das EU-Umweltzeichen Lösungen für Beschaffer, die ihre Ausschreibungen umweltfreundlicher gestalten und den Verwaltungsaufwand verringern wollen.

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 86471-219

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 Lüttke

Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht

[vCard](#)





Zur Newsletter Anmeldung

E-Mail weiterleiten

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2025

Impressum

ADVANT Beiten

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/impressum>

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.