

# Newsletter Vergaberecht

August 2024



---

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe August 2024. Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

**Stephan Rechten**

Rechtsanwalt

[vCard](#)



---

Wenn Unterkriterien zum Verhängnis werden

---

## Newsticker

- EVB-IT Rahmenvereinbarung beschlossen
- Neuer Ausschlussgrund in § 123 GWB
- Bundeskartellamt legt Jahresbericht 2023/24 vor
- Verordnung zur Vergabe steuerlicher Wirtschafts-Identifikationsnummern kommt
- Tariftreue im Saarland
- EU-Net Zero Industry Act in Kraft getreten

# Neue Podcast-Serie #Schocktherapie: Essentielle Einblicke für das Krankenhauswesen



Wir freuen uns, Ihnen unsere neue Podcast-Serie #Schocktherapie vorzustellen. Tauchen Sie ein in die aktuellen Herausforderungen und Entwicklungen im Krankenhauswesen mit unseren Hosts, Dr. Silke Dulle und Wolf J. Reuter. Freuen Sie sich auf wöchentliche, spannende und tiefgehende Diskussionen mit namhaften Experten der Branche. Dieser Podcast richtet sich an Führungskräfte und Entscheidungsträger im Healthcare-Sektor und bietet wertvolle Einblicke in Themen, die Sie und Ihre Institution bewegen. Jetzt Reinhören und am Puls der Zeit bleiben!

Erfahren Sie  
hier mehr!

## Wenn Unterkriterien zum Verhängnis werden

Dass der Auftraggeber vor Beginn eines Vergabeverfahrens die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung festlegen und den Bietern bekannt geben muss, gehört zum Basiswissen jeder Vergabestelle. Weitaus weniger bekannt ist hingegen, dass diese strengen Maßstäbe auch für Unterkriterien gelten – auch deswegen, weil hier gefühlt der Rahmen mit den Hauptzuschlagskriterien bereits gesetzt ist und die Abgrenzung zur bloßen Überprüfung der Erfüllung von Anforderungen aus der Leistungsbeschreibung und damit der Subsumtion unter den Hauptkriterien nicht immer klar ist. Eine aktuelle Entscheidung der Vergabekammer Westfalen (Beschluss vom 17. Mai 2024, VK 3 - 9/24) zeigt dies anschaulich auf und führt die Tragweite der Nichtbeachtung vor Augen.

## **Sachverhalt**

Der Auftraggeber schrieb Softwareentwicklungsleistungen EU-weit aus. Zuschlagskriterien waren der Preis (30 Prozent) und die Qualität (70 Prozent), die sich in die mit 30 Prozent gewichtete „persönliche Erfahrung des Projektteams“ und das mit 40 Prozent gewichtete Ausführungskonzept unterteilte.

Um die persönliche Erfahrung jedes Mitglieds des Projektteams evaluieren zu können, mussten die Bieter pro Teammitglied ein Referenzprojekt angeben. Die Bewertung sollte sich nach den Vergabeunterlagen aus der Vergleichbarkeit zum ausgeschriebenen Projekt und der daraus gewonnenen persönlichen Erfahrung für die gegenständliche Leistung ergeben. Die Bieter sollten hierzu Angaben über das Projekt, zu den von dem jeweiligen Mitglied selbst geleisteten Personentagen und den selbst erbrachten Leistungen sowie die dabei gewonnene persönliche Erfahrung aufführen. Insgesamt konnten pro Referenzprojekt maximal 5 Punkte erreicht werden. Unterkriterien waren nicht angelegt, die Bewertung sollte gem. Vergabeleitfaden „in der Gesamtschau“ erfolgen.

Im Rahmen der Angebotswertung unterteilte der Auftraggeber die zu diesem Kriterium zu erreichende Gesamtpunktzahl dann aber wie folgt weiter, ohne dass dies den Bietern mitgeteilt worden war:

- Beschreibung des Projekts – 2 Punkte
- Angaben zu den von dem jeweiligen Mitglied selbst geleisteten Personentagen (PT) (Anzahl PT) – 1 Punkt
- Angaben zu den von dem jeweiligen Mitglied selbst erbrachten Leistungen und die dabei gewonnene persönliche Erfahrung – 2 Punkte

Die Antragstellerin erhielt im Folgenden keinen Zuschlag. Nach erfolgloser Rüge gegen die Anwendung eines vorher nicht bekannt gemachten Punktesystems stellte sie einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer.

## **Entscheidung**

Die Vergabekammer Westfalen gab dem Antrag statt. Der Auftraggeber habe den Anspruch der Antragstellerin auf ein transparent durchgeführtes Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB dadurch verletzt, dass er die Bewertung der Projektteammitglieder weiter untergliedert habe, ohne dies im Vorfeld bekannt gemacht zu haben.

Das vergaberechtliche Transparenzgebot verpflichtete öffentliche Auftraggeber, entsprechend § 127 Abs. 5 GWB die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufzuführen. Denn nur so habe der Bieter die Möglichkeit, seine Erfolgchancen abschätzen zu können. Von den zuvor festgelegten Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung dürfe der Auftraggeber nachträglich nicht ohne Änderungsbekanntmachung abweichen.

Dies gelte auch auf der Ebene der Unterkriterien, da diese eine weitere Untergliederung eines Zuschlags(haupt)kriteriums darstellten. Hauptkriterien definierten die Anforderung an die Qualität einer zu vergebenden Leistung. Zuschlagsunterkriterien ihrerseits präzisierten eben jene Hauptkriterien selbst und mit diesem ebenfalls die Leistung.

Ein Unterkriterium zeichne sich insbesondere dadurch aus, dass dieses nicht nur die Leistung und insbesondere deren Qualität definiere, sondern darüber hinaus unmittelbar Einfluss auf das Wertungsergebnis habe. Stellt der Auftraggeber bestimmte Aspekte besonders heraus und ordnet dem Kriterium im Rahmen der Bewertung einen konkreten Punktwert von einer definierten Höchstpunktzahl zu, welcher rechnerisch nachvollziehbar in die Gesamtwertung einfließt, liege damit ein Unterkriterium vor. Dies sei hier der Fall. Ausweislich der Vergabeunterlagen war keine Gewichtung hinsichtlich der Referenzprojekte erkennbar. In der vom Auftraggeber genutzten, den Bietern nicht bekannten Wertungsübersicht sei hingegen zwei Mal eine (Maximal)Punktzahl von zwei Punkten für die Projektbeschreibung als auch die erbrachten Leistungen und gewonnenen Erfahrungen bestimmt und ein Punkt als maximal zu erreichende Punktzahl für die Personentage festgelegt. Damit lägen Unterkriterien vor.

Diese nachträgliche Einführung von Unterkriterien verstoße gegen § 127 Abs. 5 GWB. Denn nach obergerichtlicher Rechtsprechung sei der Auftraggeber verpflichtet, nicht nur Zuschlags(haupt-)kriterien, sondern auch solche Unterkriterien bekannt zu geben, welche geeignet sind, die Angebotsgestaltung potenziell zu beeinflussen. Für die Bieter habe sich dieses Vorgehen des Auftraggebers auch nicht an den Vergabeunterlagen erkennen lassen. Zwar seien im Rahmen der Darstellung der Referenzen individuelle Angaben zu den Aspekten gefordert gewesen, die jetzt die streitgegenständlichen Unterkriterien darstellten. Diese seien aber als solche nicht angelegt gewesen; zudem habe der Auftraggeber eine Bewertung „in der Gesamtschau“ angekündigt. Daraus erschließe sich aus Sicht eines verständigen Bieters weder, dass die thematische Trennung drei Unterkriterien darstellen solle, noch wie die insgesamt fünf je

Teammitglied zu verteilenden Bewertungspunkte auf die einzeln zu bewertenden Aspekte verteilt würden.

Die Vergabekammer untersagte die Zuschlagserteilung und tenorierte, dass bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Verfahren in den Zustand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen sei.

### **Praxistipp**

Das hier zu Tage getretene Vorgehen des Auftraggebers erlebt man in der Vergabepaxis immer wieder: nach Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung möchte sich der Auftraggeber insbesondere bei der Bewertung innerhalb der leistungs- bzw. qualitätsbezogenen Zuschlagskriterien eine gewisse „Beinfreiheit“ bewahren und verzichtet insofern auf weitergehende, ihn (scheinbar) einengende Unter- und Unterunterkriterien. Spätestens dann, wenn die Angebote vorliegen und es gilt, einen einheitlichen, objektiven und sachbezogenen Maßstab für deren Bewertung anzuwenden, sehnt sich der Auftraggeber dann nach „Leitplanken“, die ihm dies leichter ermöglichen. In dieser Situation nachträglich Kriterien und Maßstäbe einzuführen, ist – wie die Entscheidung zeigt – fatal.

Der EuGH hat bereits 2008 festgestellt, dass das spätere Nachschieben von zuvor nicht bekannt gemachten Zuschlagskriterien rechtswidrig ist (Urteil vom 24. Januar 2008, C-532/06). Gleiches gilt für Zuschlagskriterien, die zwar vom Auftraggeber von Anbeginn festgelegt sind, den Bietern aber nicht bekannt gemacht werden. Im Sinne des Transparenzgebots soll die Pflicht zur Bekanntgabe festgelegter Kriterien (und deren grundsätzliche Unveränderbarkeit) die Bieter in zweierlei Richtung schützen: zum einen im Sinne einer bestmöglichen Ausrichtung des Angebots auf die vom Auftraggeber gewünschten Zielsetzungen und Anforderungen und zum anderen zum Schutz vor einer Manipulation des Ergebnisses durch nachträgliche Einführung oder Änderung von Kriterien.

Festzuhalten ist zwar auch, dass es dem Auftraggeber nicht verwehrt ist, auf Unterkriterien zu verzichten. Dann ist dies allerdings der Maßstab für die Transparenz, der nachträglich nicht mehr verändert oder konkretisiert werden darf. Mithin muss der Auftraggeber in dieser Situation eine „gesamthafte“ Bewertung bzw. eine Bewertung „in der Gesamtschau“ vornehmen, die mangels vorhandener Leitplanken weitaus anspruchsvoller (da freier) und insofern auch mehr angreifbar ist und letztlich höhere Anforderungen an die Dokumentation in Gestalt der Begründung für die jeweilige Bewertung der einzelnen Angebote verlangt.

Auftraggeber sind insofern gut beraten, sich vorab sorgfältig über die Konsequenzen einer Entscheidung für oder gegen Unterkriterien klar zu werden – und dann an der festgelegten Strategie festzuhalten.

Stephan Rechten  
Berlin

**Stephan Rechten**  
Rechtsanwalt  
vCard



---

## Newsticker

### **EVB-IT Rahmenvereinbarung beschlossen**

Der IT-Planungsrat hat am 19. Juni 2024 die neue EVB-IT Rahmenvereinbarung beschlossen. Erarbeitet wurde diese durch die Arbeitsgruppe EVB-IT und anschließend seit Sommer 2023 mit der Digital-Wirtschaft (koordiniert durch den Bitkom) verhandelt.

Die EVB-IT Rahmenvereinbarung vereint die bereits bestehenden elf EVB-IT Vertragsmuster. Abrufbar sind sie ausschließlich in der Anwendung EVB-IT digital, dem Legal-Tech Vertragserstellungswerkzeug für EVB-IT Verträge. EVB-IT digital wurde als Open Source Software entwickelt und steht im Open CoDE Repository der öffentlichen Hand bereit.

Die Auftraggeber wählen dabei in der Anwendung nur noch diejenigen Module aus, die sie für ihre Beschaffung benötigen. Dabei lassen sich grob drei Bereiche unterscheiden:

1. Allgemeiner Teil;
2. bis zu elf Leistungsmodule mit den EVB-IT AGB;
3. konkrete Einzelabrufe.

Zudem werden besondere Regelungen und Werkzeuge beispielsweise für die Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH zu den Höchstgrenzen von Rahmenvereinbarungen (Urteil vom 17. Juni 2021, C-23/20 – Simonsen & Weel) bereitgestellt.

Die EVB-IT Vertragsplaybooks sowie die Anwendung EVB-IT digital werden voraussichtlich ab Mitte August 2024 auf [cio.bund.de](https://cio.bund.de) veröffentlicht und sind für alle Nutzenden kostenlos verfügbar.

## **Neuer Ausschlussgrund in § 123 GWB**

Am 13. Juni 2024 ist das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches in Kraft getreten (BGBl. 2024 I Nr. 190), mit dem als § 108f StGB der neue Straftatbestand der unzulässigen Interessenwahrnehmung in das StGB aufgenommen wurde. Zugleich wurde gem. Art. 3 des Änderungsgesetzes der Katalog der zwingenden Ausschlussgründe nach § 123 GWB um diesen Straftatbestand erweitert.

Mit § 108f StGB sollen die Einflussmöglichkeiten von Mandatsträgern außerhalb der Mandatswahrnehmung pönalisiert werden, um insbesondere das Vertrauen in die Integrität von Mandatsträgern und damit in die Funktionsfähigkeit des Systems der repräsentativen Demokratie zu stärken.

Der Vergabeservice des Landes Berlin hat diesbezüglich aktualisierte Formulare über die Erklärungen zu Ausschlussgründen und Angaben zum Unternehmen im Ober- und Unterschwellenbereich (Formular [Wirt-124 EU P](#) und Formular [Wirt-124 UVgO P](#)) veröffentlicht.

## **Bundeskartellamt legt Jahresbericht 2023/24 vor**

Das Bundeskartellamt hat am 26. Juni 2024 seinen [Jahresbericht 2023/24](#) veröffentlicht. Daraus ergeben sich u.a. aktuelle Zahlen im Hinblick auf die Tätigkeit der Vergabekammern des Bundes und des ebenfalls beim Bundeskartellamt angesiedelten Wettbewerbsregisters.

Bei den Vergabekammern des Bundes wurden 2023 insgesamt 105 Anträge auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. In 35 Fällen kam es hierbei zu einer Sachentscheidung, von denen 21 zugunsten der öffentlichen Auftraggeber und 14 zugunsten der Antragsteller ergingen. Die übrigen Nachprüfungsverfahren wurden ohne Sachentscheidung durch Rücknahme (40) oder Erledigung (28) beendet. Gegen 18 Entscheidungen der Vergabekammern wurde Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt. Ein Schwerpunkt der Nachprüfungsverfahren lag, wie auch in den Vorjahren, auf der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen. Danach folgen der Baubereich und schließlich auf gleichbleibendem Niveau Nachprüfungen im Sektorenbereich und im Bereich Verteidigung und Sicherheit.

Im Hinblick auf das Wettbewerbsregister vermeldet das Bundeskartellamt im Durchschnitt rund 900 bis 1.100 Abfragen pro Arbeitstag im Jahr 2023. Das Bundeskartellamt hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass das Register mit seinen digitalen Schnittstellen, die von zehntausenden Nutzern verwendet werden, eines der ersten volldigitalen Register der öffentlichen Verwaltung ist.

## **Verordnung zur Vergabe steuerlicher Wirtschafts-Identifikationsnummern kommt**

Das Bundesministerium der Finanzen hat am 28. Juni 2024 den [Referentenentwurf](#) einer Verordnung zur Vergabe steuerlicher Wirtschafts-Identifikationsnummern (Wirtschafts-Identifikationsnummerverordnung – WIdV) veröffentlicht. Perspektivisches Ziel der Einführung der W-IdNr. ist die Vereinfachung der Kommunikation zwischen den wirtschaftlich Tätigen und Behörden sowie zwischen den Behörden untereinander.

Wirtschaftsidentifikationsnummern sind nach § 139a der Abgabenordnung ein eindeutiges und dauerhaftes Merkmal zum Zwecke der eindeutigen Identifizierung in Besteuerungs- und Verwaltungsverfahren bei wirtschaftlich Tätigen. Handeln natürliche Personen wirtschaftlich, erhalten diese sie zusätzlich zur persönlichen Steueridentifikationsnummer. Dadurch soll der betriebliche Bereich klar von der privaten Sphäre getrennt werden. Die W-IdNr. wird aus den Buchstaben 'DE' und 9 Ziffern bestehen und damit in ihrer Form der USt-IdNr. entsprechen.

Die Einführung der Identifikationsnummern soll zum 1. November 2024 beginnen. Die initiale Vergabe und die Mitteilung an die wirtschaftlich Tätigen erfolgt in mehreren Stufen und soll 2026 abgeschlossen werden. So wird etwa denjenigen, denen bereits eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer erteilt wurde, diese fortan als Wirtschafts-Identifikationsnummer zugeteilt.

Für Vergabeverfahren ist die W-IdNr. insofern von Bedeutung als sie im Rahmen der bereits seit Oktober 2023 bei EU-weiten Vergabeverfahren zu verwendenden [eForms](#) von teilnehmenden Bewerbern oder Bietern verlangt wird – und bislang noch nicht angegeben werden kann, weshalb aktuell noch die Angabe einer anderen eindeutigen Identifikationsnummer für Unternehmen (z.B. die Umsatzsteuer-ID oder die Handelsregisternummer) empfohlen wird.



## **Tariftreue im Saarland**

Nach § 3 Abs. 1 des Saarländischen Tariftreue- und Fairer-Lohn-Gesetz (STFLG) vom 8. Dezember 2021 dürfen öffentliche Aufträge von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen nur an Unternehmen vergeben, die sich bei Angebotsabgabe in Textform verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistung mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die den Vorgaben der jeweils einschlägigen Rechtsverordnung nach Absatz 2 entsprechen, um Änderungen während der Ausführungslaufzeit nachzuvollziehen. Aufgrund dieser Rechtsverordnung sind unter dem 27. Juni 2024 [mehrere Verordnungen](#) über zwingende Arbeitsbedingungen für die Ausführung öffentlicher Aufträge veröffentlicht worden. Gegenständlich sind die Arbeitsbedingungen im Bereich des Sicherheitsgewerbes, des Sanitär- und Heizungshandwerks sowie möbellogistischer Dienstleistungen.

Seit dem 1. Juli 2024 müssen Unternehmen, die sich z.B. an der Vergabe von Sicherheitsleistungen beteiligen, für Sicherheitsmitarbeiter in betriebseigenen Notruf- und Serviceleitstellen einen Stundenlohn von EUR 14,43 beachten; dieser erhöht sich ab dem 1. Januar 2025 auf EUR 15,16 pro Stunde. Auch sind feste Regelungen für Zuschläge aufgrund von Arbeiten an Sonn- und Feiertagen sowie Urlaubszeiten (mindestens 27 Werktage für Sicherheitsmitarbeiter) festgelegt.

## **EU-Net Zero Industry Act in Kraft getreten**

Am 29. Juni 2024 ist die Netto-Null-Industrie-Verordnung der EU ([Net Zero Industry Act - NZIA, VO\(EU\) 2024/1735](#)) in Kraft getreten. Der NZIA hat eine erhöhte Produktion von sauberer Energie in der EU zum Ziel.

Bei Netto-Null-Technologien handelt es sich um solche Technologien, die die Energiewende vorantreiben und nur geringe bis gar keine Treibhausgasemissionen verursachen (z.B. Solartechnologien, Wärmepumpen und Technologien für geothermische Energie oder Wasserstofftechnologien). Angesichts der Komplexität und des transnationalen Charakters von Netto-Null-Technologien bergen unkoordinierte nationale Maßnahmen zur Sicherstellung des Zugangs zu diesen Technologien das Risiko, den Wettbewerb zu verzerren und den Binnenmarkt zu fragmentieren. Daher sieht die Verordnung u.a. auch vergaberechtliche Vorgaben vor. So haben öffentliche Auftraggeber verbindliche Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit und Resilienz anzuwenden, wenn Netto-Null-Technologien Teil der zu

vergebenden Aufträge sind oder wenn Bauaufträge oder Baukonzessionen eine dieser Technologien umfassen. Dies gilt allerdings nur für Aufträge, die von zentralen Beschaffungsstellen geschlossen werden, und für Aufträge, deren Wert EUR 25 Mio. oder mehr beträgt.

Der NZIA ist als EU-Verordnung unmittelbar mit Inkrafttreten am 29. Juni 2024 anwendbar. Die Bundesregierung ist derzeit mit den Vorbereitungen für die nationale Durchführung des NZIA in Deutschland befasst. Im Hinblick auf die Anforderungen an die Auftragsvergabe ist zudem noch die EU-Kommission gefordert: nach Art. 25 Abs. 5 des NZIA hat sie bis zum 30. März 2025 einen Durchführungsrechtsakt zur Festlegung der Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit für die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu erlassen.

## 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 Lüdtke

Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für  
Verwaltungsrecht  
[vCard](#)



## REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt  
© Beiten Burkhardt  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

[Vergaberecht@advant-beiten.com](mailto:Vergaberecht@advant-beiten.com)  
[www.advant-beiten.com](http://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.



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 2024

### 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/de/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.