

Handbuch IT-Vergabe

Osseforth

2022

ISBN 978-3-406-75144-8

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

verfahren nehmen kann und ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse hat, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte. Für die Beurteilung des Interessenskonflikts sind alle Umstände des Einzelfalls heranzuziehen und es ist eine Gesamtschau anzustellen.

An der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind diejenigen Personen, die unmittelbar Entscheidungen treffen (vor allem Organmitglieder und Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers). Demgegenüber können Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens auch solche Personen nehmen, die zwar nicht selbst die Entscheidung treffen bzw. an der Entscheidungsfindung beteiligt sind, aber im Vorfeld die Möglichkeit haben, die Entscheidungsträger zu einer bestimmten Entscheidung zu bewegen. Der letztere Fall dürfte sich insbesondere auf Beschaffungsdienstleister beziehen.¹⁰⁵

Als zweite Voraussetzung des Interessenkonflikts muss die beteiligte Person an einem bestimmten Ausgang des Vergabeverfahrens interessiert sein. Dieses Interesse kann unmittelbar (zB bei paralleler Beteiligung an dem Vergabeverfahren als Bieter) oder mittelbar sein. In Betracht kommen finanzielle, wirtschaftliche oder persönliche Interessen. Ein finanzielles Interesse besteht insbesondere dann, wenn die Person eine Vergütung für einen bestimmten Ausgang des Verfahrens erhält. Ein wirtschaftliches Interesse kann, in dem aus dem Auftrag zu erzielendem Gewinn liegen. Das persönliche Interesse kann als eine Aufwangsregelung betrachtet werden und ist immer individuell und weit zu bestimmen.¹⁰⁶ Zu berücksichtigten ist stets auch das Gewicht des jeweiligen Interesses. Ein relevantes persönliches Interesse wird man zB dann annehmen können, wenn ein naher Angehöriger als Bieter auftritt. Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn der Angehörige lediglich bei einem Bieter beschäftigt ist bzw. dort in einem Bereich angestellt ist, der in keinem Zusammenhang mit dem konkreten Vergabeverfahren steht.

Schließlich muss das Interesse die Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit der betreffenden Person bei der Ausübung ihrer Funktion im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen können. Das ist der Fall, wenn die Gefahr besteht, dass die betreffende Person nicht alle Bewerber und Bieter am Vergabeverfahren mit der gebotenen Unvoreingenommenheit und Neutralität behandelt bzw. hinsichtlich ihrer eigenen Interessen eine Abhängigkeit entwickelt hat.¹⁰⁷ Bereits die Gefahr einer Beeinträchtigung reicht nach dem Wortlaut der Norm aus.

4. Vermutung eines Interessenkonflikts und Möglichkeit der Widerlegung

Das Gesetz (§ 6 Abs. 3 VgV) regelt insgesamt vier Konstellationen, in denen aufgrund eines schädlichen Näheverhältnisses ein Interessenkonflikt widerlegbar vermutet wird. Die gesetzliche Vermutung greift dann, wenn die in § 6 Abs. 1 VgV genannten Personen:

- Bewerber oder Bieter sind (a),
- einen Bewerber oder Bieter beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzliche Vertreter oder nur in dem Vergabeverfahren vertreten (b),
- beschäftigt oder tätig sind (c) bei einem Bewerber oder Bieter gegen Entgelt oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder gleichartigen Organs oder (d) für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum öffentlichen Auftraggeber und zum Bewerber oder Bieter hat.

Die Stellung eines **Bewerbers oder Bieters** (a) erwirbt ein Unternehmen in der Regel durch Abgabe eines Teilnahmeantrags bzw. eines Angebots.¹⁰⁸

Ein **Beraten bzw. Unterstützen** (b) ist jede unmittelbar fördernde (auch unentgeltliche) Tätigkeit.¹⁰⁹ Zu nennen wären etwa freiberufliche Dienstleistungen von Rechtsanwält-

¹⁰⁵ Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 6

¹⁰⁶ Ziekow/Völlink/Greb, 4. Aufl. 2020, VgV § 6 Rn. 19.

¹⁰⁷ Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 6 Rn. 12.

¹⁰⁸ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30.10.2018 – 15 Verg 5/18, BeckRS 2018, 27488 = NZBau 2019, 200 Rn. 52.

¹⁰⁹ OLG Celle, Beschl. v. 8.9.2011 – 13 Verg 4/11, BeckRS 2011, 22904.

ten, Steuerberatern, Unternehmensberatern, Wirtschaftsprüfern, Architekten und Ingenieuren bei Vorbereitung, Gestaltung oder Durchführung des Vergabeverfahrens. Keine ausreichende Unterstützungshandlung wäre eine bloße Äußerung eines Mitarbeiters des öffentlichen Auftraggebers über einen Bieter in einem Zeitungsinterview oder die Mitgliedschaft in einer Interessenvertretung von Anwendern der von einem bestimmten Bieter hergestellten Software.¹¹⁰ Umstritten ist, ob die Beratungs- und Unterstützungsleistung sich auf das konkrete Vergabeverfahren beziehen muss. Die herrschende Meinung lässt auch Beratungs- und Unterstützungsleistungen ohne Bezug zu dem konkreten Vergabeverfahren ausreichen. Voraussetzung ist dann aber, dass das Näheverhältnis im Zeitpunkt der maßgeblichen Mitwirkungshandlung noch andauert.¹¹¹

- 98 Eine **Beschäftigung** (c und d) ist weit auszulegen und erfasst auch arbeitnehmerähnliche Personen wie Handelsvertreter oder freie Mitarbeiter. Der Unterschied zwischen (c) und (d) besteht darin, dass im erstgenannten Fall die betreffende natürliche Person selbst sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Bieterseite beschäftigt bzw. tätig sein muss, während der letztgenannte Fall solche Fälle erfasst, in denen die auf Auftraggeberseite tätige natürliche Person einem Unternehmen angehört, das zugleich geschäftliche Beziehungen zu einem Bieter oder Bewerber unterhält. Erfasst vom Begriff der geschäftlichen Beziehungen sind jedenfalls wirtschaftliche Austauschverhältnisse von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Intensität. Auch hier muss die Geschäftsbeziehung zu einem Bieter oder Bewerber sich nicht zwingend auf das in Rede stehende Vergabeverfahren beziehen.¹¹²
- 99 § 6 Abs. 4 VgV erweitert die Vermutungsregelung aus Absatz 3 auf Personen, deren – in dieser Vorschrift abschließend definierte – Angehörige die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 VgV erfüllen und damit einem vermuteten Interessenkonflikt unterliegen.
- 100 Liegen die Voraussetzungen eines der Tatbestände des § 6 Abs. 3 bzw. Abs. 4 VgV vor und sind daneben auch die weiteren Voraussetzungen für die Vermutung eines Interessenkonfliktes erfüllt, obliegt die Widerlegung der hieraus resultierenden Vermutung dem öffentlichen Auftraggeber, wenn er das Mitwirkungsverbot nicht hinnehmen will. Der Auftraggeber trägt insoweit die Darlegungs- und Beweislast und muss die Vermutung ausräumen, dass trotz eines bestehenden Näheverhältnisses im konkreten Fall entweder kein Interessenkonflikt besteht oder dass sich die die Vermutung eines Interessenkonflikts auslösende Eigenschaft der Person nicht auf die Entscheidungen im Vergabeverfahren ausgewirkt haben kann.¹¹³ Der öffentliche Auftraggeber muss dazu nachvollziehbar darlegen, dass für die betreffenden Personen keine Möglichkeit besteht, vergaberelevante und damit wettbewerbsverzerrende Informationen an einen Bieter weiterzugeben. Erreichen lässt sich dies vor allem durch organisatorische Maßnahmen wie die Errichtung sog. Chinese Walls. Zu nennen wären dabei beispielsweise die räumliche Trennung von Mitarbeitern, Dienst-Anweisungen, Zuständigkeitsregelungen, Aufbewahrung relevanter Unterlagen unter Verschluss mit beschränktem Zugang, Zugangssperren für bestimmte Mitarbeiter in den IT-Systemen usw.¹¹⁴ Unabdingbar für die Widerlegung der Vermutung ist auch eine umfassende und sorgfältige Dokumentation der vom Auftraggeber ergriffenen organisatorischen Maßnahmen. Zu dokumentieren ist ferner der Entscheidungsvorgang selbst, dh wer wann und in welcher Weise an Entscheidungen im Vergabeverfahren mitgewirkt hat.¹¹⁵
- 101 Die in § 6 Abs. 3 Nr. 3 b) VgV geregelte Fallgruppe, wonach ein Interessenkonflikt bereits dann vermutet wird, wenn ein Beschaffungsdienstleister geschäftliche Beziehungen zu

¹¹⁰ OLG Celle, Beschl. v. 9.4.2009 – 13 Verg 7/08, BeckRS 2009, 10349 = NZBau 2018, 707.

¹¹¹ Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 7. Aufl. 2020, VgV § 6 Rn. 46; Röwekamp in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 6 Rn. 22.

¹¹² Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, VgV § 6 Rn. 30.

¹¹³ Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 7. Aufl. 2020, VgV § 6 Rn. 60; Röwekamp, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 6 Rn. 31; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Dieckmann, 2. Aufl. 2019, VgV § 6 Rn. 33.

¹¹⁴ Beck VOB/B/Dreher/Hoffmann, 3. Aufl. 2019, VgV § 6 Rn. 52

¹¹⁵ Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 7. Aufl. 2020, VgV § 6 Rn. 64.

einem Bewerber oder Bieter hat, wirft in Bezug auf **anwaltliche Beratungsleistungen** Fragen auf. In engen Märkten kommt es häufig vor, dass Beratungsunternehmen für verschiedene Akteure tätig sind, die sich im Einzelfall in Ausschreibungsverfahren auch als Auftraggeber und Bieter gegenüberstehen können. In diesen Fällen dürfen die Anforderungen an eine Entkräftung der Vermutung nicht überspitzt werden, zumal das Näheverhältnis in solchen Fällen regelmäßig deutlich geringer ist als in den Fallgruppen der Nr. 1 bis 2 und 3 a. Das gilt insbesondere dann, wenn die geschäftliche Beziehung nur zu einem mit dem Bieter verbundenen Unternehmen besteht.¹¹⁶ Gleichwohl hat das OLG Karlsruhe die Wiederholung einer Ausschreibung angeordnet, weil eine vom Auftraggeber beauftragte Anwaltskanzlei wiederum die Muttergesellschaft der erfolgreichen Bieterin in einem von der Ausschreibung unabhängigen gerichtlichen Verfahren vor einem Landgericht unterstützt hat.¹¹⁷ Diese Entscheidung berücksichtigt nicht, dass gerade anwaltliche Berater mit § 365 StGB (Parteierrat) und § 2 BORA (Verschwiegenheit) besonderen gesetzlichen Verpflichtungen unterliegen, die der Vermutung eines Interessenkonflikts entgegenstehen. Denn diese gesetzlichen Regelungen mit ihren gravierenden Rechtsfolgen bilden schon für sich eine ausreichende Vorkehrung dagegen, dass sich ein etwaiges Näheverhältnis negativ auf ein Vergabeverfahren auswirken könnte. Im Regelfall wird daher bei anwaltlichen Beratern die Vermutung des § 6 Abs. 3 Nr. 3 VgV bereits dadurch ausreichend entkräftet, dass diese eben besonderen gesetzlichen Verpflichtungen unterliegen. Ein zu strenges Verständnis der Regelung würde zudem mit der verfassungsrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit des Rechtsanwalts in Konflikt geraten. Denn in diesem Fall würde die Beratung eines öffentlichen Auftraggebers im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren faktisch ein weitreichendes Tätigkeitsverbot nach sich ziehen, das angesichts der besonderen gesetzlichen Stellung eines Rechtsanwalts nicht erforderlich und unangemessen und damit unverhältnismäßig wäre. Gleichwohl wird es auch hier immer auf den Einzelfall ankommen. Die zu berücksichtigenden Kriterien sind etwa die Bedeutung der Geschäftsbeziehung für die Kanzlei, Personenidentität bei der Beratung, zeitlicher Zusammenhang, Beratung derselben Rechtsperson oder lediglich eines konzernverbundenen Unternehmens etc.

Zur Vermeidung einer Interessenskollision im Vorfeld können Auftraggeber von den für sie tätigen Beratungsunternehmen die Abgabe einer Eigenerklärung verlangen, dass keine geschäftlichen Beziehungen zu potentiellen Bewerbern und Bieter bestehen. 102

III. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot

Verstöße gegen das Mitwirkungsverbot können von Bewerbern und Bieter als eine Verletzung subjektiver Rechte gerügt werden (vgl. § 97 Abs. 6 GWB). Das unter Verletzung des Mitwirkungsverbots durchgeführte Vergabeverfahren bzw. die vorgenommene Handlung sind fehlerhaft und damit angreifbar. Wirkt eine als voreingenommen geltende Person trotz eines Mitwirkungsverbots für die Dauer des gesamten Vergabeverfahrens daran mit, ist ein schwerwiegender Verfahrensfehler gegeben. Dieser kann nur durch eine Aufhebung des Vergabeverfahrens bzw. eine vollständige Zurückversetzung behoben werden. Soweit nur Teile des Vergabeverfahrens betroffen sind, kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren teilweise zurückversetzen und den Mangel durch die Wiederholung des relevanten Verfahrensabschnitts bzw. die Neuvernahme der Handlung unter Beachtung des Mitwirkungsverbots heilen. Letzteres ist zB denkbar bei Mitwirkung einer voreingenommenen Person bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung. 103

Ausnahmsweise können die Folgen eines Interessenkonflikts auch den Bieter treffen. So kann gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB der öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des 104

¹¹⁶ Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, VgV § 6 Rn. 41.

¹¹⁷ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30.10.2018 – 15 Verg 5/18, BeckRS 2018, 27488 = NZBau 2019, 200.

Vergabeverfahrens von der Teilnahme an diesem Verfahren ausschließen, wenn ein Interessenkonflikt bei der Durchführung des Vergabeverfahrens besteht, der die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit einer für den öffentlichen Auftraggeber tätigen Person bei der Durchführung des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte und der durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen nicht wirksam beseitigt werden kann. Der Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB ist also nur *ultima ratio*, dh das als letztes geeignete Mittel. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit trifft den Auftraggeber zunächst stets die Pflicht, Organe oder Mitarbeiter, bei denen der Interessenkonflikt besteht, von der Befassung mit dem Vergabeverfahren auszuschließen.¹¹⁸



¹¹⁸ BGH, Urt. v. 3. 6. 2020 – XIII ZR 22/19, BeckRS 2020, 18476 = NZBau 2020, 609 Rn. 40.

§ 6 Lastenheft, Pflichtenheft und sonstige Leistungsbeschreibungen

Übersicht

	Rn.
A. Einleitung	1
I. Leistungsbeschreibung als Teil der Vergabeunterlagen	1
II. „Lastenheft“	7
III. „Pflichtenheft“	10
B. Anforderungen an eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung, § 121	
GWB, §§ 31 ff. VgV, §§ 28 ff. SektVO, § 23 UVgO	12
I. Erstellung und Inhalte der Leistungsbeschreibung	12
II. „Eindeutige“ Leistungsbeschreibung	22
III. „Erschöpfende“ Beschreibung	29
IV. Produkt- und Markenneutralität	33
V. Unzumutbarkeit der Kalkulation	34
VI. Beschreibungsarten	35
VII. Auslegung der Leistungsbeschreibung	47
VIII. Prüfungs-, Hinweis- und Rügeobliegenheit	52
IX. Änderungen der Leistungsbeschreibung	54
C. Nutzungsrechte, § 31 Abs. 4 VgV, § 28 Abs. 4 SektVO	55
D. Aspekte der Nachhaltigkeit, § 31 Abs. 3 VgV, § 28 Abs. 2 SektVO	56
E. Energieeffizienz, Green IT und Green Energy, § 67 VgV, § 58 SektVO	57
I. Energieeffizienz, Energieeffizienzklasse	57
II. Green IT	58
F. Barrierefreiheit, § 121 Abs. 2 GWB, § 31 Abs. 5 VgV	59
G. Besonderheiten im Sektorenbereich, §§ 30, 58 SektVO	60
H. Besonderheiten unterhalb der EU-Schwellenwerte, § 23 UVgO	63

Relevante Normen

(Vergabe-)Richtlinie 2014/24/EU:

Erwägungsgründe 2, 3, 38, 45, 74, 123.

Artikel 42

ANHANG VII

(Sektoren-)Richtlinie 2014/25/EU:

Erwägungsgründe 55, 83, 86, 100

Artikel 60

ANHANG VIII

(Verteidigung und Sicherheits-)Richtlinie 2009/81/EG:

Erwägungsgründe 9, 12, 38

Artikel 18

ANHANG III

GWB: § 121

VgV: §§ 31–34, § 67

SektVO: §§ 28–32, § 58

VSVgV: § 15

UVgO: § 23, § 24

A. Einleitung

I. Leistungsbeschreibung als Teil der Vergabeunterlagen

1. „Herzstück der Vergabeunterlagen“

- 1 Auch bei der Beschaffung von Hardware, Software und IT-Dienstleistungen ist die Leistungsbeschreibung „das Herzstück der Vergabeunterlagen“ (UfAB 2018, 168).¹ Diese bestehen nach §§ 29 Abs. 1 VgV, 21 Abs. 1 UVgO aus **Verfahrensunterlagen** (Anschreiben und Bewerbungsbedingungen) und Vertragsunterlagen.² Die Leistungsbeschreibung zählt neben Kriterienkatalog, Vertragsbedingungen (idR EVB-IT), Angebotsschreiben und Preisblatt zu den **Vertragsunterlagen** (§§ 29 Abs. 1 Nr. 3 VgV, 21 Abs. 1 Nr. 3 UVgO). Sie legt Inhalt, Umfang und Leistungsfristen sowie Zahlungsvoraussetzungen des ausgeschriebenen Auftrags fest und bringt die Nachfrage des Auftraggebers zum Ausdruck (vgl. § 121 Abs. 1 GWB, § 31 VgV, § 23 UVgO). Für die Gerichte ist eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung „Grundvoraussetzung eines jeden ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens“ (OLG München)³. Mittels der Leistungsbeschreibung werden die auftragsgeberseitigen Vorstellungen an Inhalt, Qualität und Innovationsstand von IT-Lieferungen/Leistungen sowie Aspekte des Umweltschutzes, soziale Aspekte (zB ILO-Kernarbeitsnormen)⁴ und Innovationsaspekte umgesetzt.⁵ Fehler bei der Leistungsbeschreibung können zur Aufhebung des Vergabeverfahrens führen (→ Kap. 4, § 18, Rn. 77).⁶ Um Fehler zu vermeiden, werden bei IT-Ausschreibungen **externe Berater** besonders häufig bereits bei der Ermittlung des Beschaffungsbedarfs und sodann bei Ausarbeitung der Leistungsbeschreibung herangezogen (zur Dokumentation → Kap. 2, § 5, Rn. 2 ff.; zum Mitwirkungsverbot → Rn. 84).
- 2 Die Leistungsbeschreibung wird durch Zuschlag **Vertragsbestandteil** und Anlage zum Vertrag, der bei IT-Projekten häufig ein EVB-IT-Vertragsformular ist (→ Kap. 2, § 8, C., Rn. 38 ff.).⁷ Eine Leistungsbeschreibung, die keine Fragen offen lässt, ist Voraussetzung für die später konfliktfreie Auftragsausführung.⁸ Fachlich schlechte Leistungsbeschreibungen gelten bei IT-Projekten als Hauptgrund für ausufernde Kosten, Risikoaufschläge und Terminüberschreitungen.⁹ Keinesfalls dürfen erst nach Zuschlag Leistungen ausverhandelt werden, die in den Vergabewettbewerb gehörten¹⁰ oder Gegenstand der finalen Angebote waren. Ein solches Vorgehen wäre vergabewidrig und indizierte die fehlende Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung.¹¹ Nicht immer leicht ist die Abgrenzung zur Vereinbarung von Feinspezifikationen in der Ausführungsphase (→ Kap. 2, § 6, A.III.2., Rn. 11 ff.).

¹ Vgl. auch Ziff. 10.2 VwV Beschaffung Bad.-Württ. („Kernstück des Vergabeverfahrens“); ebenso VK Lüneburg 12.4.2002 – VgK-05/2002, VPRRS 2013, 1613 – „Schulverwaltungssoftware“; Pinkenburg/Stettner, in: Goede/Stoye/Stolz, Kap. 11 Rn. 5; Zeiss VN 2019, 10 („die wichtigste aller Vergabeunterlagen“); allgemein dazu Reichling/Scheumann GewArch 2015, 193; Wiedekind in: MAH IT-R, Teil 4. Die öffentliche Vergabe von IT-Leistungen, 4. Aufl., Rn. 154, beck-online; BeckVergRKomm/Lampert, 4. Aufl., § 121 GWB Rn. 8 mwN.

² Zur Struktur der Vergabeunterlagen bei IT-Beschaffungen UfAB (2018), 148/149, 167 f., 180 f.

³ OLG München 8.7.2019 – Verg 2/19, IBRRS 2019, 3480. Vgl. zu IT-Vergaben VK Bad.-Württ. 10.1.2011 – 1 VK 68/10, BeckRS 2015, 55873.

⁴ Die Beachtung von ILO-Kernarbeitsnormen kann nach uA vorgegeben werden, allerdings nur dann, wenn die abgegebenen Erklärungen überprüfbar sind, vgl. Reichling/Scheumann GewArch 2019, 58 (61) mwN.

⁵ § 97 Abs. 3 GWB, Erwägungsgrund 123 Richtlinie 2014/24/EU und UfAB (2018), 79 f.

⁶ Vgl. zu Fällen der fehlenden Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung bei Softwarebeschaffungen VK Lüneburg 12.4.2002 – VgK-05/2002, VPRRS 2013, 1613; VK Bad.-Württ. 10.1.2011 – 1 VK 68/10, BeckRS 2015, 55873.

⁷ UfAB (2018), 181.

⁸ Zum Softwarevertrag Nawroth CR 1987, 153 (154 f.); Bischof/Sarre, Die Kunst der Beschaffung eines Softwaresystems, DSRI-Tagungsband 2010, 481 (482).

⁹ Witzel CR 2017, 557; Heydn MMR 2020, 284 (285); Heydn/Schultz CR 2021, 45.

¹⁰ Darauf weisen Keller-Stoltenhoff/Leitzen/Ley, Handbuch IT-Beschaffung, 9. AL., B2 hin.

¹¹ OLG Koblenz 10.7.2018, Verg 1/18, IBRRS 2018, 2393.

2. Bindungswirkung der Leistungsbeschreibung

Ein Bieter muss sein Angebot grundsätzlich „strikt“ (VK Bund) an den Vorgaben des Auftraggebers in der Leistungsbeschreibung ausrichten¹² und ist an die in den Vergabeunterlagen „im Einzelnen präzierte Nachfrage“ (VK Lüneburg) des Auftraggebers nach Informations- und Kommunikationstechnik oder IT-Dienstleistungen gebunden.¹³ Er darf als Leistung **nichts anderes** anbieten als das, was der Auftraggeber nachgefragt hat und muss auch seine Preise unter Beachtung der Leistungsbeschreibung kalkulieren.¹⁴ Angebote, die klare und unmissverständliche¹⁵ Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht einhalten, sind als eine gemäß §§ 53 Abs. 7 S. 1 VgV, 38 Abs. 10 S. 1 UVgO unzulässige **Änderung an den Vergabeunterlagen** anzusehen. Sie sind grundsätzlich zwingend auszuschließen, es sei denn, sie können ausnahmsweise als zugelassene Nebenangebote berücksichtigt werden.¹⁶ Ein Ermessensspielraum des Auftraggebers besteht nicht, ebenso wenig eine Möglichkeit für die Nachbesserung des Angebots. Das gilt wegen § 17 Abs. 10 VgV auch für die letztverbindlichen Angebote im Verhandlungsverfahren.¹⁷ Das Verbot der Änderung der Vergabeunterlagen in §§ 53 Abs. 7 S. 1 VgV, 38 Abs. 10 S. 1 UVgO liegt darin begründet, dass ein fairer Wettbewerb und eine Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots (§ 127 GWB) die Vergleichbarkeit der Angebote voraussetzt. Ein Bieter soll nur das anbieten, was der Auftraggeber nachfragt und sich keine Vorteile im Angebotswettbewerb durch Abweichungen verschaffen.¹⁸ Zugleich wird dadurch das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages durch übereinstimmende Willenserklärungen gewährleistet.¹⁹ Die Ausschlussfolge gilt daher nach allgemeiner Ansicht auch, wenn die einschlägige Vergabeordnung diesen Ausschlussgrund nicht ausdrücklich regelt, wie die SektVO.²⁰ Ausgenommen von der Ausschlussfolge sind Abweichungen von **unerfüllbaren oder unzumutbaren Vorgaben**, da sie der Auftraggeber ändern oder die Ausschreibung aufheben muss.²¹ Entsprechendes gilt bei wettbewerbswidrigen Vorgaben.²²

beck-shop.de

DIE FACHBUCHHANDLUNG

¹² VK Bund 29.1.2018 – VK 2-160/17, IBRRS 2018, 1047.

¹³ VK Lüneburg 1.10.2019 – VgK 35/2019, IBRRS 2020, 0136.

¹⁴ Zur Verbindlichkeit der Leistungsbeschreibung für die Preiskalkulation VK Brandenburg 17.5.2019 – VK 3/19, IBRRS 2019, 2680 – „Baumarbeiten“.

¹⁵ Das wird für den Ausschlussgrund vorausgesetzt, vgl. nur VK Düsseldorf 29.4.2009 – VK-2/2009-L, IBRRS 2009, 2448 – „Rahmenvertrag Serversysteme und SAN-Komponenten.“

¹⁶ §§ 53 Abs. 7, 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 iVm § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A, § 31 Abs. 1 Nr. 4 VSVgV, § 42 Abs. 1 Nr. 4 UVgO.

¹⁷ Aus jüngerer Zeit VK Sachsen-Anhalt 26.7.2019 – 2 VK LSA 24/19, IBRRS 2020, 0723 – „Breitbandnetz“.

¹⁸ OLG Frankfurt a. M. 26.9.2017 – 11 Verg 11/17, VergabeR 2018, 157 (161); VK Lüneburg 26.8.2014 – VgK 31/14, BeckRS 2014, 20962; VK Sachsen-Anhalt, 3.12.2018 – 3 VK LSA 67/18, IBRRS 2019, 2887. Zur grundsätzlichen Kalkulationsrelevanz von Abweichungen VK Lüneburg 2.11.2018 – VgK-40/2018, IBRRS 2019, 0228 – „FTTB-Breitbandnetz“.

¹⁹ Zu diesen Zielen OLG Frankfurt a. M. 26.9.2017 – 11 Verg 11/17, VergabeR 2018, 157 (161); VK Bund, 29.1.2018 – VK 2-160/17, IBRRS 2018, 1047; VK Lüneburg 1.11.2017 – VgK 30/2017, IBRRS 2019, 0554, 26.1.2018 – VgK 40/2017, IBRRS 2019, 0502; 21.11.2018 – VgK-44/2018, IBRRS 2019, 1596; 30.11.2018 – VgK-46/2018, IBRRS 2019, 1476; 20.5.2019 – VgK 13/2019, IBRRS 2020, 1042; 1.10.2019 – VgK 35/2019, IBRRS 2020, 0136; 29.10.2019 – VgK-38/2019, IBRRS 2020, 0135; VK Sachsen 24.1.2018 – 1/SVK/034-17, IBRRS 2018, 3422; VK Nordbayern 26.1.2018 – RMF-SG21-3914-2-15, IBRRS 2018, 1044; VK Sachsen-Anhalt 25.4.2018 – 3 VK LSA 17/18, IBRRS 2018, 2269; 8.5.2018 – 3 VK LSA 25/18, IBRRS 2018, 226; 8.6.2018 – 3 VK LSA 33/18; Hettich, NZBau 2020, 80 (81).

²⁰ OLG Schleswig 22.1.2019 – 54 Verg 3/19, IBRRS 2019, 0421; VK Lüneburg 1.9.2017 – VgK-25/2017, IBRRS 2019, 0533; Stolz, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 4. Aufl., 3. Teil, § 51 SektVO Rn. 7. 10.

²¹ OLG Rostock 17.7.2019 – 17 Verg 1/19, NZBau 2020, 120 Rn. 40 – „LED-Strassenbeleuchtung“

²² In diese Richtung bereits VK Düsseldorf 29.4.2009 – VK-2/2009-L, IBRRS 2009, 2448 – „Rahmenvertrag Serversysteme und SAN-Komponenten.“

3. Rahmen für die Angebotsgestaltung

- 4 Die Rechtsprechung legt den Ausschlussgrund der „Änderung“ an den Vergabeunterlagen vor diesem Hintergrund traditionell weit aus.²³ Eine „Änderung“ liegt immer dann vor, wenn der vom Bieter angebotene Umfang an IT-Lieferungen und –Leistungen mit dem in der Leistungsbeschreibung und sonstigen Teilen der Vergabeunterlagen geforderten Leistungsumfang nicht deckungsgleich ist und daher inhaltlich eine andere als die ausgeschriebene Leistung angeboten wird.²⁴ Nicht relevant ist für die ü. A., welche Teile der Vergabeunterlagen geändert oder ergänzt werden, in welchem Umfang dies geschieht und grundsätzlich auch nicht, ob dies von Einfluss auf den Wettbewerb ist.²⁵ Für den Ausschluss kann bereits die **Abweichung von einer einzigen technischen Vorgabe** genügen²⁶. Davon werden neuerdings wieder Ausnahmen aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB) diskutiert, wenn die Abweichung **wettbewerblich marginal** ist.²⁷ Bei Abweichungen von technischen oder kaufmännischen Anforderungen, die die Nachfrage des Auftraggebers konkretisieren, wird in aller Regel eine Wettbewerbsrelevanz bejaht werden müssen. Entsprechendes gilt bei Abweichungen vom vorgegebenen Abrechnungsmodell²⁸, bei der Nichtangabe von **Hersteller und Modell der angebotenen Hardware** (mit der Folge, dass das Angebot inhaltsleer wird)²⁹, der Verwendung einer inhaltlich überholten Version des Leistungsverzeichnisses (weil der Bieter die aktualisierte Fassung nicht heruntergeladen hat)³⁰, der Verwendung abweichender Systemkomponenten³¹ oder von Komponenten mit abweichenden Baulängen³², der Nichterfüllung von Anforderungen an eine Teststellung³³ oder dem Vorbehalt technischer Änderungen zu den Auftraggebervorgaben.³⁴ Ob eine Änderung vorliegt, ist immer anhand der Auslegung der Leistungsbeschreibung aus objektiver Sicht der potenziellen Bieter festzustellen (→ Kap. 2, § 6, VII.).³⁵ Die Verantwortung für die Bereitstellung der Vergabeunterlagen hat der Auftraggeber. Es ist für die *VK Bund* nicht Aufgabe der Bieter, zu prüfen, ob eine neue Version der Leistungsbeschreibung Änderungen enthält.³⁶ **Unklarheiten der Vergabeunterlagen** lassen den Ausschlussgrund entfallen.³⁷
- 5 Mit der Leistungsbeschreibung steuert der Auftraggeber somit den **Spielraum für die Angebotsgestaltung**.³⁸ Das gilt insbesondere für das Verhandlungsverfahren (Verhandlungsvergabe) und wettbewerblichen Dialog. Bei diesen Verfahrensarten kann der Auftrag-

²³ Hervorgehoben zuletzt va von der VK Sachsen 24.1.2018 – 1/SVK/034-17, IBRRS 2018, 3422; 25.6.2019 – 1/SVK/013-9, IBRRS 2019, 2542; 23.7.2019 – 1/SVK/016-19, IBRRS 2019, 3301.

²⁴ Grundlegend für IT-Beschaffungen OLG Düsseldorf 17.11.2008 – VII-Verg 49/08, IBRRS 2009, 3589 – Migration der Verfahrnssoftware; in jüngerer Zeit zB OLG Düsseldorf 13.5.2019 – Verg 47/18, IBRRS 2019, 3007 – „Bildschirmarbeitsstisch“; ähnlich VK Sachsen 25.6.2019 – 1/SVK/013-9, IBRRS 2019, 2542 – „Bürodrehstühle“.

²⁵ OLG Rostock 7.11.2018 – 17 Verg 2/18, IBRRS 2020, 1454; VK Westfalen 3.4.2019 – VK 1-9/19, IBRRS 2019, 1819 – „CiBo-System“; VK Lüneburg 20.5.2019 – VgK 13/2019, IBRRS 2020, 1042; VK Sachsen 25.6.2019 – 1/SVK/013-9, IBRRS 2019, 2542 – „Bürodrehstühle“.

²⁶ VK Sachsen 13.2.2017 – 1/SVK-032-16, IBRRS 2017, 3125 – „Echtzeit-Grafiksysteme“.

²⁷ Das ist eine von BGHZ NZBau 2019, 661 m. Anm. Gröning NZBau 2020, 275 für VOB-Vergaben bejahende teleologische Reduktion des Ausschlussgrundes, die auf die Ausschlussgründe nach VgV, SektVO und UVgO übertragbar ist.

²⁸ VK Rheinland 9.7.2019 – VK 20/19, IBRRS 2019, 2612.

²⁹ VK Westfalen 9.6.2017 – VK 1-12/17, BeckRS 2017, 151645 Rn. 67.

³⁰ VK Bund 18.1.2019 – VK 1-113/18, IBRRS 2019, 0576.

³¹ OLG Naumburg 18.10.2019 – 7 Verg 4/19, IBRRS 2020, 50 – „Fahrzeugrückhaltesysteme“.

³² OLG Naumburg 18.10.2019 – 7 Verg 5/19, IBRRS 2020, 1294.

³³ VK Westfalen 3.4.2019 – VK 1-9/19, IBRRS 2019, 1819.

³⁴ VK Lüneburg 20.5.2019 – VgK 13/2019, IBRRS 2020, 1042.

³⁵ VK Bund 12.3.2019 – VK 1-7/19, IBRRS 2019, 1096.

³⁶ VK Bund 18.1.2019 – VK 1-113/18, IBRRS 2019, 0576.

³⁷ VK Lüneburg 12.9.2019 – VgK 32/2019, IBRRS 2020, 0138; VK Sachsen 27.2.2020 – 1/SVK/044-19, IBRRS 2020, 3106 – „Saalbestuhlung“; VK Bund 18.5.2021 – VK 2-15/21, IBRRS 2021, 1893 – „Arbeitsgerüst“.

³⁸ Allgemein OLG München 8.7.2019 – Verg 2/19, BeckRS 2019, 25448 Rn. 39.