

## Praxisleitfaden

Vorbereitung und Durchführung von Ausschreibungen zur Implementierung und zum Betrieb von Open-Source-basierter Software am Beispiel einer urbanen Datenplattform



# Impressum

---

## Koordinierungs- und Transferstelle Modellprojekte Smart Cities (Hrsg.)

c/o DLR Projektträger | [smartcities@dlr.de](mailto:smartcities@dlr.de)

[www.smart-city-dialog.de](http://www.smart-city-dialog.de)

## Autorinnen und Autoren

### **Becker Büttner Held Rechtsanwälte Steuerberater Unternehmensberater PartGmbH**

Julien Wilmes-Horváth

Telefon + 49 221 650 25-112 | [julien.wilmes-horvath@bbh-online.de](mailto:julien.wilmes-horvath@bbh-online.de)

Lisa Angela Gut

Robert Grützner

Fabio Zierl

In Kooperation mit

### **Civitas Connect e.V.**

Ralf Leufkes

Anna-Lena Meiners

## Kurzzusammenfassung

Dieser Praxisleitfaden führt Kommunen durch die Ausschreibung von Implementierung und Betrieb Open-Source-basierter Software am Beispiel urbaner Datenplattformen von den technischen Grundlagen und die Bedarfsanalyse über die vergaberechtliche Einordnung bis hin zur Verfahrensdurchführung und Vertragsgestaltung.

Der Praxisleitfaden zeigt, wie eine anwendungsfallorientierte Bedarfsanalyse die Basis für eine eindeutige, vergleichbare Leistungsbeschreibung schafft und wie typische Unsicherheiten bei Datenvolumina und Lastprofilen durch Phasenmodelle und Referenzszenarien beherrschbar werden. Er gibt rechtssichere Orientierung im Spannungsfeld zwischen produktneutraler Ausschreibung und dem kommunalen Ziel digitaler Souveränität, Interoperabilität und Vermeidung von Vendor Lock-in – einschließlich der Dokumentation sachlicher Gründe für eine Festlegung auf Open Source oder bestimmte technische Stacks. Für die Vertragsgestaltung bietet er eine praxisnahe Steuerung der EVB-IT-Muster (Stand 2026) mit den notwendigen Open-Source-spezifischen Anpassungen bei Haftung, Quellcodeübergabe, Lizenzkonformität, Sicherheitsupdates und Betreiberwechsellvorsorge. Der Praxisleitfaden führt durch die Entwicklung qualitativer Zuschlagskriterien, die strategische Losaufteilung und die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb, um die funktional beschriebene Lösung im Austausch mit Dienstleistern zu schärfen. Durchgängige Checklisten ermöglichen den direkten Praxistransfer und minimieren Verfahrensrisiken, nachträgliche Nachtragsforderungen und langfristige Abhängigkeiten von Einzelanbietern.

Der Praxisleitfaden wird ergänzt um Mustervergabeunterlagen, die auf der Website von Smart-City Dialog zum kostenfreien Erhalt zur Verfügung stehen.

# Inhalt

---

<b>Einführung</b> .....	<b>5</b>
<b>Hintergrund und Zielsetzung</b> .....	<b>5</b>
<b>Technische Grundlagen urbaner Datenplattformen</b> .....	<b>6</b>
Begriff und Funktion urbaner Datenplattformen .....	6
Typische technische Komponenten.....	7
Bedeutung offener Standards .....	7
Betriebs- und Bereitstellungsmodelle .....	7
Typische Leistungsbestandteile urbaner Datenplattformen .....	8
<b>Konzeptentwicklung</b> .....	<b>10</b>
<b>Bedarfsanalyse und Markterkundung</b> .....	<b>10</b>
Anwendungsfallorientierte Bedarfsanalyse.....	10
Markterkundung.....	11
<b>Grundsätzliche Ausschreibungspflicht</b> .....	<b>13</b>
Anwendungsbereich des Vergaberechts .....	13
Voraussetzungen für die Anwendung des Kartellvergaberechts.....	13
<b>Vorbereitung einer Ausschreibung</b> .....	<b>15</b>
<b>Erstellen der Leistungsbeschreibung</b> .....	<b>15</b>
Wesentliche Inhalte der Leistungsbeschreibung.....	15
Umgang mit Unsicherheiten und agile Umsetzung .....	17
Gebot der produktneutralen Ausschreibung.....	18
<b>Vertragliche Grundlage – Nutzung der EVB-IT Verträge</b> .....	<b>22</b>
Open-Source-spezifische Aspekte .....	23
Umsetzung im EVB-IT Vertrag .....	24
<b>Definition der Eignungskriterien</b> .....	<b>30</b>
<b>Definition der Zuschlagskriterien</b> .....	<b>31</b>
<b>Losaufteilung</b> .....	<b>33</b>
Grundsatz der Losvergabe.....	33
Ausnahmen von der Losaufteilung .....	34
Losaufteilung bei Datenplattformen – Chancen und Risiken.....	36

Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe.....	37
Durchführung der Ausschreibung .....	39
Wahl der Verfahrensart .....	39
Offenes Verfahren .....	39
Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb .....	39
Ausschreibung der urbanen Datenplattform im Verhandlungsverfahren .....	41
Umgang mit Bieterfragen.....	42
Literatur.....	43

# Einführung

---

## Hintergrund und Zielsetzung

Kommunen und Landkreise sind regelmäßig damit konfrontiert, Software-Lösungen für die Umsetzung von Smart-City Projekten zu beschaffen. Sie stehen dabei vor der Herausforderung, ihre spezifischen Bedürfnisse an die Software-Lösung mit den vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten in Einklang zu bringen. Darüber hinaus gilt es, die Verträge mit den Dienstleistungen so zu gestalten, dass die kommunalen Interessen bspw. hinsichtlich der Lizenzen und Haftung ausreichend abgesichert werden.

Im Rahmen des Förderprogramms *Modellprojekte Smart Cities* des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) haben die geförderten Kommunen und Landkreise bereits umfassende Erfahrungen mit der Beschaffung von Entwicklungsleistungen für Software-Lösungen gemacht. Ein besonderer Fokus lag dabei auf der Entwicklung von Open-Source-Software, die nach ihrer Entwicklung von einer Vielzahl anderer Kommunen und Landkreisen genutzt werden kann. Ein zentrales Prinzip war dabei die Nachnutzbarkeit der entwickelten Lösungen. Durch den Einsatz von Open-Source-Software sowie die Orientierung an offenen Standards und Schnittstellen soll sichergestellt werden, dass entwickelte Komponenten von anderen Kommunen übernommen, weiterentwickelt und in bestehende Infrastrukturen integriert werden können. Dies trägt dazu bei, Skaleneffekte zu realisieren und die Effizienz der Verwaltungsdigitalisierung nachhaltig zu erhöhen.

Dieser Leitfaden knüpft an die Ergebnisse aus dem Förderprogramm an, verlagert den Fokus jedoch auf die nachgelagerte Beschaffung der Implementierung und des Betriebs bestehender Open-Source-Lösungen. Ziel ist es, Kommunen und Landkreise dabei zu unterstützen, Open-Source-basierte Plattformen rechtssicher, praxisnah und nachhaltig in bestehende kommunale IT- und Organisationsstrukturen zu integrieren und zu betreiben.

Als Beispiel dient die Implementierung und der Betrieb einer Urbanen Datenplattform. Urbane Datenplattformen bilden eine zentrale Grundlage für die digitale und smarte Stadtentwicklung, da sie insbesondere die interoperable Nutzung und Verknüpfung kommunaler Datenbestände über Fach- und Systemgrenzen hinweg ermöglichen. Über die reine Bereitstellung technischer Funktionalitäten hinaus kommt urbanen Datenplattformen eine strategische Bedeutung für die digitale Souveränität von Kommunen zu. Ziel ist es insbesondere, die Kontrolle über Datenbestände, technische Systeme und Weiterentwicklungen langfristig in öffentlicher Hand zu sichern und Abhängigkeiten von einzelnen Anbietern zu vermeiden.

**Digitale Souveränität bedeutet in diesem Zusammenhang insbesondere:**

- die langfristige Kontrolle über Datenbestände,
- die Möglichkeit eines Betreiber- oder Dienstleisterwechsels,
- den Zugriff auf Quellcode und technische Dokumentationen,
- die Nutzung offener Standards und Schnittstellen,
- die Vermeidung proprietärer Abhängigkeiten,
- die Nachvollziehbarkeit technischer Betriebsprozesse,
- sowie die Möglichkeit zur eigenständigen Weiterentwicklung und Nachnutzung der Plattform.

Der vorliegende Praxisleitfaden bietet einen kompakten Überblick über die Vorbereitung und Durchführung einer entsprechenden Ausschreibung für Implementierung und Betrieb einer Urbanen Datenplattform. Zu jedem Abschnitt finden sich Checklisten, die die wesentlichen Prüfpunkte für die Praxis zusammenfassen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen und wesentliche Inhalte der Leistungsbeschreibung lassen sich aber auch auf andere OSS wie bspw. City-Apps übertragen.

Neben dem Leitfaden gibt es Musterdokumente, in denen die Erkenntnisse des Leitfadens in die Praxis überführt werden: Bewerbungsbedingungen für eine Ausschreibung von Implementierung und Betrieb einer Urbanen Datenplattform, eine Leistungsbeschreibung sowie ein EVB-IT Cloud-Vertrag. Da die Umsetzung dieses Projektes im Rahmen des Förderprogramms „Modellprojekte Smart Cities: Stadtentwicklung und Digitalisierung“ des BMWWSB erfolgt, wird in den Musterdokumenten ebenfalls das Open-Source-Gebot beachtet.

## Technische Grundlagen urbaner Datenplattformen

### Begriff und Funktion urbaner Datenplattformen

Urbanen Datenplattformen kommt im Kontext der Digitalisierung kommunaler Aufgabenbereiche eine zentrale infrastrukturelle Bedeutung zu. Sie dienen nicht primär als einzelne Fachanwendung, sondern als technische Integrations- und Dateninfrastruktur zur Zusammenführung, Verarbeitung und Bereitstellung urbaner Daten aus unterschiedlichen Quellen.

Im Unterschied zu klassischen Fachverfahren steht dabei regelmäßig nicht die Abbildung eines einzelnen Verwaltungsprozesses im Vordergrund, sondern die interoperable Verknüpfung unterschiedlicher Datenbestände, Systeme und Anwendungen.

### Typische Funktionen urbaner Datenplattformen umfassen insbesondere:

- Integration heterogener Datenquellen,
- Bereitstellung standardisierter Schnittstellen,
- Verarbeitung und Weiterleitung von Datenströmen,
- Bereitstellung von Analyse- und Visualisierungsfunktionen,
- Unterstützung datenbasierter Entscheidungsprozesse,
- sowie die Umsetzung fachübergreifender Anwendungsfälle.

Die Plattform übernimmt dabei typischerweise die Funktion einer vermittelnden Infrastruktur zwischen Fachverfahren, Sensorik, Datenquellen und nachgelagerten Anwendungen.

### Typische technische Komponenten

Urbane Datenplattformen bestehen regelmäßig aus mehreren modular kombinierbaren Komponenten. Hierzu zählen insbesondere:

- API-Gateways,
- Identity- und Access-Management-Systeme,
- Datenbanken und Geodatenbanken,
- Context Broker,
- Messaging- und Event-Systeme,
- Dashboard- und Visualisierungskomponenten,
- Workflow-Engines,
- sowie Komponenten zur Datenintegration und Datenverarbeitung.

Die konkrete Auswahl und Kombination der Komponenten hängt maßgeblich von den jeweiligen Anwendungsfällen und den bestehenden IT-Strukturen des Auftraggebers ab.

### Bedeutung offener Standards

Für urbane Datenplattformen kommt offenen Standards und standardisierten Schnittstellen besondere Bedeutung zu. Diese ermöglichen insbesondere:

- Interoperabilität,
- Austauschbarkeit einzelner Komponenten,
- Nachnutzbarkeit entwickelter Lösungen,
- sowie die Vermeidung technischer Abhängigkeiten.

Zu den in der Praxis häufig genutzten Standards zählen insbesondere:

- REST,
- MQTT,
- OGC-Standards,
- NGSI-LD,
- sowie SensorThings API.

### Betriebs- und Bereitstellungsmodelle

Urbane Datenplattformen werden regelmäßig containerbasiert betrieben. Häufig kommen insbesondere folgende Technologien und Betriebsansätze zum Einsatz:

- Kubernetes-basierte Container-Orchestrierung,
- Infrastructure-as-Code,
- CI/CD-Pipelines,
- automatisiertes Deployment,
- Monitoring- und Logging-Systeme,
- sowie skalierbare Cloud- oder Hybrid-Infrastrukturen.

Die Betriebsarchitektur sollte grundsätzlich so ausgestaltet sein, dass ein Betreiberwechsel sowie eine Weiterentwicklung der Plattform ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich bleiben.

Bei urbanen Datenplattformen sind zudem zukünftige Lastprofile häufig nur eingeschränkt prognostizierbar. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, skalierungs- und verbrauchsabhängige Preisbestandteile möglichst transparent und vergleichbar auszugestalten. Dies betrifft insbesondere:

- CPU- und RAM-basierte Skalierung,
- Speicher- und Object-Storage-Kapazitäten,
- Netzwerk- und Datentransfer,
- zusätzliche Betriebsumgebungen,
- sowie nutzungsabhängige Managed Services.

Zur besseren Vergleichbarkeit empfiehlt sich die Verwendung einheitlicher Referenzszenarien und Lastprofile.

### Typische Leistungsbestandteile urbaner Datenplattformen

Die Beschaffung und der Betrieb urbaner Datenplattformen umfassen regelmäßig unterschiedliche Leistungsbestandteile mit teilweise unterschiedlichen vertraglichen Schwerpunkten.

Hierzu zählen insbesondere:

#### 1. Initiale Implementierungs- und Integrationsleistungen

- Setup der Plattform
- Deployment
- Konfiguration
- IAM-Anbindung
- Schnittstellenintegration
- Migration
- Sicherheitskonfiguration

#### 2. Cloud- und Betriebsleistungen

- Hosting
- PaaS / SaaS / IaaS
- Managed Cloud Services
- Monitoring
- Skalierung
- Backup
- Recovery
- Patchmanagement

### 3. Support- und Betriebsunterstützungsleistungen

- Incident Management
- Support
- Wartung
- Release-Management
- SLA-Leistungen

### 4. Optionale Entwicklungs- und Anpassungsleistungen

- Entwicklung zusätzlicher Komponenten
- Individualanpassungen
- Erweiterungen bestehender Funktionen

### 5. Fachliche Umsetzungsleistungen

- Integration kommunaler Datenquellen
- Konfiguration von Use Cases
- Dashboarding
- Datenmodellierung

Die konkrete vertragliche Einordnung hängt maßgeblich vom Schwerpunkt der jeweiligen Leistung ab. In der Praxis wird der Betrieb urbaner Datenplattformen häufig schwerpunktmäßig über EVB-IT Cloud-Verträge als Hauptverträge abgebildet. Ergänzend können – je nach Leistungsumfang – insbesondere EVB-IT Dienstleistung oder EVB-IT Erstellung für zusätzliche Integrations-, Anpassungs- oder Entwicklungsleistungen herangezogen werden.

## Konzeptentwicklung

---

Der Vorbereitung der Ausschreibung im Einzelnen geht die Entwicklung eines Konzepts für die ausgeschriebene Leistung voraus. Im Rahmen der Konzeptentwicklung trifft der Auftraggeber die wesentlichen Weichenstellungen für die Ausschreibung selbst aber auch die sich anschließende Vertragsumsetzung.

### Bedarfsanalyse und Markterkundung

#### Anwendungsfallorientierte Bedarfsanalyse

Eine zentrale Herausforderung bei der Beschaffung von urbanen Datenplattformen besteht darin, dass Ausschreibungen häufig ohne hinreichend konkretisierte fachliche Anforderungen gestartet werden. In der Praxis zeigt sich, dass Kommunen vielfach mit einem abstrakten Ziel („Einführung einer Datenplattform“) in den Beschaffungsprozess einsteigen, ohne die konkreten Anwendungsfälle, Datenflüsse und Zielsetzungen ausreichend vorab zu definieren.

Dies führt regelmäßig dazu, dass Leistungsbeschreibungen entweder zu vage ausfallen oder – im Gegenzug – überfrachtet werden, um möglichst alle denkbaren Anforderungen abzudecken. Beide Ansätze erschweren die Vergleichbarkeit der Angebote und können zu ineffizienten oder nicht bedarfsgerechten Lösungen führen.

In der Praxis zeigt sich dabei ein Spannungsfeld zwischen zu unspezifischen und übermäßig detaillierten Anforderungen. Während zu abstrakte Beschreibungen zu Interpretationsspielräumen und schwer vergleichbaren Angeboten führen, können überfrachtete Anforderungskataloge dazu führen, dass Lösungen formal alle Anforderungen erfüllen, ohne in einzelnen Bereichen eine ausreichende Qualität zu erreichen. Ziel sollte daher eine ausgewogene Spezifikation sein, die zentrale Anforderungen klar definiert und zugleich Raum für geeignete Lösungsansätze lässt.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens eine strukturierte Anwendungsfallanalyse durchzuführen. Ziel ist es, eine „kritische Masse“ an relevanten Use Cases zu identifizieren, die die funktionalen und technischen Anforderungen an die Plattform repräsentativ abbilden. Diese Use Cases sollten unterschiedliche Komplexitätsgrade sowie verschiedene Datenquellen und Verarbeitungsszenarien umfassen.

Auf dieser Grundlage können die Anforderungen an die Datenplattform systematisch und nachvollziehbar abgeleitet werden. Dies trägt wesentlich dazu bei, die Leistungsbeschreibung zu präzisieren und eine belastbare Vergleichbarkeit der Angebote zu ermöglichen.

Ein weiterer wesentlicher Aspekt der Bedarfsanalyse betrifft die frühzeitige Strukturierung der zu verarbeitenden Daten. In der Praxis zeigt sich, dass Kommunen häufig noch keine belastbaren Aussagen

zu Datenquellen, Datenvolumina oder Verarbeitungsfrequenzen treffen können. Gleichwohl sollten diese Parameter zumindest näherungsweise beschrieben werden. Soweit eine vollständige Klärung nicht möglich ist, empfiehlt es sich, mit Annahmen oder Referenzwerten zu arbeiten und diese transparent zu dokumentieren. Dies ermöglicht es den Bietern, ihre Angebote auf eine einheitliche Grundlage zu stützen und reduziert spätere Nachsteuerungsbedarfe.

## Markterkundung

Vor Einleitung eines Vergabeverfahrens darf der öffentliche Auftraggeber Markterkundungen durchführen.<sup>1</sup> Diese dienen der Vorbereitung der Auftragsvergabe sowie der Unterrichtung der Unternehmen über die Beschaffungspläne und Beschaffungsanforderungen des Auftraggebers.

Besteht ein Beschaffungsbedarf, haben öffentliche Auftraggeber vor Einleitung des Vergabeverfahrens eine Bedarfsanalyse durchzuführen. Der Auftraggeber muss klären, was genau beschafft werden soll. Wie bereits dargestellt, setzt dies bei der Beschaffung urbaner Datenplattformen insbesondere voraus, dass die maßgeblichen Use Cases, die einzubindenden Datenquellen, die vorgesehenen Datenflüsse sowie die funktionalen und technischen Zielsetzungen zumindest in ihren Grundzügen bestimmt werden. Dazu muss er entweder über hinreichende Marktkennntnis verfügen oder durch geeignete Maßnahmen in Erfahrung bringen, ob und in welcher Ausgestaltung der Beschaffungsgegenstand auf dem Markt verfügbar ist, zu welchen Preisen er erhältlich ist, in welchem Umfang Wettbewerb besteht und welche Alternativprodukte angeboten werden.<sup>2</sup> Die Markterkundung knüpft damit an die Bedarfsanalyse an und dient letztlich der Herstellung der sogenannten Vergabereife.<sup>3</sup>

Eine Pflicht zur Markterkundung gibt es grundsätzlich nicht.<sup>4</sup> Gleichwohl kann eine Markterkundung in bestimmten Fällen trotzdem erforderlich sein, um ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchführen zu können.<sup>5</sup> Das ist dann der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber keine ausreichenden eigenen Erkenntnisse zur Beschreibung der Leistung besitzt oder mangels Preiskennntnis keine belastbare Auftragswertschätzung vornehmen kann.<sup>6</sup>

Auch im Fall einer produktspezifischen Leistungsbeschreibung besteht nach überwiegender Auffassung keine generelle Pflicht zur Markterkundung.<sup>7</sup> Da der Auftraggeber jedoch die Darlegungs- und Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der Gründe trägt,<sup>8</sup> die eine Abweichung vom Gebot der Produktneutralität

---

<sup>1</sup> Vgl. § 28 VgV.

<sup>2</sup> Vgl. Mehltitz, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2025, VgV § 28 Rn. 13.

<sup>3</sup> Vgl. Mehltitz, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2025, VgV § 28 Rn. 14.

<sup>4</sup> In bestimmten Fällen kann allerdings z.B. das Förderrecht eine Markterkundung verbindlich vorschreiben.

<sup>5</sup> Vgl. VK Arnsberg, Beschl. v. 19.1.2012 – VK 17/11.

<sup>6</sup> Vgl. BT-Drs. 18/7318, 169.

<sup>7</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 8.7.2021 – 19 Verg 2/21; OLG Celle, Beschl. v. 31.3.2020 – 13 Verg 13/19; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.10.2019 – VII-Verg 66/18; OLG Jena, Beschl. v. 25.6.2014 – 2 Verg 1/14; OLG München, Beschl. v. 9.9.2010 – Verg 10/10.

<sup>8</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.10.2019 – VII-Verg 66/18.

rechtfertigen, ist eine Markterkundung bei produktspezifischen Ausschreibungen regelmäßig sinnvoll und geboten, sofern keine anderen belastbaren Erkenntnisquellen zur Verfügung stehen.<sup>9</sup>

Für den Fall einer Direktvergabe an ein einzelnes Unternehmen als besonders weitgehende Einschränkung des Wettbewerbs verlangt die Rechtsprechung ernsthafte Nachforschungen auf europäischer Ebene, um sämtliche leistungsfähigen Unternehmen zu ermitteln.<sup>10</sup> Daraus lässt sich jedoch keine generelle Pflicht zur Markterkundung ableiten. Die Entscheidung betrifft vielmehr den Sonderfall eines vollständigen Wegfalls des Wettbewerbs.<sup>11</sup>

Wie genau eine Markterkundung durchzuführen ist, regelt das Gesetz nicht. In der Praxis stellt die eigenständige Ermittlung am Markt verfügbarer Lösungen, etwa durch Internetrecherche, den Regelfall dar. Im Zusammenhang mit urbanen Datenplattformen kommt daneben insbesondere die Sichtung von Referenzprojekten anderer Kommunen in Betracht. Es ist auch zulässig, vorab mit potenziellen Bietern Gespräche zu führen und sich deren Rückmeldung zu Kernelementen des geplanten Auftrags einzuholen (z.B. Definition von Use Cases, wesentlichen Inhalten der Leistung). Unzulässig wäre jedoch die Durchführung einer Markterkundung zur Einholung von Preisen.<sup>12</sup>

Der Auftraggeber muss sicherstellen, dass die Markterkundung im späteren Vergabeverfahren keine wettbewerbsverzerrende Wirkung entfaltet und die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Transparenz gewahrt bleiben.<sup>13</sup> Dies lässt sich durch ausreichende Transparenz über die im Rahmen der Markterkundung ausgetauschten Informationen sowie durch eine gegebenenfalls verlängerte Angebotsfrist sicherstellen. Eine ausreichende Dokumentation der Markterkundung ist in jedem Fall erforderlich.<sup>14</sup>

Checkliste: Markterkundung	
<input type="checkbox"/>	Wurde eine Bedarfsanalyse durchgeführt und dokumentiert?
<input type="checkbox"/>	Wurde hinreichend konkret geklärt, was beschafft werden soll?
<input type="checkbox"/>	Wurde ermittelt, in welchem Umfang Wettbewerb besteht und welche Unternehmen als potenzielle Anbieter in Betracht kommen?
<input type="checkbox"/>	Wurde die Markterkundung in einer geeigneten Form durchgeführt, etwa durch Internetrecherche, Auswertung öffentlich verfügbarer Informationen, Unternehmensansprache?
<input type="checkbox"/>	Wurden Ziele und Ergebnis der Markterkundung im Vergabevermerk ausreichend dokumentiert?
<input type="checkbox"/>	Wurde geprüft, ob Informationen aus der Markterkundung im späteren Vergabeverfahren transparent gemacht werden müssen?

<sup>9</sup> Vgl. zur produktspezifischen Ausschreibung 0

<sup>10</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 15.10.2009 – C-275/08.

<sup>11</sup> Vgl. OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 10.7.2007 – 11 Verg 5/07.

<sup>12</sup> Vgl. § 28 Abs. 2 VgV.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 40 Abs. 2 RL 2014/24/EU.

<sup>14</sup> Vgl. VK Bund, Beschl. v. 29.9.2020 – VK 2-73/20.

## Grundsätzliche Ausschreibungspflicht

Vor der Vorbereitung eines konkreten Vergabeverfahrens ist zunächst zu klären, ob und in welchem Umfang für die geplante Beschaffung überhaupt eine Ausschreibungspflicht besteht.

### Anwendungsbereich des Vergaberechts

Das für deutsche öffentliche Auftraggeber zu beachtende Vergaberecht ist zweigeteilt. Oberhalb der EU-Schwellenwerte gilt das sogenannte Kartellvergaberecht, gemäß Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie der hierzu erlassenen Verordnungen, insbesondere der Vergabeverordnung (VgV). Unterhalb der Schwellenwerte gelten das Unterschwellenvergaberecht sowie die jeweils anwendbaren Verfahrensordnungen, insbesondere die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) und die jeweiligen landesspezifischen Vorschriften.

### Voraussetzungen für die Anwendung des Kartellvergaberechts

Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ist eröffnet, wenn drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- der Auftraggeber ist **öffentlicher Auftraggeber**<sup>15</sup>,
- die Beschaffung erfüllt die Voraussetzungen eines **öffentlichen Auftrags**<sup>16</sup>,
- der geschätzte Auftragswert erreicht oder überschreitet den maßgeblichen **Schwellenwert**.<sup>17</sup>

### Auftraggebereigenschaft

Kommunen und Landkreise sind als Gebietskörperschaften öffentliche Auftraggeber.<sup>18</sup> Sie unterliegen damit grundsätzlich den Ausschreibungsverpflichtungen des Teils 4 des GWB, soweit auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.

### Öffentlicher Auftrag

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.<sup>19</sup>

Tatbestandlich entscheidend sind insbesondere

- die **Entgeltlichkeit** des Vertrags,
- der **Beschaffungsbezug**, also die Deckung des eigenen Bedarfs.

<sup>15</sup> Vgl. §§ 98, 99 GWB.

<sup>16</sup> Vgl. § 103 Abs. 1 GWB.

<sup>17</sup> Vgl. § 106 GWB.

<sup>18</sup> Vgl. § 99 Nr. 1 GWB.

<sup>19</sup> Vgl. § 103 Abs. 1 GWB.

Das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit ist im Kontext Open-Source-basierter Beschaffungen von zentraler Bedeutung.

Bei der Beschaffung Open-Source-basierter Lösungen stellt sich die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit nach § 103 Abs. 1 Satz 2 GWB überhaupt erfüllt ist. Open-Source basierte Lösungen werden typischerweise unentgeltlich auf Grundlage von Open-Source-Lizenzen zur Nutzung überlassen. Für die Software selbst zahlt der Auftraggeber kein Entgelt. Es fehlt damit an einer einklagbaren Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers für die Softwareüberlassung.

Die unentgeltliche Überlassung von Open-Source-Software stellt daher grundsätzlich keine dem Vergaberecht unterfallende Beschaffung dar. Denn zahlt der Auftraggeber für die Software selbst kein Entgelt, fehlt es an einem konstitutiven Merkmal des öffentlichen Auftrags. Das Vergaberecht findet insoweit keine Anwendung. Dies gilt auch dann, wenn die unentgeltliche Nutzung der Open-Source-Software die Grundlage für spätere kostenpflichtige Beschaffungen bildet, etwa für Support- oder Wartungsleistungen.<sup>20</sup>

Die vergaberechtsfreie Beschaffung beschränkt sich jedoch ausschließlich auf die Softwareüberlassung als solche. Sobald der öffentliche Auftraggeber für Implementierung, Support, Wartung, Konfiguration, Schulung, Betrieb oder Weiterentwicklung zahlt, liegt insoweit ein entgeltlicher Vertrag und damit ein öffentlicher Auftrag vor.<sup>21</sup>

Gegenstand des Praxisleitfadens sowie der Musterunterlagen sind die zuletzt genannten Leistungen, so dass es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt.

## Schwellenwert

Der maßgebliche Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge **auf kommunaler Ebene beträgt derzeit 216.000 EUR netto**<sup>22</sup> (Geltungszeitraum bis 31.12.2027). Maßgeblich ist der geschätzte voraussichtliche Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer.<sup>23</sup> Bei einer beabsichtigten Losvergabe ist auf den geschätzten Gesamtwert aller Lose abzustellen. Soweit der Schwellenwert nicht überschritten ist, richten sich die Ausschreibungspflichten nach landes-gesetzlichen Regelungen. Der Umfang der Verpflichtungen variiert zwischen den Bundesländern deutlich. Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob für die konkrete Beschaffung eine Ausschreibungspflicht besteht.

Im vorliegenden Fall der fiktiven Ausschreibung einer urbanen Datenplattform wird unterstellt, dass der Auftragswert für eine EU-weite Vergabe überschritten wird und der Leitfaden sowie die Musterunterlagen dies entsprechend abbilden.

---

<sup>20</sup> Vgl. VK Bund, 02.12.2021 - VK 1-104/21.

<sup>21</sup> Vgl. VK Bund, 02.12.2021 - VK 1-104/21.

<sup>22</sup> Vgl. § 106 GWB i. V. m. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU in der jeweils aktuellen Fassung.

<sup>23</sup> Vgl. § 3 Abs. 1 VgV.

# Vorbereitung einer Ausschreibung

---

Vor der Durchführung eines Vergabeverfahrens ist zu prüfen, welche rechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung und Durchführung des Verfahrens maßgeblich sind. Die nachfolgenden Abschnitte behandeln die wichtigsten Weichenstellungen im Rahmen der Beschaffungsvorbereitung.

## Erstellen der Leistungsbeschreibung

Anhand der Leistungsbeschreibung bestimmt der öffentliche Auftraggeber, welche Leistung er beschaffen will. Sie dient den Bietern als Grundlage für die Angebotserstellung und legt im Rahmen der Leistungserbringung Umfang und Art der Leistungspflicht fest. Die Leistungsbeschreibung bildet damit das Kernstück der Vergabeunterlagen. Sie ist maßgeblich dafür, ob die Leistung ordnungsgemäß und vollständig erbracht wurde, und bildet die Grundlage für die Beurteilung von Mängeln, Gewährleistungsfragen, Nachtragsforderungen und Schadensersatzansprüchen.<sup>24</sup>

Unvollständige Angaben können dazu führen, dass die Vertragserfüllung an den tatsächlichen Anforderungen des Auftraggebers vorbeigeht. Das zentrale Gebot lautet daher, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben.<sup>25</sup> Nur so wird sichergestellt, dass alle Bieter von einem einheitlichen Verständnis der ausgeschriebenen Leistung ausgehen und die Angebote miteinander vergleichbar sind.

Bei der Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung stehen dem Auftraggeber drei Grundformen zur Verfügung. Die konventionelle Leistungsbeschreibung zeichnet sich durch einen hohen Detaillierungsgrad aus und ermöglicht eine unmittelbare Preiskalkulation. Die funktionale Leistungsbeschreibung gibt Zielvorstellungen und einen Leistungsrahmen vor und überlässt die konkrete Lösung dem Auftragnehmer. Die konstruktive Leistungsbeschreibung verbindet Elemente beider Ansätze.

Der Transparenzgrundsatz ist verletzt, wenn die Leistungsbeschreibung nicht in sich geschlossen dargestellt wird, sondern sich verstreut über die Vergabeunterlagen findet und zugleich missverständlich oder widersprüchlich formuliert ist.<sup>26</sup> Auf eine widerspruchsfreie, konsistente Leistungsbeschreibung ist daher besonders zu achten.

## Wesentliche Inhalte der Leistungsbeschreibung

### Konkretisierung von Datenflüssen und Leistungsparametern

Ein wesentlicher Erfolgsfaktor für die Ausschreibung von Open-Source-basierten Datenplattformen liegt in der hinreichend konkreten Beschreibung der technischen und fachlichen Anforderungen. In der Praxis

---

<sup>24</sup> Vgl. Trutzel/Meeßen, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, VgV § 31 Rn. 1.

<sup>25</sup> Vgl. § 121 Abs. 1 S. 1 GWB

<sup>26</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 16.10.2012 – X ZR 37/12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.3.2012 – VII-Verg 82/11; OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.11.2014 – Verg W 9/14.

zeigt sich, dass Leistungsbeschreibungen häufig zu abstrakt formuliert sind und zentrale Parameter nicht ausreichend spezifizieren. Insbesondere fehlen häufig Angaben zu:

- Datenquellen (Herkunft der Daten),
- Datenvolumina und-frequenzen,
- Zielsystemen und Verwendungszwecken der Daten,
- sowie zu erwarteten Lastprofilen.

Fehlen diese Informationen, sind Anbieter gezwungen, ihre Angebote auf Annahmen zu stützen. Dies führt dazu, dass Angebote nur eingeschränkt vergleichbar sind und erhebliche Unsicherheiten in der Kalkulation bestehen. Dies gilt in besonderem Maße auch für den zu erwartenden Ressourcenbedarf im Betrieb der Plattform. Der erforderliche Einsatz von Rechenleistung und Speicher hängt maßgeblich von den verarbeiteten Daten und den umgesetzten Anwendungsfällen ab.

Ein strukturelles Problem besteht darin, dass bislang kaum standardisierte Referenzwerte oder Modelle zur Beschreibung von Datenplattformen vorliegen. Dies betrifft insbesondere die Abschätzung von Datenvolumina, Lastprofilen und Betriebsanforderungen. In der Praxis führt dies dazu, dass sowohl Auftraggeber als auch Bieter mit projektspezifischen Annahmen arbeiten müssen.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, zumindest grundlegende Parameter zu definieren. Hierzu zählen insbesondere erwartete Datenmengen, typische Lastprofile sowie mögliche Skalierungsanforderungen. Ergänzend kann es sinnvoll sein, von den Bietern die Darstellung von Skalierungsoptionen zu verlangen, etwa in Form von abgestuften Betriebsmodellen.

Soweit eine vollständige Konkretisierung im Vorfeld nicht möglich ist, empfiehlt es sich, mit Referenzszenarien oder exemplarischen Use Cases zu arbeiten. Diese sollten die erwarteten Anforderungen möglichst realistisch abbilden und als Grundlage für die Angebotskalkulation dienen. Ergänzend kann es sinnvoll sein, auf vorhandene Standards und Referenzarchitekturen zurückzugreifen, um die Anforderungen weiter zu vereinheitlichen und die Vergleichbarkeit der Angebote zu verbessern.

### **Strukturierung der Leistung und Sicherstellung der Vergleichbarkeit**

In der Praxis stellt sich häufig das Problem, dass unterschiedliche Leistungsbestandteile, insbesondere Betrieb, Implementierung und Beratung, in einer Ausschreibung vermischt werden. Dies erschwert sowohl die Angebotskalkulation als auch die Vergleichbarkeit der eingehenden Angebote.

Es empfiehlt sich daher, die Leistungen klar zu strukturieren und soweit sachlich möglich voneinander abzugrenzen. In Betracht kommt insbesondere eine Differenzierung zwischen:

- Betrieb (Hosting, Wartung, Support),
- Implementierung und Weiterentwicklung,
- sowie projektbegleitender Beratung.

Dabei sollte sich bestenfalls schon zu Beginn eng an den Begrifflichkeiten und dem Verständnis der EVB-IT Verträge orientiert werden, da diese regelmäßig (wie auch hier) die vertragliche Grundlage für die Leistungserbringung darstellen sollen (Querverweis auf Teil 3 B. II.).

Eine solche Trennung kann entweder durch die Bildung von Fachlosen oder durch eine klare Gliederung innerhalb eines einheitlichen Leistungsverzeichnisses erfolgen. Ziel ist es, unterschiedliche Leistungslogiken transparent abzubilden und eine bessere Vergleichbarkeit der Angebote zu ermöglichen.

Neben der strukturellen Trennung von Leistungsbestandteilen ist auch eine inhaltlich klare Abgrenzung der jeweiligen Leistungen erforderlich. In der Praxis kommt es häufig vor, dass insbesondere zwischen Betriebsleistungen und projektbezogenen Umsetzungsleistungen keine eindeutige Trennlinie gezogen wird.

Dies kann dazu führen, dass Leistungen doppelt kalkuliert oder im Projektverlauf Streitigkeiten über Zuständigkeiten entstehen. Insbesondere bei einer Trennung von Betriebs- und Weiterentwicklungsleistungen besteht das Risiko sogenannter „Fingerpointing“-Effekte. Fehlerursachen lassen sich dann häufig nicht eindeutig einzelnen Dienstleistern zuordnen.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich eine möglichst klare Definition technischer und organisatorischer Verantwortlichkeiten.

Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass insbesondere bei komplexen IT-Systemen eine enge Verzahnung zwischen Implementierung und Betrieb bestehen kann. In solchen Fällen kann eine Zusammenfassung dieser Leistungen aus technischen Gründen gerechtfertigt sein, etwa um Schnittstellenrisiken und Abstimmungsaufwände zu reduzieren.

### Umgang mit Unsicherheiten und agile Umsetzung

Die Beschaffung von Datenplattformen ist regelmäßig mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, da zukünftige Anwendungsfälle, Datenvolumina und technische Anforderungen zum Zeitpunkt der Ausschreibung oft noch nicht vollständig bekannt sind.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, die Ausschreibung und Umsetzung so zu gestalten, dass eine schrittweise Konkretisierung und Anpassung möglich sind. Bewährt haben sich insbesondere:

- die Strukturierung in Projektphasen (z. B. Pilotphase, Ausbauphase),
- die Vereinbarung iterative oder phasenweise Vorgehensmodelle,
- sowie die Möglichkeit zur Anpassung und Erweiterung der Leistungen im Projektverlauf.

Eine frühzeitige Pilotierung einzelner Anwendungsfälle kann dazu beitragen, Anforderungen zu validieren und Fehlentwicklungen zu vermeiden. Gleichzeitig ermöglicht ein phasenweises Vorgehen eine bessere Steuerung von Risiken und Ressourcen. Dabei ist sicherzustellen, dass die Anforderungen trotz möglicher Weiterentwicklungen hinreichend bestimmt beschrieben werden und die Vergleichbarkeit der Angebote gewahrt bleibt.

Ergänzend kann es sinnvoll sein, den Leistungsumfang in frühen Projektphasen bewusst zu begrenzen, etwa durch die Fokussierung auf ausgewählte Anwendungsfälle oder Datenquellen. Dies erleichtert die initiale Umsetzung und schafft eine belastbare Grundlage für spätere Erweiterungen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine zu hohe Komplexität in frühen Projektphasen die Umsetzung erheblich erschweren kann. Eine schrittweise Erweiterung der Plattform auf Basis validierter Anwendungsfälle hat sich in der Praxis als geeigneter Ansatz erwiesen.

## Gebot der produktneutralen Ausschreibung

Von besonderer Relevanz in der Praxis der IT-Beschaffung ist der Umgang mit Produktangaben in den Vergabeunterlagen, insbesondere in Fällen, in denen der Auftraggeber eine produktspezifische Beschaffung erwägt.

Der öffentliche Auftraggeber hat die Leistungsbeschreibung so zu fassen, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt.<sup>27</sup> Dabei darf in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren verwiesen werden, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.<sup>28</sup> Dies gilt auch für sogenannte verdeckte Produktvorgaben. Obwohl kein Produkt explizit benannt wird, kann durch scheinbar neutral formulierte Spezifikationen faktisch doch eine Festlegung auf ein bestimmtes Produkt erfolgen. Dieses Gebot der Produktneutralität steht in einem Spannungsverhältnis zum Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers.

## Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers

Ausgangspunkt ist der Grundsatz, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Beschaffungsentscheidung für eine bestimmte Leistung frei ist. Das Vergaberecht macht dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich keine Vorgaben darüber, was er beschaffen muss oder will.<sup>29</sup> Nach der Rechtsprechung ist der vergaberechtlich zu beurteilenden Frage nach der Art und Weise der Beschaffung die Entscheidung des Auftraggebers vorgelagert, was überhaupt beschafft werden soll (sog. Leistungsbestimmungsrecht).<sup>30</sup>

Im Bereich der Softwarebeschaffung ist bereits bei der Beschaffungskonzeption zu prüfen, wie mit Open-Source-Software umgegangen werden soll. Eine Festlegung des Beschaffungsgegenstands auf Open-Source-Software kann den Wettbewerb einschränken, weil dadurch insbesondere Anbieter proprietärer Software, deren Quellcode nicht offengelegt wird, von einer Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen sein können.

---

<sup>27</sup> Vgl. § 31 Abs. 1 S. 1 VgV.

<sup>28</sup> Vgl. § 31 Abs. 6 S. 1 VgV.

<sup>29</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.10.2009 – VII-Verg 25/09; Beschl. v. 22.5.2013 – VII-Verg 16/12.

<sup>30</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.7.2024 – VII-Verg 2/24; Beschl. v. 7.6.2017 – VII-Verg 53/16; Beschl. v. 22.5.2013 – VII-Verg 16/12; Beschl. v. 1.8.2012 – VII-Verg 10/12; Beschl. v. 27.6.2012 – VII-Verg 7/12; OLG Naumburg, Beschl. v. 5.12.2008 – 1 Verg 9/08; OLG München, Beschl. v. 9.9.2010 – Verg 10/10; Beschl. v. 28.6.2007 – Verg 7/07; OLG Celle, Beschl. v. 26.4.2010 – 13 Verg 4/10.

Der Auftraggeber muss daher sachliche Gründe anführen, aufgrund derer er sich für eine Beschaffung von Open-Source-Software mit offenem Quellcode entscheidet. Auf Bundesebene und in einigen Bundesländern gibt es hierzu entsprechende gesetzliche Regelungen zum vorrangigen Einsatz von Open-Source-Software (vgl. z.B. § 16a eGovG Bund, § 4 ThürEGovG).

Liegen solche rechtlichen oder darüber hinaus jedenfalls sachliche Gründe vor, ist eine entsprechende Festlegung im Rahmen des Leistungsbestimmungsrechts grundsätzlich zulässig. Gleichwohl empfiehlt es sich, die Begründung bereits an den Maßstäben auszurichten, die auch für produktspezifische Beschaffungen gelten.<sup>31</sup>

### Sachliche Rechtfertigung von Produkt- und Herstellervorgaben

Nach § 31 Abs. 6 S. 1 VgV darf in der Leistungsbeschreibung auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft verwiesen werden, die die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist.<sup>32</sup> Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers ist insoweit jedoch nicht schrankenlos: Die Festlegung muss auf objektiven, auftrags- und sachbezogenen Erwägungen beruhen.<sup>33</sup> Daran anknüpfend ist die Entscheidung über die Festlegung des Beschaffungsgegenstands im Nachprüfungsverfahren darauf überprüfbar, ob sie von solchen sachlichen und auftragsbezogenen Erwägungen getragen wird.<sup>34</sup>

Dabei müssen die zur Rechtfertigung einer produkt- oder herstellerspezifischen Ausschreibung herangezogenen Gründe keine **rechtlichen Gründe** sein und sich insbesondere nicht zwingend aus Gesetz oder Verordnung ergeben.<sup>35</sup> Sie können vielmehr vielfältiger Natur sein und etwa in der besonderen Aufgabenstellung, in technischen oder gestalterischen Anforderungen oder in der Art der Nutzung des Beschaffungsgegenstands liegen.<sup>36</sup> Ist die Festlegung aufgrund sachlicher und auftragsbezogener Gründe diskriminierungsfrei erfolgt, so ist eine sich hieraus ergebende wettbewerbsverengende Wirkung grundsätzlich hinzunehmen.<sup>37</sup>

Insgesamt obliegt es dem Auftraggeber, die Notwendigkeit einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung darzulegen. Gelingt ein solcher Nachweis nicht, liegt ein Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität vor.<sup>38</sup>

---

<sup>31</sup> Vgl. UfAB 2018, Kap. B, S. 76.

<sup>32</sup> Darüber hinaus gestatten die Vergabevorschriften solche Verweise ausnahmsweise, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; für diesen letztgenannten Fall sind diese Verweise mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen, vgl. § 31 Abs. 6 S. 2 VgV.

<sup>33</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.6.2012 – VII-Verg 7/12; Beschl. v. 22.5.2013 – VII-Verg 16/12; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.11.2012 – 15 Verg 9/12; VK Bund, Beschl. v. 9.2.2016 – VK 1-130/15.

<sup>34</sup> Vgl. Hirsch/Kaelble, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 5. Auflage 2017, § 14 VgV, Rn. 315 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.5.2013 – VII-Verg 16/12.

<sup>35</sup> Vgl. VK Bund, Beschl. v. 1.3.2012 – VK 2-5/12.

<sup>36</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.2.2010 – VII-Verg 42/09; Beschl. v. 3.3.2010 – VII-Verg 46/09; VK Bund, Beschl. v. 10.5.2010 – VK 3-42/10.

<sup>37</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.5.2013 – VII-Verg 16/12; Beschl. v. 1.8.2012 – VII-Verg 10/12.

<sup>38</sup> Prieß/Simonis, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 31, Rn. 58 unter Hinweis auf VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 16.9.2015 – 3 VK LSA 62/15.

### Technische Gründe

Im Bereich der Software-Beschaffung kann eine spezifische Ausschreibung sachlich gerechtfertigt sein, wenn die ausgeschriebene Leistung auf einem bestehenden System aufbaut, eine Integration in eine vorhandene Infrastruktur erfordert und durch produktneutrale Lösungen Schnittstellenprobleme, Störungen, Verzögerungen, Kapazitätsengpässe oder sonstige Betriebsrisiken entstünden.<sup>39</sup>

Im Bereich urbaner Datenplattformen können technische Gründe insbesondere dann vorliegen, wenn:

- bereits bestehende kommunale Plattformkomponenten integriert werden müssen,
- vorhandene Datenmodelle oder Schnittstellen weitergenutzt werden sollen,
- ein bestehender Open-Source-Stack fortgeführt wird,
- oder Interoperabilität mit bestehenden kommunalen Datenräumen sichergestellt werden muss.

Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, durch produktneutrale Schnittstellen oder zusätzliche technische Umstellungen die Kompatibilität zu fremden Systemen herzustellen. Die Notwendigkeit einer solchen zusätzlichen Anbindung begründet ein Risiko, das der Auftraggeber unter Berücksichtigung seiner legitimen Interessen nicht übernehmen muss.<sup>40</sup> Bei Kompatibilitätsfragen ist es zulässig, im Interesse der Systemsicherheit und Funktionalität die risikoloseste Variante zu wählen.<sup>41</sup> Mit anderen Worten steht es dem öffentlichen Auftraggeber frei, in diesem Fall Risikopotenziale auszuschließen und den sichersten Weg zu wählen.<sup>42</sup>

Der Wettbewerbsgrundsatz verpflichtet den Auftraggeber, sich vor der Festlegung der Ausschreibungsbedingungen einen möglichst breiten Überblick über die in Betracht kommenden technischen Lösungen zu verschaffen und einzelne Lösungswege nicht von vornherein auszublenden. Der Auftraggeber muss sich daher zunächst einen Marktüberblick verschaffen und begründen, warum keine andere als die letztlich gewählte Lösung in Betracht kommt.<sup>43</sup> Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen. Ein pauschaler Verweis auf vermutete Inkompatibilitätsprobleme oder allgemeine technische Überlegungen reicht nicht aus.<sup>44</sup>

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die vergaberechtliche Rechtsprechung die Vorgabe einer bestimmten Software im Einzelfall für zulässig hält, wenn diese der Vermeidung technischer Risiken, der Gewährleistung von Systemsicherheit sowie deutlichen Zeit- und Kosteneinsparungen bei Datenmigrationen

---

<sup>39</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.2016 – VII-Verg 47/15; Beschl. v. 12.2.2014 – VII-Verg 29/13; Beschl. v. 22.5.2013 – VII-Verg 16/12; Beschl. v. 14.4.2005 – VII-Verg 93/04; Beschl. v. 23.3.2005 – VII-Verg 76/04.

<sup>40</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 28.10.2003 – 11 Verg 9/03.

<sup>41</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, juris Rn. 19; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, juris Rn. 40.

<sup>42</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, BeckRS 2020, 13714; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.10.2019 – VII-Verg 66/18, NZBau 2020, 184.

<sup>43</sup> Vgl. Prieß/Simonis, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 31, Rn. 52 unter Hinweis auf OLG Naumburg, Beschl. v. 20.9.2012 – Verg 4/12; OLG Celle, Beschl. v. 22.5.2008 – 13 Verg 1/08; OLG Jena, Beschl. v. 26.6.2006 – 9 Verg 2/06; VK Bund, Beschl. v. 23.1.2014 – VK 2-126/13.

<sup>44</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 31.3.2020 – 13 Verg 13/19.

oder der Systempflege dient.<sup>45</sup> Der Einsatz von Open-Source generell bzw. eine bestimmte technische Lösung können etwa aus Gründen der kommunalen Datensouveränität geboten sein.

### Wirtschaftliche Gründe

Darüber hinaus erkennt die vergaberechtliche Rechtsprechung an, dass der mit einer Produkt- oder Herstellervorgabe verbundene Aufwand, beispielsweise im Bereich der Systemwartung, in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen gehalten werden darf.<sup>46</sup>

Aufgrund des hohen Stellenwerts des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer im Vergaberecht ist die Ausnahme jedoch eng auszulegen. Eine wettbewerbsbeschränkende Festlegung aus wirtschaftlichen Gründen kommt daher nur in Betracht, wenn erst die Vorgabe bestimmter Produkte oder Hersteller nach Abwägung aller Umstände die Gesamtwirtschaftlichkeit der Beschaffungsmaßnahme gewährleistet und dies ohne eine entsprechende Festlegung nicht der Fall wäre.<sup>47</sup> In diesem Zusammenhang dürfen auch die durch die Implementierung produktneutraler Schnittstellen entstehenden Zusatzkosten sowie die Kostenvorteile einer einheitlichen Wartung und Systempflege bereits vorhandener technischer Einrichtungen als legitime Interessen für eine nicht produktneutrale Ausschreibung herangezogen werden.<sup>48</sup>

Gerade bei IT-Beschaffungen ist zu beachten, dass ein Systemwechsel mit erheblichen Umstellungs- und Folgekosten verbunden sein kann – etwa durch zusätzliche Betriebsausgaben. Diese können die Wirtschaftlichkeit einer produktneutralen Ausschreibung infrage stellen und im Einzelfall eine herstellerspezifische Lösung rechtfertigen.<sup>49</sup> Ein Herstellerwechsel kann zudem kostenintensive Folgeinvestitionen erforderlich machen, etwa für Anpassungen an bestehende Softwareumgebungen, Schnittstellenimplementierungen oder Systemmigrationen.<sup>50</sup>

Ein weiterer sachlicher Gesichtspunkt liegt in der zügigen Verfügbarkeit und sofortigen Einsatzfähigkeit bewährter Systeme, was insbesondere bei sicherheitskritischer Infrastruktur von Bedeutung ist.<sup>51</sup> Nicht zuletzt ist auch der erhöhte Ausbildungs- und Fortbildungsaufwand der Mitarbeiter bei der Einführung neuer IT-Systeme als wirtschaftlich relevanter Aspekt zu würdigen.<sup>52</sup>

Ähnlich wie bei technischen Gründen gilt auch bei wirtschaftlichen Gründen, dass etwaige Mehrkosten, die eine produktspezifische Beschaffung rechtfertigen sollen, tatsächlich bestehen und nachgewiesen werden müssen. Ihre bloße Behauptung reicht nicht aus. Der Auftraggeber muss daher die möglichen Zusatzkosten präzise ermitteln und sachlich nachvollziehbar dokumentieren. Zudem muss

---

<sup>45</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.5.2017 – VII-Verg 36/16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.5.2013 – VII-Verg 16/12; VK Bund, Beschl. v. 10.6.2015 – VK 1-40/15.

<sup>46</sup> Vgl. BayObLG, Beschl. v. 15.9.2004 – Verg 026/03, unter Hinweis auf Saarländisches OLG, Beschl. v. 29.10.2003 – 1 Verg 2/03.

<sup>47</sup> Vgl. Endler, in: Osseforth IT-Vergabe-HdB, § 7 Rn. 26.

<sup>48</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 28.10.2003 – 11 Verg 9/03, unter Hinweis auf Saarländisches OLG, Beschl. v. 29.10.2003 – 1 Verg 2/03.

<sup>49</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.2016 – VII-Verg 47/15.

<sup>50</sup> Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 15.11.2013 – 15 Verg 5/13.

<sup>51</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.5.2017 – VII-Verg 36/16.

<sup>52</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.2016 – VII-Verg 47/15; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.5.2013 – VII-Verg 16/12.

ausgeschlossen sein, dass die vom Auftraggeber ermittelten Zusatzkosten nicht durch eine produktneutrale wettbewerbliche Beschaffung letztlich kompensiert werden können.<sup>53</sup>

Checkliste: Produktspezifische Ausschreibung	
<input type="checkbox"/>	Führt die gewählte Leistungsbeschreibung dazu, dass bestimmte Unternehmen oder Produkte ausgeschlossen oder bevorzugt werden?
<input type="checkbox"/>	Ist ein Verweis auf ein bestimmtes Produkt, einen bestimmten Hersteller oder ein bestimmtes Verfahren wirklich erforderlich?
<input type="checkbox"/>	Liegt ein sachlicher, auftragsbezogener Grund für die produktspezifische Festlegung vor (technisch, wirtschaftlich)?
<input type="checkbox"/>	Wurde ein ausreichender Überblick über den relevanten Markt gewonnen und dokumentiert?
<input type="checkbox"/>	Im Falle von technischen Gründen: Ist die herstellerepezifische Vorgabe zur Vermeidung konkreter Kompatibilitäts- oder Betriebsrisiken erforderlich?
<input type="checkbox"/>	Im Falle von technischen Gründen: Wurde geprüft und dokumentiert, dass keine technisch gleich geeignete produktneutrale Alternative besteht?
<input type="checkbox"/>	Im Falle von wirtschaftlichen Gründen: Ist die herstellerepezifische Vorgabe zur Sicherung der Gesamtwirtschaftlichkeit erforderlich?
<input type="checkbox"/>	Im Falle von wirtschaftlichen Gründen: Sind die Mehrkosten einer produktneutralen Alternative konkret ermittelt und dokumentiert?
<input type="checkbox"/>	Im Falle von wirtschaftlichen Gründen: Ist ausgeschlossen, dass diese Mehrkosten durch Wettbewerbsvorteile einer produktneutralen Beschaffung ausgeglichen werden?
<input type="checkbox"/>	Ist die Entscheidung vollständig im Vergabevermerk dokumentiert?

## Vertragliche Grundlage – Nutzung der EVB-IT Verträge

Mit den Ausschreibungsunterlagen sollte eine Vertragsvorlage bereitgestellt werden, die nach dem Zuschlag die vertragliche Grundlage für die Leistungserbringung bildet. Hierbei kommen regelmäßig die standardisierten Vertragsmuster und AGB der „Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen“ (EVB-IT) in Betracht. Dabei handelt es sich um ausgewogene und auf die Interessen der öffentlichen Verwaltung abgestimmte Vertragsmuster, die in Zusammenarbeit zwischen dem Bund, den Ländern, den Kommunen und der IT-Wirtschaft (BITKOM e.V.) entwickelt wurden.

<sup>53</sup> Vgl. Endler, in: Osseforth IT-Vergabe-HdB, § 7 Rn. 28.

Eine Pflicht zur Nutzung der EVB-IT besteht auf Bundes- und teilweise auf Landesebene.<sup>54</sup> Deren Einsatz ist allerdings auch auf kommunaler Ebene zu empfehlen, selbst wenn es keine ausdrückliche rechtliche Verpflichtung zu deren Nutzung gibt.

Es gibt mittlerweile 11 unterschiedliche EVB-IT Vertragsarten und die Möglichkeit der Nutzung der sog. EVB-IT Rahmenvereinbarung, die die meisten denkbaren Vertragsgegenstände abdecken. Die neusten Versionen unter Berücksichtigung von Open-Source spezifischen Vorgaben stammen vom 01.03.2026. Das Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung (BMDS) stellt die aktuellen Verträge auf ihrer Webseite bereit<sup>55</sup>. Neben den Musterverträgen und AGB sind dort auch Standardformulare und weitere Hilfestellungen (z.B. beispielhaft ausgefüllte Verträge) abrufbar.

Im Folgenden werden die wichtigsten Punkte erläutert, worauf bei der Verwendung der EVB-IT Verträge bei der Ausschreibung von Open-Source Leistungen zu achten ist.

### Open-Source-spezifische Aspekte

Bei der Beschaffung von Open-Source-basierten Lösungen ergeben sich spezifische Anforderungen, die bei der Vertragsgestaltung und Leistungsbeschreibung zu berücksichtigen sind.

Ein zentrales Thema ist die Frage der Haftung.<sup>56</sup> Während klassische Open-Source-Software regelmäßig ohne Haftungsübernahme durch die Entwickler bereitgestellt wird, können sich im Kontext des Cyber Resilience Act (CRA, VO (EU) 2024/2847) neue Anforderungen an die Verantwortlichkeiten von Herstellern, Integratoren und Betreibern ergeben.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, die Rollen und Verantwortlichkeiten der beteiligten Akteure (insbesondere Betreiber, Integrator und Softwarelieferant) vertraglich klar zu definieren und entsprechende Regelungen zur Haftung und Gewährleistung zum Zwecke der Risikominimierung zu treffen.

Darüber hinaus ist sicherzustellen, dass:

- der vollständige Quellcode einschließlich relevanter Konfigurationen und Dokumentation zugänglich ist,
- die Einhaltung von Open-Source-Lizenzbedingungen gewährleistet wird,
- sowie Wartungs- und Supportleistungen (insbesondere Sicherheitsupdates) vertraglich abgesichert sind.

Fehlen diese Regelungen, besteht die Gefahr, dass trotz Nutzung von Open-Source faktische Abhängigkeiten von einzelnen Dienstleistern entstehen (lock-in) oder der Betrieb der Plattform langfristig nicht sichergestellt werden kann.

<sup>54</sup> Vgl. bspw. § 16a eGovG Bund; Verwaltungsvorschrift Nr.7 zu § 55 LHO NRW; Verwaltungsvorschrift Nr. 2.4 zu § 55 BayHO.

<sup>55</sup> [https://www.digitale-verwaltung.de/Webs/DV/DE/aktuelles-service/it-einkauf/evb-it-und-bvb/aktuelle\\_evb-it-node.html](https://www.digitale-verwaltung.de/Webs/DV/DE/aktuelles-service/it-einkauf/evb-it-und-bvb/aktuelle_evb-it-node.html).

<sup>56</sup> Eingehend dazu: <https://www.smart-city-dialog.de/faq-zum-thema-recht>.

Neben der initialen Implementierung ist auch der laufende Betrieb der Plattform vertraglich angemessen abzubilden. Hierzu gehören insbesondere Regelungen zur Wartung und Weiterentwicklung der Software. Gerade bei Open-Source-basierten Lösungen ist sicherzustellen, dass Sicherheitsupdates, Fehlerbehebungen und notwendige Anpassungen kontinuierlich erfolgen. Die EVB-IT bieten hier ein angemessenes und ausgewogenes Maß an Bestimmungen für beide Vertragsparteien.

Darüber hinaus sollte geprüft werden, inwieweit Optionen für Folgebeauftragungen vorgesehen werden können. Dies kann etwa durch Verlängerungsoptionen oder durch die Möglichkeit zusätzlicher Beauftragungen erfolgen. Ziel ist es, die langfristige Funktionsfähigkeit der Plattform sicherzustellen und einen unnötigen Wechsel von Dienstleistern zu vermeiden.

Ein weiterer wesentlicher Aspekt betrifft die Sicherstellung der langfristigen Nutzbarkeit der Plattform unabhängig vom ursprünglichen Dienstleister. In der Praxis zeigt sich, dass zwar Quellcode bereitgestellt wird, jedoch häufig nicht alle für den Betrieb erforderlichen Informationen, insbesondere Konfigurationen oder betriebsrelevante Einstellungen, vollständig dokumentiert sind.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, vertraglich sicherzustellen, dass neben dem Quellcode auch sämtliche für den Betrieb erforderlichen Dokumentationen, Konfigurationen und Zugänge vollständig übergeben werden. Dies ist insbesondere im Hinblick auf einen möglichen Betreiberwechsel von Bedeutung.

## Umsetzung im EVB-IT Vertrag

Diese dargestellten Besonderheiten gilt es bestmöglich vertraglich umzusetzen. Die EVB-IT Erstellung, die EVB-IT Überlassung, die EVB-IT Typ A, die EVB-IT Pflege S, die EVB-IT Dienstleistung, die EVB-IT System, die EVB-IT Systemlieferung, die EVB-IT Service und die EVB-IT Rahmenvereinbarung enthalten in der neuen Version von 2026 bereits Regelungen für Open-Source. Für den EVB-IT Cloud und EVB-IT Überlassung Typ B ist ebenfalls eine Anpassung an Open-Source geplant.<sup>57</sup>

Mit Blick auf die Vielfalt der EVB-IT Verträge mit unterschiedlichen Regelungsinhalten und -Schwerpunkten kann die richtige Auswahl des EVB-IT Vertrags den Anwendenden bereits vor Herausforderungen stellen. Insbesondere das Zusammenspiel zwischen AGB und Vertrag erfordert eine geübte Praxis und ein systematisches Verständnis der beiden Dokumente. Inwieweit der EVB-IT Vertrag letzten Endes angepasst werden muss, ist daher stets im Einzelfall zu klären. Im Rahmen von Ausschreibungen sind zudem Vertragsverhandlungen möglich. Erst mit dem Zuschlag gilt der Vertrag dann entsprechend des bezuschlagten Angebots als geschlossen.

Urbane Datenplattformen umfassen regelmäßig unterschiedliche Leistungsbestandteile mit teilweise unterschiedlichen vertraglichen Schwerpunkten. Während Entwicklungs-, Anpassungs- und Integrationsleistungen typischerweise werkvertraglichen Charakter aufweisen und regelmäßig auf Grundlage der EVB-IT Erstellung abgebildet werden können, weisen laufende Betriebs- und Managed-

<sup>57</sup> [https://www.it-planungsrat.de/fileadmin/beschluesse/2025/Beschluss\\_2025\\_48\\_EVB-IT\\_%C3%9Cbersicht\\_Anpassungen.pdf](https://www.it-planungsrat.de/fileadmin/beschluesse/2025/Beschluss_2025_48_EVB-IT_%C3%9Cbersicht_Anpassungen.pdf).

Service-Leistungen häufig dienst- oder cloudbezogene Elemente auf. In der Praxis kann daher eine Kombination unterschiedlicher EVB-IT-Vertragstypen sachgerecht sein. Maßgeblich ist insbesondere, welcher Leistungsschwerpunkt im konkreten Beschaffungsvorhaben überwiegt.

## Richtige Auswahl des EVB-IT Vertrags

Für die richtige Auswahl des EVB-IT Vertrages stellt das BMDS eine Entscheidungshilfe bereit. Das BMDS stellt auch das Tool EVB-IT digital bereit, über das mittels einer „Interviewtechnik“ EVB-IT Verträge, insbesondere der EVB-IT Rahmenvertrag, ausgearbeitet werden können, daneben gibt es eine „Entscheidungshilfe“, die bei der Wahl des richtigen Vertrages unterstützt.<sup>58</sup> In diesen Fällen werden die Verträge und die Verweise in die AGB dynamisch angepasst, sodass im Ergebnis nur noch die einschlägigen Regelungen enthalten sind.

Die Muster stehen jedoch auch als Word-Dokumente zur Verfügung, diese bieten den Vorteil, dass die Verträge und AGB immer exakt gleich aufgebaut und die Verweise dieselben sind. Es sprechen also auch gute Gründe für deren Verwendung, wenn absehbar ist, dass wiederholt ähnliche EVB-IT Verträge abgeschlossen werden sollen.

Im Falle der hier beispielhaft genannten urbanen Datenplattform wäre der EVB-IT Cloud heranzuziehen, da der Schwerpunkt auf initialen Leistungen (Setup)<sup>59</sup> und Managed Cloud Services (MCS)<sup>60</sup> liegt. Unter Setup und MCS fallen alle wesentlichen Leistungen, die die Implementierung und den Betrieb der urbanen Datenplattform betreffen. Falls keine eigene IT-Infrastruktur genutzt werden soll, kommen außerdem Platform as a Service (PaaS) und Infrastructure as a Service (IaaS) Dienste in Betracht.<sup>61</sup>

Die weiteren Leistungen könnten als Teil des „Setups“ oder als „Sonstige Leistungen“ in den Vertrag einbezogen werden. Es ist dadurch möglich mehrere EVB-IT Verträge miteinander zu kombinieren und zu verknüpfen oder nebeneinander zu verwenden. Je eher den weiteren Leistungen eine eigenständige Bedeutung zukommt, desto eher ergibt es Sinn mehrere Verträge nebeneinander zu erstellen.

Im vorliegenden Fall der urbanen Datenplattform stehen die Cloud-Dienste im Vordergrund, weshalb die weiteren Leistungen hier sinnvollerweise unter dem EVB-IT Cloud Vertrag einbezogen werden können. Gegenständlich geht es hauptsächlich um die Erstellung von Individualsoftware<sup>62</sup>, um Schnittstellen zur Anbindung der urbanen Datenplattform an das städtische Identity and Access Management (IAM) sowie

---

<sup>58</sup> [https://www.digitale-verwaltung.de/Webs/DV/DE/aktuelles-service/it-einkauf/evb-it-und-bvb/aktuelle\\_evb-it-node.html](https://www.digitale-verwaltung.de/Webs/DV/DE/aktuelles-service/it-einkauf/evb-it-und-bvb/aktuelle_evb-it-node.html).

<sup>59</sup> Vgl. Nr. 2 EVB-IT Cloudvertrag, Version 1.0.2 vom 01.03.2026.

<sup>60</sup> „Managed Cloud Services sind Leistungen, die über die typischen Leistungspflichten des Auftragnehmers hinausgehen, z.B. die Benutzerverwaltung, ggf. die Verwaltung verschiedener Cloud-Angebote bzw. Optionen, Kapazitätsmanagement, Beratung bei Upgrade- und Lizenzfragen etc. – jeweils ausgerichtet am individuellen Bedarf des Auftraggebers.“ (Begriffsbestimmungen, EVB-IT Cloud-AGB, Version 1.0.2 vom 01.03.2026).

<sup>61</sup> Vgl. Definitionen in Begriffsbestimmungen, EVB-IT Cloud-AGB, Version 1.0.2 vom 01.03.2026.

<sup>62</sup> „Softwareprogramme, Programm-Module, Tools etc., die zur Vertragserfüllung für die Bedürfnisse des Auftraggebers vom Auftragnehmer erstellt wurden einschließlich der zugehörigen Dokumentation. Hierzu gehören auch die Anpassungen von Standard- oder Individualsoftware\* auf Quellcodeebene. Nicht hierzu gehören jedoch Customizing\* und die Anpassungen von Standardsoftware\*, die gemäß Ziffer 2.2.1 in den Standard übernommen wurden.“ (Begriffsbestimmungen, EVB-IT Erstellungs-AGB, Version 2.0.0 vom 01.03.2026).

andere sicherheitsrelevante Schnittstellen auf Open-Source Basis. Für Entwicklungsaufgaben kann dabei der EVB-IT Erstellung Vertrag herangezogen werden.

## **Befüllen und Anpassen des EVB-IT Vertrags**

Der ausgewählte EVB-IT Vertrag sollte sodann befüllt werden, soweit dies vor dem Zuschlag möglich und sinnvoll ist. Zum einen sollte hierbei sichergestellt werden, dass die Leistungsbeschreibung vollständig in dem Vertrag aufgeht. Bei einer transparenten und auf den EVB-IT Vertrag abgestimmten Leistungsbeschreibung bietet es sich dabei an, in dem EVB-IT Vertrag mit Verweisen in die Leistungsbeschreibung zu arbeiten.

Die konkrete Befüllung und Gestaltung des EVB-IT Vertrags hängt mithin stark vom Ausschreibungsgegenstand ab. Es gibt allerdings einige typische Fragestellungen, die sich dabei ergeben:

### **Anpassung der EVB-IT Verträge**

Die EVB-IT Verträge sind auszufüllen, können aber auch inhaltlich verändert werden. Aus Transparenzgründen sollten dabei sämtliche Bearbeitungen und Ergänzungen des EVB-IT Vertrags farblich markiert (Bsp.: „Es gelten die Anlagen in folgender Rangfolge: **Bearbeitung**“) und Löschungen von einzelnen Wörtern oder Sätzen zusätzlich durch Streichungen (Bsp.: „**Streichung**“) kenntlich gemacht werden. Nummern sollten nicht gelöscht werden, sodass die Verweise aus den dazugehörigen EVB-IT AGB nicht ins Leere laufen. Für die bessere Lesbarkeit können im Einzelfall irrelevante Absätze gelöscht werden und kenntlich gemacht werden (Bsp. für die Streichung von Nr. 1.2.1: „1.2.1 [...]“).

### **Rangfolge der Vertragsunterlagen**

Es sollte regelmäßig von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, die Rangfolge der Vertragsunterlagen zu bestimmen (vgl. Nr. 1.2.1 EVB-IT Cloud).

Dabei sollten die Ausschreibungsunterlagen vorgehen und die Dokumente des Bieters nachrangig sein, so können ungewollte Abweichungen von den Vorgaben der Ausschreibung vermieden werden. Da es im Einzelfall sinnvoll sein kann, abweichende Regelungen zuzulassen, bietet sich folgende Ergänzung der Nr. 1.2.1 EVB-IT Cloud an:

**„Von der Rangfolge kann abgewichen werden, wenn in den nachrangigen Vertragsunterlagen ein ausdrücklicher Verweis auf die Abweichung von der vorrangigen Regelung enthalten ist.“**

Sofern Open-Source Lizenzbedingungen eine Rolle spielen, muss sichergestellt werden, dass diese bei Widersprüchlichkeiten etwaigen vertraglichen Regelungen vorgehen. In Nr. 1.3.1 der EVB-IT Erstellung am Ende ist dies bereits der Fall:

*„Eine Einbeziehung von Lizenzbedingungen an Standardsoftware\* erfolgt ausschließlich nach Maßgabe der Nummer 4.1.1, d.h. sie gelten, unabhängig davon, ob und in welcher Rangfolge diese als Anlage in der Tabelle aus Nr. 1.3.1 aufgelistet werden, ausschließlich*

*hinsichtlich der Nutzungsrechtsregelungen und bei Anwendbarkeit der Nummer 4.1.1.1 in der dort vereinbarten Rangfolge der Regelungen, unabhängig davon, ob und in welcher Rangfolge diese als Anlage in obiger Tabelle aufgelistet werden; allerdings gelten für Standardsoftware\* bzw. Teile von Standardsoftware\* (Softwarekomponenten), die Open Source Software sind, die vom Rechteinhaber vorgegebenen Lizenzbedingungen und die Nummer 4.1.1.2.“*

Bei der Verwendung der anderen EVB-IT Verträge gilt es sodann sicherzustellen, dass eine solche Regelung besteht oder bei Bedarf aufgenommen wird, wie es z.B. bei den EVB-IT Cloud erforderlich wäre. Dort empfiehlt sich in Nr. 1.2.5 von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, umfangreiche gesonderte Regelungen für Open-Source Komponenten zu treffen (vgl. Muster-Anlage 6 zu Nr. 1.2.5 EVB-IT Cloudvertrag).

### **Software Bill of Materials (SBOM), Übergabe der Dokumentation**

Mit den aktualisierten EVB-IT Verträgen wurde die Möglichkeit eingeführt, von dem Auftragnehmer eine SBOM gemäß BSI TR-03183-2 für die zu überlassende bzw. erstellende Software verlangen zu können (vgl. Nr. 4.7 und Nr. 7 EVB-IT Erstellung). Dabei handelt es sich um eine standardisierte Form der Dokumentation der Software. Sie dient dazu, die Software für den Auftraggeber auch ohne die Kenntnisse des Auftragnehmers nutzbar zu machen. Im Sinne der Verstärkung zu empfehlen ist daher regelmäßig eine SBOM zu verlangen. Sofern (noch) nicht Teil des verwendeten EVB-IT Vertrags, sollte eine solche Regelung aufgenommen werden.

### **Abweichende Haftungsregelungen**

Die jeweiligen EVB-IT AGB sehen bereits im Grundsatz geeignete Haftungsregelungen vor. Vor allem beim Einsatz von Open-Source sollte der Verwender prüfen, ob die Haftungsregelungen angepasst werden müssen bzw. sollen. Teilweise sind in den EVB-IT AGB, wie in EVB-IT Erstellung AGB in Ziff. 14.6, bereits auf Open-Source zugeschnittene Haftungsregelungen enthalten. Dort heißt es:

*„Soweit einbezogene Lizenzbedingungen Haftungsbeschränkungen zugunsten des Auftragnehmers vorsehen, gelten diese nicht gegenüber dem Auftraggeber. Satz 1 gilt entsprechend für den Ausschluss von Ansprüchen wegen Mängeln.“*

Sofern es um die Entwicklung von Software geht, sollte diese oder eine vergleichbare Regelung unbedingt Vertragsbestandteil sein.

Sofern die Software Dritten, z.B. Bürgerinnen und Bürgern zur Verfügung gestellt werden soll, so besteht bei Open-Source Software die Besonderheit, dass hinter der Software oft kein Entwickler steht, der im Sinne der Produkthaftung verantwortlich ist. Diese Verantwortlichkeit im Falle fehlerhafter Software trifft vielmehr grundsätzlich den Auftraggeber, sofern dieser die Software den Dritten zur Verfügung stellt. In diesen Fällen kann es sinnvoll sein, die bestehenden Haftungsregelungen in den EVB-IT Verträgen zu ergänzen, um den Auftragnehmer in angemessenem Maße an den Haftungsrisiken zu beteiligen. Hier kommt es stark auf die verwendeten EVB-IT Verträge an, während die EVB-IT Erstellung AGB in den Ziff. 12, 13 und 14 bereits sinnvolle Haftungsregelungen vorsehen, die auch die Besonderheiten bei Open-

Source Entwicklungen berücksichtigen, so müssen in anderen EVB-IT Verträgen solche Regelungen erst aufgenommen werden. Dies ist typischerweise dann erforderlich, wenn die betroffenen Leistungen erst im Rahmen einer Vertragsanpassung gemäß lit. a) aufgenommen worden sind.<sup>63</sup>

### **Pflege- und Serviceleistungen**

In den jeweiligen EVB-IT Verträgen können auch Pflege- und Serviceleistungen vereinbart werden. Diese sollten möglichst präzise beschrieben werden. Im Zusammenhang mit Haftungsfragen ist empfehlenswert, an diese Stelle ausdrücklich Regelungen aufzunehmen, die die Beseitigung von Sicherheitslücken und Fehlern beinhalten. Auf diese Weise können bestimmte Haftungsrisiken zumindest im Innenverhältnis auf den Auftragnehmer übergehen. In der Praxis ist es daher besonders wichtig, diese Leistungen nebst Verantwortlichkeiten genau festzulegen. Ein Beispiel dafür ist die folgende neue Wahlmöglichkeit in Nr. 7 EVB-IT Erstellung:

*„Der Auftragnehmer überlässt dem Auftraggeber neue Programmstände\* von Open Source Software nur, nachdem er diese in einer von ihm bereitgehaltenen, geeigneten Testumgebung auf Funktionalität und Eignung für die Zwecke des Auftraggebers erfolgreich getestet hat.“*

Im Einzelfall können speziellere Regelungen für die Qualitätssicherung sinnvoll sein.

### **Regelungen zur Übergabe der Software**

Die überarbeiteten EVB-IT Verträge enthalten mittlerweile hinreichende Regelungen zur Übergabe der Software, die grundsätzlich auch für Open-Source Software geeignet sind. So enthält Nr. 7 EVB-IT Erstellung bereits Regelungen, die die Veröffentlichung auf openCode vorsehen. Bei Open-Source Projekten muss sichergestellt sein, dass der vollständige Quellcode und die vollständige Dokumentation überlassen werden. Letzteres sollte bereits durch die SBOM (vgl. 0) sichergestellt sein. Sofern im Einzelfall Besonderheiten bestehen, sollte der Vertrag entsprechend 0 angepasst werden.

### **Lizenzen und Rechte**

Grundsätzlich ist sicherzustellen, dass die Software mit einer geeigneten Open-Source Lizenz veröffentlicht wird oder veröffentlicht werden kann. Nr. 4.4.3.1 EVB-IT Erstellung enthält bereits eine entsprechende Regelung und verweist dabei auf die von openCode freigegebenen Lizenzen. Je nachdem, wie frei die entwickelte Software weitergenutzt werden können soll, bietet es sich an, die Lizenzauswahl weiter einzuschränken, z.B. auf permissive, copy-left basierte (reziproke) Lizenzen oder eine konkrete Lizenz. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Einschränkung der Lizenzen im Einzelfall auch die Entwicklung der Software aufwändiger machen kann, wenn Inkompatibilitäten zwischen den Lizenzen von potenziellen Softwarebestandteilen drohen.

Die Kompatibilität zwischen verschiedenen Lizenzen folgt komplexen Regeln, die im Einzelfall sorgfältig zu prüfen sind. So ist beispielsweise die Kombination von GPL-lizenziertem Code mit proprietären

---

<sup>63</sup> Zur Vertiefung von Haftungsfragen siehe auch <https://www.smart-city-dialog.de/faq-zum-thema-recht>.

Komponenten in derselben ausführbaren Datei problematisch, während die Verknüpfung über definierte Schnittstellen unter Umständen zulässig sein kann. Hierbei ist stets auf die jeweilige Lizenzinterpretation und die Rechtsprechung zu achten.

Durch die Open-Source spezifischen Regelungen in den EVB-IT Verträgen dürfte dies zwar dem Grundsatz nach geregelt sein, zur Klarstellung (und zur Risikominimierung) sollte jedoch zumindest in der Leistungsbeschreibung aufgenommen werden, dass der Auftragnehmer für die Kompatibilität aller genutzten Lizenzen verantwortlich ist. Beispiel für eine solche Formulierung könnte laufen:

*„Der Auftragnehmer stellt sicher, dass keine Inkompatibilität zwischen den verwendeten Open-Source-Lizenzen besteht. Soweit die zu überlassende Software in Verbindung mit der proprietären Standardsoftware genutzt werden soll, ist dies von Seiten des Auftraggebers zulässig, soweit kein Verstoß gegen Lizenzbedingungen begangen wird und auch dort keine Inkompatibilität zwischen den Lizenzen besteht.“*

Falls die Software in eine bestimmte Lizenzumgebung integriert werden soll, so ist diese unbedingt vollständig zu beschreiben, um eine Inkompatibilität zwischen den genutzten Lizenzen auszuschließen bzw. dem Auftragnehmer die Verantwortung dafür übertragen zu können (vgl. Abs. 2 UAbs. 4 und 5, Muster-Anlage 6 zu Nr. 1.2.5 EVB-IT Cloudvertrag).

In solchen Fällen sollte man sich genau mit den unterschiedlichen Lizenzen auseinandersetzen und bei Bedarf entsprechende Vorgaben machen. Im Rahmen der urbanen Datenplattform müssen zum Beispiel bei Weiterentwicklungen unbedingt die jeweiligen Lizenzbedingungen der bestehenden Softwarekomponenten eingehalten werden.

### **Service Level und Vertragsstrafen**

Für typischerweise wichtige Leistungen sehen die EVB-IT bereits praxisrelevante konkretisierende Regelungen über Service Level, d.h. Qualitätsstandards, vor, z.B. die Verfügbarkeit bestimmter Leistungsmerkmale in %, die (Mindest-)Qualität bestimmter Leistungsmerkmale oder die zeitliche Angabe von Reaktionszeiten.<sup>64</sup> Im Zusammenhang mit sonstigen Verträgen werden solche Vereinbarungen regelmäßig als „Service Level Agreement“ (SLA) bezeichnet.

Für viele Leistungsbestandteile sind in den Vertragsmustern jedoch keine SLA vorgesehen. Da diesen im Einzelfall ebenfalls eine erhebliche Bedeutung zukommen können, ist zunächst in Verbindung mit der Leistungsbeschreibung zu prüfen, ob in dem genutzten EVB-IT Vertrag tatsächlich alle Leistungsbestandteile ausreichend konkret in dem Vertragsmuster abgebildet werden. Ist dies nicht der Fall, ist entweder von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, den EVB-IT Vertrag entsprechend zu ergänzen oder er ist gemäß 0 anzupassen.

In einigen Fällen sehen die EVB-IT Verträge auch für den Verstoß gegen die SLA Vertragsstrafen vor, insbesondere wenn der Auftragnehmer in Verzug geraten ist (vgl. Ziff. 9.3 EVB-IT Erstellung AGB). Es

---

<sup>64</sup> Beispielsweise Ziff. 2 Kriterienkatalog für Cloudleistungen Anlage 3 zum EVB-IT Cloudvertrag, Version 1.0.2 vom 01.03.2026.

sollte gleichwohl geprüft werden, ob alle besonders wichtigen Leistungen mit einer Vertragsstrafe versehen sind. Hierbei kann wegen des Einzelfallbezuges keine allgemeingültige Empfehlung ausgesprochen werden, jedoch ist es insbesondere bei langen Vertragslaufzeiten sinnvoll, Vertragsstrafen aufzunehmen, die bei der Nichteinhaltung einer vereinbarten Verfügbarkeit oder von Reaktionszeiten greifen. Bei der Umsetzung ist sicherzustellen, dass diese den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Bei der Umsetzung ist entweder die vertraglich vorgesehene Möglichkeit zu nutzen, wie es in Nr. 17 des EVB-IT Erstellung der Fall ist, ansonsten kann der Vertrag gemäß 0 angepasst werden.

### Vereinheitlichung mit der Leistungsbeschreibung

Ist die Leistungsbeschreibung zunächst unabhängig von dem ausgewählten EVB-IT Vertrag erstellt worden, so sollte in der Praxis geprüft werden, dass die Leistungsbeschreibung auf den EVB-IT Vertrag begrifflich und inhaltlich genau abgestimmt ist und die Leistungsbestandteile vertraglich vereinbarten Leistungen eindeutig zugeordnet werden können.

Im vorliegenden Beispiel der urbanen Datenplattform sollte sich aus der Leistungsbeschreibung eindeutig durch entsprechende Verweise ergeben, welche Leistungen dem Setup, IaaS, den MCS, Leistungen bei Vertragsende und den sonstigen Leistungen zuzuordnen sind.

Checkliste: EVB-IT Verträge	
<input type="checkbox"/>	Wurde der passende EVB-IT Vertrag ausgewählt?
<input type="checkbox"/>	Wurden sämtliche Änderungen am Muster EVB-IT Vertrag kenntlich gemacht?
<input type="checkbox"/>	Hat eine Vereinheitlichung und eine ganzheitliche Überprüfung des Vertragswerkes mit Blick auf die Leistungsbeschreibung stattgefunden?

### Definition der Eignungskriterien

Die Eignungskriterien knüpfen an die vorab definierte Leistung an. Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Anforderungen an eine ordnungsgemäße Auftragsausführung erfüllt.<sup>65</sup> Eignungskriterien dürfen ausschließlich folgende Bereiche betreffen:

- die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
- die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,
- die technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

<sup>65</sup> Vgl. § 122 Abs. 2 GWB.

Sie knüpfen damit an vorhandene Umstände und Ausstattungen im Unternehmen an und sind in den Vergabeordnungen näher ausgestaltet und abschließend geregelt.<sup>66</sup> Darüber hinausgehende, außerhalb dieser Kategorien liegende Eignungsanforderungen dürfen nicht aufgestellt werden.

Eignungskriterien dürfen nur verlangt werden, wenn sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.<sup>67</sup> Ein solcher Auftragsbezug liegt vor, wenn das Kriterium objektiv geeignet ist, die Leistungsfähigkeit des Bieters im Hinblick auf den konkret ausgeschriebenen Auftrag nachzuweisen, und die Anforderungen in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen.<sup>68</sup>

Kann ein einzelnes Unternehmen nicht alle Eignungskriterien aus eigener Kraft erfüllen, bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Es kann sich im Wege der Eignungsleihe auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen<sup>69</sup> oder gemeinsam mit anderen Unternehmen als Bietergemeinschaft auftreten. Bei Bietergemeinschaften, in denen mehrere Unternehmen gleichberechtigt als ein Bieter auftreten, bezieht sich die Eignungsprüfung auf die Bietergemeinschaft als Gesamtheit.

Checkliste: Eignungskriterien	
<input type="checkbox"/>	Sind alle Eignungskriterien einer der abschließend geregelten Kategorien (Berufsausübung, wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit, technische/berufliche Leistungsfähigkeit) zugeordnet?
<input type="checkbox"/>	Besteht für jedes Eignungskriterium ein nachvollziehbarer Bezug zum Auftragsgegenstand?
<input type="checkbox"/>	Stehen die Anforderungen in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand?
<input type="checkbox"/>	Werden Eignungs- und Zuschlagskriterien strikt voneinander getrennt?
<input type="checkbox"/>	Sind Regelungen zur Eignungsleihe und zu Bietergemeinschaften in den Vergabeunterlagen berücksichtigt?
<input type="checkbox"/>	Sind die Kriterien vollständig im Vergabevermerk dokumentiert?

## Definition der Zuschlagskriterien

Die Zuschlagskriterien dienen dazu zu entscheiden, welches Angebot den Zuschlag erhält. Dabei gilt: Der Zuschlag ist auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.<sup>70</sup> Dies muss nicht zwingend das preislich günstigste Angebot sein. Zuschlagskriterien sind das zentrale Instrument zur Ermittlung dieses wirtschaftlichsten Angebots. Neben dem Preis können insbesondere auch qualitative, umweltbezogene und soziale Aspekte in die Wertung einbezogen werden.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> Vgl. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, GWB § 122 Rn. 15.

<sup>67</sup> Vgl. § 122 Abs. 4 S. 1 GWB.

<sup>68</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 18.10.2012 – C-218/11; EuGH, Urt. v. 13.7.2017 – C-76/16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.12.2011 – VII-Verg 74/11.

<sup>69</sup> Vgl. § 47 VgV.

<sup>70</sup> Vgl. § 127 Abs. 1 S. 1 GWB.

<sup>71</sup> Vgl. § 127 Abs. 1 S. 4 GWB.

Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.<sup>72</sup> Sie dürfen sich daher nur auf die nach dem Auftrag zu erbringenden Leistungen beziehen. Unzulässig sind Anforderungen an die allgemeine Unternehmenspolitik oder die Betriebsorganisation, die keinen unmittelbaren Auftragsbezug aufweisen.<sup>73</sup>

Der Gestaltungsspielraum des Auftraggebers bei der Festlegung von Zuschlagskriterien ist durch das Wettbewerbsgebot begrenzt. Die Festlegung von Zuschlagskriterien darf nicht dazu führen, dass ein wirksamer Wettbewerb nicht mehr möglich ist.<sup>74</sup> Insbesondere dürfen Zuschlagskriterien nicht in diskriminierender Weise ausgestaltet werden oder von vornherein so zugeschnitten sein, dass nur ein einziges oder wenige Unternehmen eine realistische Zuschlagschance haben.<sup>75</sup> Eine Festlegung, die bereits von vornherein lediglich einem Unternehmen eine realistische Zuschlagschance lässt, ist unzulässig.<sup>76</sup> Darüber hinaus müssen die Zuschlagskriterien ihrer Konzeption nach eine tatsächliche Differenzierung zwischen den einzelnen Angeboten ermöglichen.<sup>77</sup>

Bei der Festlegung von Zuschlagskriterien ist zu berücksichtigen, dass klassische preisbezogene Vergleichsmaßstäbe bei komplexen IT-Projekten nur eingeschränkt aussagekräftig sind. In der Praxis zeigt sich insbesondere, dass die Abfrage von Stundensätzen ohne Bezug zu konkreten Leistungsinhalten nur eine begrenzte Vergleichbarkeit ermöglicht.

Sinnvoll ist daher eine Kombination aus preislichen Kriterien und leistungsbezogenen Bewertungsmaßstäben. In der Praxis können insbesondere folgende qualitative Aspekte relevant sein:

- Qualität des Betriebs- und Sicherheitskonzepts,
- Nachvollziehbarkeit der technischen Architektur,
- Skalierbarkeit der Plattform,
- Qualität der Dokumentation,
- Konzepte zur Vermeidung von Vendor Lock-in,
- Umgang mit Open-Source-Compliance,
- Konzepte zur Migration und Betreiberübergabe,
- Qualität des Monitoring- und Supportkonzepts,
- Nachvollziehbarkeit der vorgeschlagenen Betriebs- und Deployment-Prozesse.

Beispielweise kann es sinnvoll sein, von den Bietern die Darstellung eines konkreten Betriebskonzepts, z.B. zur Implementierung, zur Umsetzung von Service-Level-Agreements zu verlangen. Ein Konzept zur Weiterentwicklung der Plattform, das insbesondere Aussagen zur Skalierbarkeit, zum Umgang mit steigenden Datenmengen sowie zur Sicherstellung eines stabilen Betriebs enthält, ermöglicht die

---

<sup>72</sup> Vgl. § 127 Abs. 3 S. 1 GWB.

<sup>73</sup> Vgl. Lausen, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar 4. Auflage 2025, VgV § 58 Rn. 24a.

<sup>74</sup> Vgl. § 127 Abs. 4 S. 1 GWB.

<sup>75</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 11.9.2018 – 13 Verg 4/18; OLG Celle, Beschl. v. 19.3.2019 – 13 Verg 7/18; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.11.2013 – 15 Verg 5/13; OLG Naumburg, Beschl. v. 20.9.2012 – 2 Verg 4/12.

<sup>76</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 11.9.2018 – 13 Verg 4/18.

<sup>77</sup> Vgl. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, GWB § 127Rn. 24.

fundiertere Bewertung der langfristigen Leistungsfähigkeit der angebotenen Lösungen. Es empfiehlt sich die Bewertungskriterien so auszugestalten, dass sie sowohl die initiale Implementierung als auch den langfristigen Betrieb der Plattform angemessen berücksichtigen.

Die Kriterien müssen dabei möglichst konkret ausgestaltet und mit nachvollziehbaren Bewertungsmaßstäben hinterlegt werden.

Checkliste: Wertungskriterien	
<input type="checkbox"/>	Stehen alle Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung?
<input type="checkbox"/>	Werden Eignungs- und Zuschlagskriterien strikt voneinander getrennt?
<input type="checkbox"/>	Werden neben dem Preis qualitative Kriterien berücksichtigt?
<input type="checkbox"/>	Führt die Festlegung der Zuschlagskriterien nicht zum Ausschluss wirksamen Wettbewerbs?
<input type="checkbox"/>	Werden keine Anforderungen an die allgemeine Unternehmenspolitik oder Betriebsorganisation als Zuschlagskriterien formuliert?
<input type="checkbox"/>	Ermöglichen die Zuschlagskriterien eine tatsächliche Differenzierung zwischen den Angeboten?

## Losaufteilung

### Grundsatz der Losvergabe

Der Grundsatz der losweisen Vergabe folgt daraus, dass mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen sind.<sup>78</sup> Dies kann dadurch geschehen, dass ein Auftraggeber die Leistung nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) oder in der Menge aufgeteilt (Teillöse) vergibt.

Jeder Auftraggeber muss vor Einleitung des Vergabeverfahrens prüfen, ob und in welchem Umfang eine Losaufteilung in Betracht kommt. Auf einer ersten Stufe hat der Auftraggeber zunächst festzustellen, ob die Leistung überhaupt einer Aufteilung in Lose zugänglich ist.<sup>79</sup> Anderenfalls scheidet eine Losaufteilung denknotwendig aus. Ist die Leistung demgegenüber grundsätzlich losfähig, hat der Auftraggeber auf einer zweiten Stufe zu prüfen, ob eine losweise Vergabe erfolgt oder ob ausnahmsweise eine Gesamtvergabe gerechtfertigt ist.

Das Ergebnis dieser Prüfung ist im Vergabevermerk festzuhalten, und zwar unabhängig davon, ob im Ergebnis eine losweise Vergabe oder eine Gesamtvergabe vorgesehen wird. Die Anzahl und Größe der einzelnen Lose müssen sich daran orientieren, dass sich kleinere und mittlere Unternehmen um

<sup>78</sup> Vgl. § 97 Abs. 4 i. V. m. § 97a GWB.

<sup>79</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 26.4.2010 – 13 Verg 4/10; OLG Jena, Beschl. v. 6.6.2007 – 9 Verg 3/07.

Teilaufträge bewerben können.<sup>80</sup> Der Auftraggeber ist allerdings nicht verpflichtet, sämtliche potenziellen Bewerber in den Bewerberkreis einzubeziehen.<sup>81</sup>

### Maßstäbe der Aufteilung

Maßgebliche Kriterien für Zahl und Zuschnitt der Lose sind insbesondere, ob die jeweiligen Teilleistungen von mittelständischen Unternehmen erbracht werden können, ob die Abgrenzung der Leistungen sachgerecht und branchenüblich ist und ob die Zuordnung von Verantwortlichkeiten, insbesondere im Hinblick auf die Mängelhaftung, hinreichend klar bleibt. Bei der Gewichtung dieser Gesichtspunkte kommt dem Auftraggeber ein Bewertungsspielraum zu.<sup>82</sup>

Größe und Zuschnitt zu bildender Lose haben erheblichen Einfluss auf die spätere Durchführung des Auftrags, insbesondere auch hinsichtlich der vom Auftraggeber selbst benötigten internen Ressourcen und Kapazitäten – vor allem im Hinblick auf etwaige Mitwirkungs- oder Beistellungsleistungen.<sup>83</sup>

### Fachlose und Teillose

Bei der Bildung von Fachlosen wird die zu vergebende Leistung nach Art oder Fachgebiet aufgeteilt.<sup>84</sup> Maßgeblich ist dabei insbesondere, ob sich für spezielle Arbeiten ein eigener Markt herausgebildet hat.<sup>85</sup>

Dies gilt in besonderem Maße für komplexe IT-Projekte, bei denen sowohl eine Bündelung als auch eine Trennung von Leistungen in Betracht kommt. Bei der IT-Vergabe ist zum Beispiel daran zu denken, Hardware- und Softwareleistungen in verschiedene Lose zu unterteilen. Da der Markt von mittelständischen Unternehmen geprägt ist, die nicht zwangsläufig die komplette Bandbreite an Dienstleistungen rund um ein Software-Produkt erbringen, sondern sich auf bestimmte Aspekte spezialisieren, kann es sinnvoll sein, im Rahmen einer Ausschreibung z.B. den Support und die Entwicklung zusätzlicher Features von anderen Bietern übernehmen zu lassen. Bei einem Teillos wird der Auftrag mengenmäßig aufgeteilt und in abgrenzbare Teilleistungen zerlegt.<sup>86</sup>

### Ausnahmen von der Losaufteilung

Eine Ausnahme vom Gebot der Losvergabe ist zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.<sup>87</sup> Nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung müssen zur Rechtfertigung einer Gesamtvergabe bedeutende, konkret projekt- bzw. auftragsbezogene Gründe vorliegen.<sup>88</sup>

---

<sup>80</sup> Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 16.11.2001 – 1 VK 39/01.

<sup>81</sup> Vgl. OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 4.5.2001 – 6 Verg 2/2001.

<sup>82</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.2.2011 – VII-Verg 5/11; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11; OLG Naumburg, Beschl. v. 14.3.2013 – 2 Verg 8/12.

<sup>83</sup> Vgl. UfAB 2018, Kap. B, S. 77.

<sup>84</sup> Vgl. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, GWB § 97 Rn. 80.

<sup>85</sup> Vgl. KG, Beschl. v. 26.3.2019 – Verg 16/16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11.

<sup>86</sup> Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 11.2.2011 – 1 VK 02/11.

<sup>87</sup> Vgl. 97a Abs. 2 und 3 GWB.

<sup>88</sup> Vgl. OLG München, Beschl. v. 25.3.2019 – Verg 10/18; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.6.2014 – VII-Verg 38/13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.3.2011 – VII-Verg 63/10.

## Technische Gründe

Unter technischen Gründen sind Umstände zu verstehen, die es zur Erreichung des vom Auftraggeber angestrebten Qualitätsniveaus erforderlich machen, sämtliche Leistungserbringungsschritte in einer Hand zu bündeln.<sup>89</sup>

### Kompatibilität der einzelnen Leistungen

Maßgeblich ist dabei insbesondere die Frage, ob die einzelnen Leistungen störungsfrei ineinandergreifen. Technische Gründe können namentlich dann gegeben sein, wenn bei einer Aufteilung erhebliche Kompatibilitätsprobleme drohen.<sup>90</sup> Dies gilt in besonderem Maße bei komplexen Beschaffungsvorhaben, bei denen sich einzelne Arbeitsschritte wechselseitig nahezu untrennbar beeinflussen. Solche technischen Inkompatibilitäten aufgrund eines außergewöhnlich hohen Integrationsgrades können sich z. B. daraus ergeben, dass die Teilleistungen ineinandergreifende bzw. aufeinander aufbauende Arbeitsabläufe bilden, eine enge Verzahnung der Teilleistungen besteht oder die Gefahr verlängerter Entwicklungszyklen für Software-Komponenten im Fall einer Entkopplung droht.<sup>91</sup>

### Verminderung von Risikopotenzialen

Als technischer Grund ist darüber hinaus auch die wesentliche Verringerung von Risikopotenzialen anerkannt. Hierzu zählen insbesondere das Risiko von Fehlfunktionen sowie ein erhöhter Umstellungsaufwand.<sup>92</sup> Der öffentliche Auftraggeber darf Risikopotenziale ausschließen und den sichersten Weg wählen.<sup>93</sup>

## Wirtschaftliche Gründe

Wirtschaftliche Gründe können eine Gesamtvergabe rechtfertigen, wenn eine losweise Vergabe mit unverhältnismäßigen Kostennachteilen verbunden wäre oder zu erheblichen Verzögerungen des Vorhabens führen würde.<sup>94</sup> Umgekehrt können auch zu erwartende Synergieeffekte oder ökonomische Effizienz bei eng zusammenhängenden Auftragsbestandteilen eine Gesamtvergabe rechtfertigen.<sup>95</sup>

Allerdings müssen die angeführten wirtschaftlichen Gründe über die Nachteile hinausgehen, die typischerweise mit jeder losweisen Vergabe verbunden sind.<sup>96</sup> Nicht ausreichend sind somit die vom Gesetzgeber als typische Folgen einer Aufteilung bewusst in Kauf genommenen Nachteile. Hierzu zählen insbesondere ein erhöhter Koordinierungsaufwand auf Seiten des Auftraggebers, zusätzliche

---

<sup>89</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.5.2022 – VII-Verg 33/21.

<sup>90</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.4.2012 – VII Verg 100/11.

<sup>91</sup> Vgl. UfAB 2018, Kap. B, S. 77.

<sup>92</sup> Vgl. OLG München, Beschl. v. 25.3.2019 – Verg 10/18.

<sup>93</sup> Vgl. VK Bund, Beschl. v. 10.3.2022 – VK 1-19/22; OLG München, Beschl. v. 25.3.2019 – Verg 10/18.

<sup>94</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07; VK Hessen, Beschl. v. 12.2.2018 – 69d VK-21/2017.

<sup>95</sup> Vgl. VK Hessen, Beschl. v. 12.2.2018 – 69d VK-21/2017.

<sup>96</sup> Vgl. OLG München, Beschl. v. 9.4.2015 – Verg 1/15.

Transaktionskosten infolge der Befassung mit mehreren Vertragspartnern oder der Umstand, dass sich Gewährleistungsansprüche bei einer Gesamtvergabe gegebenenfalls einfacher durchsetzen lassen.<sup>97</sup>

Bei der Beurteilung, ob eine bestimmte Losaufteilung im konkreten Fall unwirtschaftlich ist, steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Einschätzungsspielraum zu.<sup>98</sup>

### Interessenabwägung

In einem letzten Schritt sind die Interessen der Bieterseite an einer kleinteiligeren Losbildung einerseits und die für eine Zusammenfassung der Leistungen sprechenden Gründe des Auftraggebers andererseits gegeneinander abzuwägen, wobei letztere im Ergebnis überwiegen müssen.<sup>99</sup>

### Losaufteilung bei Datenplattformen – Chancen und Risiken

Die Entscheidung über die Losaufteilung hat bei der Beschaffung von Datenplattformen erhebliche praktische Auswirkungen. Während eine Aufteilung in Lose die Beteiligung kleiner und mittelständischer Unternehmen erleichtern und die Vergleichbarkeit einzelner Leistungen verbessern kann, sind zugleich die technischen und organisatorischen Wechselwirkungen zwischen den Leistungen zu berücksichtigen.

Insbesondere bei einer Trennung von Implementierung und Betrieb besteht das Risiko, dass Verantwortlichkeiten im laufenden Betrieb nicht eindeutig zugeordnet werden können („Fingerpointing“). Dies kann zu Verzögerungen bei der Fehlerbehebung führen.

Demgegenüber kann eine getrennte Vergabe von Beratungsleistungen sinnvoll sein, da hierdurch eine unabhängige Perspektive auf die Anforderungen und die Umsetzung sichergestellt werden kann. Im Ergebnis ist eine einzelfallbezogene Abwägung erforderlich, bei der insbesondere folgende Aspekte zu berücksichtigen sind:

- Grad der technischen Integration der Leistungen,
- Notwendigkeit klarer Verantwortlichkeiten im Betrieb,
- sowie Zielsetzung hinsichtlich Wettbewerbs und Vergleichbarkeit.

Checkliste: Losaufteilung	
<input type="checkbox"/>	Losfähigkeit der Leistung: Wurde geprüft und dokumentiert, ob die ausgeschriebene Leistung einer sachgerechten Aufteilung in Lose generell zugänglich ist?

<sup>97</sup> Vgl. KG, Beschl. v. 26.3.2019 – Verg 16/16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07; Beschl. v. 1.6.2016 – VII-Verg 6/16; OLG Koblenz, Beschl. v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11; OLG München, Beschl. v. 9.4.2015 – Verg 1/15; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11.11.2020 – 15 Verg 6/20.

<sup>98</sup> Vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11.

<sup>99</sup> Vgl. UfAB 2018, Kap. B, S. 78.

<input type="checkbox"/>	Fachlose geprüft: Wurde untersucht, ob die Leistung nach Art oder Fachgebiet in Fachlose aufgeteilt werden kann? Insbesondere ob sich für bestimmte Leistungsbestandteile (z.B. Hardware, Software, Support, Entwicklung) eigene Märkte gebildet haben?
<input type="checkbox"/>	Teillose geprüft: Wurde untersucht, ob eine mengenmäßige oder gebietsbezogene Aufteilung sinnvoll und möglich ist?
<input type="checkbox"/>	Loszuschnitt: Wurden Zahl und Größe der Lose so bemessen, dass sich auch kleine und mittlere Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligen können?
<input type="checkbox"/>	Eigenständige Wirtschaftlichkeit je Los: Wurde im Falle wirtschaftlicher Gründe konkret geprüft und dokumentiert, ob eine losweise Vergabe zu unverhältnismäßigen Kostennachteilen oder erheblichen Verzögerungen führen würde? Ist jedes Los für sich genommen wirtschaftlich umsetzbar?
<input type="checkbox"/>	Ausnahmen von der Losaufteilung: Greifen Ausnahmen von der Losbildung, z. B. weil eine Aufteilung technisch oder wirtschaftlich unzumutbar wäre oder das Gesamtkonzept gefährdet?
<input type="checkbox"/>	Bewerbung auf mehrere Lose: Soll die Bewerbung auf mehrere Lose zulässig sein? Soll der Zuschlag auf mehrere Lose zulässig sein?
<input type="checkbox"/>	Dokumentationspflicht: Wurde die Entscheidung zur Losbildung oder zur ausnahmsweisen Gesamtvergabe vor Einleitung des Vergabeverfahrens vollständig und nachvollziehbar im Vergabevermerk dokumentiert?

## Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe

Wenn mehrere Kommunen oder andere öffentliche Auftraggeber beschaffen wollen, stellt sich zu Beginn häufig die praktische Frage, in welcher Form die Zusammenarbeit organisiert werden soll. In Betracht kommen dabei die gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe. In der Praxis gelebt wird die gemeinsame Beschaffung etwa in Form von Entwicklungsgemeinschaften für urbane Datenplattformen oder City-Apps.

Die gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe bietet sich vor allem dann an, wenn mehrere öffentliche Auftraggeber für ein konkretes Beschaffungsvorhaben zusammenarbeiten wollen, ohne dafür eine dauerhafte Beschaffungsstruktur aufzubauen. Für die Praxis ist dabei besonders wichtig, früh festzulegen, wer an dem Verfahren beteiligt ist, welche Teile gemeinsam durchgeführt werden und wie die Verantwortlichkeiten verteilt sind. Sie bietet Chancen, Kompetenzen bei der Vergabe und der Vertragsdurchführung zu bündeln. Auch sind größere Aufträge oft interessanter für Bieter, so dass der Wettbewerb gestärkt werden kann.

Erforderlich für die gemeinsame Beschaffung ist eine Vereinbarung der öffentlichen Auftraggeber, beispielsweise in Form einer schriftlichen Kooperationsvereinbarung.<sup>100</sup>

Führen mehrere öffentliche Auftraggeber gemeinsam ein Vergabeverfahren durch, sind sie auch gemeinsam für die Erfüllung ihrer vergaberechtlichen Pflichten verantwortlich. Das gilt zum einen dann, wenn das Verfahren insgesamt gemeinsam im Namen und im Auftrag aller durchgeführt wird.<sup>101</sup> Das gilt zum anderen auch dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber das Verfahren allein im Namen und im Auftrag der übrigen öffentlichen Auftraggeber durchführt.<sup>102</sup>

Wird das Vergabeverfahren dagegen nur teilweise gemeinsam durchgeführt, erstreckt sich die gemeinsame Verantwortlichkeit auch nur auf diese gemeinsam durchgeführten Teile.<sup>103</sup> Jeder öffentliche Auftraggeber bleibt also für die Verfahrensschritte verantwortlich, die er selbst veranlasst. Folglich führt nicht jede Form der Zusammenarbeit automatisch zu einer vollständigen gemeinsamen Verantwortung für das gesamte Verfahren.

Checkliste: Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe	
<input type="checkbox"/>	Liegt eine Kooperationsvereinbarung zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern vor?
<input type="checkbox"/>	Wird das Vergabeverfahren vollständig gemeinsam durchgeführt oder nur in einzelnen Teilen? Welche Verantwortlichkeiten ergeben sich daraus?
<input type="checkbox"/>	Wurde die gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe im Vergabevermerk dokumentiert?

<sup>100</sup> Eine Musterkooperationsvereinbarung für die gemeinsame Beschaffung finden Sie hier: [Gemeinsame Beschaffung rechtssicher gestalten](#).

<sup>101</sup> Vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 VgV.

<sup>102</sup> Vgl. § 4 Abs. 2 S. 2 VgV.

<sup>103</sup> Vgl. § 4 Abs. 2 S. 3 VgV.

## Durchführung der Ausschreibung

Nachdem der Beschaffungsbedarf identifiziert und die Ausschreibung inhaltlich vorbereitet ist, stellt sich die Frage nach der konkreten Durchführung des Verfahrens. Im Mittelpunkt stehen dabei die Wahl der zutreffenden Verfahrensart, der Verfahrensablauf sowie der Umgang mit Bieterfragen.

### Wahl der Verfahrensart

Im Rahmen der Vorbereitung der Ausschreibung muss der Auftraggeber eine Verfahrensart auswählen. Bei europaweiten Ausschreibungen sieht das Vergaberecht im Wesentlichen fünf Verfahrensarten vor: das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb), den Wettbewerblichen Dialog und die Innovationspartnerschaft. Am Verbeitesten sind das offene Verfahren sowie das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, die im Folgenden kurz skizziert werden.

### Offenes Verfahren

Das offene Verfahren zeichnet sich dadurch aus, dass eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird. Alle interessierten Unternehmen können die Vergabeunterlagen abrufen und innerhalb der Angebotsfrist Angebote einreichen.

**Wichtig:** Der Auftraggeber muss die Leistung bereits in der Ausschreibung vollständig und abschließend beschreiben. Auf dieser Basis müssen vergleichbare Angebote erstellt werden können. Verhandlungen über den Auftragsgegenstand oder die Preise sind im offenen Verfahren nicht zulässig.

Vorteile	Nachteile
<ul style="list-style-type: none"> <li>• größtmöglicher Wettbewerb durch unbegrenzte Anzahl an Bietern</li> <li>• einfacher, übersichtlicher Ablauf</li> <li>• geringeres Anfechtungsrisiko</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Leistung muss bereits zum Zeitpunkt der Bekanntmachung vollständig und abschließend beschrieben werden</li> <li>• Verhandlungen über Auftragsgegenstand oder Preise sind nicht zulässig</li> <li>• hoher Vorbereitungsaufwand durch detaillierte Leistungsbeschreibungen</li> <li>• Risiko unpassender Angebote bei ungenauer Formulierung</li> </ul>

### Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist zweistufig aufgebaut. Zunächst werden geeignete Bewerber ausgewählt. Anschließend werden nur diese zur Angebotsabgabe aufgefordert. Der

entscheidende Unterschied zum offenen Verfahren besteht in der Möglichkeit, mit den Bietern über Inhalt und Preise zu verhandeln.

Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ist stets zu begründen und im Vergabevermerk zu dokumentieren. Fehlt eine tragfähige Begründung, kann dies einen Vergaberechtsverstoß begründen, da das offene und das nicht offene Verfahren grundsätzlich Vorrang haben. Folgende Gründe erlauben die Wahl eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb:

### **Konzeptionelle oder innovative Lösungen<sup>104</sup>**

Ein Verhandlungsverfahren ist zulässig, wenn der Auftraggeber nicht die Lösung selbst vorgibt, sondern das gestalterisch-schöpferische Potenzial des Auftragnehmers zur Ausarbeitung der optimalen Lösung benötigt. Die Leistung ist dann vorab nicht hinreichend erschöpfend beschreibbar.

Es werden gerade solche Dienstleistungen erfasst, die lediglich funktional über die Darstellung ihres Zwecks, ihrer Funktion oder ihrer wesentlichen Merkmale und konstruktiven Einzelheiten beschrieben werden können.<sup>105</sup> Im konkreten Einzelfall ist daher zu ermitteln, wie groß der schöpferische, gestalterische und konstruktive Freiraum des potenziellen Auftragnehmers zur Ausfüllung der vom Auftraggeber bereits festgelegten Rahmenbedingungen und Zielvorgaben ist. Ist ein solcher Freiraum in erkennbarem Maß vorhanden und gewollt, geht es also insbesondere darum, dass der Auftragnehmer aufgrund seiner beruflichen Erfahrung und Kompetenz eine eigenständige Lösung findet, so mag zwar das planerische Ziel des Auftrags beschreibbar sein, nicht jedoch die planerische Umsetzung.

Bei einer **funktionalen Leistungsbeschreibung** besteht regelmäßig (wenn auch nicht ausnahmslos) ein objektiv vorhandener Bedarf an Verhandlungen mit den Bietern. Die Vergabe solchermaßen funktional ausgeschriebener Leistungen kann aus objektiver und verständiger Sicht häufig nicht im offenen oder nicht offenen Verfahren ohne Verhandlungsmöglichkeit erfolgen.

### **Auftragsspezifische Komplexität und verbundene Risiken**

Ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb kommt in Betracht, wenn der Auftrag aufgrund seiner Art, seiner Komplexität, seines rechtlichen oder finanziellen Rahmens oder der damit verbundenen Risiken nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann.<sup>106</sup> Erfasst sind insbesondere Fälle, in denen der öffentliche Auftraggeber die technischen, rechtlichen oder finanziellen Rahmenbedingungen des Auftrags in der Ausschreibung nicht vollständig vorab festlegen kann oder noch nicht abschließend beurteilen kann, welche technischen, finanziellen oder rechtlichen Lösungen der Markt bietet.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> Vgl. § 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV.

<sup>105</sup> Vgl. Erwägungsgrund 43 der RL 2014/24/EU.

<sup>106</sup> Vgl. § 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV.

<sup>107</sup> Vgl. Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, VgV § 14 Rn. 36a.

### Nicht hinreichend beschreibbare Leistung

Ein Verhandlungsverfahren ist schließlich auch dann statthaft, wenn die nachgefragte Leistung aufgrund der Besonderheiten des Auftrags nicht eindeutig und abschließend beschrieben werden kann und die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots im offenen oder nicht offenen Verfahren deshalb unmöglich ist.<sup>108</sup> Davon erfasst sind insbesondere Konstellationen, in denen sich die technischen Anforderungen der Leistung vorab nicht mit ausreichender Genauigkeit festlegen lassen.<sup>109</sup>

Vorteile	Nachteile
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kontrolle über Anzahl Bieter, Verhandlungsrunden und Verhandlungsgegenstand</li> <li>• gezielte Bieterauswahl; Konzentration auf geeignete Anbieter</li> <li>• Flexibilität durch Verhandlungen; Angebote können optimiert werden</li> <li>• Marktwissen aus den Verhandlungen kann Leistungsbeschreibung verbessern</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• höherer Aufwand durch Vorauswahl und Verhandlungen</li> <li>• Begründungspflicht; die Wahl ist im Vergabebericht zu dokumentieren</li> <li>• geringerer Wettbewerb durch Begrenzung der Bieterzahl</li> <li>• höhere rechtliche und organisatorische Komplexität</li> </ul>

### Ausschreibung der urbanen Datenplattform im Verhandlungsverfahren

Für die Beschaffung einer urbanen Datenplattform kommen mehrere der Gründe in Betracht, die ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb im Einzelfall ermöglichen können:

#### Konzeptionelle und innovative Lösung

Gegenstand der Beschaffung ist nicht der Erwerb eines Standardprodukts, sondern die Implementierung und der Betrieb einer urbanen Datenplattform, die als zentrale Infrastruktur für die Sammlung, Integration, Verwaltung und Bereitstellung städtischer Daten dient. Die Auswahl und Kombination der Open-Source-Komponenten, die Anbindung von Datenquellen sowie die Überführung der einzelnen Use Cases in passgenaue Lösungen sind maßgeblich durch die Bieter zu konzipieren.

Damit liegt typischerweise eine funktional zu beschreibende Leistung vor, bei der das gestalterisch-schöpferische Potenzial der Bieter benötigt wird, um die optimale Lösung zu entwickeln. Das planerische Ziel, nämlich die Bereitstellung einer leistungsfähigen, sicheren und erweiterbaren Datenplattform, lässt sich beschreiben. Die konkrete planerische Umsetzung ist hingegen nicht abschließend vorgegeben.

#### Hohe Komplexität und eingeschränkte Beschreibbarkeit der technischen Anforderungen

Die Beschaffung weist zudem eine erhebliche technische und organisatorische Komplexität auf. Die Plattform muss in die bestehende kommunale IT-Infrastruktur integriert und insbesondere an das

<sup>108</sup> Vgl. § 14 Abs. 3 Nr. 4 VgV.

<sup>109</sup> Vgl. Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, VgV § 14 Rn. 37.

städtische Identity and Access Management (IAM) sowie weitere sicherheitsrelevante Schnittstellen angebunden werden. Hieraus ergeben sich konkrete Risiken, etwa hinsichtlich Kompatibilität und Datensicherheit, die oftmals nur im engen Austausch mit den Bietern antizipiert werden können. Hinzu kommen die haftungsrechtlichen Besonderheiten, die für Open-Source-Beschaffungen typisch sind und eine enge Abstimmung mit den Bietern erfordern.<sup>110</sup>

Schließlich lassen sich die technischen Anforderungen der nachgefragten Leistung im Vorfeld nicht mit der erforderlichen Genauigkeit festlegen. Zentrale Parameter, etwa die konkreten Datenquellen, Datenvolumina und Lastprofile, die zu integrierenden Use Cases sowie die daraus abzuleitenden Skalierungsanforderungen, können häufig erst in enger Abstimmung mit den Bietern bestimmt werden. Da standardisierte Modelle zur Beschreibung von Datenplattformen bislang kaum bestehen, sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter auf einen engen fachlichen Austausch angewiesen.

Erst in den Bieterverhandlungen können in der Regel die Anforderungen an die wirtschaftlichste Lösung konkretisiert und Erkenntnisse des Marktes hinreichend berücksichtigt werden.

## Umgang mit Bieterfragen

Im Rahmen der Angebotsphase kommt den Bieterfragen eine besondere Bedeutung zu. Gerade bei komplexen und noch nicht vollständig konkretisierten Vorhaben ist davon auszugehen, dass ein erheblicher Klärungsbedarf besteht. In der Praxis zeigen sich häufig Rückfragen zu Datenflüssen, Leistungsabgrenzungen sowie zu den zugrunde gelegten Annahmen.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, Bieterfragen systematisch auszuwerten und die Vergabeunterlagen bei Bedarf zu präzisieren. Dies kann dazu beitragen, Missverständnisse zu vermeiden und die Qualität der Angebote zu verbessern.

Soweit im Rahmen der Ausschreibung mit Annahmen oder Referenzszenarien gearbeitet wird, sollten diese im Zuge der Bieterkommunikation gegebenenfalls weiter konkretisiert werden. Ziel ist es, eine möglichst einheitliche Informationsbasis für alle Bieter zu schaffen und damit zugleich dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz Rechnung zu tragen.

---

<sup>110</sup> Vgl. hierzu bereits Teil 3 Punkt B II 2 d.

## Literatur

---

**Burgi, M.; Dreher, M.; Opitz, M. (Hrsg.) (2025):** Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2: VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/A-EU, VS-VgV, VS-VOB/A, 4. Auflage.

**Kulartz, H-P-.; Kus, B.; Marx, M.; Portz, J.; Prieß, H.-J. (2017):** Kommentar zur VgV, 1. Auflage.

**Müller-Wrede, R. (2016):** Vergaberecht. Kommentar, 1. Auflage.

**Müller-Wrede, R. (2017):** VgV/UVgO. Kommentar, 1. Auflage.

**Osseforth, T. (Hrsg.) (2021):** IT-Vergabe. Handbuch für die Praxis, 1. Auflage.

**Ziekow, J.; Völlink, U.-C. (2024):** Vergaberecht, 5. Auflage.