

LUTZ | ABEL

HERAUSFORDERUNGEN UND LÖSUNGEN BEI DER BESCHAFFUNG VON IT-LÖSUNGEN FÜR KULTUR- UND VERANSTALTUNGSSTÄTTEN IN ÖFFENTLICHER TRÄGERSCHAFT

DR. MARC RÖBKE | RECHTSANWALT, PARTNER | FACHANWALT FÜR VERGABERECHT

GO~MUS KEY USER MEETING 2023 | 11. SEPTEMBER 2023

DIE PERFEKTE AUSSCHREIBUNG?

(Ernst gemeinte) Frage eines Mandanten:

Wie sieht die perfekte Ausschreibung aus?



Die perfekte Ausschreibung gibt es nicht, aber es gibt ein paar wichtige Stellschrauben im Vergabeverfahren, die maßgeblich zum Beschaffungserfolg beitragen können

Planung einer Beschaffung

- | Wahl der Verfahrensart
- | Markterkundung
- | Erstellung der Vergabe- und Vertragsunterlagen

Durchführung der Ausschreibung

- | Angebotsphase

Abschluss der Beschaffung

- | Zuschlag
- | Nach Vertragsschluss

Vergabeverfahren



Markterkundung als Instrument zur Entwicklung von „marktgerechten“ Vergabekonzepten nutzen!

- | Problem: Öffentliche Auftraggeber schreiben IT-Leistungen „am Markt vorbei“ aus
 - Veraltete Lösungen
 - Technisch nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand umsetzbare Lösungen
 - Festlegung auf bestimmte Produkte oder gar keine bzw. wenige Festlegungen
 - Keine Vertragsbedingungen oder Vertragsbedingungen mit einseitiger Risikozuweisung zulasten der Anbieter
- | Konsequenzen: Abschreckung von Bietern, kein Wettbewerb, unwirtschaftliche Beschaffungen, „schlechte“ Verträge
- | Lösung: Markterkundungen
 - Ziel ist die Entwicklung eines marktgerechten Ausschreibungsdesigns

Markterkundung als Instrument zur Entwicklung von „marktgerechten“ Vergabekonzepten nutzen!

- | Öffentliche Auftraggeber haben bei Markterkundungen einen weiten Gestaltungsspielraum
 - Kein formeller Rahmen vorgegeben; möglich ist der Austausch bei Messen, individueller Kontakt, „formelle“ Markterkundungsverfahren (selten)
 - Kein Vorgabe, mit bestimmten Unternehmen oder einer bestimmten Zahl an Unternehmen sprechen zu müssen
- | Empfehlung daher: Kontakt suchen, „Themen“ identifizieren, Lösungen vorschlagen
- | Risiko für Bieter?
 - Kein Ausschlussautomatismus bei Mitwirkung an der Vorbereitung von Vergabeverfahren!

Welche ist die „beste“ Vergabeverfahrensart?



NATIONAL

- Öffentliche Ausschreibung
- Beschränkte Ausschreibung
- Verhandlungsvergabe
- Direktauftrag



EUROPAWEIT

- Offenes Verfahren
- Nichtoffenes Verfahren
- Wettbewerblicher Dialog
- Innovationspartnerschaft
- Verhandlungsverfahren
- Wettbewerbe

Erleichterter Zugang zur Verhandlungsvergabe und zu Direktaufträgen in Krisenzeiten

- | Krisenbedingt erhöhte Wertgrenzen für Direktaufträge, Verhandlungsvergabe mit/ohne Teilnahmewettbewerb und Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb nutzen!
 - Brandenburg: Beschränkte Ausschreibungen oder Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb bei 100.000 EUR (netto)
 - Niedersachsen: bis 215.000 EUR u.a. Aufträge zur Verbesserung der IT- und Cyber-Sicherheit im Zusammenhang mit dem Ukraine-Krieg
 - Bayern: bis 215.000 EUR (netto) Verhandlungsvergabe oder Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb; Direktauftrag bis 25.000 EUR (netto) für Vergaben, die vor dem 31.12.2023 begonnen werden.

PLANUNG EINER BESCHAFFUNG

Warum verhandeln?

- | Vorteile der Verhandlungsvergabe bzw. des Verhandlungsverfahrens
 - Öffentlicher Auftraggeber muss sich zu Verfahrensbeginn nicht auf eigene Vertragsbedingungen festlegen (nationale und EU-weite Verfahren).
 - Sondierung vor Angebotsabgabe ist möglich, Bieter habe umfangreiche Möglichkeiten, ihre Vorstellungen zur Vertragsgestaltung einzubringen (nationale Verfahren).
 - Alles ist verhandelbar! Selbst bei Vorgabe von Vertragsbedingungen können Bieter Verhandlungsvorschläge für abweichende Vertragsbedingungen einbringen (nationale und EU-weite Verfahren).
- | Vorteile des Direktauftrags (nur nationale Verfahren)
 - Kein wettbewerbliches Vergabeverfahren, lediglich formloser Preisvergleich erforderlich
 - Öffentlicher Auftraggeber kann die Vertragsbedingungen des Bieters akzeptieren

PLANUNG EINER BESCHAFFUNG

Erstellung der Vergabeunterlagen – Was muss der öffentliche Auftraggeber beachten?

- | Vergabeunterlagen beinhalten in der Regel (§§ 29 Abs. 1 VgV, 21 Abs. 1 UVgO)
 - Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe/Verhandlung)
 - Bewerbungsbedingungen (Regeln für die Durchführung des Vergabeverfahrens, insbes. Eignungs- und Zuschlagskriterien)
 - Vertragsunterlagen mit Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen

Weniger ist mehr: Praxistaugliche und einfache gestaltete Eignungskriterien und -nachweise

§ 122 Abs. 2 S. 2 GWB /
§ 33 Abs. 1 S. 1 UVgO

Nachweise (nur in Oberschwellenbereich
explizit geregelt: §§ 44, 45, 46 VgV)

Eignungsnachweise müssen in
Auftragsbekanntmachung aufgeführt sein.

1 Befähigung und
Erlaubnis zur
Berufsausübung

- Eintragung in ein Handels- / Berufsregister
- Erlaubnis zur Ausübung der Leistung (z.B. Rechtsdienstleistungen)

2 Wirtschaftliche und
finanzielle
Leistungsfähigkeit

- Bankerklärungen
- Haftpflichtversicherungsnachweis
- Jahresabschlüsse
- Umsatzangaben

3 Technische und
berufliche
Leistungsfähigkeit

- Referenzen
- Angaben zum Personal
- Beschreibung der techn. Ausrüstung
- Nachweise der berufl. Qualifikation
- Durchschnittliche Mitarbeiterzahlen
- Angaben zu Unterauftragsvergaben

Nachweisformen

- Vorrang der Eigenerklärung beachten
- EEE und PQ akzeptieren
- Bescheinigungen nur ausnahmsweise / auf gesondertes Verlangen des AG

PLANUNG EINER BESCHAFFUNG

Erfolgsfaktor: Geeignete Zuschlagskriterien zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots

- | Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses; erforderlich ist (nur) eine „Verbindung mit dem Auftragsgegenstand“.

- | Mögliche Kriterien sind gemäß §§ 58 Abs. 2 VgV, 43 Abs. 2 UVgO:
 - > Qualität (Oberbegriff), einschließlich techn. Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung („Barrierefreiheit“), soziale, umweltbezogene, innovative Eigenschaften
 - > Qualität des für die Leistung vorgesehenen Personals
 - > Kundendienst, techn. Hilfe, Lieferbedingungen, -termine und -fristen
 - > Energieeffizienz (§ 67 VgV)

- | Preis oder Qualität als alleiniges Zuschlagskriterium sind erlaubt.

- | Angabe in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen.

Erstellung der Vergabeunterlagen – Welche Vertragsbedingungen?

- | In wettbewerblichen Vergabeverfahren: Öffentlicher Auftraggeber muss den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten!
 - Mit einander vergleichbare Angebote erfordern einheitliche Vergabeunterlagen für alle Bieter.
 - Einheitliche Vergabeunterlagen beinhalten einheitliche Vertragsbedingungen.
- | Was ist vorgeschrieben?
 - §§ 29 Abs. 2 VgV, 21 Abs. 2 UVgO: Der Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/B) ist **in der Regel** in den Vertrag einzubeziehen.
 - VV 3.1 zu § 55 BHO: Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen nach Nr. 1 und 2 sind ergänzend **insbesondere** die folgenden Regelungen **anzuwenden**:
 - 3.1.1 die **Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT)** bzw. die Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung und den Betrieb von DV-Anlagen und -Geräten sowie von DV-Programmen; die Hinweise zu den EVB-IT sind zu berücksichtigen*, (...)“

Was sind EVB-IT?

- | **Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen: Musterverträge zur Standardisierung des Verwaltungshandelns, wenn es um die Beschaffung von Informationstechnik für den öffentlichen Sektor geht**
- | **Ziel:** Schaffung eines ausgewogenen, den beidseitigen Interessen entsprechenden Regelwerks, das allen IT-Beschaffungen zugrunde zu legen ist
- | In Ausnahmefällen kann auf Anwendung der EVB-IT verzichtet werden. Ausnahmefälle liegt vor, wenn **kein Unternehmen bereit ist, die EVB-IT als Vertragsgrundlage anzuerkennen** oder wenn durch die **Einbeziehung der EVB-IT die Beschaffung insgesamt unwirtschaftlich würde.**
- | Sofern keine haushaltsrechtliche Vorgabe des öffentlichen Auftraggebers besteht, kann ohne gesonderte Begründung auf die Verwendung der EVB-IT Verträge verzichtet werden.

PLANUNG EINER BESCHAFFUNG

Welche EVB-IT Verträge gibt es und welcher Vertrag ist der „richtige“?

Grobe Systematik der EVB-IT Vertragstypen nach Auftragsgegenstand

Hardware + Software („System“)	Software	Hardware	Sonstiges
EVB-IT System EVB-IT Systemlieferung EVB-IT Service	EVB-IT Überlassung A EVB-IT Überlassung B EVB-IT Erstellung EVB-IT Service EVB-IT Pflege S	EVB-IT Kauf <i>BVB-Miete</i> EVB-IT Instandhaltung	EVB-IT Dienstleistung <i>BVB-Planung</i> EVB-IT Cloud

PLANUNG EINER BESCHAFFUNG

Welche EVB-IT Verträge gibt es und welcher Vertrag ist der „richtige“?

Differenzierung anhand konkreter Leistungen des AN

EVB-IT Überlassung A	Kauf von Standardsoftware mit / ohne Pflegeleistungen
EVB-IT Überlassung B	Miete von Standardsoftware
EVB-IT Erstellung	Erstellung Individualsoftware / Anpassung Software auf Quellcodeebene / umfangreiches Customizing von Standardsoftware
EVB-IT Service	Pflege von Individualsoftware; Serviceleistungen für Individualsoftware, die nicht durch entsprechende Regelungen in den EVB-IT Erstellung abgedeckt sind
EVB-IT Pflege S	Pflege von Standardsoftware
EVB-IT Dienstleistung	Dienstleistungen, die nicht durch andere EVB-IT Vertragstypen abgedeckt sind
EVB-IT Cloud	Cloud-Leistungen: SaaS, IaaS, PaaS, MCS

Welche EVB-IT Verträge gibt es und welcher Vertrag ist der „richtige“?

The screenshot shows a website header with the German flag and navigation links: CIO Bund, Digitale Lösungen, Digitaler Wandel, IT-Sicherheit & Netze, Service, and a search icon. Below the header is a hero image of hands working on a laptop with a checklist overlay. The article title is 'Aktuelle EVB-IT'. The content includes an 'Inhaltsverzeichnis' (Table of Contents) with expandable sections for 'Basisverträge und Systemverträge', 'Basisverträge', and 'Systemverträge'. Below this is the main section 'Basisverträge und Systemverträge', which lists 'Basisverträge' (EVB-IT Cloud, EVB-IT Dienstleistung, EVB-IT Instandhaltung, EVB-IT Kauf, EVB-IT Pflege S, EVB-IT Überlassung Typ A, EVB-IT Überlassung Typ B) and 'Systemverträge' (EVB-IT Erstellung, EVB-IT Service, EVB-IT System, EVB-IT Systemlieferung). At the bottom, there is a note: 'Hier finden Sie die aktuellen EVB-IT-Dokumente zum Download. Die folgende Entscheidungshilfe unterstützt bei der Auswahl des richtigen Vertragstyps: [Entscheidungshilfe zur Anwendung der EVB-IT bzw. BVB \(PDF, 201KB, Datei ist nicht barrierefrei\)](#)'. A red circle highlights the link, and a red arrow points to it from the text 'Entscheidungshilfe beim CIO des Bundes'.

EVB-IT Cloud

Was sind Cloud-Leistungen?

Leistung	
Software as a Service (SaaS)	Bereitstellung von Software bzw. Funktionen von Software in einer vom Auftragnehmer betriebenen Infrastruktur.
Infrastructure as a Service (IaaS)	Zurverfügungstellung von IT-Ressourcen wie z. B. Rechenleistung, Datenspeichern oder Netzen als Dienst
Platform as a Service (PaaS)	Bereitstellung einer kompletten Infrastruktur und standardisierter Schnittstellen, die von Diensten des Auftraggebers genutzt werden.
Managed Cloud Services (MCS)	Z.B. Benutzerverwaltung, ggf. die Verwaltung verschiedener Cloud-Angebote bzw. Optionen, Kapazitätsmanagement, Beratung bei Upgrade- und Lizenzfragen etc. - jeweils ausgerichtet am individuellen Bedarf des Auftraggebers.

Probleme bei der Beschaffung von Cloud-Leistungen bisher:

- | Keine vollständig geeigneten EVB-IT Vertragsmuster für die Beauftragung von Cloud-Leistungen
- | Unzureichende Möglichkeiten, vertragliche Vorgaben z.B. von Hosting Providern zu berücksichtigen

EVB-IT Cloud

- | Lösung: Neue standardisierte EVB-IT Cloud mit
- | Vertragsmuster für Cloudleistungen, in dem fallspezifische Regelungen über Textfelder und Ankreuzmöglichkeiten getroffen werden können
- | EVB-IT Cloud-AGB: Allgemeine Geschäftsbedingungen mit elementaren Regelungen für die Leistungserbringung
- | Kriterienkatalog für Cloudleistungen: Möglichkeit, differenzierte Vorgaben für die konkreten Cloudleistungen zu machen, von den AGB abzuweichen oder über diese hinauszugehen. Außerdem: Einbeziehungsmöglichkeit von Bieter-AGB
- | Anlage zur Einbeziehung von auftragnehmerseitigen AGB

EVB-IT Cloudvertrag		Seite 1 von 8
Vertragsnummer/Kennung Auftraggeber _____		
Vertragsnummer/Kennung Auftragnehmer _____		
Vertrag über Cloudleistungen		
Inhaltsangabe		
1	Gegenstand und Bestandteile des Vertrages	2
1.1	Vertragsgegenstand	2
1.2	Vertragsbestandteile	2
2	Überblick über die vereinbarten Leistungen	3
3	Gegenstand der Leistungen	4
3.1	Leistungen gemäß Ziffer 1.1 EVB-IT Cloud-AGB	4
3.2	Einmalige Leistungen	4
3.3	Leistungen auf Abruf	5
3.4	Ticketsystem	5
4	Fälligkeit und Zahlung der Vergütung	5
4.1	Fälligkeit der Vergütung	5
4.2	Zahlung der Vergütung	6
4.3	Rechnungsadresse	6
4.4	Preis Anpassung	6
5	Ergänzende Vereinbarungen bei Vergütung von Leistungen von Personen nach Aufwand	6
5.1	Vereinbarung der Preiskategorien bei Vergütung nach Aufwand durch auftragnehmerseitig eingesetztes Personal	6
5.2	Abweichende Regelungen für die Bestimmung und Vergütung von Personentagesätzen	7
5.3	Besondere Bestimmungen zur Vergütung nach Aufwand	7
6	Abweichende Haftungsregelungen	7
7	Beauftragte und Ansprechpartner	7
7.1	Beauftragte des Auftragnehmers (Name, Mailadresse)	7
7.2	Ansprechpartner für Fragen zum Vertrag (Name, Mailadresse)	7
8	Weitere Regelungen	7
8.1	Besondere Anforderungen an Mitarbeiter des Auftragnehmers	7
8.2	Allgemeine Sicherheitsanforderungen	7
8.3	Prüfrechte	8
8.4	Unterauftragnehmer	8
8.5	Vertraulichkeit	8
8.6	Haftpflichtversicherung	8
9	Sonstige Vereinbarungen	8

DURCHFÜHRUNG DER AUSSCHREIBUNG

Austauschmöglichkeiten zwischen Auftraggebern und Bietern während der laufenden Verfahrensfristen nutzen!

- | Bieter haben während der Verfahrensfristen jederzeit die Möglichkeit, Fragen zu stellen und Änderungsvorschläge zu den Vergabeunterlagen zu unterbreiten.
- | Hierzu sind während des Verfahrens (nur) die vorgeschriebenen Kommunikationskanäle zu nutzen. Kommunikation im Hintergrund mit „guten Kontakten“ beim Auftraggeber ist zu vermeiden § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. a) GWB:

„Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen versucht hat, die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers in unzulässiger Weise zu beeinflussen, [...]“

- | Dies gilt in Verfahren mit und ohne Verhandlungsmöglichkeit gleichermaßen.

DURCHFÜHRUNG DER AUSSCHREIBUNG

Offen sein für „gute“ Bieterfragen!

| Beispiel 1 (Anpassung Servicezeiten):

- Auftraggeber mit Sitz in München fordert im Rahmen einer Ausschreibung von Serviceleistungen auf der Grundlage eines EVB-IT Servicevertrags Servicezeiten von Montag bis Freitag von 07:00 Uhr bis 18:00 Uhr. Gemäß Nr. 17.3 der Bieter-AGB erbringt der Bieter Supportleistungen per Telefon, Ticketsystem oder E-Mail („Kommunikationskanäle“) von Montag bis Freitag, jeweils von 9 Uhr bis 17 Uhr („Servicezeit“), jedoch nicht an gesetzlichen Feiertagen in Hamburg.

- Möglicher Bieterfrage:

„Ist der Auftraggeber bereit, die in Nr. 6 EVB-IT Servicevertrag festlegten Servicezeiten dahingehend anzupassen, dass die Leistungen von Montag bis Freitag, jeweils von 9 Uhr bis 17 Uhr („Servicezeit“), jedoch nicht an bundesweiten gesetzlichen Feiertagen zu erbringen sind?“

Dies würde uns die Möglichkeit eröffnen, die anzubietenden Pauschalen mit 10% geringeren Personalkosten zu kalkulieren.“

DURCHFÜHRUNG DER AUSSCHREIBUNG

Offen sein für „gute“ Bieterfragen!

| Beispiel 2 (Vereinbarung Erstattung von Reisekosten):

- Auftraggeber schreibt Softwareentwicklung auf der Grundlage eines EVB-IT Dienstvertrages aus. Die Leistungen werden nach Aufwand auf der Grundlage der vereinbarten Tagessätze vergütet. Im Projekt ist mit einem hohen, aber nicht näher definierten Bedarf an Reisetätigkeit zu rechnen. Nach Nr. 4.1.3 EVB-IT Dienstvertrag werden Reisekosten und Reisezeiten nicht gesondert vergütet. Nach Nr. 5.7 Bieter-AGB werden Reisezeiten vergütet und Reisekosten erstattet.

4.1.3 Reisekosten/Nebenkosten*/Materialkosten/Reisezeiten

- Reisekosten werden nicht gesondert vergütet.
- Reisekosten werden vergütet gemäß Anlage Nr. _____.
- Nebenkosten* werden nicht gesondert vergütet.
- Nebenkosten* werden vergütet gemäß Anlage Nr. _____.
- Materialkosten werden nicht gesondert vergütet.
- Materialkosten werden vergütet gemäß Anlage Nr. _____.
- Reisezeiten werden nicht gesondert vergütet.

| Mögliche Bieterfrage:

„Ist der Auftraggeber bereit, Reisekosten [nach Maßgabe des BRKG] zu erstatten und Reisezeiten zu vergüten? Dies anzubietenden Tagessätze ohne einen ansonsten erforderlichen Risikozuschlag von [...] % zu kalkulieren.“

DURCHFÜHRUNG DER AUSSCHREIBUNG

Austauschmöglichkeiten zwischen Auftraggebern und Bietern während der laufenden Verfahrensfristen nutzen!

- | Bieter haben grundsätzlich keinen Anspruch auf eine für sie günstige Vertragsgestaltung.
- | Bieter haben daher keinen Anspruch auf die Umsetzung von Änderungsvorschlägen.
- | Ausnahme: unzumutbare Risiken, vgl. §§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU, 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A:

„Dem Auftragnehmer darf kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.“

- | Anspruch auf Preisgleitklausel? Nur bei nicht beeinflussbaren und nicht durch eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation abbildbaren Risiken, i.d.R. (-); vgl. VK Bund, Beschluss vom 19.10.2022 - VK 1-85/22

ABSCHLUSS DER BESCHAFFUNG

Bei Zuschlagserteilung müssen alle Fragen geklärt sein!

- | Zuschlag = i.d.R. zivilrechtlicher Vertragsabschluss (Annahme des Angebots).
- | Mit dem Zuschlag dürfen keine von der Ausschreibung abweichenden Vertragsbedingungen eingeführt werden!
- | Beispiel: Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) schreibt die Überlassung einer Software mit Dienstleistungs-/Entwicklungsanteil aus. Vertragsbedingungen des AG waren nicht Bestandteil der Ausschreibung. Bieter B unterbreitet das wirtschaftlichste Angebot. In den AVB, die seinem Angebot beilagen, heißt es

„Soweit der Kunde bei [...] individuelle Leistungen beauftragt, z.B. Anpassungs- oder Entwicklungsleistungen, handelt es sich um Dienstleistungen.“

Dem Zuschlagsschreiben ist ein EVB-IT Erstellungsvertrag (= Werkvertrag) beigelegt. Der AG bittet den B, den ausgefüllten EVB-IT Erstellungsvertrag umgehend unterzeichnet zurück zu senden. B ist mit dem Abschluss eines Werkvertrages nicht einverstanden. Er kommt der Bitte um Unterzeichnung nicht nach und nimmt die Leistung auch nicht auf. Der AG beauftragt ein anderes Unternehmen mit der Leistung und verlangt von B Erstattung der dadurch entstandenen Mehrkosten.

ABSCHLUSS DER BESCHAFFUNG

Bei Zuschlagserteilung müssen alle Fragen geklärt sein!

- | Mit dem Zuschlag dürfen keine von der Ausschreibung abweichenden Vertragsbedingungen eingeführt werden!
- | OLG Celle, Urteil vom 29.12.2022 - 13 U 3/22:

„Mit dem Zuschlagsschreiben hat der [AG] das Angebot [des B] nicht unverändert angenommen, sondern gemäß § 150 Abs. 2 BGB ein neues Angebot mit dem Inhalt der übersandten Vertragsausfertigung erteilt. [...] Der Vertragsentwurf weicht von dem auf den Ausschreibungsunterlagen beruhenden Angebot [des B] ab. [...]

[Der Zuschlag] mit den in dem Vertragsentwurf enthaltenen - und für einen Bieter erkennbaren - Änderungen stellt grundsätzlich ein neues Angebot im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB dar. [...]

Mit dem neuen Angebot [des AG] galt das Angebot [des B] gemäß § 150 Abs. 2 BGB als abgelehnt. Daher erlosch es gemäß § 146 BGB [...].“

B hat das Angebot des AG nicht angenommen. Es ist kein Vertrag zustande gekommen! Es besteht kein Schadensersatzanspruch des AG.

ABSCHLUSS DER BESCHAFFUNG

Nachverhandlungen nach Zuschlag in engen Grenzen erlaubt.

- | Vertraglich vorbehalten Änderungen (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB).
 - Zulässig sind Änderungen, die – unabhängig von ihrem Geldwert – in den ursprünglichen Vergabeunterlagen in Form von **klar, präzise und eindeutig formulierten Überprüfungsklauseln oder Optionen** vorgesehen sind.
 - Grenze: Der „Gesamtcharakter des Vertrags“ darf nicht geändert werden.

- | Zulässige Auftragserweiterungen (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB): Zusätzliche Leistungen, die nicht in den Auftragsunterlagen vorgesehen waren, können an den Auftragnehmer vergeben werden, wenn ein Auftragnehmerwechsel aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre. Eine Preiserhöhung darf insgesamt nicht mehr als 50 % des Werts des ursprünglichen Auftrags betragen.

- | Änderungen aufgrund unvorhersehbarer Umstände sind ebenfalls erlaubt (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB). Der Gesamtcharakter des Vertrags darf nicht verändert werden. Eine etwaige Preiserhöhung darf 50 % des ursprünglichen (ggf. bereits geänderten) Auftragswertes nicht übersteigen.

ABSCHLUSS DER BESCHAFFUNG

Nachverhandlungen nach Zuschlag in engen Grenzen erlaubt.

- | Bagatelländerungen (§ 132 Abs. 3 GWB): Änderungen eines öffentlichen Auftrags, deren Wert 20 % des ursprünglichen Auftragswerts nicht übersteigt.
- | Unwesentliche Vertragsänderungen (§ 132 Abs. 1 S. 1 und 2 GWB):

Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet.

Nachverhandlungen nach Zuschlag in engen Grenzen erlaubt.

| Ziffer 15.3 EVB-IT Erstellungs-AGB als Beispiel für vertraglich vorbehaltene Änderungen (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB)?

15.3 Der Auftraggeber hat das Recht, den EVB-IT Erstellungsvertrag gemäß § 649 BGB zu kündigen. Soweit nichts anderes vereinbart ist, hat der Auftragnehmer im Falle der Kündigung aufgrund dieser Regelung die gesetzlichen Rechte, ist jedoch verpflichtet, auf der Basis der durch die Kündigung ersparten Aufwendungen die von ihm beanspruchte Vergütung nachvollziehbar darzulegen. Des Weiteren ist er verpflichtet darzulegen, welche Leistungsteile er als fertig gestellt bzw. begonnen ansieht bzw. welche er bereits von Dritten erworben hat. Der Auftragnehmer unterstützt den Auftraggeber auf dessen Wunsch gegen angemessene Vergütung in angemessener Weise so, dass der Auftraggeber oder ein Dritter die nach dem EVB-IT Erstellungsvertrag vereinbarte Werkleistung fertig stellen kann, sofern dies für den Auftragnehmer nicht unzumutbar ist. Diese Unterstützungsleistung gilt als „Füllauftrag“ im Sinne von § 649 BGB, soweit dies für den Auftragnehmer nicht unzumutbar ist.



ZUSAMMENFASSUNG



MARKTERKUNDUNG ALS INSTRUMENT ZUR ENTWICKLUNG VON „MARKTGERECHTEN“ VERGABEKONZEPTEN NUTZEN!



AUSSCHREIBUNG IST NICHT GLEICH AUSSCHREIBUNG, VERFAHRENSOPTIONEN (ER)KENNEN, VERHANDLUNGSMÖGLICHKEITEN NUTZEN



WENIGER IST MEHR: PRAXISTAUGLICHE UND EINFACHE GESTALTETE EIGNUNGSKRITERIEN UND –NACHWEISE



GEEIGNETE ZUSCHLAGSKRITERIEN ZUR ERMITTLUNG DES WIRTSCHAFTLICHSTEN ANGEBOTS



VERWENDUNG DES „RICHTIGEN“ EVB-IT VERTRAGS



AUSTAUSCHMÖGLICHKEITEN ZWISCHEN AUFTRAGGEBERN UND BIETERN WÄHREND DER LAUFENDEN VERFAHRENSFRISTEN NUTZEN!



KEINE ABWEICHENDEN VERTRAGSBEDINGUNGEN BEI ODER NACH ZUSCHLAGSERTEILUNG!





- | Der Bestseller für den Einstieg in das neue Vergaberecht (inkl. VOB/A-Reform 2019)
- | Mit berücksichtigt u. a. GWB, VgV, VOB/A, SektVO, VSVgV, UVgO und VergStatVO
- | Über 100 Praxistipps und Beispiele sowie 40 Grafiken und Tabellen veranschaulichen die Inhalte leicht und verständlich.
- | Systematischer Überblick über Grundlagen und Funktionsweisen des Vergaberechts
- | Klare und verständliche Sprache
- | An den Bedürfnissen der Praxis orientiert



Partner, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht

Berlin

- | Rechtsanwalt bei LUTZ | ABEL seit 2020
- | Rechtsanwalt für Vergaberecht in einer führenden Wirtschaftskanzlei, 2013 – 2020
- | Rechtsabteilung der Deutsche Bahn AG, 2012 – 2013
- | Rechtsanwalt in vergaberechtlich spezialisierten Kanzleien, 2007 – 2012
- | Zulassung als Rechtsanwalt, 2007
- | Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Potsdam und Toulouse

“**Einer der besten Rechtsanwälte im Bereich Öffentliches Recht in Deutschland.**“

Handelsblatt & Best Lawyers 2022



- | T +49 30 206 443-0
- | roebke@lutzabel.com

KOMPETENZEN

- | Projektbegleitende Rechtsberatung im Verkehrssektor, insbesondere ÖPNV/SPNV
- | Ausschreibungen und Vergabeverfahren im Bereich Health Care
- | Vergabeverfahren mit Bezügen zum Sozialversicherungsrecht, u.a. SGB II und SGB III, SGB V, SGB IX und SGB XI
- | Vergabemanagement
- | IT-Vergabe- und Vertragsrecht, UfAB, EVB-IT
- | Vergabe von Planungsleistungen sowie Bauaufträgen
- | Vergabe von Kommunikationsagenturleistungen und Rechtsberatung im Kultursektor
- | Zuwendungsrecht