Bundesministerium
des Innern, für Bau
und Heimat

Beschaffungsamt
des Bundesministeriums
des Innern

UfAB 2018

Praxis der IT-Vergabe

PLANUNG. DESIGN. UMSETZUNG.

Unterlage für Ausschreibung
und Bewertung
von IT-Leistungen

UfAB 2018.04 (April 2018)

Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen

Beschaffungsamt des

Bundesministeriums des Innern

Zentralstelle IT-Beschaffung (ZIB)

Brühler Str. 3

53119 Bonn

Telefon: +49 (0) 22899 / 610 3535

E-Mail: ufab@bescha.bund.de

http://www.beschaffungsamt.de

Die UfAB steht auf der Website des Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik unter http://www.cio.bund.de kostenfrei zum Download zur Verfügung.

A. Einführung 19

1. Überblick – vom Bedarf bis zum Vertrag 21

2. Umfeld von IT-Beschaffungen 24

2.1. Typische Akteure im Umfeld von IT-Beschaffungen 24

2.1.1. Auftraggeberseitige Akteure 24

2.1.2. Auftragnehmerseitige Akteure 27

2.1.3. Sonstige Stellen 28

2.2. Strategische und operative Beschaffung 28

3. Vergaberechtliche Grundlagen 31

3.1. Vergaberechtliche Grundlagen 31

3.2. Grundsätze der Vergabe 31

3.3. Auftragsvergabe oberhalb der EU-Schwellenwerte 32

3.4. Auftragsvergabe unterhalb der EU-Schwellenwerte 33

4. Vertragsrechtliche Grundlagen 34

4.1. Einführung 34

4.2. Musterverträge der öffentlichen Hand für IT-Beschaffungen 34

4.3. Vertragsschluss im Vergabeverfahren 36

4.3.1. Zustandekommen des Vertrages 36

4.3.2. Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand und deren Einbeziehung 37

4.3.3. Ausführungsbedingungen 37

4.4. Vertragsdurchführung 37

B. Planung einer Beschaffung 39

1. Bedarfsermittlung / -feststellung, Risikoanalyse und Zeitplanung 40

1.1. Bedarfsermittlung und -feststellung 41

1.2. Risikoanalyse 42

1.3. Zeitplanung für die Beschaffung 44

2. Markterkundung und Bedarfsstrukturierung 49

2.1. Markterkundung 50

2.1.1. Regelmäßige Markterkundung (Marktbeobachtung) 50

2.1.2. Anlass- beziehungsweise beschaffungsbezogene Markterkundung 51

2.1.3. Durchführung von Markterkundungen 51
2.2. Bedarfsstrukturierung (Leistungsgegenstände, Vertragstypologie) 52
2.2.1. Leistungsgegenstände 53
2.2.2. Vertragstypologische Einordnung von Bedarfen 53

3. Wirtschaftlichkeitsbetrachtung, Auftragswertschätzung und Klärung der Haushaltsmittel 58

3.1. Wirtschaftlichkeitsbetrachtung 59
3.2. Auftragswertschätzung (Schwellenwerte, Klärung der Haushaltsmittel) 60
3.2.1. Auftragswert und Auftragswertschätzung 60
3.2.2. Schwellenwerte 61
3.3. Klärung der Haushaltsmittel 62

4. Prüfung alternativer Beschaffungsvarianten 63

4.1. Rückgriff auf bestehende Verträge 64
4.1.1. Bestehende Einzelverträge 64
4.1.2. Bestehende eigene Rahmenvereinbarungen 64
4.1.3. Bestehende fremde Rahmenvereinbarungen mit Abrufberechtigung 65
4.1.4. Rahmenvereinbarungen der Bundesverwaltung / Kaufhaus des Bundes (KdB) 65
4.1.5. Konditionenvereinbarungen ohne Abrufberechtigung 66
4.2. In-House-Vergabe und öffentlich-öffentliche Kooperationen 66
4.3. Direktauftrag im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte 70

5. Beschaffungskonzeption 71

5.1. Aspekte der produktspezifischen Beschaffung 73
5.1.1. Ausnahmefall produktscharfe Ausschreibung (ohne Zusatz „oder gleichwertig“) 75
5.1.2. Ausnahmefall Produktangabe mit Zusatz „oder gleichwertig“: 76
5.2. Aspekte im Zusammenhang mit Open Source Software 76
5.3. Aspekte im Zusammenhang mit dem Gebot der losweisen Vergabe 77
5.4. Aspekte der Nachhaltigkeit 79
5.4.1. Nachhaltigkeit bei Ausführungsbedingungen 79
5.4.2. Nachhaltigkeit bei Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen 79
5.4.3. Nachhaltigkeit bei Eignungskriterien 80
5.4.4. Nachhaltigkeit bei Zuschlagskriterien 80
5.5. Vorgabe eines Selbstausführungsgebotes 81
5.6. Aspekte im Zusammenhang mit optionalen Leistungen 82

5.7. Einbeziehung von Know-how der Anbietermärkte 84
5.7.1. Einbeziehung von Markt-Know-how durch Nebenangebote 84
5.7.2. Einbeziehung von Markt-Know-how durch Nutzung von Vergabeverfahrensarten mit Verhandlungsmöglichkeiten 86
5.7.3. Agile Softwareentwicklung 87
5.8. Verhandlungsverfahren / Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb 88
5.8.1. Dringlichkeit 89
5.8.2. Alleinstellungsmerkmal 89
5.8.3. Zusätzliche Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers 90
5.9. Festlegung von Eignungskriterien 91
5.10. Festlegung von Zuschlagskriterien 94
5.11. Mitwirkung von Externen und Maßnahmen zum unverfälschten Wettbewerb 97
5.11.1. Vermeidung von Interessenkonflikten 98
5.11.2. Mitwirkung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens (Projektanten) 98
5.11.3. Erklärung mitwirkender Personen an Vergabeverfahren 99
5.12. Mögliche Sicherheitsrelevanz des Auftrages 99

C. Design einer Beschaffung 103

1. Losbildung 104
1.1. Angebotslimitierung 105
1.2. Zuschlagslimitierung 105
1.3. Wertung der Angebote bei losweiser Ausschreibung 106

2. Wahl der Verfahrensart mit Zeitplanung 107
2.1. Vergabeverfahrensarten oberhalb der EU-Schwellenwerte 108
2.1.1. Offenes Verfahren 110
2.1.2. Nicht offenes Verfahren 112
2.1.3. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb 114
2.1.4. Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb 117
2.1.5. Wettbewerblicher Dialog 121
2.1.6. Innovationspartnerschaft 122
2.2. Vergabeverfahrensarten unterhalb der EU-Schwellenwerte 124
2.2.1. Öffentliche Ausschreibung 125
2.2.2. Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb 125
2.2.3. Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb 126

2.2.4. Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb 127
2.2.5. Zeitplan und Fristen 128

3. Besondere Methoden und Instrumente 130

3.1. Rahmenvereinbarungen 131
3.1.1. Grundsätzliches zu Rahmenvereinbarungen 132
3.1.2. Empfehlung zum Abschluss von IT-Rahmenvereinbarungen 133
3.1.3. Arten von Rahmenvereinbarungen 135
3.1.4. Voraussetzungen und Varianten der Vergabe von Einzelaufträgen 137
3.1.5. Vorgehen bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen 138
3.1.6. Hinweise zum Missbrauchsverbot 139
3.2. Dynamisches Beschaffungssystem 140
3.2.1. Definition und Kurzbeschreibung 140
3.2.2. Grundsätze des Betriebs dynamischer Beschaffungssysteme 140
3.2.3. Betrieb dynamischer Beschaffungssysteme 141
3.2.4. Fristen beim Betrieb dynamischer Beschaffungssysteme 142
3.3. Elektronische Auktion 143
3.3.1. Definition und Kurzbeschreibung 143
3.3.2. Grundsätze für die Durchführung elektronischer Auktionen 144
3.3.3. Durchführung elektronischer Auktionen 144
3.3.4. Fristen bei der Durchführung elektronischer Auktionen 145
3.4. Elektronischer Katalog 146
3.4.1. Definition und Kurzbeschreibung 146
3.4.2. Verwendung von elektronischen Katalogen 146

4. Erstellung der Vergabeunterlagen 147

4.1. Struktur und Übersicht der Vergabeunterlagen 148
4.2. Verfahrensunterlagen 149
4.2.1. Anschreiben 149
4.2.2. Bewerbungsbedingungen 150
4.2.3. Eignungsbewertungsmatrix und Eignungskriterien 153
4.2.4. Leistungsbewertungsmatrix und Zuschlagskriterien 162
4.3. Vertragsunterlagen 167
4.3.1. Leistungsbeschreibung 168
4.3.2. Kriterienkatalog 179
4.3.3. Vertragsbedingungen (Vertrag) 180

4.3.4. Angebotsschreiben ... 198
4.3.5. Preisblatt ... 199
4.4. Formblätter ... 199
4.5. Erstellung der Auftragsbekanntmachung ... 200
4.5.1. Auftragsbekanntmachung im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte ... 201
4.5.2. Auftragsbekanntmachung im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte ... 204

5. Verfahrensdokumentation und Entscheidung zur Durchführung des Vergabeverfahrens ... 206

5.1. Freigabe von Vergabeunterlagen und Auftragsbekanntmachung ... 207
5.2. Verfahrensdokumentation und Vergabevermerk ... 207

D. Durchführung eines Vergabeverfahrens ... 209

1. Offenes Verfahren ... 211

1.1. Einleitungsphase ... 212
1.1.1. Bekanntmachung ... 213
1.1.2. Bereitstellung der Vergabeunterlagen ... 214
1.2. Angebotsphase ... 215
1.2.1. Behandlung der Bieterfragen ... 216
1.2.2. Behandlung und Öffnung der Angebote ... 216
1.3. Prüfung und Wertung der Angebote ... 218
1.3.1. Formale Prüfung der Angebote ... 219
1.3.2. Eignungsprüfung ... 220
1.3.3. Prüfung der Angemessenheit des Preises ... 221
1.3.4. Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung ... 223
1.4. Zuschlagsphase ... 225
1.4.1. Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung ... 226
1.4.2. Abfrage beim Gewerbezentralregister ... 228
1.4.3. Information der nicht berücksichtigten Bieter ... 229
1.4.4. Zuschlagserteilung und Vertragsschluss ... 233
1.4.5. Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss ... 234

2. Nicht offenes Verfahren ... 236

2.1. Einleitungsphase ... 237
2.1.1. Bekanntmachung ... 238

2.1.2. Bereitstellung der Vergabeunterlagen 239
2.2. Bewerbungsphase 241
2.2.1. Behandlung der Bewerberfragen 242
2.2.2. Behandlung und Öffnung der Teilnahmeanträge 242
2.3. Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge 244
2.3.1. Prüfung der Teilnahmeanträge / Eignungsprüfung 245
2.3.2. Auswahl der Bewerber 245
2.4. Angebotsphase 247
2.4.1. Aufforderung zur Angebotsabgabe 248
2.4.2. Behandlung der Bieterfragen 248
2.4.3. Behandlung und Öffnung der Angebote 248
2.5. Prüfung und Wertung der Angebote 250
2.5.1. Formale Prüfung der Angebote 251
2.5.2. Prüfung der Angemessenheit des Preises 252
2.5.3. Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung 255
2.6. Zuschlagsphase 256
2.6.1. Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung 257
2.6.2. Abfrage beim Gewerbezentralregister 259
2.6.3. Information der nicht berücksichtigten Bieter 260
2.6.4. Zuschlagserteilung und Vertragsschluss 264
2.6.5. Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss 265

3. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb 267

3.1. Einleitungsphase 268
3.1.1. Bekanntmachung 269
3.1.2. Bereitstellung der Vergabeunterlagen 270
3.2. Bewerbungsphase 272
3.2.1. Behandlung der Bewerberfragen 273
3.2.2. Behandlung und Öffnung der Teilnahmeanträge 273
3.3. Prüfung und Wertung Teilnahmeanträge 275
3.3.1. Prüfung der Teilnahmeanträge / Eignungsprüfung 276
3.3.2. Auswahl der Bewerber 276
3.4. Angebotsphase 278
3.4.1. Aufforderung zur Angebotsabgabe 279
3.4.2. Behandlung der Bieterfragen 279

3.4.3. Behandlung und Öffnung der Erstangebote 279
3.5. Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen 281
3.5.1. Prüfung und Wertung der Erstangebote 284
3.5.2. Verhandlungen 289
3.5.3. Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot 290
3.5.4. Behandlung der Bieterfragen 291
3.5.5. Behandlung und Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote 291
3.5.6. Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote 292
3.6. Zuschlagsphase 293
3.6.1. Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung 294
3.6.2. Abfrage beim Gewerbezentralregister 296
3.6.3. Information der nicht berücksichtigten Bieter 297
3.6.4. Zuschlagserteilung und Vertragsschluss 301
3.6.5. Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss 303

4. Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb 305

4.1. Einleitungsphase 306
4.1.1. Auswahl der geeigneten Bieter 307
4.1.2. Aufforderung zur Angebotsabgabe mit der Bereitstellung der Vergabeunterlagen 307
4.2. Angebotsphase 309
4.2.1. Behandlung der Bieterfragen 310
4.2.2. Behandlung und Öffnung der Erstangebote 310
4.3. Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen 312
4.3.1. Prüfung und Wertung der Erstangebote 315
4.3.2. Verhandlungen 320
4.3.3. Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot 321
4.3.4. Behandlung der Bieterfragen 322
4.3.5. Behandlung und Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote 322
4.3.6. Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote 322
4.4. Zuschlagsphase 324
4.4.1. Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung 325
4.4.2. Abfrage beim Gewerbezentralregister 327
4.4.3. Information der nicht berücksichtigten Bieter 328
4.4.4. Zuschlagserteilung und Vertragsschluss 332

4.4.5. Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss 333

5. Wettbewerblicher Dialog 335

5.1. Einleitungsphase 337

5.1.1. Bekanntmachung 338

5.1.2. Bereitstellung der Vergabeunterlagen 339

5.2. Bewerbungsphase 340

5.2.1. Behandlung der Bewerberfragen 341

5.2.2. Behandlung und Öffnung der Teilnahmeanträge 341

5.3. Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge 342

5.3.1. Prüfung der Teilnahmeanträge / Eignungsprüfung 343

5.3.2. Auswahl der Bewerber 343

5.4. Dialogphase 345

5.4.1. Eröffnung des Dialoges 346

5.4.2. Dialoge / Erörterungen der Lösungen 346

5.5. Angebotsphase 349

5.5.1. Aufforderung zum endgültigen Angebot 350

5.5.2. Behandlung der Bieterfragen 350

5.5.3. Behandlung und Öffnung der endgültigen Angebote 351

5.6. Prüfung und Wertung der Angebote 352

5.6.1. Formale Prüfung der endgültigen Angebote 353

5.6.2. Prüfung der Angemessenheit des Preises 354

5.6.3. Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung 357

5.7. Zuschlagsphase 359

5.7.1. Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung 360

5.7.2. Abfrage beim Gewerbezentralregister 362

5.7.3. Information der nicht berücksichtigten Bieter 363

5.7.4. Zuschlagserteilung und Vertragsschluss 367

5.7.5. Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss 368

6. Innovationspartnerschaft 370

6.1. Einleitungsphase 372

6.1.1. Bekanntmachung 373

6.1.2. Bereitstellung der Vergabeunterlagen 374

6.2. Bewerbungsphase 375

6.2.1. Behandlung der Bewerberfragen 376

6.2.2. Behandlung und Öffnung der Teilnahmeanträge ... 376
6.3. Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge ... 377
6.3.1. Prüfung der Teilnahmeanträge / Eignungsprüfung ... 378
6.3.2. Auswahl der Bewerber ... 378
6.4. Angebotsphase ... 380
6.4.1. Aufforderung zur Angebotsabgabe ... 381
6.4.2. Behandlung der Bieterfragen ... 381
6.4.3. Behandlung und Öffnung der Erstangebote ... 381
6.5. Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen ... 383
6.5.1. Prüfung und Wertung der Erstangebote ... 386
6.5.2. Verhandlungen ... 391
6.5.3. Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot ... 392
6.5.4. Behandlung der Bieterfragen ... 393
6.5.5. Behandlung und Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote ... 393
6.5.6. Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote ... 393
6.6. Zuschlagsphase ... 395
6.6.1. Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung ... 396
6.6.2. Abfrage beim Gewerbezentralregister ... 398
6.6.3. Information der nicht berücksichtigten Bieter ... 399
6.6.4. Zuschlagserteilung und Vertragsschluss ... 403
6.6.5. Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss ... 404
6.7. Forschungs- und Entwicklungsphase ... 406
6.8. Leistungsphase ... 409

7. Öffentliche Ausschreibung ... 411

7.1. Einleitungsphase ... 412
7.1.1. Bekanntmachung ... 413
7.1.2. Bereitstellung der Vergabeunterlagen ... 413
7.2. Angebotsphase ... 414
7.2.1. Behandlung der Bieterfragen ... 415
7.2.2. Behandlung und Öffnung der Angebote ... 415
7.3. Prüfung und Wertung der Angebote ... 417
7.3.1. Formale Prüfung der Angebote ... 418
7.3.2. Eignungsprüfung ... 419
7.3.3. Prüfung der Angemessenheit des Preises ... 420

7.3.4. Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung 422
7.4. Zuschlagsphase 424
7.4.1. Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung 425
7.4.2. Abfrage beim Gewerbezentralregister 427
7.4.3. Information der nicht berücksichtigten Bieter 428
7.4.4. Zuschlagserteilung und Vertragsschluss 430
7.4.5. Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss 431

8. Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb 433

8.1. Einleitungsphase 434
8.1.1. Bekanntmachung 435
8.1.2. Bereitstellung der Vergabeunterlagen 435
8.2. Bewerbungsphase 436
8.2.1. Behandlung der Bewerberfragen 437
8.2.2. Behandlung und Öffnung der Teilnahmeanträge 437
8.3. Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge 439
8.3.1. Prüfung der Teilnahmeanträge / Eignungsprüfung 440
8.3.2. Auswahl der Bewerber 440
8.4. Angebotsphase 442
8.4.1. Aufforderung zur Angebotsabgabe 443
8.4.2. Behandlung der Bieterfragen 443
8.4.3. Behandlung und Öffnung der Angebote 443
8.5. Prüfung und Wertung der Angebote 445
8.5.1. Formale Prüfung der Angebote 446
8.5.2. Prüfung der Angemessenheit des Preises 447
8.5.3. Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung 450
8.6. Zuschlagsphase 451
8.6.1. Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung 452
8.6.2. Abfrage beim Gewerbezentralregister 454
8.6.3. Information der nicht berücksichtigten Bieter 455
8.6.4. Zuschlagserteilung und Vertragsschluss 457
8.6.5. Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss 458

9. Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb 460

9.1. Einleitungsphase 461
9.1.1. Auswahl der geeigneten Bieter 462

9.1.2. Aufforderung zur Angebotsabgabe mit der Bereitstellung der Vergabeunterlagen 462
9.2. Angebotsphase 464
9.2.1. Behandlung der Bieterfragen 465
9.2.2. Behandlung und Öffnung der Angebote 465
9.3. Prüfung und Wertung der Angebote 467
9.3.1. Formale Prüfung der Angebote 468
9.3.2. Prüfung der Angemessenheit des Preises 469
9.3.3. Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung 472
9.4. Zuschlagsphase 473
9.4.1. Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung 474
9.4.2. Abfrage beim Gewerbezentralregister 476
9.4.3. Information der nicht berücksichtigten Bieter 477
9.4.4. Zuschlagserteilung und Vertragsschluss 479
9.4.5. Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss 480

10. Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb 482

10.1. Einleitungsphase 483
10.1.1. Bekanntmachung 484
10.1.2. Bereitstellung der Vergabeunterlagen 484
10.2. Bewerbungsphase 485
10.2.1. Behandlung der Bewerberfragen 486
10.2.2. Behandlung und Öffnung der Teilnahmeanträge 486
10.3. Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge 488
10.3.1. Prüfung der Teilnahmeanträge / Eignungsprüfung 489
10.3.2. Auswahl der Bewerber 489
10.4. Angebotsphase 491
10.4.1. Aufforderung zur Angebotsabgabe 492
10.4.2. Behandlung der Bieterfragen 492
10.4.3. Behandlung und Öffnung der Erstangebote 492
10.5. Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen 494
10.5.1. Prüfung und Wertung der Erstangebote 497
10.5.2. Verhandlungen 502
10.5.3. Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot 503
10.5.4. Behandlung der Bieterfragen 504

10.5.5. Behandlung und Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote 504
10.5.6. Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote 505
10.6. Zuschlagsphase 506
10.6.1. Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung 507
10.6.2. Abfrage beim Gewerbezentralregister 509
10.6.3. Information der nicht berücksichtigten Bieter 510
10.6.4. Zuschlagserteilung und Vertragsschluss 512
10.6.5. Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss 513

11. Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb 515

11.1. Einleitungsphase 516
11.1.1. Auswahl der geeigneten Bieter 517
11.1.2. Aufforderung zur Angebotsabgabe mit der Übersendung der Vergabeunterlagen. 517
11.2. Angebotsphase 519
11.2.1. Behandlung der Bieterfragen 520
11.2.2. Behandlung und Öffnung der Erstangebote 520
11.3. Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen 522
11.3.1. Prüfung und Wertung der Erstangebote 525
11.3.2. Verhandlungen 530
11.3.3. Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot 531
11.3.4. Behandlung der Bieterfragen 532
11.3.5. Behandlung und Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote 532
11.3.6. Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote 533
11.4. Zuschlagsphase 534
11.4.1. Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung 535
11.4.2. Abfrage beim Gewerbezentralregister 537
11.4.3. Information der nicht berücksichtigten Bieter 538
11.4.4. Zuschlagserteilung und Vertragsschluss 540
11.4.5. Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss 541

E. Ausgewählte Hinweise zur Vertragsdurchführung 543

1. Einzelabrufe aus Rahmenvereinbarungen 543

1.1. Einzelabrufe aus Rahmenvereinbarungen ohne erneutes Vergabeverfahren 545
1.1.1. Rahmenvereinbarungen mit einem Unternehmen 545

1.1.2. Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen bei Vergabe nach fester Verteilregel 545
1.1.3. Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen mit Wahlmöglichkeit 546
1.2. Miniwettbewerbe bei Rahmenvereinbarungen 547
1.2.1. Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen mit Vergabe durch Miniwettbewerb 547
1.2.2. Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen mit Wahlmöglichkeit 549

2. Vertragsänderungen während der Vertragsdurchführung 550

2.1. Erfordernis neuen Vergabeverfahrens bei Vertragsänderung nach § 132 GWB 550
2.1.1. Vertragsänderung ohne neues Vergabeverfahren nach § 132 Abs. 2 GWB 551
2.1.2. Vertragsänderung ohne neues Vergabeverfahren nach § 132 Abs. 3 GWB 554
2.1.3. Vertragsänderung ohne neues Vergabeverfahren nach § 132 Abs. 1 GWB 554
2.2. Bekanntmachungspflicht bei Vertragsänderungen nach § 132 GWB 557
2.3. Direktvergabe (Verhandlungsverfahren / Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb) 557
2.4. Durchführung eines Vergabeverfahrens über die Vertragsänderung 559

F. Vertiefung zu ausgewählten Themen 560

1. Zentrale Beschaffungsstellen 560

2. Mitwirkung von Externen 562

2.1. Vermeidung von Interessenkonflikten 562
2.2. Projektantenproblematik 564

3. Hauptangebote, Optionen sowie Nebenangebote 566

3.1. Abgrenzung 566
3.2. Hauptangebot 566
3.2.1. Zulässigkeit der Abgabe mehrerer Hauptangebote von einem Bieter 566
3.2.2. Praxisbeispiel für mehrere Hauptangebote 567
3.3. Optionen 567
3.4. Nebenangebote 569

4. Kriterienkatalog, Bewertungsmethoden und Bewertungsmatrizen 571

4.1. Kriterienkatalog 571
4.1.1. Kriterienklassifizierung 572
4.1.2. Kriteriengruppierung 575

4.1.3. Beispiel konkret strukturierter Kriterienkatalog (mit Klassifizierung und Gruppierung) ... 576
4.2. Bewertungsmethoden ... 578
4.2.1. Vergaberechtlicher Rahmen für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots ... 579
4.2.2. Reine Preiswertung (vormals: „Vereinfachte Leistungs- / Preismethode“) ... 580
4.2.3. Einfache Richtwertmethode ... 581
4.2.4. Erweiterte Richtwertmethode ... 582
4.2.5. Gegenüberstellung der Bewertungsmethoden ... 584
4.3. Leistungsbewertungsmatrix ... 586
4.3.1. Kriterienkatalog als Grundlage der Leistungsbewertungsmatrix ... 587
4.3.2. Festlegung von Gewichtungspunkten für B-Kriterien ... 587
4.3.3. Festlegung von Bewertungsmaßstäben und Bewertungspunkten für B-Kriterien ... 593
4.4. Eignungsbewertungsmatrix ... 597
4.5. Transparenz und Dokumentation ... 598

5. Preisgestaltung ... 599

5.1. Einführung ... 599
5.1.1. Angebotspreis ... 599
5.1.2. Wertungspreis ... 599
5.1.3. Vertragspreisregelungen ... 599
5.1.4. Berücksichtigung von Kosten ... 600
5.2. Vorgaben des Auftraggebers zum Preis in den Vergabeunterlagen ... 600
5.2.1. Grundprinzipien ... 600
5.2.2. Behandlung von Nettopreisen und Bruttopreisen ... 600
5.2.3. Festpreise und Preise nach Aufwand ... 601
5.2.4. Einzel- beziehungsweise Stückpreise und Gesamtpreise ... 601
5.2.5. Preise für Optionen ... 602
5.2.6. Staffelpreise ... 602
5.2.7. Berücksichtigung von Skonti ... 602
5.2.8. Handhabung von Reisekosten ... 602
5.3. Preisverordnung ... 603
5.4. Sonstige Gestaltungsmöglichkeiten für Preismodelle ... 604
5.5. Feststellung des Angebotspreises ... 605
5.5.1. Formale Prüfung ... 605

5.5.2. Preisfeststellung 606
5.5.3. Berücksichtigung von Folgekosten 606
5.6. Preisvorbehalte 607
5.7. Preisfindungs- und Preisanpassungsklauseln 607

6. Bewerber- und Bieterkonstellationen 610

6.1. Kurze Einführung 610
6.2. Überblick zu Bewerber- und Bieterkonstellationen 610
6.3. Besonderheit der Eignungsleihe 612
6.4. Konstellation mit Einbindung von Unterauftragnehmern 613
6.4.1. Grundlagen zu Unterauftragnehmern 613
6.4.2. Regeln zur Einbindung von Unterauftragnehmern ohne Eignungsleihe 614
6.4.3. Ausführungsbedingungen und Mitteilungspflichten bezüglich Unterauftragnehmern 615
6.4.4. Regeln zur Einbindung von Unterauftragnehmern mit Eignungsleihe 616
6.4.5. Spezielle Haftungsregelungen aufgrund der Eignungsleihe 618
6.5. Konstellation Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft 618
6.5.1. Grundlagen zur Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft 618
6.5.2. Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaften als Teilnehmer an Vergabeverfahren 618
6.5.3. Spezielle Haftungsregelungen aufgrund einer Eignungsleihe 620
6.6. Festlegungen in der Auftragsbekanntmachung beziehungsweise den Vergabeunterlagen im Überblick 620
6.7. Eignungsprüfung bei gemeinschaftlichen Bietern 624
6.7.1. Eignungsprüfung bei der Einbindung von Unterauftragnehmern beziehungsweise bei der Eignungsleihe 624
6.7.2. Eignungsprüfung bei Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaften 625

7. Nachforderungen 626

7.1. Kurze Einführung 626
7.2. Nachforderungsfähige Unterlagen 626
7.3. Differenzierung nachzufordernder Unterlagen nach Eignung und Leistung 627
7.4. Nachforderung unternehmensbezogener Unterlagen 628
7.5. Nachforderung leistungsbezogener Unterlagen 628
7.6. Nachforderung von Preisangaben 629
7.7. Umfang der Nachforderung 630
7.8. Nachforderung mit Fristsetzung 631

7.9. Adressaten der Nachforderung 631
7.10. Entscheidung über die Nachforderung 631
7.11. Abgrenzungsfragen 632
7.12. Keine Möglichkeit der Nachforderung 632

8. Beispielhafter Ablauf einer Verhandlungsrunde 634
8.1. Vorbereitung der Verhandlungsrunde 634
8.2. Durchführung der Verhandlungsrunde 636
8.3. Nachbereitung der Verhandlungsrunde 636

9. Dokumentation und Vergabevermerk 638
9.1. Dokumentation im weiteren Sinne 638
9.2. Vergabevermerk und dessen Inhalt 638
9.3. Vergaberechtliche Aufbewahrungspflichten und Vorlagepflichten 640
9.4. Dokumentation und Wahrung der Vertraulichkeit 641
9.5. Weitergehende Zwecke ordnungsgemäßer Dokumentation 641

Anhang I Checklisten

1. **Checkliste: Bedarfsermittlung**
2. **Checkliste: Beschaffungskonzeption**
3. **Checkliste: Eignungskriterien**
4. **Checkliste: Zuschlagskriterien**
5. **Checkliste: Vertragsgestaltung**
6. **Checkliste: Zuschlag und Abschluss des Vergabeverfahrens**

Anhang II Stichwortverzeichnis

A. Einführung

Mit der Veröffentlichung der UfAB 2018 fand eine vollständige Überarbeitung der Unterlage statt. Die Überarbeitung erfolgte unter Berücksichtigung der aktuell geltenden Regelungen des GWB, der VgV und der UVgO sowie neuer Erkenntnisse und Entwicklungen aus Praxis und Rechtsprechung. Die bisherigen UfAB-Versionen sollen nicht mehr angewandt werden. Für eine rechtzeitige Information über Änderungen besteht auf der Internetseite des IT-Beauftragten der Bundesregierung die Möglichkeit, einen Newsletter elektronisch zu abonnieren. Dort sind auch Begleitdokumente zur UfAB verfügbar.

Die UfAB wendet sich grundsätzlich an alle IT-Beschaffenden. Sie hat zum Ziel, die Grundsätze des Vergabeverfahrens zu verdeutlichen, praktikable Bewertungsmethoden vorzustellen sowie Hinweise für die Vergabepraxis aufzuzeigen und damit die Arbeit der IT-Beschaffenden zu erleichtern. Die UfAB bietet sowohl denjenigen, die nicht tagtäglich mit den Regelwerken der öffentlichen Vergabe arbeiten, als auch erfahrenen IT-Beschaffenden eine verlässliche Grundlage, insbesondere hinsichtlich der Vereinheitlichung von Vorgehensweisen und Methoden. Sie soll es ermöglichen, auf der Grundlage der jeweiligen Rechtsnormen für die Auftragsvergabe, Vergabeverfahren erfolgreich durchzuführen und abzuwickeln.

Die UfAB soll dazu beitragen, dass IT-Vergaben in der Bundesverwaltung in Form, Aufbau und Inhalt weitgehend einheitlich gestaltet werden können. Zudem kann die Auswertung der Angebote objektiv, transparent und nachvollziehbar durchgeführt werden. Auf Basis der vorgegebenen Struktur können Angebote der Bieter besser miteinander verglichen und bewertet werden. Auch für die Bieter ergeben sich durch die Vereinheitlichung Erleichterungen bei der Angebotserstellung. Nicht zuletzt sollen durch die angestrebte Vereinheitlichung Verwaltungsaufwände reduziert und damit ein Beitrag zur Entbürokratisierung geleistet werden. Viele Hinweise und Empfehlungen der UfAB entfalten ihre Geltung nicht nur für den Bereich von IT-Beschaffungen in der Bundesverwaltung, sondern können auch auf Beschaffungen anderer Lieferungen und Leistungen im Bereich der gesamten öffentlichen Hand übertragen werden.

Aufgebaut als Leitfaden für die IT-Beschaffung orientiert sich die UfAB am Beschaffungsablauf der Praxis. Demgemäß ist die UfAB zunächst in folgende drei Phasen (Kapitel B bis D) gegliedert:

- Planung einer Beschaffung
- Design einer Beschaffung
- Durchführung eines Vergabeverfahrens

Dieser dreistufige Aufbau und damit die Gliederung der UfAB wird fortlaufend im Text durch eine Grafik als Überblick über den Beschaffungsablauf unterlegt. Die Grafik dient innerhalb der UfAB zudem als Wegweiser durch die gesamte Unterlage.

Kapitel D ist nach den einzelnen Vergabeverfahrensarten aufgebaut und erläutert zu jeder der nachstehenden Vergabeverfahrensarten deren jeweiligen prozessualen Ablauf:

- offenes Verfahren
- nicht offenes Verfahren
- Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

- Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb
- wettbewerblicher Dialog
- Innovationspartnerschaft
- Öffentliche Ausschreibung
- Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb
- Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb
- Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb
- Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb

Kapitel A der UfAB enthält als Einführung zunächst einen kurzen Überblick „Vom Bedarf bis zum Vertrag“, Hinweise zum Umfeld bei IT-Beschaffungen sowie einleitende Hinweise zu den vergabe- und vertragsrechtlichen Grundlagen.

In Kapitel E erfolgen ausgewählte Hinweise zur Vertragsdurchführung. Kapitel F enthält eine Vertiefung zu ausgewählten Themen.

Als Anlagen sind der UfAB Checklisten zu besonders praxisrelevanten Aspekten der IT-Beschaffung beigefügt.

Die Inhalte der UfAB sind von Rechtsexperten und Praktikern sorgfältig geprüft und ausgearbeitet worden. Für die Richtigkeit der Ausführungen der UfAB zu allen vergaberechtlichen oder vertragsrechtlichen Detailfragen kann dennoch keine Gewähr gegeben werden. Dies liegt schon darin begründet, dass fortwährend eine Vielzahl neuer Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen zu verzeichnen ist und diese nicht immer ein einheitliches Bild widerspiegeln. Insbesondere an dem Punkt, an dem aufgezeigte Rechtsprobleme in Erscheinung treten, kann die UfAB eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. An dieser Stelle müssen die Auftraggeber Rechtsabteilungen oder externen Sachverstand hinzuziehen. Dies gilt insbesondere auch für die Ausarbeitung von Vergabe- und Vertragsunterlagen im Einzelfall.

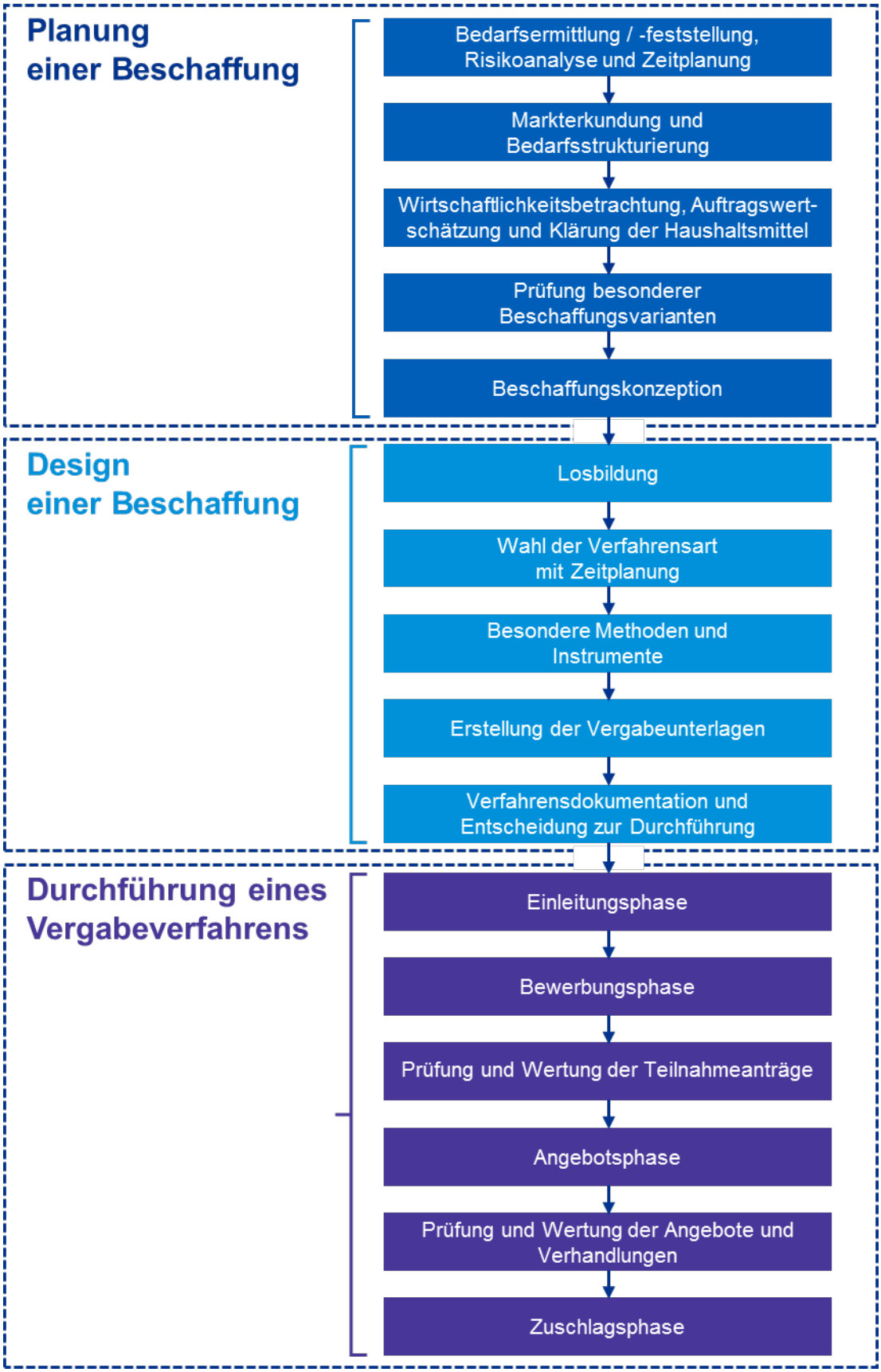
Soweit innerhalb der UfAB personenbezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form angeführt sind, beziehen diese immer gleichermaßen weibliche Personen mit ein.

1. Überblick – vom Bedarf bis zum Vertrag

Der Ablauf einer Beschaffung folgt im IT-Bereich im Wesentlichen den folgenden drei Phasen:

- Planung einer Beschaffung
- Design einer Beschaffung
- Durchführung eines Vergabeverfahrens

Diese drei Phasen des Beschaffungsablaufs beinhalten insbesondere die aus der nachstehenden Grafik ersichtlichen Prozessschritte:


Planung einer Beschaffung
Bedarfsermittlung / -feststellung, Risikoanalyse und Zeitplanung
Markterkundung und Bedarfsstrukturierung
Wirtschaftlichkeitsbetrachtung, Auftragswert-schätzung und Klärung der Haushaltsmittel
Prüfung besonderer Beschaffungsvarianten
Beschaffungskonzeption
Design einer Beschaffung
Losbildung
Wahl der Verfahrensart mit Zeitplanung
Besondere Methoden und Instrumente
Erstellung der Vergabeunterlagen
Verfahrensdokumentation und Entscheidung zur Durchführung
Durchführung eines Vergabeverfahrens
Einleitungsphase
Bewerbungsphase
Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge
Angebotsphase
Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen
Zuschlagsphase

Die Grafik hebt die besondere Bedeutung der Planung und des Designs einer IT-Beschaffung hervor. In diesen Phasen sind ausgehend von der konkreten, individuellen Bedarfssituation die wesentlichen Entscheidungen für das konkrete Vorgehen bei der Beschaffung zu treffen. Gerade im Bereich der IT-Beschaffung geht es hier in der Regel um interdisziplinäre Fragen- und Aufgabenstellungen, die im Vorfeld der Beschaffung und eines Vergabeverfahrens zu bearbeiten sind. Eine sorgfältige Planung bildet die Grundlage für die Aufstellung des richtigen Designs einer Beschaffung. Auf der Basis des aufgestellten Designs, insbesondere der dabei vorzunehmenden Erstellung der Vergabeunterlagen, wird das Vergabeverfahren eingeleitet und durchgeführt.

Abhängig von der jeweiligen Verfahrensart ergibt sich der konkrete Prozess innerhalb des einzelnen Vergabeverfahrens. Das erfolgreiche Vergabeverfahren endet in der Zuschlagsphase mit der Zuschlagserteilung, die dem Vertragsschluss und der Beauftragung entspricht.

2. Umfeld von IT-Beschaffungen

Vor dem Hintergrund des sehr innovativen und dynamischen Marktes von ITK-Komponenten und entsprechender Dienstleistungen (beispielsweise Kauf von Hardwarekomponenten, Miete von Softwareapplikationen und IT-Beratungsleistungen) ist das Umfeld von IT-Beschaffungen sehr heterogen ausgeprägt. In den folgenden, einleitenden Abschnitten sollen daher - unabhängig vom konkreten Beschaffungsgegenstand - die typischen Akteure sowie die wiederkehrenden Arbeitsschritte innerhalb des ganzheitlichen Beschaffungsprozesses kurz vorgestellt werden.

2.1. Typische Akteure im Umfeld von IT-Beschaffungen

Das Umfeld von Vergaben öffentlicher Aufträge im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik ist - ebenso wie andere Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens - hauptsächlich durch das Lager der Auftraggeber auf der einen und den (potentiellen) Auftragnehmern auf der anderen Seite geprägt. Eine Rollenverteilung der typischen Akteure im Prozess der IT-Beschaffung kann daher generell an dieser Zuordnung festgemacht werden.

2.1.1. *Auftraggeberseitige Akteure*

2.1.1.1. Öffentliche Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber sind der Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechtes oder die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften und Einrichtungen des öffentlichen Rechtes bestehen.

Innerhalb einer IT-Beschaffungsmaßnahme können die öffentlichen Auftraggeber in unterschiedlichen Organisationsformen agieren sowie in unterschiedlichen Rechtsformen organisiert sein. Im Einzelfall kann die Bestimmung einer Organisation als öffentlicher Auftraggeber daher schwierig sein. Unter bestimmten Voraussetzungen können insoweit auch juristische Personen des privaten Rechtes unter den Begriff des öffentlichen Auftraggebers gemäß § 99 GWB fallen.

Auftraggeber können sich für eine Beschaffung, die im Interesse mehrerer Auftraggeber ist, unter Beachtung der kartellrechtlichen Grenzen zu einer Beschaffungsgemeinschaft zusammenschließen (vergleiche auch Art. 91c GG). Eine gemeinsame Beschaffung liegt dann nahe, wenn gleiche Interessen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes bestehen und über den Zusammenschluss bestmögliche Konditionen sowie eine einheitliche Ausstattung erzielt werden sollen.

Wichtiger Hinweis:

Ist ein Auftraggeber ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB und ist er gleichzeitig privatrechtlich organisiert, so sind neben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften gegebenenfalls auch privatrechtliche Vorschriften, wie zum Beispiel Vorschriften des HGB, zu beachten.

2.1.1.2. Bedarfsträger / Fachabteilung

Bedarfsträger als Teil der öffentlichen Auftraggeber im Rahmen einer IT-Beschaffungsmaßnahme sind Behörden, Institutionen oder Unterorganisationen (zum Beispiel Fachabteilungen) dieser Einrichtungen, die feststellen, dass sie Liefer- oder Dienstleistungen von Unternehmen benötigen. Der Bedarfsträger definiert die zu beschaffende Leistung in all ihren fachlichen und technischen Aspekten. Er gibt eine Schätzung des Auftragswertes ab, die gegebenenfalls durch den Beauftragten für den Haushalt als Finanzmittel für das Vergabeverfahren freigezeichnet werden muss. Zudem definiert er die technische und berufliche Leistungsfähigkeit vom künftigen Auftragnehmer im Rahmen der Eignungsanforderungen zur Vergabe. Obwohl der Bedarfsträger in der Regel als Fachabteilung innerhalb des Vergabeverfahrens fungiert, ist es möglich, dass er in formale beziehungsweise rechtliche Aspekte des Vergabeverfahrens eingebunden werden muss. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber über kein organisationseigenes Justiziariat verfügt.

2.1.1.3. Vergabestelle

Als Vergabestelle des Auftraggebers wird die Stelle bezeichnet, die öffentliche Aufträge unter anderem für Liefer- und Dienstleistungen ausschreibt und ein Vergabeverfahren durchführt. Sie ist die zuständige Stelle für die formale Abwicklung der Vergabeverfahren. Sie koordiniert und leitet die Verfahren. Eine Vergabestelle muss sicherstellen, dass der angemeldete Bedarf seitens des Bedarfsträgers beziehungsweise der Fachabteilung gedeckt wird. Sollte dies über eine interne Beschaffung aus sachlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich sein, so muss sie eine Beschaffung im Rahmen eines Vergabeverfahrens anstoßen. Die Vergabestelle fungiert während eines Vergabeverfahrens als alleiniger Ansprechpartner für die Bewerber / Bieter und kann auch bei der Markterhebung eingebunden werden. Sie führt das Verfahren nach außen selbstständig durch. Innerhalb der Organisationsstruktur des Auftraggebers arbeitet die Vergabestelle eng mit dem Bedarfsträger und mit dem gegebenenfalls vorhandenen Justiziariat zusammen. Die Vergabestelle ist verantwortlich für die Einhaltung der formellen Vorschriften bei einer Beschaffungsmaßnahme. Sie führt das Verfahren von der Erstellung der Vergabeunterlagen über die Herstellung der Vergabereife bis hin zur Erteilung des Zuschlages beziehungsweise der Aufhebung des Verfahrens. Sie stellt sicher, prüft, ob Teilnahmeanträge und Angebote den formalen Anforderungen der Bewerbungsbedingungen entsprechen (zum Beispiel Fristen) und lenkt die Ausfertigung der Vertragsdokumente zur Beauftragung des Auftragnehmers. Sollte kein Justiziariat vorhanden sein, so ist sie zudem gemeinsam mit dem Bedarfsträger für die Erstellung, Prüfung und Ausfertigung des Vertrages zuständig.

2.1.1.4. Beauftragter für den Haushalt

Gemäß § 9 BHO beziehungsweise § 9 LHO ist bei jeder Dienststelle, die Einnahmen oder Ausgaben bewirtschaftet, ein Beauftragter für den Haushalt zu bestellen, soweit der Leiter der Dienststelle diese Aufgabe nicht selbst wahrnimmt. Der Beauftragte soll dem Leiter der Dienststelle unmittelbar unterstellt werden. Dem Beauftragten obliegt die Erstellung der Unterlagen für die Finanzplanung und für den Entwurf des Haushaltsplans (Voranschläge) sowie die Ausführung des Haushaltsplans. Im Übrigen ist der Beauftragte bei allen Maßnahmen von finanzieller Bedeutung zu beteiligen. Er kann Aufgaben bei der Ausführung des Haushaltsplans übertragen. In dieser Funktion ist der Beauftragte für den Haushalt bei Beschaffungsmaßnahmen ab einem gewissen Auftragswert einzubeziehen. Der Beauftragte für den Haushalt ist verantwortlich für die Freigabe der Haushaltsmittel, ohne die eine Beschaffung nicht angestoßen werden kann. Die Grenzen, ab wann eine Einbeziehung in Form einer Mitzeichnung erforderlich ist, ist den behörden- und / oder hausinternen Vorschriften zu entnehmen.

In Kommunen nimmt diese Rolle grundsätzlich der Kämmerer wahr.

2.1.1.5. Justiziariat

Je nach Größe des Auftraggebers wird ein Justiziariat vorgehalten, welches innerhalb des Vergabeverfahrens die rechtlichen Aspekte federführend betreut. So ist das Justiziariat mit der Erstellung, Prüfung und Ausfertigung des Vertrages befasst. Zudem erstellt es die formalen Bewerbungsbedingungen und überwacht das Verfahren hinsichtlich der Einhaltung der vergaberechtlichen und anderweitig geltenden rechtlichen Vorschriften. Verfügt ein Auftraggeber nicht über ein Justiziariat, so fallen die Aufgaben federführend der Vergabestelle zu. Sollte auch eine Vergabestelle nicht vorhanden sein, so werden diese Aufgaben zwangsläufig vom Bedarfsträger, der das Vergabeverfahren durchführt, selbst wahrgenommen. Oftmals findet man in solchen Konstellationen eine externe Unterstützung bei der Durchführung des Vergabeverfahrens, die die ursprünglichen Aufgaben des Justiziariats sowie der Vergabestelle übernimmt. Diese unterbreitet dem Bedarfsträger Vorschläge zum Verfahren, die dieser prüft und sich gegebenenfalls zu eigen macht.

2.1.1.6. Strategischer Einkauf

Abhängig von der Größe des Auftraggebers verfügt er über eine Abteilung zum strategischen Einkauf. Diese soll dem Auftraggeber auf Grundlage von fachlichen und finanziellen Überlegungen strategische Vorgaben zur Beschaffungsoptimierung unterbreiten. Ziel ist eine Homogenisierung der Beschaffungsvorgänge. So sollen zum Beispiel bestimmte IT-Standards umgesetzt werden, um die Kompatibilität der Einzelkomponenten sicherzustellen und eine homogene IT-Landschaft mit umfassendem einheitlichem Support aufbauen zu können. Dies führt nicht nur im Einkauf aufgrund der höheren Stückzahl zu einem niedrigeren Marktpreis, sondern hat ebenfalls in der Anwendung finanziell positive Auswirkungen, da die Störanfälligkeit des ITK-Systems bei steigender Homogenität abnimmt und somit geringere Ausfallzeiten des ITK-Systems realisiert werden können.

2.1.1.7. Externer Berater

Bei Vergabeverfahren kann es sowohl aufgrund der Komplexität der fachlichen beziehungsweise rechtlichen Anforderungen an die Beschaffungsmaßnahme als auch bei personellem Engpass seitens des Auftraggebers zu einem Einsatz externer Berater kommen. Bei einem solchen Einsatz sind vergaberechtliche Vorgaben wie zum Beispiel das Transparenzgebot und die Gewährleistung des Datenschutzes zu beachten. So ist unter anderem in den Vergabeunterlagen aufzuführen, dass das Verfahren durch einen externen Berater begleitet wird und dieser Einsicht in eventuell datenschutzrechtlich relevante Dokumente erhalten wird. Der externe Berater selbst muss in diesem Zusammenhang durch den Auftraggeber zur Verschwiegenheit verpflichtet werden, soweit er nicht, wie zum Beispiel Rechtsanwälte, ohnehin zur Berufsverschwiegenheit verpflichtet ist.

Zur Vermeidung von Interessenkonflikten hat der öffentliche Auftraggeber durch geeignete Maßnahmen während des gesamten Vergabeverfahrens sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch den Einsatz des externen Beraters nicht verzerrt wird.

2.1.1.8. Datenschutzbeauftragter

Mit Reform des europäischen Datenschutzrechtes und dem Erlass der Datenschutz-Grundverordnung durch die Europäische Union (EU-DSGVO) – Verordnung (EU) 2016/679 – erlangt die Rolle des Datenschutzbeauftragten auch im öffentlichen Beschaffungswesen ein immer stärke werdendes

Gewicht. Der Datenschutzbeauftragte wird vom Verantwortlichen – also der Behörde, Stelle oder anderen Einrichtung, die über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten entscheidet – oder dem Auftragsverarbeiter bei der Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen der EU-DSGVO eingesetzt. Er verfügt über Fachwissen auf dem Gebiet des Datenschutzrechtes und der Datenschutzverfahren und ist frühzeitig in alle mit dem Schutz personenbezogener Daten zusammenhängenden Fragen einzubinden. Der Datenschutzbeauftragte ist daher grundsätzlich zu informieren, wenn es um die Verarbeitung personenbezogener Daten in Auftragsverhältnissen geht, insbesondere bei modernen Formen des Servicebezugs aus der sogenannten Cloud (zum Beispiel als Software as a Service) oder auch im Hinblick auf funktional notwendige Anforderungen an Softwarekomponenten vor dem Hintergrund des Datenschutzes (zum Beispiel Kennzeichnung der Speicherdauer oder differenzierte Löschmechanismen für personenbezogene Daten). Dementsprechend ist er auch bei entsprechenden Beschaffungsmaßnahmen zu beteiligen.

2.1.2. *Auftragnehmerseitige Akteure*

2.1.2.1. Bewerber und Bieter

Weitere Akteure im Umfeld von IT-Beschaffungen sind die Bewerber beziehungsweise die Bieter im Vergabeverfahren.

Sowohl Bewerber als auch Bieter können in verschiedenen Konstellationen auftreten. Insoweit treten sie im Vergabeverfahren entweder einzeln (Einzelbewerber / -bieter), als gleichrangige Mitglieder einer Bewerber- / beziehungsweise Bietergemeinschaft oder in der Konstellation des über- / beziehungsweise untergeordneten General- / beziehungsweise Unterauftragnehmers auf.

Je nach Ausschreibungsgegenstand und Marktlage kann der Bewerber / Bieter in einem IT-Vergabeverfahren beispielsweise ein mittelständisches Unternehmen, ein Spezialanbieter, ein Newcomer, ein Systemhaus, ein Hersteller des avisierten Vergabegegenstandes oder auch ein Vertriebspartner des Herstellers sein.

Weitere Akteure im Umfeld von IT-Beschaffungen sind die Bewerber beziehungsweise die Bieter im Vergabeverfahren.

Wer als Bewerber / wer als Bieter in einem Vergabeverfahren auftreten kann, richtet sich nach den in den Vergabeunterlagen aufgeführten Anforderungen und Kriterien.

2.1.2.2. Auftragnehmer

Mit dem Zuschlag im Vergabeverfahren wird aus dem Bieter, der das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat, der Auftragnehmer. Der Bieter ist mit Vertragsschluss Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers geworden.

Da mit dem Zuschlag auch das Vergabeverfahren endet, gehört die Rolle des Auftragnehmers streng genommen nicht zum Vergabeverfahren. Betrachtet man jedoch das Umfeld von IT-Beschaffungen, so darf die Rolle des Auftragnehmers letztendlich nicht fehlen.

Tipp für die Praxis:

Erscheint hinsichtlich des Vergabegegenstandes ein am Markt neu platziertes Unternehmen als interessant für die Auftragsvergabe, so erfordert dies eine explizite Ausrichtung der Vergabeunterlagen. Die Anforderungen an die Eignung müssen dahingehend geöffnet werden, dass keine Kriterien aufgestellt werden, die ein neu gegründetes Unternehmen nicht erfüllen kann. So sollten zum Beispiel keine Projektreferenzen als Mindestanforderungen aufgestellt werden, da solche Referenzen von Newcomern für gewöhnlich nicht erbracht werden können. Dabei darf der Verzicht auf Anforderungen jedoch nicht so weit gehen, dass keine effektive Prüfung der Eignung mehr gegeben ist.

2.1.3. *Sonstige Stellen*

Als sonstige Stellen, die zwar aktiv auf das Umfeld von IT-Beschaffungen Einfluss nehmen, jedoch nicht eindeutig dem Lager der Auftraggeber oder der Seite der Auftragnehmer zugeordnet werden können, sind an dieser Stelle einzelne Interessenverbände zu nennen. So wird beispielsweise der Bitkom e.V. an den Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Informationstechnik (EVB-IT) der öffentlichen Hand beteiligt. Der Bitkom e.V. ist ein Zusammenschluss einzelner Branchenverbände und vertritt die Interessen von mehr als 2.500 Unternehmen der digitalen Wirtschaft.

2.2. Strategische und operative Beschaffung

Der sich aus dem rechtlichen Rahmen ergebende, generische Beschaffungsprozess der öffentlichen Verwaltung kann idealtypisch in einen strategischen und einen operativen (Teil-)Prozess untergliedert werden. Die Unterscheidung beider Beschaffungsprozesse wird innerhalb von Theorie und Praxis unterschiedlich definiert.

2.2.1.1. Elemente der strategischen Beschaffung

Die Elemente des strategischen Beschaffungsprozesses dienen der optimalen Vorbereitung des operativen Beschaffungsprozesses. Zum strategischen Beschaffungsprozess sind folgende Aktivitäten zu zählen:

- Markterkundungen und Marktbeobachtungen
- Bedarfsstrukturierungen
- Prüfung alternativer Beschaffungsvarianten
- Übergreifende Beschaffungskonzeptionen

Im Sinne einer effektiven und effizienten Bearbeitung des strategischen Beschaffungsprozesses werden die im Folgenden wesentliche Methoden und Instrumente angeführt:

- Interaktion mit dem Markt

  Ein wesentlicher Aspekt der strategischen Beschaffung ist die ständige Interaktion der Bedarfsträger und der Vergabestelle mit dem Markt im Sinne einer Marktbeobachtung, einer Marktanalyse beziehungsweise einer Einflussnahme auf den Markt (Marktsteuerung).

- Bündelung von Bedarfen

Um die Effizienz der Beschaffung zu erhöhen, sollten bereits in der frühen Phase der Bedarfsdefinition die Bedarfe dahingehend geprüft werden, ob diese mit anderen Bedarfen zusammengefasst – also gebündelt werden können. Die Beschaffung von mehreren gleichartigen Bedarfen über eine Rahmenvereinbarung reduziert die Kosten der Beschaffungsmaßnahme und führt im Ergebnis zu einer Konzentration des Marktes auf das konkrete Beschaffungsvorhaben.

- Vorausschauende Planung von Rahmenvereinbarungen

  Maßnahmen zur Beschaffung von Rahmenvereinbarungen sollten stets vorausschauend geplant und für den Markt transparent gestaltet werden. Diesbezüglich bietet es sich an, bereits die Planungen von Beschaffungsmaßnahmen umfänglicher Rahmenvereinbarungen zu veröffentlichen und damit dem Anbietermarkt frühzeitig anzukündigen.

(Ein Beispiel für eine solche Ankündigung von geplanten Beschaffungsmaßnahmen von Rahmenvereinbarungen kann unter http://www.e-beschaffung.bund.de eingesehen werden.)

- Einsatz von E-Vergabe-Werkzeugen

  Letztendlich ist auch der Einsatz von E-Vergabe-Werkzeugen ein Instrument der strategischen Beschaffung. E-Vergabe-Werkzeuge helfen der Vergabestelle, die vom Bedarfsträger formulierten Bedarfe zu strukturieren, Bündelungsmöglichkeiten frühzeitig zu erkennen und wiederkehrende Bedarfe über standardisierte Beschaffungsprozesse auszuschreiben.

Dabei führt die Standardisierung der Beschaffung zu einer Reduzierung der internen Kosten, sowohl seitens des öffentlichen Auftraggebers als auch seitens des Auftragnehmers. Standardisierte und wiederkehrende Beschaffungen entwickeln einen hohen Wiedererkennungswert im Markt und helfen insoweit auch die Angebotsprozesse der Bieter effizienter zu gestalten.

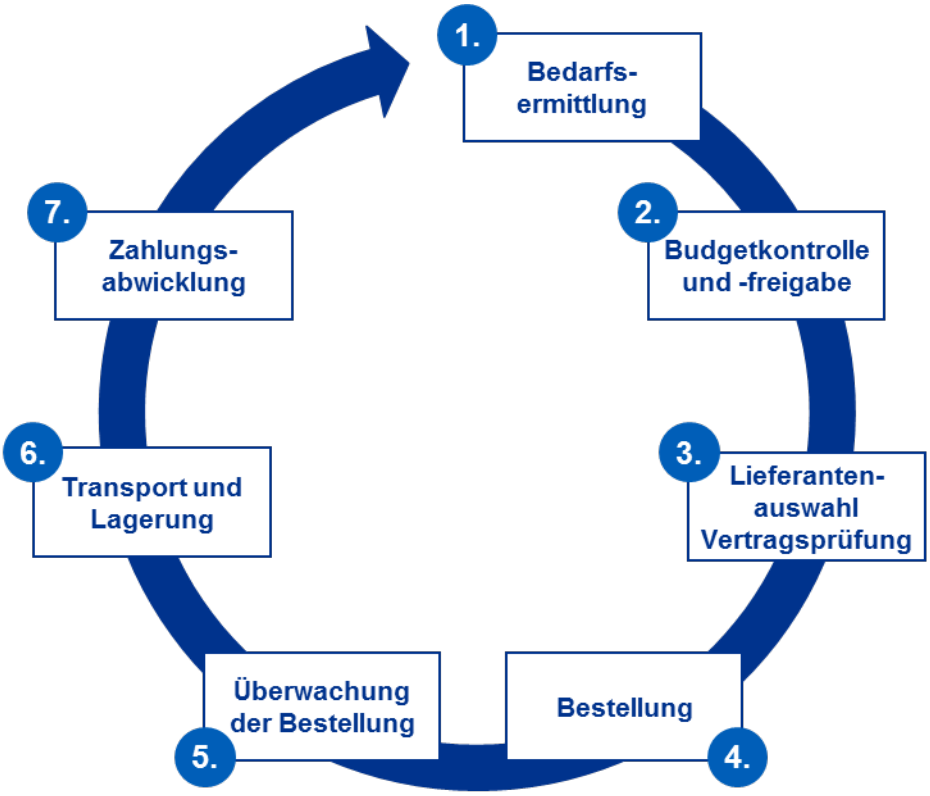
2.2.1.2. Elemente der operativen Beschaffung

Während die strategische Beschaffung die dem eigentlichen Einkaufsprozess vorbereitende Tätigkeiten umfasst (Planungsphase), reicht der operative Beschaffungsprozess im engeren Sinn von der Vergabevorbereitung (Design einer Beschaffung) bis zur Vergabedurchführung und Vergabeentscheidung (Durchführung eines Vergabeverfahrens).

Darüber hinaus kann man den operativen Bereich der Beschaffung auch als die Gesamtheit aller Geschäftsprozesse verstehen, die im Zusammenhang mit der Ausführung des Auftrages auch nach Zuschlag bis zur Zahlung stehen (operative Beschaffung im weiteren Sinn).

Die operative Beschaffung im weiteren Sinn umfasst insoweit auch die gesamte Phase der Vertragsabwicklung, da hier im Wesentlichen die Umsetzung des Vertrages sowie die korrekte Einhaltung der vertraglichen Regelungen geprüft werden. Kernelemente der operativen Beschaffung im weiteren Sinn sind:

(1) Bedarfsermittlung
(2) Budgetkontrolle und -freigabe
(3) Lieferantenauswahl und Vertragsprüfung
(4) Bestellung
(5) Überwachung der Bestellung
(6) Transport und Lieferung
(7) Zahlungsabwicklung



Während die strategische Beschaffung der operativen Beschaffung stets vor- und / oder nachgelagert ist, kann die operative Beschaffung mehrfach durchlaufen werden, ohne dass es einer erneuten strategischen Beschaffungsentscheidung bedarf. Im Gegensatz zur strategischen Beschaffung handelt sich bei der operativen Beschaffung um einen Beschaffungszyklus.

3. Vergaberechtliche Grundlagen

3.1. Vergaberechtliche Grundlagen

Unter den vergaberechtlichen Grundlagen werden zunächst die Grundsätze der Vergabe sowie die wesentlichen einschlägigen Rechtsvorschriften über die Vergabe von Aufträgen vorgestellt. Die Anwendung der jeweiligen Rechtsvorschriften richtet sich unter anderem nach dem geschätzten Auftragswert. Hierbei wird insbesondere unterschieden zwischen der Auftragsvergabe ober- und unterhalb der EU-Schwellenwerte.

3.2. Grundsätze der Vergabe

Der öffentliche Auftraggeber beschafft Waren und Leistungen im Einklang mit den Grundsätzen des Vergaberechtes.

Die zentralen Vergabegrundsätze ergeben sich aus § 97 GWB für den Anwendungsbereich des GWB-Kartellvergaberechtes und aus § 2 UVgO für den Anwendungsbereich der UVgO. Im Folgenden sind die Grundsätze kurz dargestellt:

- Wettbewerbsgrundsatz: Die Beschaffung von Waren und Leistungen erfolgt grundsätzlich im Wettbewerb. Vergaben sind grundsätzlich so zu gestalten, dass einer möglichst großen Anzahl von Bewerbern beziehungsweise Bietern die Möglichkeit eröffnet wird, sich für den zu vergebenden Auftrag zu bewerben. Einschränkungen sind nur in entsprechend geregelten Fällen zulässig, etwa wenn aus objektiven, sachlichen und nachvollziehbaren Gründen kein oder nur geringer Wettbewerb erzeugt werden kann.
- Gleichbehandlungsgebot / Grundsatz der Nichtdiskriminierung: Alle am Verfahren beteiligten Unternehmen werden gleich behandelt. Sie haben die gleichen Chancen auf ein faires Verfahren. Gleichzeitig soll verhindert werden, dass gegebenenfalls persönliche, unsachliche oder lokale Bevorzugungen das Vergabeverfahren oder die Zuschlagsentscheidung beeinflussen.
- Transparenzgebot: Das Transparenzgebot steht in einem engen Verhältnis zum Wettbewerbsgrundsatz. Ziel ist es, allen beteiligten Bewerbern und Bietern zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens möglichst umfangreiche, verständliche Regeln des Verfahrens und Informationen zur Verfügung zu stellen. Hintergrund ist es, einen fairen Wettbewerb zu ermöglichen. Daneben sind alle Schritte und Entscheidungen des Vergabeverfahrens nachvollziehbar zu dokumentieren.
- Prinzip der Wirtschaftlichkeit: Der Zuschlag darf nur auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden. Die Wirtschaftlichkeit wird anhand der angebotenen Leistung und des Preises gemessen (Preis-Leistungs-Verhältnis). Dabei spielt der Preis unter der Maßgabe der wirtschaftlichen Verwendung von Haushaltsmitteln eine besondere Rolle, ist jedoch nicht das alleinige Entscheidungskriterium. Bei Auftragsvergaben können vielmehr auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte berücksichtigt werden und in Zuschlagskriterien Eingang finden. Darüber hinaus ist es möglich, den Preis beziehungsweise die Kosten als einziges Zuschlagskriterium festzulegen.

- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Vorgaben und Maßnahmen in den Vergabeverfahren dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung eines vergaberechtlich vorgegebenen Ziels erforderlich ist. In Vergabeverfahren gilt auch aus rechtsstaatlichen Gründen für Anforderungen an Bieter und die Details der Verfahrensgestaltung das Gebot des Augenmaßes und der Angemessenheit.
- Mittelstandsschutz: Mittelständische Interessen sind bei der Auftragsvergabe vornehmlich zu berücksichtigen. Dazu werden Leistungen grundsätzlich in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art und Fachgebiet (Fachlose) vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

3.3. Auftragsvergabe oberhalb der EU-Schwellenwerte

Bei Auftragsvergaben, die den jeweils geltenden EU-Schwellenwert erreichen oder überschreiten, wendet der öffentliche Auftraggeber die geltenden Vorschriften des GWB-Kartellvergaberechtes an.

Mit der Vergaberechtsreform 2016 hat der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe, die Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Sektorenauftraggeber und die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe in nationales Recht umgesetzt.

Für Aufträge ab diesen Schwellenwerten gelten neben den Vergabegrundsätzen nun der Vierte Teil des GWB sowie verschiedene Verordnungen, die die Einzelheiten der jeweiligen Vergabeverfahren regeln. Das sind neben der VgV, die VSVgV, die SektVO und die KonzVgV. Die näheren Bestimmungen über das Vorgehen bei der Beschaffung von Waren und Leistungen befinden sich in diesen jeweiligen Verordnungen.

Der Vierte Teil des GWB teilt sich in zwei Kapitel. Das erste Kapitel enthält Bestimmungen zu den Vergabeverfahren. Das zweite Kapitel hat den Rechtsschutz zum Gegenstand.

Die VgV enthält nähere Bestimmungen über die bei der Vergabe von Aufträgen einzuhaltenden Verfahren. Die Regelungen der ehemaligen VOL/A EG Abschnitt 2 und die Regelungen der VOF sind seit der Vergaberechtsreform 2016 abgeschafft. Entsprechende Regelungen enthält nun die VgV.

Die SektVO enthält nähere Bestimmungen über das von Sektorenauftraggebern bei der Vergabe von Sektorenaufträgen (Aufträge im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasser- und Energieversorgung) einzuhaltende Verfahren. Die KonzVgV hat das bei der Vergabe von Konzessionen einzuhaltende Verfahren zum Gegenstand. Im Anwendungsbereich der SektVO und der KonzVgV sind Besonderheiten zu berücksichtigen, die von der UfAB nicht abschließend behandelt werden.

Die VSVgV gilt für die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten öffentlichen Aufträgen im Sinne des § 104 GWB durch öffentliche Auftraggeber (§ 99 GWB) und Sektorenauftraggeber (§ 100 GWB). In der vorliegenden UfAB werden die Bestimmungen der VSVgV nur zu einzelnen Besonderheiten berücksichtigt, die sich beispielsweise hinsichtlich des Anwendungsbereichs, der Besonderheiten zur Wahl der Vergabeverfahrensart, zu Verschlusssachen und zu Unteraufträgen ergeben. Darüber hinaus können sich aus der VSVgV im Einzelfall weitere Besonderheiten ergeben, die bei Vergaben im Anwendungsbereich des VSVgV zu berücksichtigen sind, aber von der UfAB nicht abschließend behandelt werden.

3.4. Auftragsvergabe unterhalb der EU-Schwellenwerte

Bei Auftragsvergaben, die den jeweils geltenden EU-Schwellenwert nicht erreichen, wendet der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die hierfür geltenden Vorschriften an.

Die UfAB stellt die geltenden Vorschriften für Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte anhand der UVgO dar, die für den Anwendungsbereich der BHO durch die Neufassung der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 55 BHO zum 2. September 2017 in Kraft gesetzt wurde. Die UVgO ersetzt insoweit den bisherigen ersten Abschnitt der VOL/A – Ausgabe 2009. Auf Länder- und kommunaler Ebene sowie in öffentlichen Unternehmen ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob und welche Vergabevorschriften für deren Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte Anwendung finden. So haben einzelne Bundesländer die UVgO beispielsweise teilweise mit Abwandlungen gegenüber der UVgO auf Bundesebene umgesetzt und in Kraft treten lassen.

4. Vertragsrechtliche Grundlagen

Nachfolgend werden wichtige vertragliche Grundlagen vorgestellt. Weitere Einzelheiten und insbesondere das Spektrum der EVB-IT Musterverträge werden im Kapitel C. zum Design einer Beschaffung vertiefend erläutert.

4.1. Einführung

Der Auftraggeber wird im Rahmen von Beschaffungsvorgängen, etwa beim Kauf von Hardware, privatrechtlich tätig. Die relevante Rechtsgrundlage ist grundsätzlich das BGB. Unter bestimmten Umständen können auch öffentliche Auftraggeber als Kaufmann im Sinne des HGB gelten, was zur Anwendbarkeit des HGB führt. Dies gilt insbesondere für öffentliche Auftraggeber, die im Handelsregister eingetragen sind (zum Beispiel öffentliche Auftraggeber in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung).

Es gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, das heißt die grundsätzliche Freiheit der beiden Vertragspartner, den Vertrag nach eigenen Vorstellungen zu gestalten. Im Rahmen der Vertragsfreiheit kann der Auftraggeber den Beschaffungsgegenstand frei bestimmen (Beschaffungsautonomie), unterliegt hierbei allerdings den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere bezüglich der Gleichbehandlung beziehungsweise Nichtdiskriminierung und des Wettbewerbsprinzips.

4.2. Musterverträge der öffentlichen Hand für IT-Beschaffungen

Für den Bereich der IT-Beschaffung existiert seit den Siebzigerjahren eine umfangreiche Sammlung an Musterverträgen, die von öffentlichen Auftraggebern in der Regel bei Vergabeverfahren anzuwenden sind. Diese stellen ein zentrales Hilfsmittel dar und bieten in der Praxis für eine Vielzahl von IT-Vergabeverfahren die notwendige vertragliche Basis.

Im Einzelnen sind folgende zwei Gruppen von Musterverträgen zu unterscheiden:

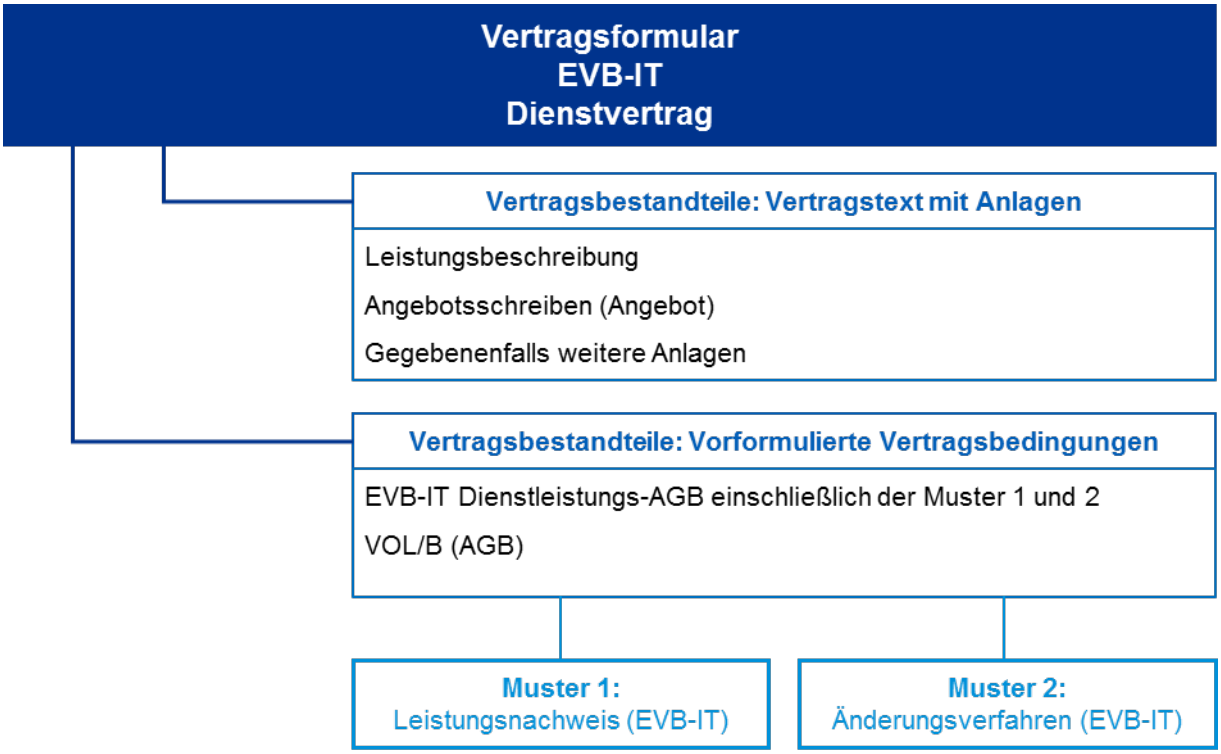
- Besondere Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-Leistungen (BVB) einschließlich der zugehörigen Vertragsdeckblätter
- Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT)

Die modernen Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen haben zwischenzeitlich die nicht mehr zeitgemäßen Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-Leistungen nahezu vollständig abgelöst. Aus dem Bereich der BVB finden nur noch die BVB-Miete und die BVB-Planung Anwendung (Stand 23.05.1991).

Die EVB-IT Musterverträge wurden zwischen Vertretern des Bundes und der Privatwirtschaft ausgehandelt und abgestimmt, so dass Auftraggeber davon ausgehen können, dass verwendete EVB-IT Verträge auf Bieterseite grundsätzlich Akzeptanz finden.

Das jeweilige Vertragswerk setzt sich immer aus einem Muster-Vertragsformular und zugehörigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und weiteren Formularen zusammen. Die Muster-Vertragsformulare der öffentlichen Hand mit den jeweiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (EVB-IT AGB) als Anlage und weiteren Anlagen können auf der Internetseite des Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik bezogen werden (www.cio.bund.de).

Die Struktur der EVB-IT Verträge wird exemplarisch anhand nachfolgender Grafik am Beispiel des EVB-IT Dienstvertrages veranschaulicht.



Wie jeder EVB-IT Mustervertrag besteht der EVB-IT Dienstvertrag aus einem EVB-IT Vertragsformular sowie den Vertragsbestandteilen Anlagen und vorformulierte Vertragsbedingungen (EVB-IT Dienstleistungs-AGB und VOL/B) einschließlich der EVB-IT Muster für die Vertragsdurchführung.

Die Auswahl des richtigen Vertragswerkes bereitet zuweilen Schwierigkeiten. Gute Unterstützung kann hier die „Entscheidungshilfe zur Anwendung der EVB-IT beziehungsweise BVB“ leisten (zu beziehen unter (www.cio.bund.de). Zudem stehen zu fast allen EVB-IT Hinweise im Sinne einer Kommentierung zur Verfügung. Diese sind jeweils bei den Dokumenten zu dem jeweiligen Vertragswerk auf der vorgenannten Internetseite des Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik zu finden.

Seit Erscheinen der überarbeiteten EVB-IT Überlassung und Pflege S im Jahr 2015 erscheinen die Hinweise zu den Vertragstypen in einem neuen Format. Dort werden die Vertragsformulare und die AGB Seite für Seite in einer tabellenartigen Übersicht erläutert. Insbesondere beim erstmaligen Ausfüllen eines Vertragsformulars sollte darauf zurückgegriffen werden.

Tipp für die Praxis:

Zur intensiveren Einarbeitung in den jeweiligen EVB-IT Vertragstyp – etwa innerhalb des behördlichen Justiziariats – empfiehlt es sich, zunächst die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und danach das entsprechende Vertragsformular zu lesen. Ohne Kenntnis dessen, was in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt ist, ist das Ausfüllen der Vertragsformulare nicht qualifiziert möglich, denn diese nehmen jeweils an vielen Stellen auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug und ermöglichen neben Ergänzungen zum Teil auch Änderungen der Regelungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Um beurteilen zu können, ob eine Änderung der Allgemeinen

Geschäftsbedingungen im Vertragsformular sinnvoll ist, muss man den Inhalt der der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kennen und verstanden haben.

Sind keine passenden Musterverträge vorhanden, so muss der Auftraggeber einen Individualvertrag erstellen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine Service-Level-Vereinbarung (Dienstegütevereinbarung) geschlossen werden muss (siehe dazu Einzelheiten unter Kapitel C.4.3.3.7.).

4.3. Vertragsschluss im Vergabeverfahren

4.3.1. *Zustandekommen des Vertrages*

Nach den Bestimmungen des BGB kommt ein Vertrag mit Annahme eines Angebotes zu Stande. Ein dem ausgewählten Bieter übermitteltes Zuschlagsschreiben stellt eine solche Annahme und damit auch den Abschluss des Vertrages dar. Daher müssen zuvor bereits zwingend alle Vertragsfragen abschließend geklärt sein. In der Konsequenz sind bereits in den Vergabeunterlagen alle vertragsrelevanten Sachverhalte einschließlich aller in den Vertrag einzubeziehenden Vertragsunterlagen aufzuführen, was auch aus den Regelungen des § 29 Abs. 1 VgV beziehungsweise des § 21 Abs. 1 UVgO hervorgeht. Aus diesem Grund müssen Verträge schon zum Zeitpunkt des Beginns eines Vergabeverfahrens – soweit möglich – in vollständiger Form sowie mit allen Inhalten bereitgestellt werden (so müssen etwa in einem EVB-IT Vertragsformular die Auswahlkreuze gesetzt werden, soweit der Auftraggeber einzelne Regelungen treffen will).

Weiterhin sind im Rahmen des Vergabeverfahrens in geeigneter Weise alle bieterspezifischen Informationen für den Vertrag einzuholen (zum Beispiel bezüglich des Vorhandenseins und Nichtvorhandenseins von Nutzungs- und Kopiersperren bei Software).

Ein wirksamer Zuschlag setzt die Einhaltung bestimmter Vorgaben während eines Vergabeverfahrens voraus, wie etwa regelmäßig eine Abfrage beim Gewerbezentralregister bezüglich des Zuschlagskandidaten (siehe exemplarisch Kapitel D.1.4.2. und D.1.4.3. für das offene Verfahren). Dies ist Voraussetzung für einen rechtsgültigen Vertragsschluss.

Bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen erfolgt mit Zuschlagserteilung regelmäßig nur der Abschluss der Rahmenvereinbarung. Zur Auslösung einer Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers ist die Vergabe von Einzelaufträgen entsprechend der Bedingungen der Rahmenvereinbarung notwendig.

Mit dem Vertragsschluss durch Zuschlagserteilung endet das Vergabeverfahren und damit der Wettbewerb um den öffentlichen Auftrag. Bereits vor Zuschlagserteilung besteht aber regelmäßig ein vorvertragliches Schuldverhältnis.

4.3.2. *Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand und deren Einbeziehung*

Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand zur Beschaffung von IT-Leistungen sind vorformulierte Einkaufsbedingungen und unterliegen hinsichtlich ihrer Einbeziehung und Wirksamkeit den Vorschriften des BGB zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Für den IT-Bereich kommen insbesondere folgende Vertragsbedingungen in Betracht:

- Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT AGB) bzw., soweit noch nicht durch entsprechende EVB-IT Vertragstypen abgelöst, die Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-Leistungen (BVB AGB)
- VOL Teil B - Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B)
- Sonstige zusätzliche allgemeine Vertragsbedingungen des Auftraggebers, die mitunter auch als Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB) bezeichnet werden

Solche Einkaufsbedingungen der öffentlichen Hand – zum Beispiel die über das jeweilige EVB-IT Vertragsformular einzubeziehenden EVB-IT AGB – werden nur dann Vertragsbestandteil, wenn sie rechtlich wirksam einbezogen worden sind. Der Auftraggeber muss im beigefügten Vertragsdokument den Auftragnehmer auf die geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweisen und sollte ihm die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise Kenntnis von ihnen zu nehmen, beispielsweise durch eine entsprechende Internet-Adresse, die einen Abruf der AGB ermöglicht. Bei Verwendung der EVB-IT Vertragsformulare ist ein entsprechender Hinweis im Vertragstext bereits enthalten.

Soweit die Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT) beziehungsweise die Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-Leistungen (BVB) für den Auftraggeber verpflichtend zur Verwendung vorgegeben sind, sind sie vom Auftraggeber zu verwenden. Im Übrigen ist grundsätzlich zu empfehlen, die EVB-IT unter Verwendung der entsprechenden Musterverträge zum Vertragsbestandteil zu machen, soweit diese zum Beschaffungsgegenstand passen. Daneben sind in der Regel die Regelungen der VOL/B in den Vertrag einzubeziehen.

4.3.3. *Ausführungsbedingungen*

Öffentliche Auftraggeber können zudem besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrages (Ausführungsbedingungen) festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand entsprechend in Verbindung stehen. Diese Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. Sie können insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen. Derartige Ausführungsbedingungen stellen etwa auch die sogenannten No-Spy-Klauseln aufgrund des No-Spy-Erlasses des BMI dar (siehe dazu Einzelheiten unter Kapitel C.4.3.3.6.). Zur wirksamen Vereinbarung der Ausführungsbedingungen müssen diese zum Vertragsbestandteil gemacht werden.

4.4. Vertragsdurchführung

Die Vertragsdurchführung bestimmt sich nach dem abgeschlossenen Vertrag unter Berücksichtigung der darin vereinbarten Ausführungsbedingungen. Insofern ist eine umfassende und sorgfältige

Ausgestaltung im Rahmen der Planung und des Designs einer Beschaffung eine wichtige Grundlage für eine erfolgreiche Projekt- oder Auftragsabwicklung.

Ungeachtet dessen müssen Unternehmen bei der Ausführung des öffentlichen Auftrages alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einhalten. Dies betrifft insbesondere die Entrichtung von Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung sowie die Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Regelungen und die Gewährung des gesetzlichen oder tarifvertraglichen Mindestentgelts.

Für die eigentliche Vertragsabwicklung halten die verschiedenen EVB-IT Vertragstypen eine Reihe von Formularen bereit wie etwa:

- das Störungsmeldeformular zur Meldung von Störungen (Mängeln) beim Auftragnehmer
- den Leistungsnachweis zum Nachweis von geleisteten Stunden durch den Auftragnehmer
- das Änderungsverfahren zur Abwicklung und Vereinbarung von Vertragsänderungen (sogenannte „Changes“ oder „Change Requests“) mit dem Auftragnehmer

Die Anwendung dieser oder ähnlicher Formulare ist in den EVB-IT Musterverträgen vorgesehen, soweit der Auftraggeber nicht abweichende Vorgehensweisen zur Vertragsabwicklung etabliert und im Vertrag entsprechend vereinbart hat.

Im Fall von anstehenden Vertragsänderungen ist anhand § 132 GWB stets zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche vergaberechtlichen Auswirkungen sich aus der Änderung des Vertrages ergeben (siehe dazu Einzelheiten in Kapitel E.2.).

Bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Auftragnehmern ist bei der Vergabe der Einzelaufträge nach den Bedingungen der Rahmenvereinbarung zu verfahren.

Zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung empfiehlt es sich, nach Durchführung eines Vergabeverfahrens eine gesonderte Übergabe an das Vertragsmanagement beziehungsweise die Projektleitung mit entsprechenden Hinweisen zu vertraglichen Besonderheiten zu organisieren.

B. Planung einer Beschaffung

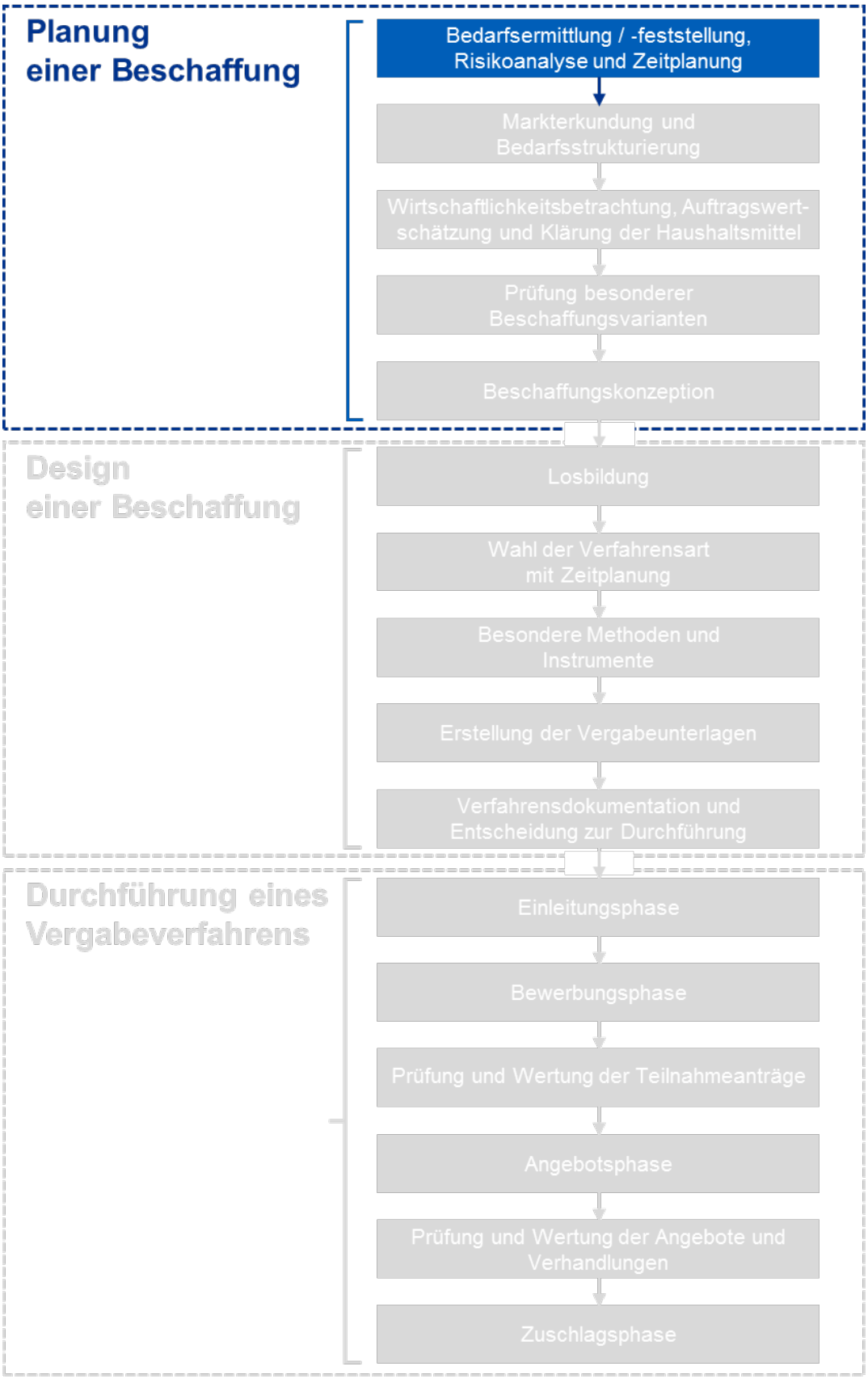
Die UfAB hebt die besondere Bedeutung der Planung und des Designs einer IT-Beschaffung hervor. Der sich aus der nachstehenden (unter Kapitel B.1.) Grafik ergebende Ablauf einer Beschaffung beginnt mit der Phase der Planung einer Beschaffung. Die Planung der Beschaffung gliedert sich im Wesentlichen in folgende Schritte:

- Bedarfsermittlung und -feststellung, Risikoanalyse und Zeitplanung
- Markterkundung und Bedarfsstrukturierung
- Wirtschaftlichkeitsbetrachtung, Auftragswertschätzung und Klärung der Haushaltsmittel
- Prüfung besonderer Beschaffungsvarianten
- Beschaffungskonzeption

Gerade im Bereich der IT-Beschaffung geht es in der Phase der Planung einer Beschaffung in der Regel um interdisziplinäre Fragen- und Aufgabenstellungen, die im Vorfeld einer Beschaffung und eines Vergabeverfahrens zu bearbeiten sind. Eine sorgfältige Planung bildet die Grundlage für die Aufstellung des richtigen Designs einer Beschaffung. Auf der Basis des aufgestellten Designs, insbesondere der dabei vorzunehmenden Erstellung der Vergabeunterlagen, wird das Vergabeverfahren eingeleitet und durchgeführt.

In diesem Kapitel B. wird die Phase der Planung einer Beschaffung anhand der wesentlichen vorstehend aufgeführten Schritte dargestellt.

1. Bedarfsermittlung / -feststellung, Risikoanalyse und Zeitplanung



In der Zeitplanung für ein anstehendes Vergabeverfahren müssen die Bedarfsermittlung / -feststellung, eine Risikoanalyse sowie die Erstellung der konzeptionellen Grundlagen für die Vergabeunterlagen einkalkuliert werden. Diese Aspekte sind insbesondere für die Leistungsbeschreibung als Meilensteine vor einer Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens zu berücksichtigen und erfordern einen nicht unerheblichen zeitlichen Vorlauf. In der Regel werden Vergabeverfahren im Kontext eines konkreten Projektes als Bestandteil der Projektplanung sowohl zeitlich als auch hinsichtlich der erforderlichen Ressourcen geplant. Vergabeverfahren von Rahmenverträgen mit mehr als einem Bedarfsträger erfordern zumeist nicht nur die Erhebung des Bedarfes, sondern auch die Abstimmung der Inhalte der Vergabeunterlage oder zumindest von Eckpunkten der zu beschaffenden Leistungen. Für Auftraggeber, die solcherart Rahmenverträge ausschreiben wollen, ist es sinnvoll, eine detaillierte Vergabeplanung anzulegen, die diese vorbereitenden Arbeiten des Verfahrens abbildet.

1.1. Bedarfsermittlung und -feststellung

Die Bedarfsermittlung und -feststellung ist in jedem Fall erforderlich, unabhängig davon, ob es einen oder mehrere Bedarfsträger gibt.

Die Bedarfsermittlung bei einem Bedarfsträger muss derart erfolgen, dass für die gesamte, geplante Laufzeit eines Vertrages der potentielle Bedarf geschätzt wird. In Bezug auf Hardwarebeschaffungen kann es sich dabei um die Anzahl der zu beschaffenden Geräte, inklusive der Ersatzgeräte, handeln. In Bezug auf die Beschaffung von Entwicklerleistungen zur Realisierung oder zum Customizing von Software kann die Bedarfsermittlung auf einer Markterkundung beruhen. In der Vergabeunterlage können aber auch Angaben zur Anzahl der Anwender oder zu Mengenvolumen den Bedarf präzisieren. Bei der Bedarfsermittlung sollte auch die Frage nach „make or buy“ aufgriffen werden.

Auch dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung muss immer ein Vergabeverfahren vorangehen, das den einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften entspricht. Dies setzt unter anderem eine Bedarfsermittlung (bei mehreren Bezugsberechtigten deren gemeinsame Bedarfsermittlung) sowie die Festlegung weiterer wichtiger Rahmenbedingungen, wie beispielsweise Laufzeiten etc., vor Durchführung des Vergabeverfahrens voraus. Mit einer Bedarfsermittlung soll eine möglichst genaue Kenntnis des Auftragsvolumens erreicht werden. Demzufolge ist der Bedarf so genau wie möglich zu ermitteln und zu beschreiben. Auf der Grundlage des geschätzten Auftragsvolumens wird entschieden, ob es sich um eine nationale oder um eine europaweite Ausschreibung handelt. Dafür wird im Kreis der potentiellen Bedarfsträger eine Bedarfsabfrage durchgeführt. In einer Bedarfsabfrage wird der Inhalt des geplanten Rahmenvertrages grob beschrieben. Eckpunkte des Rahmenvertrages, wie die geplante Laufzeit oder die geplante Anzahl an Auftragnehmern werden benannt.

Im Ergebnis der Bedarfsabfrage wird die geschätzte (voraussichtliche) Abnahmemenge, zum Beispiel in Personentagen für Beratungsleistungen, ermittelt. Daneben können auch Mindest- und Höchstabnahmemenge erschlossen werden. Die Angabe von Mindest- und Höchstabnahmemengen in den Vergabeunterlagen wird gesetzlich nicht zwingend vorgeschrieben. Da sie auch für die Kalkulation (oder auch Rabattierung) der Bieter wichtig sind, sollten sie angegeben werden. Sollen weitere Bezugsberechtigte vorgesehen werden, ist bei den Bedarfsträgern eine entsprechende Bedarfsabfrage inklusive der Abfrage nach den Abnahmemengen durchzuführen. Allerdings wird es für den Auftraggeber nicht immer möglich sein, seinen Bedarf verbindlich und abschließend als Mindest- oder

Höchstabnahmemenge festzulegen. In diesen Fällen soll der Bedarf mithilfe einer geschätzten Abnahmemenge beschrieben werden.

Eine Mindestabnahmemenge bindet den Auftraggeber beziehungsweise den Bezugsberechtigten an die Abnahme und den Auftragnehmer an die Lieferung / Leistung. Erfüllt ein Vertragspartner seine vertragliche Verpflichtung nicht, können entsprechende Rechtsfolgen (zum Beispiel Schadensersatzansprüche) eintreten. Die Mindestabnahmemenge ist vom Bezugsberechtigten in der Bedarfsmeldung zur Rahmenvereinbarung anzugeben und vom Auftraggeber bei der Erstellung der Vergabeunterlagen (gegebenenfalls neben seiner eigenen Mindestabnahmemenge) summarisch auszuweisen.

Grundsätzlich haben Auftraggeber dafür Sorge zu tragen, dass entsprechend der zu beziehenden Gesamtleistungen Haushaltmittel zur Verfügung stehen (zum Beispiel mögliche Sicherung durch sogenannte Verpflichtungsermächtigungen). Unabhängig von den haushaltsrechtlichen Gegebenheiten wird er jedoch seinen Bedarf schätzen können, gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Bedarfe zurückliegender Jahre, bestehender Regelungen im IT-Rahmenkonzept etc. Diese Schätzung ist vom Bezugsberechtigten in der Bedarfsmeldung beispielsweise zu einer Rahmenvereinbarung – gegebenenfalls zusätzlich zur Mindestabnahmemenge – anzugeben und vom Auftraggeber bei der Erstellung der Vergabeunterlagen (gegebenenfalls neben seiner eigenen Schätzung) mit diesem Vorbehalt summarisch auszuweisen.

Es kann in Abhängigkeit vom Auftragsgegenstand sinnvoll sein (zum Beispiel um die gegebenenfalls erforderlichen Leistungskapazitäten transparent zu machen), über die geschätzte Abnahmemenge hinaus eine absolute Obergrenze festzulegen, bis zu der aus dem Vertrag abgerufen werden kann (zum Beispiel eine Höchstmenge). Die angegebene Höchstmenge schließt die geschätzte Abnahmemenge ein. Ist eine Höchstmenge festgelegt, ist diese auch Grundlage für die Schätzung des Auftragswertes zur Ermittlung des vorgeschriebenen Vergabeverfahrens (national oder EU-weit). Soll eine Höchstmenge vereinbart werden, ist diese vom Bezugsberechtigten in der Bedarfsmeldung zur Rahmenvereinbarung – zusätzlich zur geschätzten Abnahmemenge – anzugeben und vom Auftraggeber bei der Erstellung der Vergabeunterlagen summarisch auszuweisen.

Es empfiehlt sich bei der Bedarfserhebung – insbesondere bei der Beteiligung von mehreren Bezugsberechtigten – entsprechende IT-gestützte Werkzeuge und Tools einzusetzen.

1.2. Risikoanalyse

Ein komplexes Vergabeverfahren kann durchaus mit einem Projekt verglichen werden. Das bedeutet, dass auch Methoden zur Steuerung von Projekten in der Vorbereitung und Durchführung von Vergaben angewendet werden können. Neben der Vergabeplanung und der Bedarfsermittlung sollte insbesondere bei großen und komplexen Verfahren eine Risikoanalyse in der Vorbereitung von Vergabeverfahren durchgeführt werden. Mit der Risikoanalyse sollen die folgenden Ziele erreicht werden:

Strategische Ziele

- Störungsfreie, bedarfs- und termingerechte Beschaffung
- Ressourceneinsparung

- Wirtschaftliche Beschaffung

Taktische Ziele

- Erkennen und fokussiertes Formulieren von Risiken sowie Eintrittswahrscheinlichkeiten
- Gezielte Einleitung von Gegenmaßnahmen
- Zukünftige Vermeidung gleichartiger Risiken
- Beschleunigung interner Prozesse „risikobasierte Mitzeichnung“

Mit der Risikoanalyse sollen Risikoindikatoren für das anstehende Verfahren sowie konkrete Risiken für die erfolgreiche Durchführung des Vergabeverfahrens identifiziert werden. Risikoindikatoren können beispielsweise die Folgenden sein:

- Anzahl der beteiligten Bedarfsträger
- Kritikalität des Vergabegegenstandes
- Grad der politischen Beachtung
- Vergabevolumen
- Marktumfeld
- Zeit zwischen Vertragsschluss und Lieferfrist (Abrufbarkeit)
- Rechtliche Komplexität
- Fachliche Komplexität

Für diese Risikoindikatoren können Einzelrisiken benannt werden. Aus den Maßnahmen, die zur Minimierung der Eintrittswahrscheinlichkeit definiert werden, ergeben sich in der Regel Rahmenbedingungen für die Gestaltung des Vergabeverfahrens und für die Vergabeunterlage.

In Bezug auf den Risikoindikator „Fachliche Komplexität“ kann das Risiko benannt werden, dass die funktionalen und nicht-funktionalen Anforderungen nicht vollständig und abschließend beschrieben werden können. Dieses Risiko kann gegebenenfalls auch gleichzeitig dem Risikoindikator „Anzahl der beteiligten Bedarfsträger“ zugeordnet werden. Wenn die große Anzahl an Bedarfsträgern an der Vergabeunterlage mitarbeiten möchte, kann der Fall eintreten, dass Anforderungen nicht abschließend aufgeführt werden. Eine Maßnahme zur Minimierung des Risikos kann beispielsweise die Durchführung von Leseräumen zur Abstimmung der Leistungsbeschreibung sein. Eine weitere Maßnahme kann darin bestehen, als Verfahrensart ein Verhandlungsverfahren zu wählen.

Zur Definition von Risiken und Mitigationsmaßnahmen im Vergabeverfahren kann ein Risikoworkshop durchgeführt werden, beispielsweise auch gemeinsam mit einem Planungsworkshop, in welchem die Details der Vergabeplanung abgestimmt werden. Alternativ kann eine erste Einschätzung von Risiken durch das Strategiereferat einer Behörde erfolgen und eine zweite Einschätzung durch den zuständigen operativen Beschaffer.

Neben dieser initialen Risikoanalyse sollten Risiken fortwährend in der Durchführung des Verfahren identifiziert und Maßnahmen festgelegt werden. Dafür können beim Erreichen von bestimmten Meilensteinen Interviews mit den Beteiligten durchgeführt werden. Zum Beispiel können sich im Ergebnis eines Teilnahmewettbewerbes in einem nicht offenen Verfahren Risiken ergeben, die vor Bekanntmachung des Verfahrens noch nicht identifiziert werden konnten.

Alle identifizierten Risiken müssen hinsichtlich ihrer Auswirkungen bewertet werden. Auswirkungen können dabei in folgende Beispiel-Cluster unterteilt werden:

- Zeit, gegebenenfalls Verschiebung von Leistungsbezügen, gegebenenfalls kompletter Wegfall
- Monetäre Folgen
- Qualität inklusive Schnittstellen
- Markt
- (Reputation)

Im Ergebnis der Risikobewertung kann eine sogenannte „Heatmap“ erzeugt werden, in der die Risiken anhand ihrer Kritikalität für das Vergabeverfahren zusammengefasst sind. Auf einen Blick bietet diese „Heatmap“ Informationen über die kritischsten Risiken und solche Risiken, die noch toleriert werden können.

Um die Umsetzung der definierten Maßnahmen nachhalten und steuern zu können, bietet sich eine Maßnahmenliste an. Die Maßnahmen werden in dieser Liste mit weiteren Steuerungsinformationen aufgeführt. Steuerungsinformationen sind beispielsweise die Verantwortlichen für die Umsetzung, die für die Umsetzung benötigten Ressourcen sowie die Plantermine, an denen eine Maßnahme umgesetzt sein muss, damit aus dem Risiko kein Problem entsteht.

Hat ein Risiko eine Eintrittswahrscheinlichkeit von 100 Prozent erreicht, handelt es sich um ein Problem, das bereits Folgen für die Durchführung des Vergabeverfahrens zeigt. Der verantwortliche Beschaffer muss – vergleichbar einem Projektleiter – diese Probleme mit hoher Priorität behandeln und lösen, so dass die Durchführung des Verfahrens weiter abgesichert ist.

Die kontinuierliche Risikoanalyse und -bewertung sollte eine wichtige Rolle in den Abstimmungen der Beteiligten am Vergabeverfahren spielen.

1.3. Zeitplanung für die Beschaffung

Ein zentrales Element der Beschaffung ist die valide Zeitplanung. Regelmäßig liegen Erwartungshaltung und benötigter Zeitbedarf weit auseinander, sodass nicht ausreichend Zeit bis zum neuen Vertragsschluss verbleibt. Dies kann dazu führen, dass nur eine zu späte Bedarfsdeckung erfolgen kann oder unnötige Vertragslücken entstehen.

Folgende Rahmenbedingungen sind frühzeitig, im besten Fall regelmäßig zu prüfen:

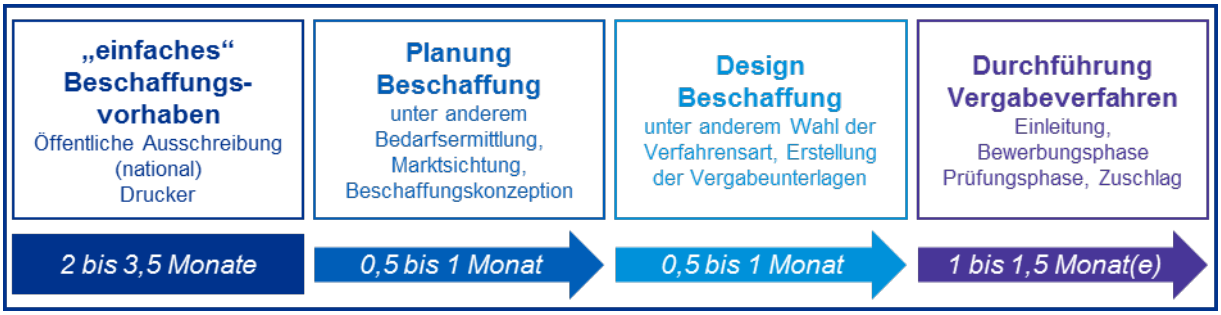
- Aktueller Stand der vorhandenen Verträge mit Laufzeiten, Abrufmengen und Vertragsverlängerungsmöglichkeiten
- Abrufvorhersage mit genauer Bestimmung des Vertragsendes

- Möglichkeiten des Abrufes bei Verträgen von anderen Bedarfsträgern (Nutzung sogenannter Öffnungsklauseln)
- Erstellung einer Zeit- und Ressourcenplanung und „Übereinanderlegen“ des Endes des laufenden Vertrages und der Zeitdauer für die neue Ausschreibung (Vertragsende alt und Vertragsbeginn neu)
- Allgemeine Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers wie zum Beispiel Projektbeteiligte, Abordnungen und Schnittstellen zu anderen Behörden
- Berücksichtigung von Abwesenheiten der Beteiligten wie Urlaub, Ferien, Schulungen etc.

Für eine grobe Orientierung finden sich nachfolgend drei Beispiele von Beschaffungsvorgängen, bei denen immer eine nationale oder EU-weite Ausschreibung durchgeführt wird. Diese Planungen orientieren sich an den drei Schritten Planung, Design und Durchführung einer Beschaffung. Die angegebenen Zeiträume basieren auf Praxiserfahrungen und enthalten abhängig von Vorbereitungsgrad, Komplexität, Marktkenntnissen, Standardisierung / Wiederverwendung von Unterlagen, internen Freigabeprozessen, Beteiligung weiterer Bedarfsträger, Anzahl von Losen etc. unterschiedliche Zeiträume. Es wird von „ungestörten Verfahren“ (ohne Rügen oder Ähnliches) ausgegangen.

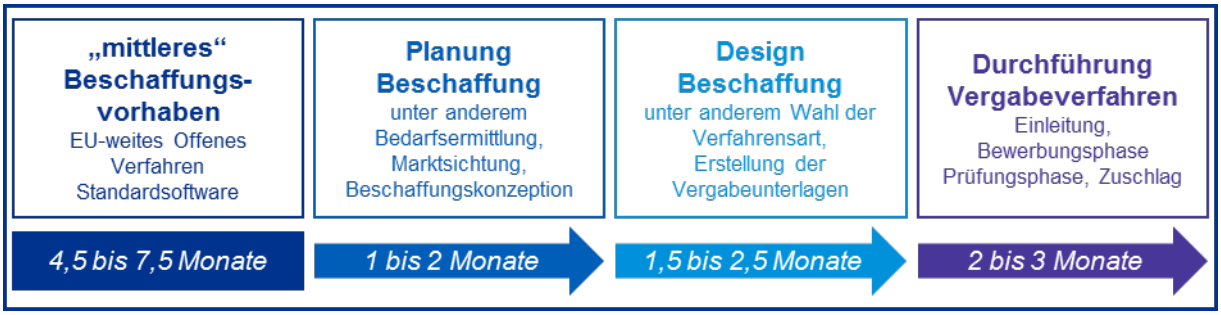
Das erste Beispiel (einfaches Beschaffungsvorhaben) ist durch folgende Randbedingungen gekennzeichnet:

- Beschaffung einfacher Drucker
- Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte
- Marktkenntnisse vorhanden
- Keine Losbildung
- Keine Beschaffung für andere Bedarfsträger
- Einfaches Vertragswerk auf Basis EVB-IT
- Vergabeunterlagen standardisiert und schon praxiserprobt
- Vereinfachte Leistungs- / Preismethode; Zuschlag Preis
- Keine Teststellung



Im zweiten Beispiel soll eine Standardsoftware mit folgenden Randbedingungen beschafft werden:

- Beschaffung Standardsoftware
- Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte; EU-weites Verfahren mit den vorgesehen Mindestfristen (inklusive Warte- und Informationsfrist)
- Marktkenntnisse nur teilweise vorhanden
- Keine Losbildung
- Keine Beschaffung für andere Bedarfsträger
- Vertragswerk auf Basis EVB-IT
- Vergabeunterlagen überwiegend standardisiert und schon praxiserprobt
- Einfache Richtwertmethode
- Kriterienkatalog mit B-Kriterien vorhanden
- Keine Teststellung

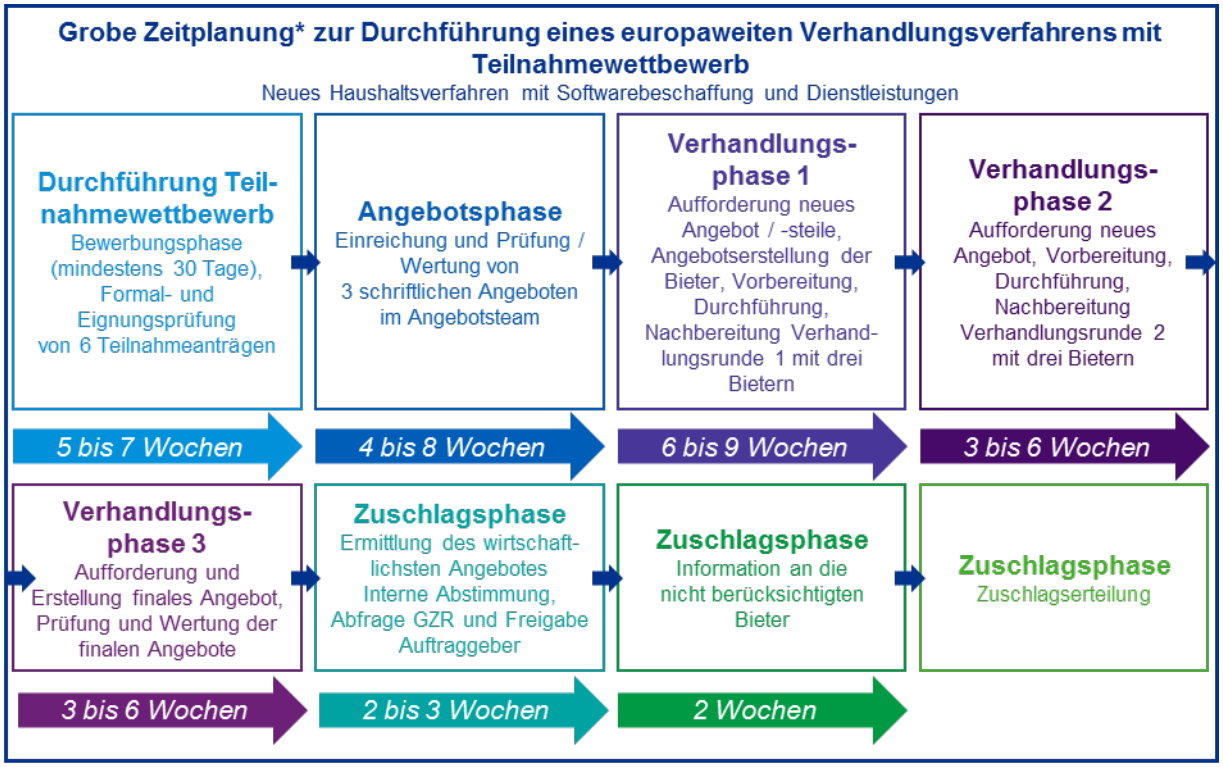


Im dritten Beispiel soll von einer komplexen Beschaffung mit nachfolgenden Randbedingungen ausgegangen werden. Hierbei liegen die mögliche Zeitspanne und die Ungenauigkeit am höchsten, da eine Vielzahl von Beeinflussungsfaktoren existiert, wie zum Beispiel der Abstimmungsaufwand in der Planungsphase, die beteiligten Akteure, der formale Abstimmungsaufwand im Beschaffungsdesign. Hinzu kommt die Frage einer straffen Leitung im Verhandlungsverfahren (zum Beispiel Parallelisierung von Verhandlungsrunden).

- Beschaffung einer Standardsoftware mit teilweise großen Customizing- / Schnittstellenaufwänden und Dienstleistungsanteilen
- Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte; EU-weites Verhandlungsverfahren mit den vorgesehen Mindestfristen (inklusive Warte- und Informationsfrist)
- Marktkenntnisse nur teilweise vorhanden
- Keine Losbildung
- Beschaffung auch für weitere Bedarfsträger
- Vertragswerk auf Basis EVB-IT
- Vergabeunterlagen teilweise standardisiert

- Teilnahmewettbewerb mit sechs Teilnehmern
- Verhandlungsrunden mit drei Bietern
- Umfassender Kriterienkatalog mit B-Kriterien
- Umfassendes Preisblatt
- Unterschiedliche Lizenzmodelle
- Einfache Richtwertmethode

In der nachfolgenden Übersicht wird die Phase der Durchführung des Vergabeverfahrens noch etwas detaillierter dargestellt:



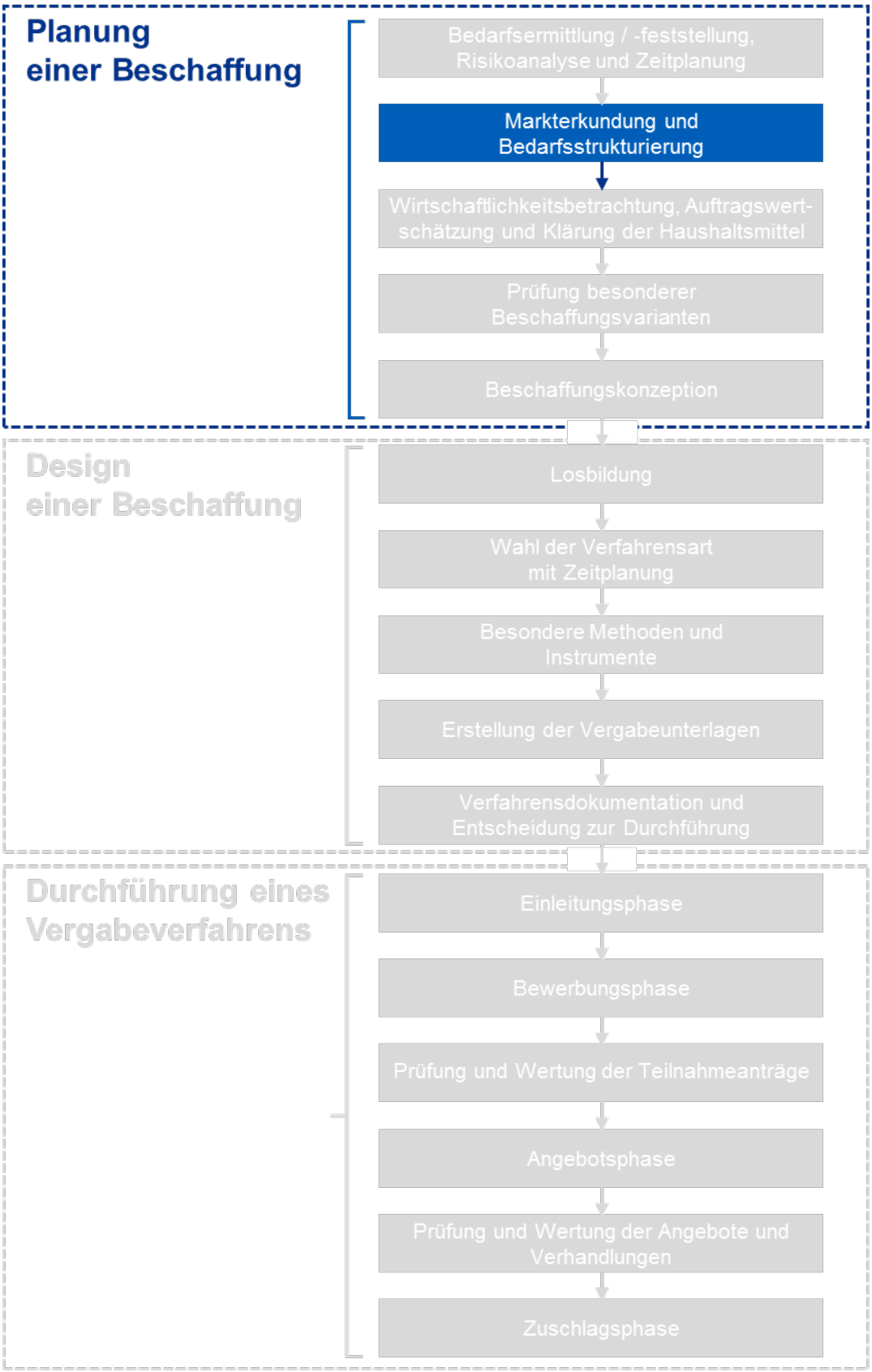
* Die Verfügbarkeiten der Beteiligten sowie Urlaubs- / Ferienabwesenheiten sind entsprechend zu beachten.

Diese Praxisbeispiele veranschaulichen den nötigen Zeitbedarf für die jeweiligen Leistungsgegenstände. Je nach Wichtigkeit, personeller Ausstattung / Verfügbarkeit der Beteiligten (auch auf Bieterseite), Erfahrungshintergrund der Beteiligten und Rückgriff auf praxiserprobte Standards können die Schritte teilweise erheblich verkürzt werden.

Tipp für die Praxis:

Das MiLoG trifft in § 19 MiLoG Regelungen zum Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage sind Auftraggeber verpflichtet, bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO einzuholen (auch „MiLoG-Abfrage“ genannt). Sofern diese Gewerbezentralregisterauskunft im schriftlichen Verfahren eingeholt wird, kann dies zu gegebenenfalls nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen im Vergabeverfahren führen. Daher empfiehlt es sich, dass der Auftraggeber die Möglichkeit nutzt, Gewerbezentralregisterauskünfte im deutlich schnelleren elektronischen Verfahren beim Bundesamt für Justiz einzuholen. Dazu bedarf es – soweit noch nicht vorhanden – der Einrichtung eines elektronischen Zugangs. Die Beantragung eines elektronischen Zugangs beim Bundesamt für Justiz beansprucht in der Regel ebenfalls einen längeren Zeitraum und sollte daher vor oder zu Beginn eines Vergabeverfahrens erfolgen. Weitere Informationen sind von der Webseite des Bundesamtes der Justiz zu beziehen (siehe https:// www.bundesjustizamt.de).

2. Markterkundung und Bedarfsstrukturierung



2.1. Markterkundung

Öffentliche Auftraggeber dürfen die Art der zu vergebenden Leistung und des Auftragsgegenstandes selbst bestimmen (Leistungsbestimmungsrecht). Zur Ausübung dieses Rechtes ist neben einer Bedarfsanalyse auch eine Markterkundung erforderlich und ratsam, um alle notwendigen Informationen zur Durchführung eines marktgerechten Vergabeverfahrens und damit zur adäquaten Deckung des Bedarfes zu erhalten.

Nach § 28 VgV und § 20 UVgO darf ein öffentlicher Auftraggeber eine solche Markterkundung zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Unternehmen über seine Auftragsvergabepläne und -anforderungen durchführen. Dabei wird das Ziel verfolgt, eine Klärung des möglichen Bedarfes sowie der damit verbundenen wirtschaftlichen und haushalterischen Auswirkungen herbeizuführen. Dies gilt für einen Einblick in die gesamte Marktsituation, für einen Überblick über die Produkt- oder Leistungsvielfalt bei möglichen Lieferanten, den möglichen Bewerber- / Bieterkreis, aber auch bei möglichen Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Ermittlung des Auftragswertes oder der finalen Spezifikation des notwendigen Bedarfes.

Lediglich die Durchführung von Vergabeverfahren zur Markterkundung und zum Zwecke der Kosten- oder Preisermittlung ist unzulässig. Das heißt der öffentliche Auftraggeber muss in jedem Fall ein Vergabeverfahren initiieren, wenn die Absicht einer Zuschlagsentscheidung vorliegt.

Zur Markterkundung stehen einem öffentlichen Auftraggeber regelmäßige und anlassbezogene Markterkundungen zur Verfügung.

2.1.1. *Regelmäßige Markterkundung (Marktbeobachtung)*

Die regelmäßige Markterkundung oder Marktbeobachtung hat zum Ziel, den Markt zu kennen und verstehen zu lernen, um Marktentwicklungen (insbesondere im Bereich der IT und deren innovativer Entwicklung) positiv zu nutzen und Beschaffungsstrategien hinsichtlich der Beschaffung spezieller Warengruppen abzuleiten. So kann es wirtschaftlicher sein, die Beschaffung von knappen und seltenen Gütern über langlaufende Vertragswerke abzusichern. Andererseits kann es wirtschaftlicher sein, IT Produkte, die sehr schnell an Wert verlieren nicht auf Vorrat zu beschaffen, auch wenn dadurch ein auf den ersten Blick günstiger Preis erzielt werden kann.

Die Marktbeobachtung bietet somit einen unverzichtbaren Mehrwert zur Festlegung der Warengruppenstrategien, die zugleich wichtige Rahmenparameter der individuellen Vergabeverfahren bestimmen. Rahmenparameter können zum Beispiel die Losbildung sein, um den Markt adäquat zu bespielen oder ob Rahmenverträge mit Mini-Wettbewerben ausgeschrieben werden sollen, um flexibel Leistungen vergeben zu können.

Die regelmäßige Markterkundung beinhaltet neben der aktiven Marktbeobachtung im Hinblick auf bevorstehende Bedarfe auch den Abgleich der Marktkenntnis mit bereits bestehenden Vertragssituationen. Basis und Hintergrund für dieses Vorgehen ist das Haushaltsrecht. Vielfach werden Verträge gelebt, denen seit längerer Zeit überholte Leistungsstrukturen zugrunde liegen, sodass die Mittel nicht, wie es das Haushaltsrecht verlangt, sparsam und wirtschaftlich verwendet werden. Eine regelmäßige Markterkundung dient somit auch dem Zweck, aktuell im Markt erhältliche Konditionen und Leistungen mit den vertraglich festgelegten Konditionen und Leistungsstrukturen zu vergleichen und bei Bedarf anzupassen. Insbesondere hinsichtlich der rasanten technischen

Entwicklung und der korrespondierenden Preisentwicklung in der IT ist eine regelmäßige Markterkundung bei bestehenden Verträgen sinn- und zweckmäßig. Gleiches gilt bei eventuellen neuen Vergütungsmodellen der Marktteilnehmer, die gerade mit neuen innovativen Produkten angepasst werden (zum Beispiel auch im Zuge von Leistungen, die Start-up-Unternehmen anbieten).

2.1.2. *Anlass- beziehungsweise beschaffungsbezogene Markterkundung*

Eine weitere Form der Markterkundung ist die anlass- beziehungsweise -beschaffungsbezogene Markterkundung, die häufig erforderlich ist, um eine fundierte Leistungsbeschreibung auf einer realistischen Kalkulationsgrundlage erstellen zu können. Dies ist insbesondere bei komplexen Bedarfen wie IT-Systemen und / oder einem sehr dynamischen Beschaffungsmarkt sinnvoll, um relevante und aktuelle Informationen des Marktes zu erheben. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass der öffentliche Auftraggeber trotz seines Leistungsbestimmungsrechtes im Ergebnis nicht das erhält, was er tatsächlich benötigt.

Die beschaffungsbezogene Markterkundung darf somit als Chance aufgefasst werden, wesentliche Markt- und Produktinformationen bereits vor dem Vergabeverfahren zu erhalten. Dies hat Vorteile sowohl für den Auftraggeber, als auch den potentiellen Auftragnehmer. Der potentielle Auftragnehmer erhält die Information eines bevorstehenden Vergabeverfahrens und kann sich entsprechend frühzeitig auf die mögliche Beschaffung vorbereiten. Der Auftraggeber kann Wissens- und Informationslücken schließen und dadurch das IT-Produkt beziehungsweise die IT-Dienstleistung umfassend in Form einer markt- und wettbewerbsgerechten Vorhabenbeschreibung darstellen. Zudem können dank einer durchgeführten Markterkundung die Eignungs- und Zuschlagskriterien fallbezogener erstellt und damit sichergestellt werden, dass das gewünschte IT-Produkt beziehungsweise die IT-Dienstleistung in der benötigten Qualität geliefert beziehungsweise erbracht wird. Zuletzt kann mittels einer Markterkundung der Bewerber- / Bieterkreis bestimmt beziehungsweise konkretisiert werden. Dies ist insbesondere im volatilen Markt für IT-Dienstleistungen erforderlich, um aktuelle Marktentwicklungen wie Unternehmensübernahmen oder Insolvenzen aber auch neue Marktteilnehmer wie Start-up-Unternehmen berücksichtigen zu können.

Falls noch keine regelmäßige Markterkundung für die auszuschreibende Leistung oder das auszuschreibende Produkt durchgeführt wurde, dient die beschaffungsbezogene Markterkundung auch dem Zweck der Erhebung der Marktkenntnis als Basis der Entwicklung der Vergabestrategie: Werden eher kleine, mittlere oder große Unternehmen bieten? Liegt ein Bieter- oder Käufermarkt vor? Wie „rügefreudig“ sind die Bieter / Bewerber? Wie umfangreich müssen die Fristen im Vergabeverfahren wegen zum Beispiel möglicher Bietergemeinschaften ausgestalten werden?

2.1.3. *Durchführung von Markterkundungen*

§ 28 VgV und § 20 UVgO enthalten keine Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Durchführung von Markterkundungen. Daher kommen die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbes, der Gleichbehandlung und Transparenz zum Tragen. Dies bedeutet insbesondere, dass bei einer Markterkundung stets mehrere Unternehmen anzusprechen sind, wie dies etwa im Rahmen von Messebesuchen der Fall wäre. Zudem sind allen Unternehmen stets die gleichen Informationen zu geben und es ist darauf zu achten, dass allen Beteiligten klar ist, dass es sich um eine Markterkundung handelt und keine Auftragsvergabe erfolgen wird. Bei diesen Markterkundungsterminen ist es wichtig,

dass hier kein Informationsvorteil der beteiligten Unternehmen für das kommende Vergabeverfahren entsteht. Gegebenenfalls müssen diese Informationsvorsprünge dann durch zusätzliche Informationen an alle auszugleichen.

Auch bei Markterkundungen sind Dokumentationspflichten zu beachten. Es empfiehlt sich, den Schriftverkehr und / oder Prospekte etc. als Teil der künftigen Vergabeakte abzuheften und Gesprächsvermerke anzufertigen.

Die Informationsgewinnung im Rahmen einer Markterkundung kann hierbei auf unterschiedliche Weise und von unterschiedlichen Quellen erfolgen. Diese können beispielsweise umfassen:

- Informationsanfragen bei Unternehmen
- Auswertungen aus eigenem Lieferantenmanagementsystem
- Gremienarbeiten, Fachzeitschriften, Veröffentlichungen
- Besuch von Messen oder Ausstellungen
- Fachforen und Präsentationen auf Tagungen
- Eigene Teststellungen oder Testergebnisse Dritter
- Auskunft von Verbänden oder Auftragsberatungsstellen
- Internetrecherchen
- Auskünfte beziehungsweise Gutachten von Sachverständigen
- Markterkundung von Dritten (unter anderem Markterkundungsdienstleistungen, Datenbanken etc.)
- Eigene Erfahrungswerte aus bisherigen Projekten oder Ausschreibungen
- Erfahrungen des Referates auf diesem Fachgebiet
- Auskünfte anderer öffentlicher Auftraggeber
- Lieferantenworkshops mit einzelnen Lieferanten zu ausgewählten IT-Themen
- Lieferantentage mit mehreren Lieferanten zu speziellen IT-Themen
- Individuelle Gespräche oder auch Round-Table-Gespräche

Beim Kauf von IT-Leistungen gibt es hin und wieder spezielle Geschäfts- und Vergütungsmodelle (zum Beispiel Innovationsklauseln oder Mengenstaffelungen), die Auswirkungen auf die Vergabe und den Vertrag haben. Diese Besonderheiten sind bei der Markterkundung und dann folgend bei der Erstellung der vergabeunterlagen und des Vertrages zu berücksichtigen.

2.2. Bedarfsstrukturierung (Leistungsgegenstände, Vertragstypologie)

Mit der Ermittlung der Bedarfe stellt sich regelmäßig die Frage nach einer sinnvollen Strukturierung der zu beschaffenden Leistungen. Auch wenn entsprechende marktsichtende und marktbeobachtende Tätigkeiten durchgeführt wurden, so sind die jeweiligen Bedarfe entsprechenden Leistungsgegenständen zuzuordnen und mittels einer Vertragstypologie einzuordnen. Hintergrund hierbei ist es, Klarheit über die Leistungsgegenstände zu erhalten, begleitende Leistungen zu

identifizieren und insbesondere die Grundlagen für eine mögliche Losbildung zu schaffen. Wesentlich für die Leistungssicherung ist zudem die richtige vertragsrechtliche Absicherung der anschließend beauftragten Leistungen. Bei IT-Beschaffungen ist dies nicht immer eindeutig und sofort erkennbar, wie beispielsweise bei der Beschaffung von Software mit Customizing- und Pflegeanteilen (Liefer- oder Dienstleistungsauftrag).

2.2.1. *Leistungsgegenstände*

Grundsätzlich kann bei den Leistungsgegenständen oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte zwischen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unterschieden werden.

Gemäß § 103 Abs. 2 GWB sind Lieferaufträge Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf und Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen. Dienstleistungsaufträge grenzen sich von den Lieferaufträgen negativ ab. Das heißt alle Verträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht Lieferleistungen oder Bauleistungen nach § 103 Abs. 3 GWB sind, werden unter Dienstleistungsaufträge subsumiert.

Rahmenvereinbarungen nehmen aktuell dahingehend eine Sonderstellung ein, als dass sie insbesondere im unterschwelligen Bereich im § 1 Abs. 1 UVgO ausdrücklich neben den öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen benannt werden.

Nachfolgend eine beispielhafte Zuordnung im Falle von IT-Bedarfen, wobei vielfach eine eindeutige Zuordnung schwierig erscheint und sich erst mit der Vertragstypologie ergibt.

Lieferleistungen (Auswahl)	Dienstleistungen (Auswahl)
Hardware, wie beispielsweise PC, Drucker, Monitore	Beratungs- und Unterstützungsleistungen, zum Beispiel Projektmanagement, technische Konfigurationen, User Help Desk
Lieferung und Bereitstellung von Software inklusive Updates	Leistungen im Bereich „-as a Service“
Standardsoftware	Schulungsleistungen
Erstellung von Individualsoftware	Hostingleistungen
Konzepterstellung, zum Beispiel DV-technisches Feinkonzept auf Basis EVB-IT Dienstleistung	Konzepterstellungen auf Basis EVB-IT Dienstleistung

2.2.2. *Vertragstypologische Einordnung von Bedarfen*

Vorhandene Bedarfe müssen nach der Bedarfsstrukturierung – zur Vorbereitung der Auswahl eines oder mehrerer Verträge – vertragstypologisch eingeordnet werden.

Zu den gebräuchlichsten Vertragsarten im Bereich der IT-Beschaffung gehören folgende Vertragstypen

- Kaufvertrag (zum Beispiel Lieferung von Hardware oder Software)
- Dienstvertrag (zum Beispiel IT-Beratungs- oder Schulungsleistungen)
- Werkvertrag (zum Beispiel Erstellung einer Individualsoftware oder Erstellung eines IT-Systems)

- Mietvertrag (zum Beispiel Miete von Hardware oder Software)

Daneben bestehen eine Reihe weiterer Vertragstypen (zum Beispiel Betriebsvertrag, Leasingvertrag) sowie gemischte Vertragstypen (zum Beispiel Servicevertrag mit Elementen eines Kaufs, einer Dienstleistung sowie einer Werkleistung).

Zur Ermöglichung einer leichteren Abgrenzung werden nachfolgend die wesentlichen Kennzeichen der gebräuchlichsten Vertragstypen beschrieben. Grundlage bilden dabei die im BGB in Abschnitt 8 zu einzelnen Schuldverhältnissen geregelten Definitionen der genannten Vertragstypen (§§ 433 ff. BGB).

- Kaufvertrag

  Den Kaufvertrag kennzeichnet die Übereignung durch Übergabe beziehungsweise Lieferung einer Sache gegen Zahlung des Kaufpreises.

- Mietvertrag

  Beim Mietvertrag überlässt der Vermieter dem Mieter unbefristet oder zeitlich befristet die Mietsache zum Gebrauch gegen Zahlung der vereinbarten Miete.

- Dienstvertrag

  Gegenstand eines Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein. Derjenige, welcher Dienste zusagt, ist gegen Gewährung der vereinbarten Vergütung zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet.

  Den Auftragnehmer trifft beim Dienstvertrag – anders als beim Werkvertrag – keine Erfolgsverantwortung. Stattdessen hat der Auftraggeber die Möglichkeit, dem Auftragnehmer Weisungen zu erteilten.

- Werkvertrag

  Beim Werkvertrag ist der Auftragnehmer gegen die Entrichtung der vereinbarten Vergütung zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet. Dabei kann Gegenstand des Werkvertrages sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer herbeizuführender Erfolg sein. Prägend für den Werkvertrag sind die Erfolgsverantwortung des Auftragnehmers und die Notwendigkeit einer Abnahme der Leistung. Daneben trifft den Auftragnehmer beim Werkvertrag die Verpflichtung zur Mängelhaftung innerhalb der vereinbarten Verjährungsfrist

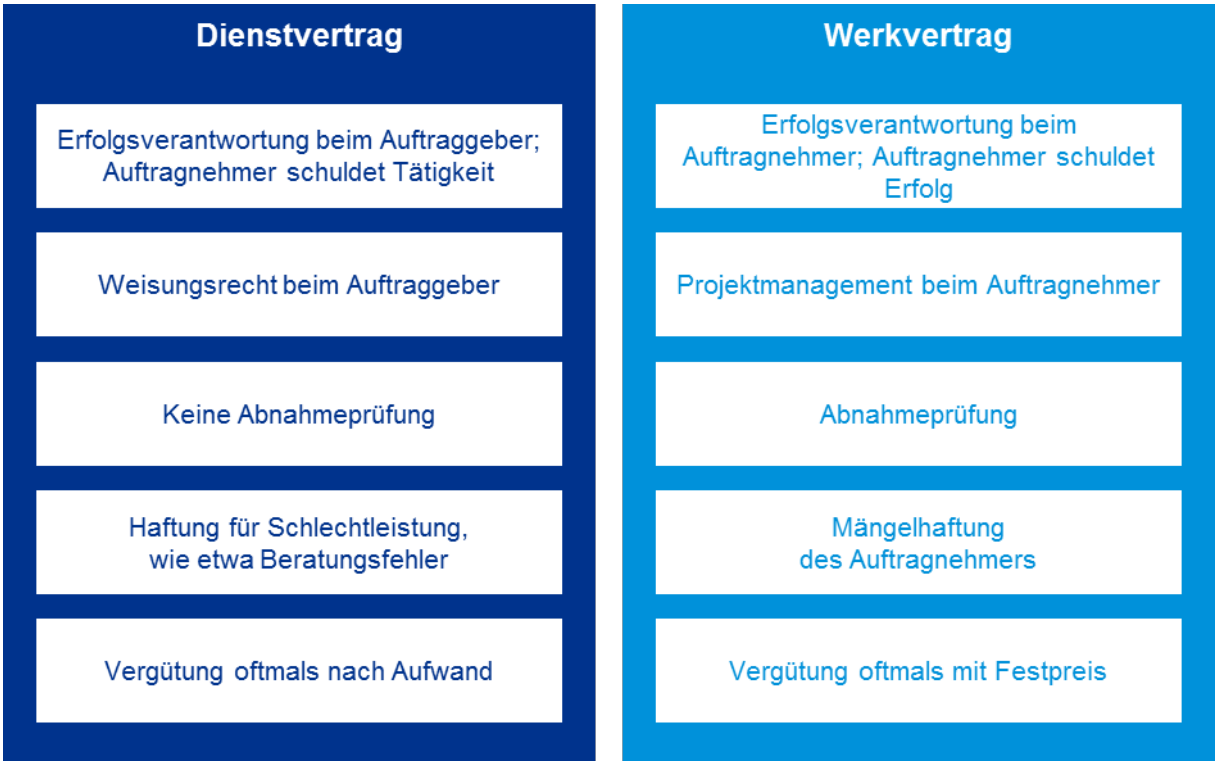
Gut abgrenzbar sind regelmäßig Kauf- und Mietvertrag. Sofern ein Kaufvertrag vorliegt, finden sich dazu als passende EVB-IT Vertragstypen der EVB-IT Kaufvertrag für Hardware, der EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A für Software sowie der EVB-IT Systemlieferungsvertrag für IT-Systeme (siehe zu diesem Vertragstyp nachfolgende Ausführungen). Als Musterverträge für Mietverhältnisse dienen der noch abzulösende BVB-Mietvertrag sowie der EVB-IT Überlassungsvertrag Typ B für Software (siehe dazu Einzelheiten und eine genaue Zuordnungstabelle unter Kapitel C.4.3.3.4.).

Abgrenzungsschwierigkeiten gibt es in der Praxis insbesondere zwischen Dienstverträgen und Werkverträgen. Als zentrales Abgrenzungsmerkmal muss hierbei die Frage der Erfolgsverantwortung herangezogen werden. Demgegenüber ist der Umstand, ob ein Festpreis vereinbart werden soll oder eine Vergütung nach Aufwand kein verlässliches Abgrenzungsmerkmal. Oftmals wird zwar für einen Werkvertrag ein Festpreis vereinbart, jedoch kann auch eine Werkleistung nach Aufwand vergütet

werden. Umgekehrt werden Dienstleistungen meist nach Aufwand erbracht, können aber auch mit einem Festpreis vergütet werden.

Elementare Voraussetzung für den Abschluss eines Werkvertrages ist die abschließende und eindeutige Beschreibung der zu erbringenden Werkleistung. Dies gilt insbesondere, wenn ein Festpreis vereinbart ist, aber auch bei Vergütung nach Aufwand.

Die wesentlichen Abgrenzungsmerkmale zwischen einem Werkvertrag und einem Dienstvertrag werden in nachfolgender Grafik aufgezeigt.



Die EVB-IT Vertragstypen sehen innerhalb der Gruppe der sogenannten Systemverträge zwei EVB-IT Verträge vor, die insgesamt als Werkverträge zu klassifizieren sind:

- EVB-IT Systemvertrag für die Erstellung von IT-Systemen aus einer oder mehreren Systemkomponenten
- EVB-IT Erstellungsvertrag für die Erstellung von Individualsoftware oder zur Anpassung von Software auf Quellcodeebene beziehungsweise zu umfangreichem Customizing von Standardsoftware

Daneben handelt es sich bei dem Mustervertrag BVB-Planung ebenfalls um einen Werkvertrag.

Davon abzugrenzen ist wiederum der EVB-IT Systemlieferungsvertrag für den Kauf von IT-Systemen aus einer oder mehreren Systemkomponenten mit weiteren – allerdings nicht schwerpunktartigen – Leistungen zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft. Die Leistungen des Auftragnehmers haben hier nur montageartigen Charakter, weshalb der Vertrag als Kaufvertrag klassifiziert ist.

Liegt nach der erfolgten Abgrenzung als Vertragstyp ein Dienstvertrag vor, so kann für die entsprechende Beschaffung der Vertragstyp EVB-IT Dienstleistung verwendet werden.

Von einem Dienstvertrag wiederum abzugrenzen ist der Fall einer Arbeitnehmerüberlassung, bei der ein Unternehmen als Verleiher Leiharbeitnehmer (zum Beispiel IT-Personal) dem Auftraggeber (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlässt, wobei diese Personen in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert werden und dessen Weisungen unterliegen. Ein Dienstvertrag liegt demgegenüber vor, wenn das Unternehmen seine Dienste unter eigener Verantwortung ausführt (zum Beispiel bezüglich Organisation und Steuerung sowie Einsatzplanung). Das eingesetzte Personal unterliegt bei einem Dienstvertrag nicht den Weisungen des Auftraggebers.

Die EVB-IT Vertragstypen EVB-IT Pflege S, EVB-IT Instandhaltung sowie EVB-IT Service, die im Wesentlichen die Pflege von Software beziehungsweise die Instandhaltung von Hardware sowie sonstige Unterstützungsleistungen (zum Beispiel Hotline) umfassen, sind typologisch gemischte Verträge.

Tipp für die Praxis:

Die richtige Zuordnung der Bedarfe zu den im BGB definierten Vertragstypen und korrekten EVB-IT beziehungsweise BVB Vertragsmustern ist ein wichtiger Schritt im Rahmen der IT-Beschaffung. Umgekehrt führt eine falsche Zuordnung gegebenenfalls zu vertraglichen Risiken bis hin zur Nichtanwendbarkeit des abgeschlossenen Vertrages. Weitere Einzelheiten und eine genaue Zuordnungstabelle für EVB-IT und BVB Vertragstypen finden sich unter Kapitel C.4.3.3.4.

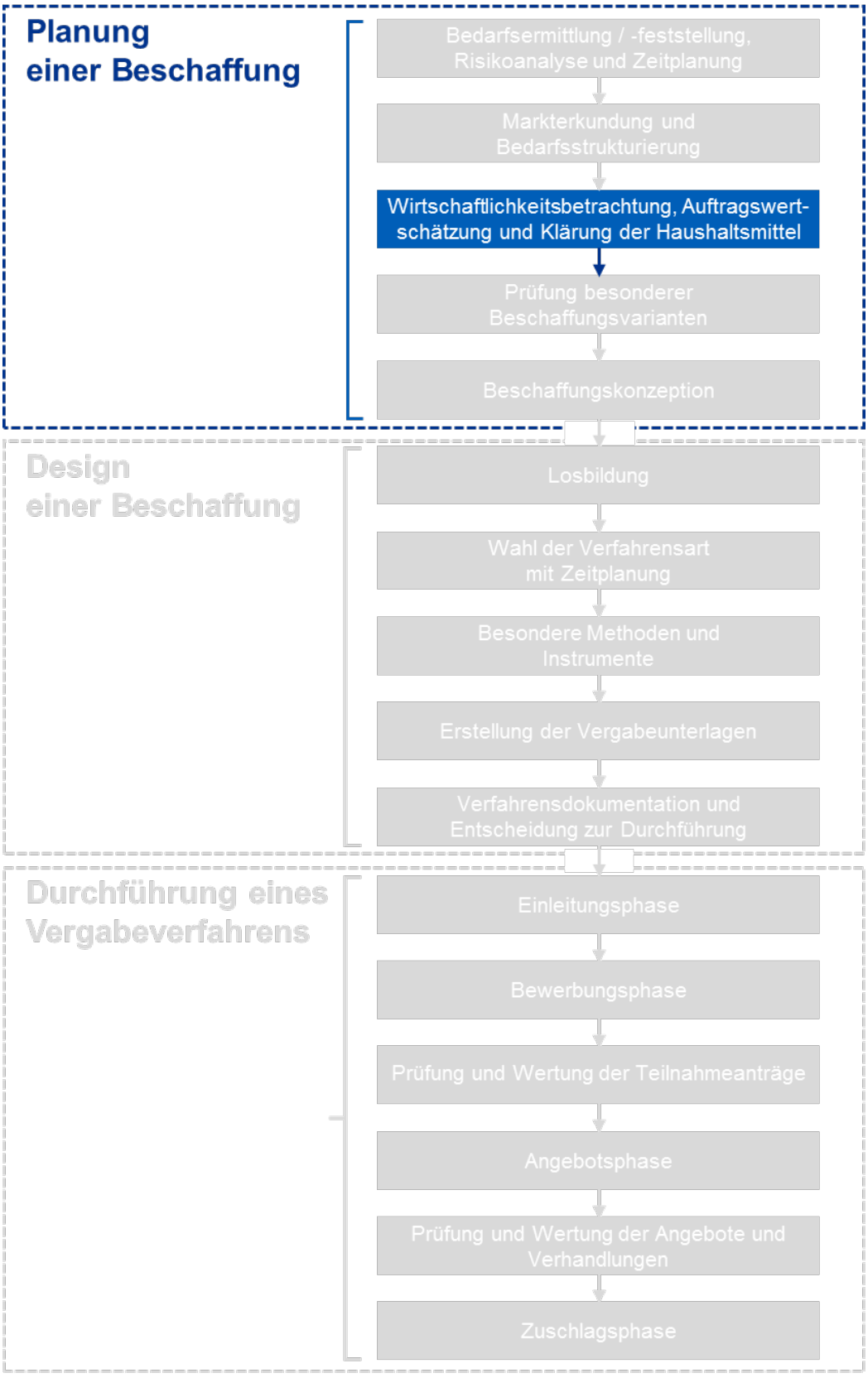
Für bestimmte IT-Leistungen existiert kein im BGB definierter Vertragstyp und gegebenenfalls auch kein spezifischer EVB-IT beziehungsweise BVB Vertragstyp. Dies gilt beispielsweise für folgende Bedarfe:

- Externe Bereitstellung von Hard- und / oder Software
  - Betriebsvertrag mit Dienstgütevereinbarung (Service Level Agreement)
  - Hosting einer Anwendung
  - Application Service Providing (ASP)
  - Software as a Service (SaaS) beziehungsweise Plattform as a Service (PaaS) beziehungsweise Infrastructure as a Service (IaaS)
  - Sonstige cloudbasierte Dienste
- Entwicklung von Software nach agilen Methoden
- Leasing von Hardware und / oder Software als Variante zum Mietvertrag
- Arbeitnehmerüberlassung von IT-Personal
- Quellcodehinterlegungsvereinbarungen

IT-Beschaffer müssen für solche Bedarfe spezifische Verträge ausgestalten, die der jeweiligen Ausprägung der Leistung gerecht werden. Basis dafür können unter Umständen auch vorhandene EVB-IT Vertragstypen sein, zum Beispiel lassen sich mit modifizierten EVB-IT System- beziehungsweise Erstellungsverträgen eine Reihe weiterer Leistungsarten abbilden zum Beispiel der Umzug eines Rechenzentrums mit Hilfe eines angepassten und erweiterten EVB-IT Systemvertrages.

Soweit diesbezüglich keine anderen Musterverträge als EVB-IT oder BVB verfügbar sind, muss ein Individualvertrag erstellt werden. Dies gilt oftmals auch für Beschaffungsmaßnahmen, in welchen Rahmenvereinbarungen ausgeschrieben werden. Solche Rahmenvereinbarungen werden meist ebenfalls individuell ausgestaltet. Da es sich hierbei um vertragsrechtlich anspruchsvolle Themen handelt, sollten juristische Experten hinzugezogen werden.

3. Wirtschaftlichkeitsbetrachtung, Auftragswertschätzung und Klärung der Haushaltsmittel



3.1. Wirtschaftlichkeitsbetrachtung

Die öffentliche Verwaltung unterliegt der Verpflichtung, ihre Aufbau- und Ablauforganisation nach dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auszurichten. Hierzu schreiben die BHO in § 7 Abs. 2 BHO und die hierzu erlassenen Verwaltungsvorschriften vor, dass für alle finanzwirksamen Maßnahmen angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen sind. Diese ermöglichen den Entscheidungsträgern wirtschaftlich und sorgfältig im Umgang mit Steuermitteln, Beiträgen und Gebühren zu handeln.

Mit dem Ziel einer methodisch-einheitlichen Vorgehensweise und als methodische und inhaltliche Hilfestellung bei der Erstellung von Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen hat die Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik das „Konzept zur Durchführung von Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen in der Bundesverwaltung, insbesondere beim Einsatz der IT“ (WiBe 5.0) veröffentlicht. Dieses stellt einen bundesweiten Standard dar, der insbesondere für IT-Beschaffungen anzuwenden und für die gesamte Bundesverwaltung verbindlich ist.

Um Kosten und Nutzen eines IT-Projektes ganzheitlich zu erfassen umfasst die WiBe 5.0 zwei Module; die Kapitalwertbetrachtung und die Nutzwertbetrachtung. Die Kapitalwertbetrachtung umfasst alle Kosten- und Nutzengrößen, die monetär quantifizierbar sind sowie eine Risikobetrachtung. Die Nutzwertbetrachtung hingegen umfasst alle qualitativ-strategischen Wirkungen und externen Effekte einer IT-Maßnahme. Beide Module sind relevant für die gesamtheitliche Bewertung von IT-Projekten. Eine rein monetäre Kosten- / Nutzenbetrachtung lässt wesentliche qualitative Faktoren außer Acht und kann insbesondere in der Anfangsphase von umfangreichen Maßnahmen nicht ausreichend sein, um deren Wirtschaftlichkeit nachzuweisen.

Die Software WiBe-Kalkulator ermöglicht eine Portfolioanalyse, die diese quantitative und qualitative Bewertung grafisch unterstützt und vereinfacht.

Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen sind zu unterschiedlichen Zeitpunkten einer IT-Maßnahme als aufeinander aufbauende Versionen zu erstellen. Die WiBe 5.0 sieht hierbei fünf Versionen vor:

Version 1: Initialerstellung als „Vorkalkulation“ bei der Erstellung des Grobkonzeptes und als Unterstützung bei der Auftragswertschätzung

Version 2: Konkretisierung („Zwischen-Kalkulation“) bei der Erstellung eines Feinkonzeptes

Version 3: Konkretisierung (während der Realisierung) als begleitende Version(en)

Version 4: „Freigabe-Kalkulation“ unmittelbar vor der Einführung der IT-Maßnahme

Version 5: Abschlussversion als Erfolgskontrolle in der Einsatz- / Nutzenphase

Zur Erstellung von Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen bietet die WiBe 5.0 umfangreiche Hilfestellungen.

Insbesondere bietet sie:

- eine durchgehende Methoden- und Prozessbeschreibung
- ein Grundschema für einen strukturierten Aufbau
- einen umfangreichen Kriterienkatalog aus denen relevante Kriterien entnommen werden können

- Spezielle Hinweise für IT-Projekte und Maßnahmen
- Beispiele von Berechnungswegen und daraus folgenden Argumentationen
- einen WiBe-Kalkulator zur Durchführung der Berechnung

Die vollständige WiBe wie auch der WiBe-Kalkulator sind zu finden unter:

http://www.cio.bund.de

Die Durchführung einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung dient im Vorfeld der Beschaffung dem verwaltungsinternen Nachweis der Wirtschaftlichkeit der geplanten IT-Maßnahme. Sie ist zu unterscheiden von der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen der Durchführung des Vergabeverfahrens.

Des Weiteren entstehen in der Praxis häufig Fehler aufgrund der Nichtberücksichtigung der gesetzlichen Umsatzsteuer bei der WiBe. Hier ist die gesetzliche Umsatzsteuer zu berücksichtigen, bei der Auftragswertschätzung jedoch nicht (siehe unten).

3.2. Auftragswertschätzung (Schwellenwerte, Klärung der Haushaltsmittel)

3.2.1. *Auftragswert und Auftragswertschätzung*

Der Auftragswert ist der Wert (ohne gesetzliche Umsatzsteuer), den der Auftraggeber unmittelbar vor Einleitung eines Vergabeverfahrens ermitteln muss. Er ist maßgeblich für die Entscheidung, ob ein nationales oder EU-weites Vergabeverfahren durchzuführen ist. Dementsprechend finden entweder die rechtlichen Regelungen für nationale (der geschätzte Auftragswert liegt unter dem jeweiligen Schwellenwert) oder für EU-weite Verfahren (der geschätzte Auftragswert erreicht oder übersteigt den jeweiligen Schwellenwert) Anwendung.

Der Auftragswert ist stets vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens zu bestimmen und dessen Ermittlung zu dokumentieren. Zu Beginn eines Vergabeverfahrens (Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung oder Aufforderung zur Angebotsabgabe) muss die Auftragswertschätzung stets aktuell sein. Werden ältere Auftragswertschätzungen herangezogen, müssen diese vor Beginn des Vergabeverfahrens auf Aktualität hin überprüft und gegebenenfalls aktualisiert werden. Die Ermittlung des Auftragswertes sowie das Ergebnis sind im Rahmen des Vergabevermerks ebenso wie eine etwaige Überprüfung älterer Auftragswertschätzungen umfassend zu dokumentieren.

Da der geschätzte Auftragswert unter anderem auch als Grundlage für die Bereitstellung der Haushaltsmittel dienen kann, sind die Anforderungen an die Erstellung hoch. Er muss alle zu beschaffenden Lieferungen und / oder Leistungen enthalten (umfassend sein) sowie mit hoher Sorgfalt und auf der Grundlage belastbarer und aktueller Daten ermittelt werden. Sofern der Auftraggeber nicht selbst über ausreichenden Sachverstand und / oder verlässliches Datenmaterial verfügt, um den Auftragswert ausreichend präzise zu ermitteln, ist externer Sachverstand hinzuziehen.

Der geschätzte Auftragswert (Gesamtvergütung ohne gesetzliche Umsatzsteuer in Euro) kann zum Beispiel durch eigene Erkenntnisse des Auftraggebers anhand von Bedarfsanalysen, der Ergebnisse der

Wirtschaftlichkeitsbetrachtung oder einer Marktanalyse bestimmt werden. Zur Gesamtvergütung gehören neben den Hauptleistungen (zum Beispiel Hardwarekauf) auch alle zu beschaffenden weiteren Leistungen (zum Beispiel Pflege- oder Instandhaltungsleistungen).

Die Regelungen zur Ermittlung der Auftragswerte sowie die Höhen der Schwellenwerte, das heißt der Werte, die bei Erreichen beziehungsweise Überschreiten zu europaweiten Vergabeverfahren verpflichten, sind detailliert in § 3 VgV beschrieben. Insbesondere bei einer Aufteilung des Auftrages in Lose müssen zur Ermittlung des Auftragswertes alle Lose berücksichtigt und deren Werte addiert werden. Zudem gibt es in der VgV spezifische Regelungen, die für einzelne Lose zu prüfen sind. Regelungen zur Auftragswertschätzung finden sich auch in der VSVgV.

Bei Verträgen mit Optionsrechten oder der Möglichkeit zur Vertragsverlängerung ist zur Schätzung des Auftragswertes vom größtmöglichen Auftragswert unter Einbeziehung aller Optionen und Vertragsverlängerungen auszugehen. Eine analoge Regelung gilt beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen. Hier ist der Schätzwert unter Berücksichtigung aller Bezugsberechtigten und – soweit vorhanden – der optionalen Höchstmenge zu Grunde zu legen. Sofern im Rahmen eines Vergabeverfahrens Zahlungen an Bieter erfolgen (zum Beispiel Kostenerstattung im Rahmen eines wettbewerblichen Dialoges), sind diese bei der Ermittlung des Auftragswertes zu berücksichtigen.

Eine Aufteilung des Auftrages, um ein europaweites Vergabeverfahren zu vermeiden, ist nicht zulässig.

3.2.2. *Schwellenwerte*

Erreicht oder überschreitet der ordnungsgemäß geschätzte Auftragswert den jeweils geltenden Schwellenwert finden die Vergabevorschriften des GWB-Kartellvergaberechtes Anwendung, insbesondere mit der Folge, dass eine europaweite Ausschreibungspflicht besteht. Vom Erreichen oder Überschreiten der jeweils geltenden Schwellenwerte hängt somit auch ab, welche Rechtsvorschriften für die jeweilige Beschaffung geltend und welche Vergabeverfahrensart durchzuführen ist.

Erreicht oder übersteigt der bei der Auftragswertschätzung ordnungsgemäß geschätzte Auftragswert die in § 106 GWB in Verbindung mit den dort genannten Vorschriften festgelegten EU-Schwellenwerte, so ist ein EU-weites Vergabeverfahren durchzuführen. Gleichzeitig müssen dann auch die für europaweite Verfahren gültigen Rechtsvorschriften angewendet werden.

Liegt der ordnungsgemäß geschätzte Auftragswert unterhalb des EU-Schwellenwertes, ist ein nationales Vergabeverfahren durchzuführen. Hierbei findet – bei Vorliegen eines entsprechenden Anwendungsbefehls – die UVgO für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen Anwendung. Das Vorliegen eines Anwendungsbefehls und die im Unterschwellenbereich des jeweiligen Auftraggebers geltenden Vorschriften sind im Einzelfall zu ermitteln und zu bestimmen (insbesondere für Auftraggeber in den einzelnen Bundesländern und Kommunen).

Die jeweils geltenden Schwellenwerte sind abhängig vom konkreten Auftraggeber (klassischer öffentlicher Auftraggeber, Sektorenauftraggeber, oberste Bundesbehörden sowie allen oberen Bundesbehörden und vergleichbaren Bundeseinrichtungen etc.) und vom Auftragsgegenstand (Bauleistung, Liefer- / Dienstleistung, besondere Dienstleistung im Sinne von § 130 GWB).

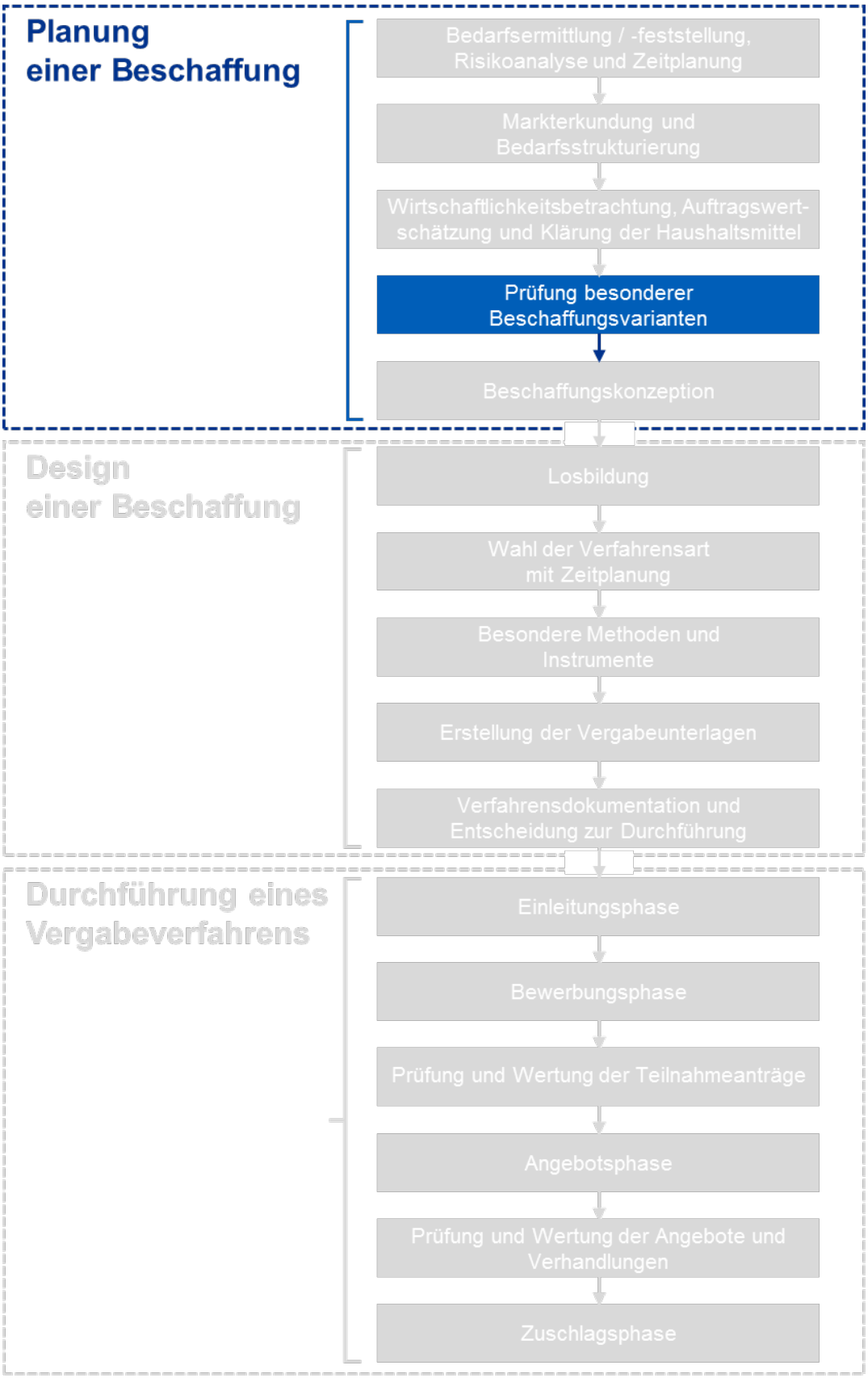
3.3. Klärung der Haushaltsmittel

Nach Klärung der Bedarfsfeststellung und des Nachweises der Wirtschaftlichkeit sind alle Schritte zur Sicherung der für das Vorhaben notwendigen Haushaltsmittel einzuleiten. Hier gilt im Gegensatz zur Schätzung des Auftragswertes nicht das Netto-, sondern Brutto-Prinzip, das heißt alle Wertermittlungen sind inklusive gesetzlicher Mehrwertsteuer zu betrachten. In der Regel wird die Abstimmung mit den jeweiligen Entscheidungsträgern aus dem Haushaltsbereich erfolgen. Für längerfristige Vorhaben sind entsprechende haushalterische Rahmenbedingungen wie beispielsweise Verpflichtungsermächtigungen vorzusehen. Sollten sich diese Grundlagen des Haushalts im Laufe eines Vergabeverfahrens oder während der Vertragsphase ändern, so ist dies mit dem / den Verantwortlichen des Auftraggebers, gegebenenfalls den Verfahrensbeteiligten oder Vertragspartnern rechtzeitig zu klären.

Soweit eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, ist darauf zu achten, dass geeignete organisatorische Regelungen zwischen einerseits der zentralen Beschaffungsstelle beziehungsweise der für die gemeinsame Auftragsvergabe verantwortlichen Stelle und andererseits den dezentralen Bedarfsträgern (Bezugsberechtigen) für die Haushaltsmittelbereitstellung vorgesehen werden. Dies gilt insbesondere, jedoch nicht nur dann, wenn die Bezugsberechtigen Mindestabnahmemengen zusagen, die entsprechend veröffentlicht werden.

Eine frühzeitige und sorgfältige Klärung der Haushaltsmittel ist auch aus Gründen der Sicherheit für die etwaig folgende Durchführung eines Vergabeverfahrens von besonderer Bedeutung. Zwar regeln die Vergabevorschriften auch Sachverhalte, in denen Angebotspreise die vor Einleitung des Vergabeverfahrens festgelegten und dokumentierten eingeplanten Haushaltsmittel des Auftraggebers übersteigen (zum Beispiel § 14 Abs. 3 Nr. 5 VgV). Allerdings können solche Sachverhalte für den Auftraggeber mit erheblichen Unwägbarkeiten verbunden sein, etwa mit dem Risiko einer Auseinandersetzung über die Ordnungsmäßigkeit einer den Haushaltsmitteln zugrunde liegenden Auftragswertschätzung. Hier droht neben Streitigkeiten über die Frage dieser Ordnungsmäßigkeit auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beteiligter Unternehmen am Vergabeverfahren infolge vermeintlich fehlerhafter Auftragswertschätzung.

4. Prüfung alternativer Beschaffungsvarianten



Neben einem herkömmlichen Vergabeverfahren stehen Auftraggeber auch andere Beschaffungsvarianten zur Verfügung. Dazu gehören insbesondere

- der Rückgriff auf bestehende Verträge und dabei insbesondere Rahmenvereinbarungen,
- die Nutzung von In-House-Vergaben oder Etablierung öffentlich-öffentlicher Kooperationen sowie
- der Direktauftrag im nationalen Bereich

Nachfolgend werden diese Beschaffungsvarianten näher erläutert.

4.1. Rückgriff auf bestehende Verträge

Der Auftraggeber sollte vor Initiierung eines Vergabeverfahrens prüfen, ob nicht andere Alternativen existieren, die genutzt werden können, um die gewünschte Lieferungen oder Leistungen beziehen zu können. Es sind diverse Möglichkeiten denkbar wie Leistungen ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens bezogen werden können, wie etwa

- bestehende Einzelverträge
- bestehende eigene Rahmenvereinbarungen
- bestehende fremde Rahmenvereinbarungen mit Abrufberechtigung
- Rahmenvereinbarungen der Bundesverwaltung / Kaufhaus des Bundes (KdB)

Solche Beschaffungsmöglichkeiten sind vor Durchführung eines Vergabeverfahrens stets zu prüfen, auch um die erneute Vergabe von bereits gedeckten Bedarfen zu vermeiden.

4.1.1. *Bestehende Einzelverträge*

Zunächst einmal muss stets geprüft werden, ob bestehende Einzelverträge zum Leistungsbezug genutzt werden können. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn solche Einzelverträge noch nicht ausgeschöpft sind, so dass innerhalb der festgelegten Menge beziehungsweise der finanziellen Obergrenzen noch Spielräume bestehen. Gegebenenfalls können auch im Vertrag (und dem ursprünglichen Vergabeverfahren) verankerte Erweiterungsoptionen oder Verlängerungsoptionen genutzt werden. Schließlich sind unter Umständen auch vergabefreie Vertragsänderungen von bestehenden Einzelverträgen denkbar (siehe Einzelheiten dazu unter Kapitel 0.). So sehen VgV und UVgO beispielsweise auch bestimmte Ausnahmetatbestände vor, die anknüpfend an bestehende Aufträge eine Auftragserweiterung ermöglichen, wie etwa bei zusätzliche Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers und einer bestehenden technischen Unvereinbarkeit mit anderen Produkten beziehungsweise Leistungen (§ 14 Abs. 4 Nr. 5 VgV und § 8 Abs. 4 Nr. 12 UVgO).

4.1.2. *Bestehende eigene Rahmenvereinbarungen*

Sofern der Auftraggeber bezüglich der angefragten Leistung eine bestehende eigene Rahmenvereinbarungen hält, muss er diese Rahmenvereinbarung unter den gegebenen Bedingungen zum Abruf von Leistungen aus der Rahmenvereinbarung nutzen. Dies setzt auch in diesem Fall voraus,

dass die betreffende Rahmenvereinbarung hinsichtlich definierter beziehungsweise einzuhaltender Maximalmengen beziehungsweise entsprechender finanzieller Obergrenzen noch nicht ausgeschöpft ist. Daneben können auch hinsichtlich Rahmenvereinbarungen dort verankerte Erweiterungsoptionen oder Verlängerungsoptionen sowie gegebenenfalls vergabefreie Vertragsänderungen genutzt werden.

Die Nutzung eigener Rahmenvereinbarungen setzt gerade in größeren Organisationen ein geordnetes und aktuelles Vertragsmanagement voraus.

4.1.3. *Bestehende fremde Rahmenvereinbarungen mit Abrufberechtigung*

Möglicherweise ist der Auftraggeber auch berechtigt, fremde Rahmenvereinbarungen zu nutzen, also etwa wenn eine eigenständige Anstalt öffentlichen Rechtes eine Rahmenvereinbarung nutzt, die eine Bundesbehörde und damit der Bund hält. Dies ist allerdings nur unter bestimmten, klar definierten Voraussetzungen möglich. Nur wenn die abrufende Anstalt öffentlichen Rechtes bereits an der betreffenden Vergabe der Bundesbehörde teilgenommen hat und in der Auftragsbekanntmachung entsprechend als Auftraggeber genannt ist, kann sie diese fremde Rahmenvereinbarung nutzen und hat eine Abrufberechtigung.

Andernfalls ist eine Nutzung fremder Rahmenvereinbarungen nicht möglich. Insbesondere ist vor sogenannten Öffnungsklauseln oder Beitrittsmöglichkeiten in fremden Rahmenvereinbarung zu warnen, die letztlich zu einer Umgehung des Vergaberechtes führen. Dabei ist allerdings wie folgt zu differenzieren: Sofern es sich – wie im hiesigen Beispiel - um eine Rahmenvereinbarung einer andere juristische Person handelt, der abrufende Auftraggeber aber nicht an der Vergabe der Rahmenvereinbarung teilgenommen hat, kann er auch keine Öffnungsklauseln oder Beitrittsmöglichkeiten nutzen. Anders kann sich dies wiederum gestalten, wenn eine Bundesbehörde eine Öffnungsklausel oder Beitrittsmöglichkeit einer Rahmenvereinbarung einer anderen Bundesbehörde nutzt, weil hier der gleiche Auftraggeber Leistungen bezieht, nämlich der Bund. In jedem Fall wird in solchen Konstellationen eine Einzelfallprüfung notwendig sein (siehe dazu auch unter Kapitel C.3.1.6.).

4.1.4. *Rahmenvereinbarungen der Bundesverwaltung / Kaufhaus des Bundes (KdB)*

Im Bereich der Bundesverwaltung existiert ein spezifisches System zur Verwaltung und Nutzung gemeinsamer Rahmenvereinbarungen. Die Rahmenvereinbarungen der Bundesverwaltung sind im Kaufhaus des Bundes (KdB) hinterlegt, dem elektronischen Katalog des Beschaffungsamts des Bundesinnenministeriums. In dem Kaufhaus des Bundes können die registrierten Bundesbehörden und Bundeseinrichtungen die im Verwaltungsalltag benötigten Produkte auf einfache Art und Weise bei den Auftragnehmern beziehen. Behörden, deren Bedarf in dem entsprechenden Vergabeverfahren berücksichtigt wurde, können aus dieser Rahmenvereinbarung bestellen. Die aktuellen Bedarfserhebungen können von allen registrierten Nutzern im Kaufhaus des Bundes eingesehen werden.

Das Informationsportal zum Kaufhaus des Bundes ist unter der Internetadresse

http://www.kdb.bund.de

erreichbar. Auch hier ist darauf zu achten, dass die Regularien zur Nutzung fremder

Rahmenvereinbarungen beachtet werden.

4.1.5. *Konditionenvereinbarungen ohne Abrufberechtigung*

Von Rahmenvereinbarungen mit Abrufberechtigung, die mittels Durchführung eines Vergabeverfahrens auf Grundlage des geltenden Vergaberechtes abgeschlossen werden, sind sogenannte Konditionenvereinbarungen (mitunter auch anders tituliert wie etwa als Kooperationsverträge) ohne Abrufberechtigung abzugrenzen (zum Beispiel Konditionenverträge mit Microsoft, wie etwa die sogenannten SelectPlus Verträge). Diese werden auch als unechte Rahmenvereinbarungen bezeichnet, weil sie nicht in einem Vergabeverfahren ausgeschrieben, sondern zur Ermöglichung von besonders guten Konditionen ausgehandelt werden. Eine öffentliche Auftragsvergabe ist in solchen Konstellationen noch nicht erfolgt. Daher ist ein vergabefreier Einzelabruf aus derartigen Konditionenvereinbarungen nicht möglich. Vielmehr ist für die Nutzung solcher Konditionenvereinbarungen – im Beispiel Microsoft also zum Vollzug eines Beitritts beziehungsweise einer Registrierung – regelmäßig ein Vergabeverfahren notwendig. Da ein solches Vergabeverfahren die Bezugnahme auf die bereits existierenden und durchaus komplexen Konditionenvereinbarungen erfordert, bestehen für derartigen Beschaffungen besonderen Rahmenbedingungen, die nachfolgend kurz erläutert werden.

Tipp für die Praxis:

Die Entscheidung, bestimmte Softwareprodukte über eine bestehende Konditionenvereinbarung zu beschaffen, führt in der Regel implizit zu einer Produktfestlegung, die für sich bereits begründungsbedürftig ist. Weiterhin muss darüber hinaus im Zweifel auch sachlich begründet werden können, warum eine spezielle Konditionenvereinbarung mit bestimmten Lizenzmodellen genutzt werden soll, weil durch dieses Vorgehen andere Lizenzmodelle beziehungsweise Bezugsmöglichkeiten für die betreffenden Softwarteprodukte gegebenenfalls ausgeschlossen werden. Daneben unterliegen derartige Konditionenvereinbarung regelmäßig einem Vertraulichkeitsschutz und dürfen daher – anders als es eigentlich vergaberechtlich zu fordern ist – nicht mit den Vergabeunterlagen veröffentlicht werden. Schließlich existieren oftmals spezielle Rabattierungsregelungen, die zu berücksichtigen sind und über die man sich im Vorfeld beispielsweise im Wege einer Markterkundung informieren sollte. Nicht zuletzt erfolgt der Vertrieb meist über Handelspartner der Softwarehersteller, die den Beitritt zu der jeweiligen Konditionenvereinbarung mit dem Hersteller quasi vermitteln, so dass gegebenenfalls auch ein dreiseitiges Vertragsverhältnis zugrunde liegen kann. Insofern ist empfehlenswert, dass man sich mit den Modalitäten solcher Konditionenvereinbarungen sorgfältig vertraut macht, bevor man ein entsprechendes Vergabeverfahren startet.

4.2. In-House-Vergabe und öffentlich-öffentliche Kooperationen

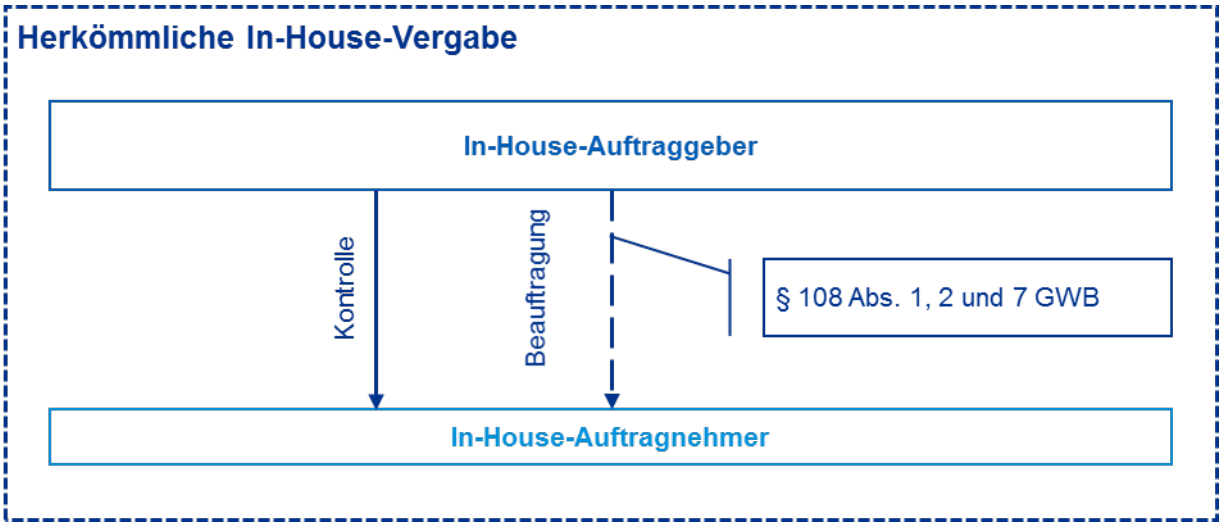
Mit den Regelungen des § 108 GWB wurden mit der Vergabereform 2016 die Grundlagen für die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit und deren Ausnahmen vom GWB-Kartellvergaberecht kodifiziert. § 108 GWB regelt die verschiedenen Fallkonstellationen der In-House-Vergaben und der interkommunalen Zusammenarbeit, in denen die Regelungen des GWB-Kartellvergaberechtes keine Anwendung finden. In der Praxis sind eine Vielzahl von Fällen und Konstellationen denkbar, in denen

eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit von verschiedenen Auftraggebern vorgesehen ist. Aufgrund der Komplexität der Rechtslage und der in vielen Einzelfällen bestehenden Besonderheiten in solchen Fällen und Konstellationen sollte der Auftraggeber jeweils eine vertiefte rechtliche Prüfung vornehmen, gegebenenfalls unter Hinzuziehung externen Spezial-Know-hows, bevor er von den Ausnahmetatbeständen des § 108 GWB ausgeht. Nachfolgend wird insoweit nur ein kurzer kursorischer Überblick über die in § 108 GWB geregelten Fälle und Konstellationen gegeben, der die Prüfung des Vorliegens eines Ausnahmetatbestands im Einzelfall jedoch nicht ersetzt.

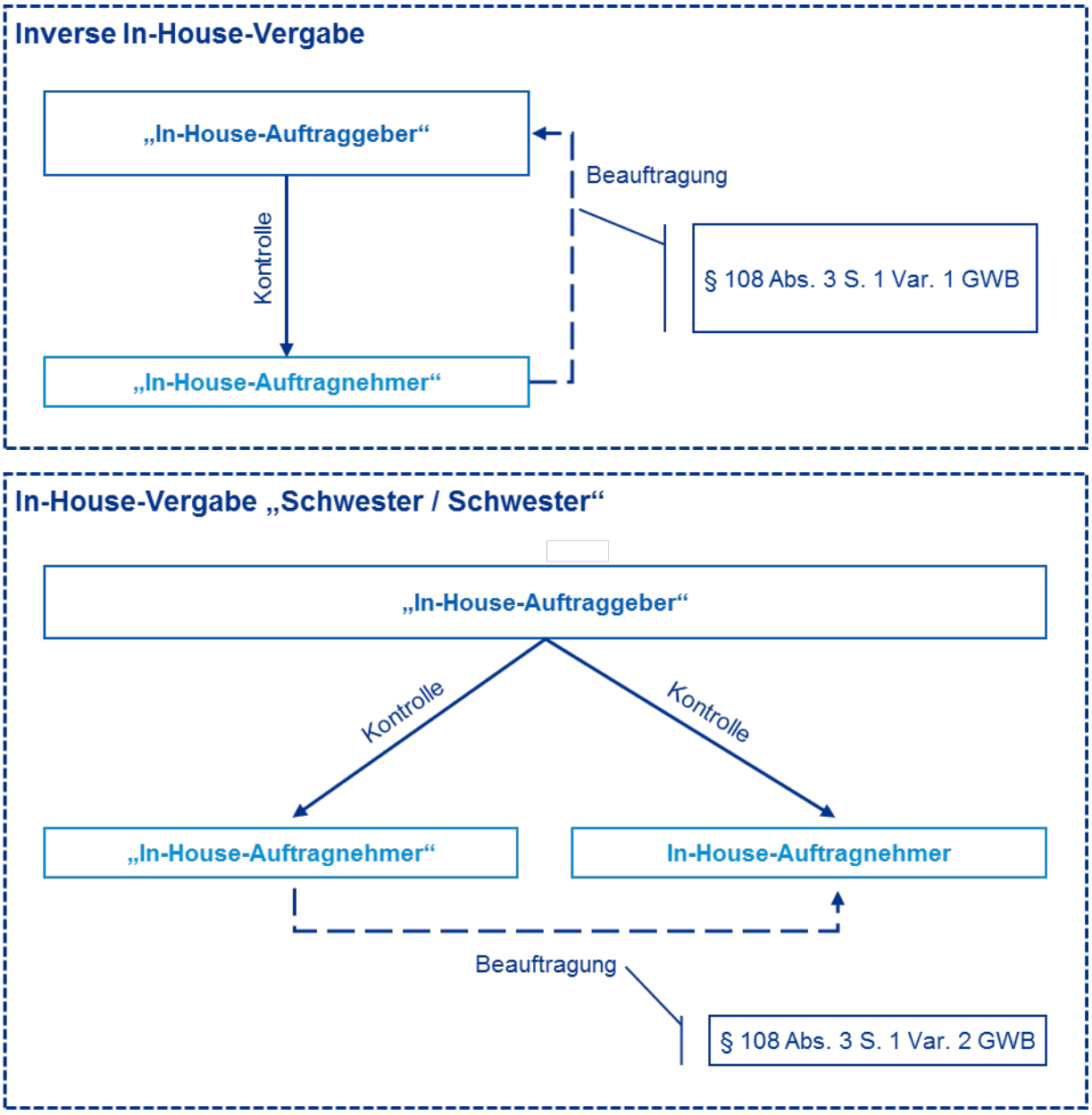
Nach § 108 Abs. 1 GWB sind die Vorschriften des GWB-Kartellvergaberecht nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von einem Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechtes vergeben werden (In-House-Vergabe), wenn

- der Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,
- mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und
- an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

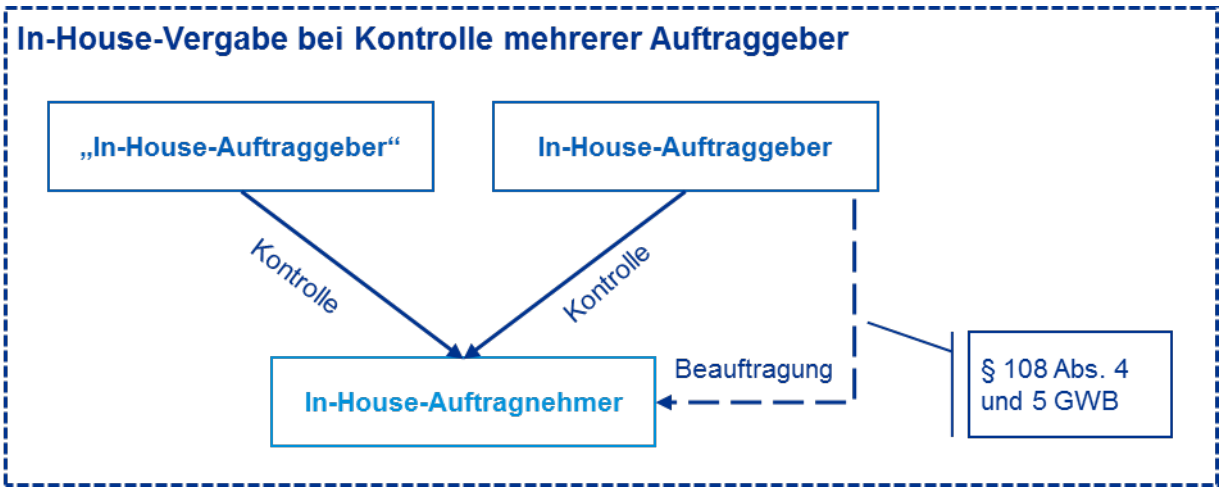
Die Grundkonstellation einer solchen In-House-Vergabe zeigt die nachstehende Grafik:



Daneben regelt § 108 GWB weitere Varianten der In-House-Vergabe, insbesondere die inverse-In-House-Vergabe („Auftragsvergabe von Tochter an kontrollierende Mutter“) und die „Schwester-Schwester“-Konstellation (horizontale In-House-Vergaben). Die beiden vorgenannten Konstellationen ergeben sich im Überblick aus den nachstehenden Grafiken:



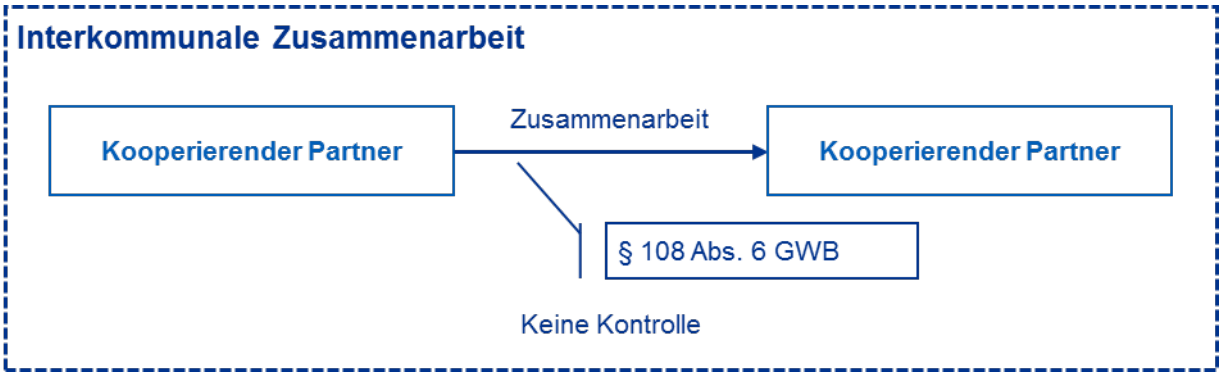
Zudem regelt § 108 GWB auch einzelne Fälle der Vergabe von öffentlichen Aufträgen, bei denen der Auftraggeber über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechtes zwar keine Kontrolle im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB ausübt, aber der Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen. Auch diese Konstellation ist nachstehend in Form einer Grafik dargestellt:



Die Ausnahme der Konstellation einer sogenannten interkommunalen Zusammenarbeit regelt § 108 Abs. 6 GWB. Danach ist das GWB-Kartellvergaberecht nicht anzuwenden auf Verträge, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB geschlossen werden, wenn

- der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,
- die Durchführung der Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und
- die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit erfasst sind.

Auch diese Konstellation ist nachstehend als Grafik dargestellt:



Für den Bereich der IT wurde – ausgehend von den „Kieler Beschlüssen“ – die Umsetzung von vertraglichen Kooperationen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden im Bereich Datenverarbeitung

und Informationstechnik im Auftrag des IT-Planungsrats rechtsgutachterlich untersucht. Im Mittelpunkt des hierzu veröffentlichten Gutachtens vom 20. August 2014 stehen Gestaltungsvarianten zur Sicherstellung rechtskonformer gemeinsamer Beschaffung, Entwicklung und Pflege sowie rechtskonformen gemeinsamen Betriebs von Softwarelösungen unter vorrangiger Betrachtung von vertraglichen Kooperationen für die öffentliche Verwaltung in Deutschland. Der IT-Planungsrat hat parallel zu diesem Gutachten den „Leitfaden zur Gestaltung vertraglicher Softwarekooperationen“ vom 20. August 2014 veröffentlicht. Der Leitfaden soll Fach- und IT-Experten aus Behörden des Bundes, der Länder und der Kommunen bei der Gestaltung von vertraglichen Kooperationen mit den Schwerpunkten Einkauf, Entwicklung, Betrieb und Pflege von Software unterstützen.

4.3. Direktauftrag im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte

Auftraggeber können gemäß § 14 UVgO Leistungen (Liefer- und Dienstleistungen) mit einem geschätzten Auftragswert in Höhe von maximal 1.000 Euro netto unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ohne ein förmliches Vergabeverfahren beschaffen (sogenannter Direktauftrag). Der Auftragswert ist nach den Regeln des § 3 VgV zu schätzen und betrifft den Nettowert, ohne gesetzlicher Umsatzsteuer. Wenn auch nicht vorgeschrieben so bietet sich für eine sachgerechte Leistungsabgrenzung und Auftragswertschätzung regelmäßig eine Markterkundung und folgend eine Erstellung von Vergabeunterlagen an. Beides kann auf ein notwendiges Maß reduziert werden.

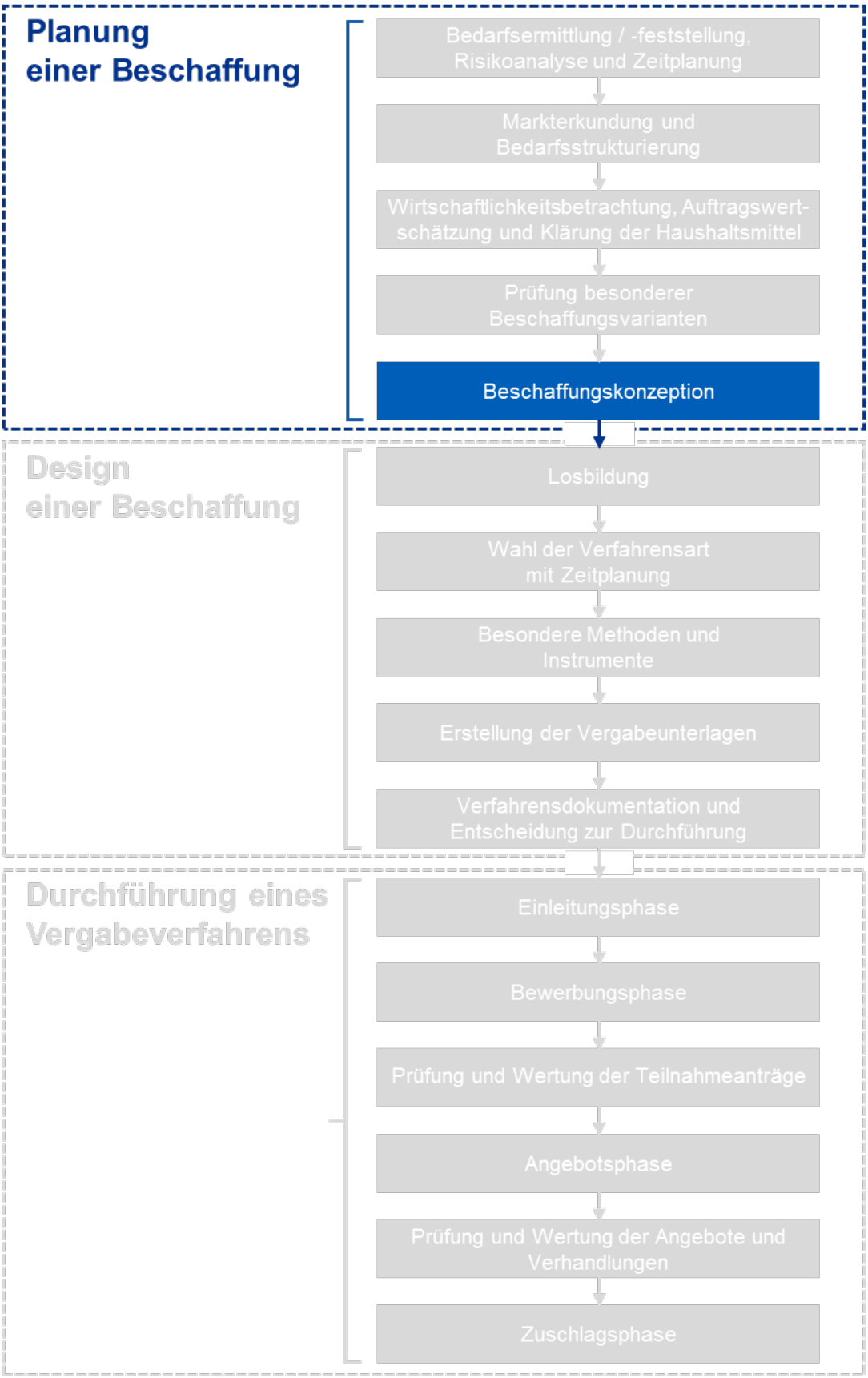
Im Falle von mehreren oder folgenden Direktaufträgen soll der Auftraggeber zwischen den beauftragten Unternehmen wechseln, um ein Mindestmaß an Wettbewerb zu gewährleisten.

5. Beschaffungskonzeption

Gelangt der Auftraggeber im Rahmen der vorangegangenen Schritte der Planung einer Beschaffung zu dem Ergebnis, dass ein neues Vergabeverfahren einzuleiten ist, bedarf es einer Beschaffungskonzeption für dieses Vergabeverfahren. Die Beschaffungskonzeption ist zentraler Ausgangspunkt für die Vorbereitung eines Vergabeverfahrens. Innerhalb der Beschaffungskonzeption sind Fragen zu behandeln, die für eine vergaberechtskonforme Verfahrensführung notwendig sind und eng mit dem zuvor ermittelten und strukturierten Bedarf verbunden sind. Die Ergebnisse der Beschaffungskonzeption bilden die Grundlage für die weitere Vorbereitung des Vergabeverfahrens in der folgenden Phase des Designs einer Beschaffung, das insbesondere die Erstellung der Vergabeunterlagen umfasst.

In diesem Kapitel werden die zentralen und wesentlichen Aspekte vorgestellt und behandelt, die im Rahmen der Beschaffungskonzeption zu bearbeiten sind. Die nachfolgende Darstellung dieser Aspekte ist wie folgt aufgebaut:

- Aspekte einer produktspezifischen Beschaffung
- Aspekte im Zusammenhang mit dem Gebot der losweisen Vergabe
- Aspekte der Nachhaltigkeit
- Vorgabe eines Selbstausführungsgebotes
- Aspekte im Zusammenhang mit optionalen Leistungen
- Einbeziehung von Know-how der Anbietermärkte
- Verhandlungsverfahren / Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb
- Festlegung von Eignungskriterien
- Festlegung von Zuschlagskriterien
- Mitwirkung von Externen und Maßnahmen zum unverfälschten Wettbewerb
- Gründe für Sicherheitsrelevanz des Auftrages
- Gründe für Notwendigkeit einer Sicherheitsüberprüfung
- Gründe für Geheimschutzbedürftigkeit


Planung
einer Beschaffung
Bedarfsermittlung / -feststellung, Risikoanalyse und Zeitplanung
Markterkundung und Bedarfsstrukturierung
Wirtschaftlichkeitsbetrachtung, Auftragswert-schätzung und Klärung der Haushaltsmittel
Prüfung besonderer Beschaffungsvarianten
Beschaffungskonzeption
Design
einer Beschaffung
Losbildung
Wahl der Verfahrensart mit Zeitplanung
Besondere Methoden und Instrumente
Erstellung der Vergabeunterlagen
Verfahrensdokumentation und Entscheidung zur Durchführung
Durchführung eines Vergabeverfahrens
Einleitungsphase
Bewerbungsphase
Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge
Angebotsphase
Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen
Zuschlagsphase

5.1. Aspekte der produktspezifischen Beschaffung

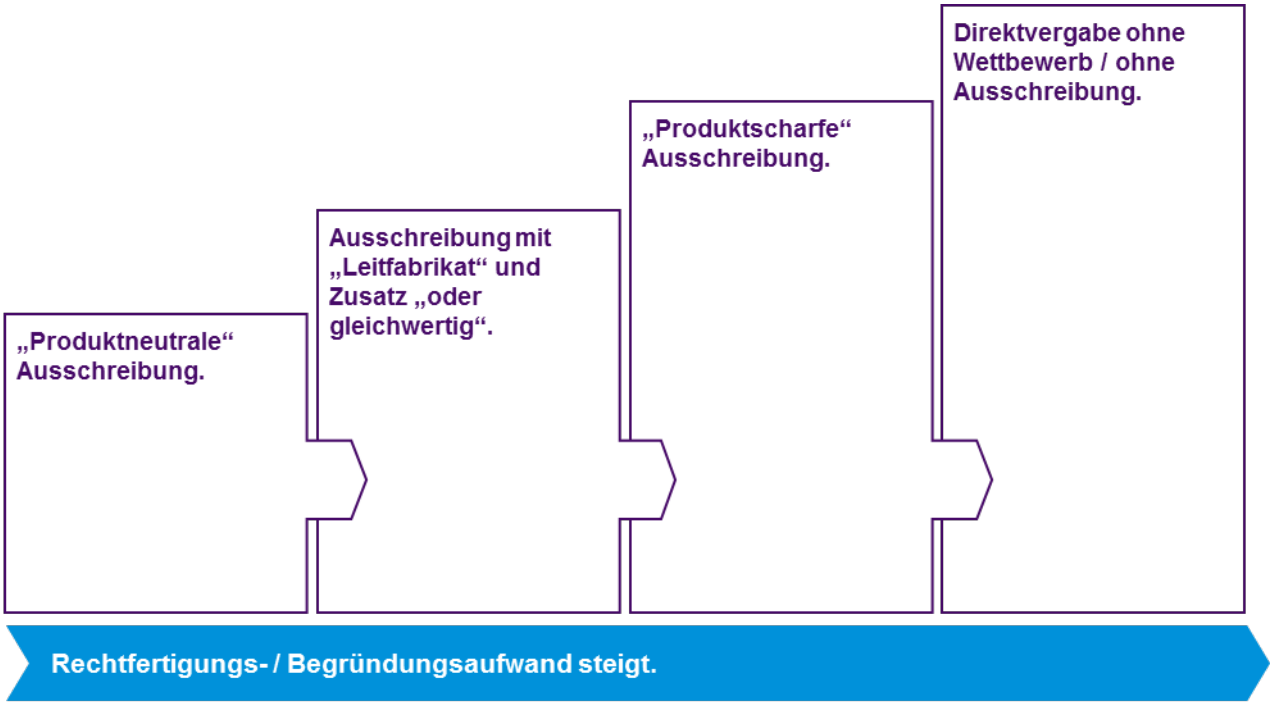
Von besonderer Relevanz in der Praxis der IT-Beschaffung ist der Umgang mit Produktangaben des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen, insbesondere Fälle, in denen der Auftraggeber erwägt, eine produktspezifische Beschaffung vorzunehmen. Beispielsweise Aspekte der Kompatibilität und einer erprobten und gewohnten Nutzerumgebung (Hard- und Softwareumfeld) können Auftraggeber vor die Frage stellen, ob und inwieweit eine produktspezifische Beschaffung oder Produktangaben in den Vergabeunterlagen möglich, sinnvoll und zulässig sind.

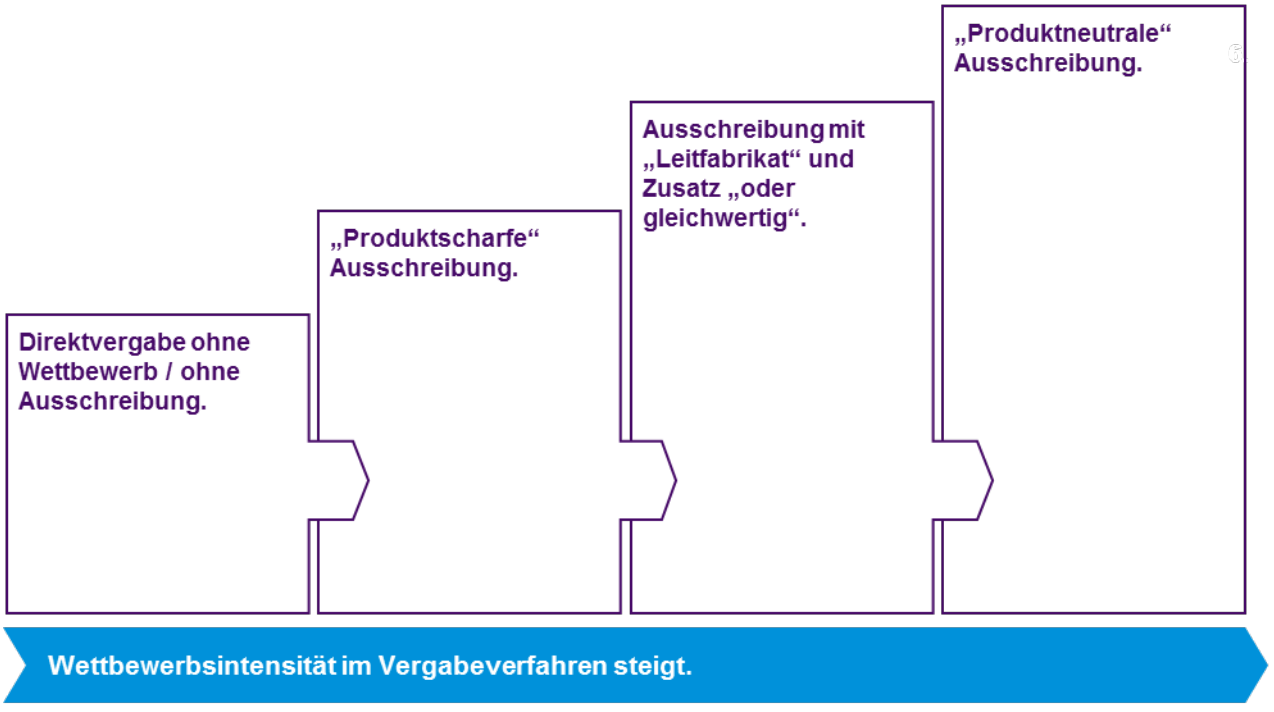
Bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption ist die Frage näher zu untersuchen und zu bearbeiten. Dabei sind die rechtlichen Rahmenbedingungen für produktspezifische Beschaffungen und für Produktangaben in den Vergabeunterlagen in Einklang zu bringen mit dem konkreten zuvor vom Auftraggeber ermittelten Bedarf.

Der Auftraggeber ist bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen im rechtlichen Ansatz ungebunden und weitestgehend frei (Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers). Das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung. Hinsichtlich der Art und Weise der Beschaffung im Hinblick auf Produktvorgaben bestimmen die Vergabevorschriften, dass in den Vergabeunterlagen grundsätzlich nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden (Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung, § 31 Abs. 6 VgV, § 23 Abs. 5 UVgO). Das gilt auch für sogenannte verdeckte Produktvorgaben, bei denen zwar nicht explizit ein Produkt in der Leistungsbeschreibung genannt wird, aber entweder der Text eines bestimmten Produktdatenblattes in die Leistungsbeschreibung übernommen wurde oder durch bestimmte scheinbar neutral beschriebene Spezifikationen verdeckt doch eine Produktvorgabe vorliegt.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung gestatten die Vergabevorschriften insbesondere für den Fall, dass ein solcher Verweis durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, das heißt ein sachlicher Grund für einen solchen Verweis vorliegt. 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.

Für die Beschaffungskonzeption bedeuten diese rechtlichen Rahmenbedingungen, dass der Auftraggeber ermitteln muss, welche Form der Ausschreibung er im konkreten Einzelfall wählt und ob und inwieweit dies rechtlich zulässig ist. Die nachstehenden Grafiken geben einen Überblick über die Wirkung der verschiedenen Formen der Ausschreibung auf Rechtfertigungsnotwendigkeit für den Auftraggeber auf der einen Seite und die Wettbewerbsintensität im Rahmen der Ausschreibung auf der anderen Seite:


„Produktneutrale“ Ausschreibung.
Ausschreibung mit „Leitfabrikat“ und Zusatz „oder gleichwertig“.
„Produktscharfe“ Ausschreibung.
Direktvergabe ohne Wettbewerb / ohne Ausschreibung.
Rechtfertigungs- / Begründungsaufwand steigt.


Direktvergabe ohne Wettbewerb / ohne Ausschreibung.
„Produktscharfe“ Ausschreibung.
Ausschreibung mit „Leitfabrikat“ und Zusatz „oder gleichwertig“.
„Produktneutrale“ Ausschreibung.
Wettbewerbsintensität im Vergabeverfahren steigt.

Im Folgenden werden die wesentlichen Rahmenbedingungen und Unterschiede hinsichtlich der zwei in der Praxis besonders relevanten Fallgruppen – die „produktscharfe Ausschreibung“ auf der einen Seite und die Produktfestlegung mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ (Leitfabrikat) auf der anderen Seite näher erläutert:

5.1.1. *Ausnahmefall produktscharfe Ausschreibung (ohne Zusatz „oder gleichwertig“)*

Eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren (produktscharfe Ausschreibung) können ausnahmsweise vorgegeben werden, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Dieser Fall der produktscharfen Ausschreibung führt zur Vorgabe eines bestimmten Produktes innerhalb der Vergabeunterlagen, ohne dass andere Produkte zugelassen sind. Ein Zusatz „oder gleichwertig“ wird in diesen Fällen nicht aufgenommen, Angebote „gleichwertiger“ Produkte sind danach weder vorgesehen noch zulässig.

Die Rechtfertigung einer solchen produktscharfen Ausschreibung setzt grundsätzlich Folgendes voraus:

- Die Produktfestlegung ist durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt.
- Vom Auftraggeber sind für die Produktfestlegung nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden und die Bestimmung ist folglich willkürfrei erfolgt.
- Solche Gründe sind tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen).
- Die Produktfestlegung diskriminiert andere Wirtschaftsteilnehmer nicht.

Im Bereich der IT-Beschaffung setzen Fälle von Produktfestlegungen als Ausnahmetatbestände jeweils einen besonderen Rechtfertigungs- und Begründungsaufwand durch den Auftraggeber voraus. Kommt der Auftraggeber seinen Prüfungs-, Rechtfertigungs- und Begründungspflichten insoweit nach kann eine Produktfestlegung gerade im Bereich der IT-Beschaffung im Einzelfall durchaus gerechtfertigt sein (Beispiele aus dem Bereich der IT-Beschaffung: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2014 - Verg 29/13, Hochschulverwaltungssoftware; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.11.2013 - 15 Verg 5/13, Erweiterung Vermittlungs- und Dokumentationssystems eines Einsatzleitsystems).

Im Rahmen der Beschaffungskonzeption ist das Vorliegen dieser Voraussetzungen im Einzelfall zu prüfen. Beispielsweise aufgrund einer bereits im Einsatz befindlichen Lösungen oder Systeme oder spezieller sachlich begründeter Anforderungen und Funktionen des Auftraggebers, auch zur Bewirkung einer wesentlichen Verringerung von Risikopotentialen (Risiko von Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen, höherem Umstellungsaufwand) können sich dabei ausnahmsweise bestimmte zwingende Vorgaben ergeben, die zu einer Reduzierung der in Betracht kommenden Lösungen und zur näheren Untersuchung der Frage einer zulässigen Produktfestlegung führen. Erforderlich ist hierfür stets eine sorgfältige Bedarfsermittlung, idealerweise in Verbindung mit einer angemessenen Markterkundung, sowie die Dokumentation der zugehörigen Ergebnisse und der sachlichen Gründe, die zur Festlegung auf ein bestimmtes Produkt führen.

5.1.2. *Ausnahmefall Produktangabe mit Zusatz „oder gleichwertig“:*

Vom Ausnahmefall der produktscharfen Ausschreibung ist der weitere, rechtlich unter bestimmten Voraussetzungen zulässige Ausnahmefall der Produktfestlegung mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ (Leitfabrikat) abzugrenzen. In diesem letztgenannten Ausnahmefall führt nicht zur zwingenden Vorgabe eines bestimmten Produktes innerhalb der Vergabeunterlagen. Vielmehr eröffnet der Zusatz „oder gleichwertig“ den Wettbewerb für gleichwertige Produkte. Angebote „gleichwertiger“ Produkte sind in diesem Fall zulässig.

Diese Form der Ausschreibung (Leitfabrikat mit Zusatz „oder gleichwertig“) ist zulässig, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Für eine transparente und belastbare Gleichwertigkeitsprüfung sind Kriterien festzulegen und in die Vergabeunterlagen aufzunehmen, nach denen sich die Gleichwertigkeit bestimmt. Diese Kriterien sind in den Vergabeunterlagen bekannt zu machen und verbindliche Grundlage der Gleichwertigkeitsprüfung im Rahmen der Prüfung und Wertung der Angebote im Vergabeverfahren.

5.2. Aspekte im Zusammenhang mit Open Source Software

Im Bereich der Softwarebeschaffung ist bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption der Umgang mit Open Source Software zu behandeln. Hierbei sind insbesondere die nachstehenden Aspekte zu berücksichtigen:

Die Eingrenzung des Beschaffungsgegenstandes auf „Open Source Software“ in der Beschreibung der Leistungen kann problematisch sein, da der Begriff „Open Source Software“ gegebenenfalls nicht durch alle Bieter eindeutig und identisch verstanden wird. Darüber hinaus kann dies zu einer Einschränkung des Wettbewerbes führen, da zum Beispiel Händler proprietärer Software (welche den Quelltext nicht veröffentlichen) an dem Vergabeverfahren nicht teilnehmen könnten.

Können Auftraggeber allerdings sachliche Gründe anführen, aufgrund derer er sich für eine Beschaffung von „Open Source Software“ mit offenem Quellcode entscheidet, so wird dies grundsätzlich im Rahmen des Leistungsbestimmungsrechtes ein zulässiger Vorgang sein. Hier sollten sich Auftraggeber hinsichtlich der Begründung einer solchen Festlegung aber an den Rahmenbedingungen produktspezifischer Beschaffung orientieren.

Da „Open Source Software“ spezifische Nutzungs- und Lizenzierungsmodalitäten voraussetzt, ist es naheliegend, in den Vertragsunterlagen die konkreten Anforderungen an die Ausgestaltung der Nutzungsrechte aufzunehmen. Alle diese Anforderungen müssen jedoch auf den Bedarf des Auftraggebers im jeweiligen Einzelfall ausgerichtet werden. Sofern sich einzelne Anforderungen als wettbewerbseinschränkend erweisen, müssen diesbezüglich sachliche Gründe bestehen. Beispielsweise kann es sein, dass der Auftraggeber plant, selbst oder durch Dritte eine Softwaremodifikation vorzunehmen (zum Beispiel zur Herstellung einer Schnittstelle).

Die Open Source Business Alliance (OSB Alliance) hat bereits 2013 die „Handreichungen zur Nutzung der EVB-IT beim Einsatz von Open Source Software – Beschaffung von Open Source Software für Behörden und öffentliche Einrichtungen“ veröffentlicht. Darin werden Formulierungsvorschläge für Nutzungs- und Lizenzierungsmodalitäten im Rahmen der damals aktuellen EVB-IT unterbreitet.

5.3. Aspekte im Zusammenhang mit dem Gebot der losweisen Vergabe

Innerhalb der Beschaffungskonzeption sind Fragen im Zusammenhang mit einer etwaigen Losbildung oder eines etwaigen Loszuschnitts zu behandeln. Hier müssen bereits bei der Beschaffungskonzeption die Grundlagen ermittelt werden, die in der Phase des Designs einer Beschaffung die endgültige begründete Entscheidung über die Losbildung ermöglichen.

Ausgangspunkt ist hier das vergaberechtliche Mittelstandsgebot und der Grundsatz der losweisen Vergabe (§ 97 Abs. 4 GWB, §§ 2 Abs. 4, 22 UVgO). Danach sind Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Jede Zusammenfassung teilbarer Leistungen ist daher besonders zu begründen. Aus der Begründung müssen die Erwägungen des Auftraggebers, die zu seiner Entscheidung über Losbildung und Loszuschnitt geführt haben nachvollziehbar und belastbar hervorgehen.

Insbesondere bei komplexeren IT-Projekten, bei denen sowohl eine Bündelung von Leistungen als auch eine Trennung von Leistungen in Teil- oder Fachlose in Betracht kommt, ist dieser Grundsatz zu beachten. Der Zuschnitt der zu vergebenden Leistungen für das oder die für das Projekt durchzuführenden Vergabeverfahren ist dabei unter Berücksichtigung der Bedarfsermittlung, der definierten Beschaffungsziele, des Marktes sowie insoweit relevanter wirtschaftlicher und technischer Aspekte zu prüfen und zu bewerten. Größe und Zuschnitt zu bildender Lose haben erheblichen Einfluss auf die spätere Durchführung des Auftrages, insbesondere auch hinsichtlich der vom Auftraggeber selbst benötigten internen Ressourcen und Kapazitäten, insbesondere im Hinblick auf etwaige Mitwirkungs- oder Beistellungsleistungen.

Bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Zusammenfassung teilbarer Leistungen sind insbesondere die nachstehenden Rahmenbedingungen zu berücksichtigen:

Der Auftraggeber definiert zunächst sein Beschaffungsziel. Eine Losaufteilung kommt danach nur in Betracht, wenn und soweit die mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten (übergeordneten) Ziele sich auch bei einer Losaufteilung erreichen lassen. Eine Losaufteilung ist nicht möglich, wenn die mit der Beschaffung verfolgten (rechtmäßigen) Ziele durch eine Losaufteilung gar nicht erreicht werden können. Es obliegt grundsätzlich dem Auftraggeber, darüber zu bestimmen, welche Beschaffungsziele er auf welche Weise erreichen möchte (Leistungsbestimmungsrecht).

Trotz seiner grundsätzlichen Bestimmungsautonomie hat der Auftraggeber dabei aber keine unbeschränkte Wahlfreiheit. Bei der Frage der Losbildung und des Loszuschnitts ist dem Auftraggeber jedoch eine Einschätzungsprärogative einzuräumen. Die Erforderlichkeit einer Gesamtvergabe oder einer eingeschränkten Losbildung ist daher daran zu messen, ob wirtschaftliche oder technische Gründe eine Unterteilung vernünftigerweise geboten erscheinen lassen. Dabei spielen vor allem in die Zukunft und auf die ordnungsgemäße Auftragsausführung gerichtete Überlegungen des Auftraggebers eine wesentliche Rolle.

Die widerstreitenden Belange (insbesondere solche der Anbietermärkte, die möglicherweise ein Interesse an einem kleinteiligeren Loszuschnitt haben) sind gegeneinander abzuwägen, wobei die Abwägung einen Wertungsüberhang für die vom Auftraggeber möglicherweise bevorzugte Zusammenfassung von Leistungen ergeben muss. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, Ausschreibungen durch eine Aufteilung in Lose auf bestimmte Unternehmen zuzuschneiden.

Die rechtliche Kontrolle ist wegen der dem Auftraggeber zukommenden Einschätzungsprärogative beschränkt. Die Nachprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen ist begrenzt auf eine vollständige und zutreffende Tatsachenermittlung durch den Auftraggeber, auf das Anbringen sachgerechter und nicht willkürlicher Überlegungen sowie auf die Einhaltung anerkannter Bewertungsgrundsätze und -maßstäbe.

Technische Gründe im Sinne der § 97 Abs. 4 GWB, § 22 UVgO für eine Zusammenfassung von Losen liegen beispielweise vor, wenn eine Integration aller Leistungsschritte in einer Hand zur Erreichung des vom Auftraggeber angestrebten Qualitätsniveaus erforderlich ist. Dies kann beispielsweise bei technischen Inkompatibilitäten der Fall sein, die aufgrund eines außergewöhnlich hohen Integrationsgrades bei besonders komplexen IT-Systemen (zum Beispiel Erweiterung eines vorhandenen Rechenzentrums um zu integrierende Hochverfügbarkeitshardware und -software) entstehen. Solche technischen Inkompatibilitäten aufgrund eines außergewöhnlich hohen Integrationsgrades können sich zum Beispiel daraus ergeben, dass es sich bei den zu beschaffenden Teilleistungen

- um ineinander greifende beziehungsweise aufeinander aufbauende Arbeitsabläufe (Gesamtsystem) handelt
- eine enge Verzahnung der Teilleistungen besteht oder
- die Gefahr verlängerter Entwicklungszyklen für Software-Komponenten im Fall einer Entkopplung von technischen Leistungen und einer Verteilung auf mehrere Auftragnehmer droht

Wirtschaftliche Gründe im Sinne der § 97 Abs. 4 GWB, § 22 UVgO für eine Zusammenfassung von Losen können bestehen, wenn eine Losaufteilung zu erheblichen Mehrkosten beim Auftraggeber führen würde. Diese können sich beispielweise aus einem über das übliche Maß deutlich hinausgehenden Aufwands für Management, Koordination und Integration der Leistungserbringung ergeben. Der Auftraggeber muss die bei einer losweisen Vergabe entstehenden Mehrkosten so konkret wie möglich ermitteln und entsprechend dokumentieren sowie die Berechnungsgrundlagen und -ergebnisse transparent ausweisen. Die Mehrkosten müssen im Verhältnis zum Gesamtauftragswert ein nennenswertes Volumen erreichen. Um Art und Umfang entsprechender Mehrkosten im konkreten Fall möglichst präzise ermitteln und dokumentieren zu können, kann beispielsweise eine IT-Wirtschaftlichkeitsbetrachtung durchgeführt werden. Darüber hinaus kann eine Aufteilung des Auftrages auf Grund der Zersplitterung der Leistung – neben technischen Inkompatibilitäten – auch zur Unwirtschaftlichkeit einer Losbildung führen. Ein extremes Beispiel hierfür wäre die Beschaffung der Einzelteile eines Personalcomputers über verschiedene einzelne Lose. Aber auch bei der Integration unterschiedlicher Hardwarekomponenten und Software nach gesicherten Erfahrungswerten im System können Kompatibilitätsprobleme, technische Schwierigkeiten und Verzögerungen auftreten, die zu Mehrkosten beim Gebrauch führen.

Grundsätzlich ist die Entscheidung über Losbildung und Loszuschnitt am konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der zugrundeliegenden tatsächlichen Umstände zu treffen. Eine nachvollziehbare und belastbare Entscheidung nebst zugehöriger Begründung setzt jedoch stets eine Prüfung, Auseinandersetzung und Bewertung dieser tatsächlichen Umstände anhand der vorstehend dargestellten Rahmenbedingungen voraus.

Tipp für die Praxis:

Für die Ermittlung in wie viele Lose welcher Größenordnung ein Auftrag geteilt werden sollte, um eine wirksame mittelständische Beteiligung am Wettbewerb zu gewährleisten, kann auf den über das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie veröffentlichen „Leitfaden mittelstandsgerechte Teillosbildung" und auf das dazugehörige Excel-Berechnungstool zurückgegriffen werden. Mit Hilfe des Excel-Berechnungstools kann ausgehend von einem vorgegebenen Gesamtauftragsvolumen sowie der vorgesehenen Leistungszeit für verschiedene Branchen und Gewerke eine Indikation für den möglichen Loszuschnitt für ein typisches mittelständisches Unternehmen des betroffenen Leistungsbereiches ermittelt werden.

5.4. Aspekte der Nachhaltigkeit

Im Rahmen der Beschaffungskonzeption sind gerade bei IT-Beschaffungen auch etwaige Aspekte der Nachhaltigkeit zu berücksichtigen. Bereits für die Bestimmung des Auftragsgegenstandes in Vorbereitung der Erstellung der Leistungsbeschreibung, aber auch bis hin zur Gestaltung der Zuschlagskriterien bestehen verschiedene rechtliche Möglichkeiten, Aspekte der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte bei der Auftragsvergabe in zulässiger Weise zu berücksichtigen. Ob und inwieweit sich die einzelne Beschaffung hierfür eignet und wie Berücksichtigung dieser Aspekte sinnvoll, zielgerichtet und rechtssicher erfolgen kann, ist bei der Beschaffungskonzeption zu untersuchen und grundsätzlich festzulegen. Dabei sind bereits bei der Beschaffungskonzeption die nachstehenden Ausführungen zu berücksichtigen.

5.4.1. *Nachhaltigkeit bei Ausführungsbedingungen*

Nach § 128 Abs. 2 GWB können auftragsbezogene Ausführungsbedingungen insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen. Mit Blick auf soziale Nachhaltigkeitskriterien (z.B. ILO-Kernarbeitsnormen) beim Einkauf von Hardware und Dienstleistungen empfiehlt sich der Rückgriff auf praxiserbrobte Standards. Die Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung des Beschaffungsamts des BMI (KNB) stellt hierfür unter http://www.nachhaltige-beschaffung.info ein Paket aus Formularen und Textbausteinen für die Vergabeunterlagen bereit.

5.4.2. *Nachhaltigkeit bei Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen*

Nach § 31 Abs. 3 VgV, § 23 Abs. 2 UVgO können Merkmale, die soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen in die Leistungsbeschreibung einfließen.

Für den Bereich der Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte gibt § 67 Abs. 1 VgV als umweltbezogenen Aspekt bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen Anforderungen an die Leistungsbeschreibung vor. Wenn energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen beschafft oder diese wesentliche Voraussetzung zur Ausführung einer Leistung sind, soll im Rahmen dieser Vergaben das höchste Leistungsniveau in Bezug auf Energieeffizienz und die höchste Energieeffizienzklasse gefordert werden. Gemäß § 67 Abs. 3 Nr. 1 VgV müssen mit dem Angebot grundsätzlich auch Informationen zum

Energieverbrauch und in geeigneten Fällen eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten der Leistung und Produkte abgefragt werden.

Etwaige Standards, etwa im Zusammenhang mit der Verwendung von Zertifikaten und Gütezeichen, müssen unter Berücksichtigung der hierfür geltenden rechtlichen Vorgaben (beispielsweise aus den Vergabegrundsätzen und aus §§ 33, 34 VgV, § 24 UVgO) verwendet werden. Zudem müssen etwaige aufgestellte Anforderungen hinsichtlich sozialer und umweltbezogener Aspekte so definiert werden, dass sie in der Leistungsbeschreibung eindeutig und ausdrücklich angegeben werden können.

Nach § 128 Abs. 2 S. 3 GWB können Sozial- und Umweltaspekte auch in Form von Vertragsbedingungen berücksichtigt werden.

5.4.3. *Nachhaltigkeit bei Eignungskriterien*

Sozial- und Umweltaspekte können auch im Rahmen der Eignungsprüfung eine Rolle spielen. Nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB können – unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat. Als zwingender Ausschlussgrund in Bezug auf Sozialaspekte kommt zudem die Vorschrift des § 123 Abs. 4 Nr. 1 GWB in Betracht, wenn die unzulässige Nichtzahlung von Sozialabgaben rechts- und bestandskräftig festgestellt worden ist.

5.4.4. *Nachhaltigkeit bei Zuschlagskriterien*

Umwelt- und Sozialaspekte können auch im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes und bei der Aufstellung der Zuschlagskriterien (§ 127 GWB, § 58 VgV, § 43 UVgO) berücksichtigt werden. Für Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte regelt § 67 Abs. 5 VgV zudem, dass bei der Beschaffung von energieverbrauchsrelevanten Liefer- und Dienstleistungen (§ 67 Abs. 1 VgV) der mit der Leistungsbeschreibung abgefragte Energieverbrauch bei der Angebotswertung angemessen berücksichtigt werden.

Ob und inwieweit sich solche Aspekte im Einzelfall tatsächlich als Zuschlagskriterien eignen und angemessen berücksichtigt werden (können), ist im Einzelfall im Rahmen der Beschaffungskonzeption zu prüfen. Dabei sind auch die grundsätzlich für die Aufstellung von Zuschlagskriterien geltenden Vergabevorschriften zu beachten. In diesem Zusammenhang ist auch für den Fall der Berücksichtigung umweltbezogener oder sozialer Aspekte auf der Ebene der Zuschlagskriterien zu beachten, dass sämtliche Zuschlagskriterien stets mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen (Auftragsbezogenheit). Diese notwendige Verbindung ist nach § 127 Abs. 3 S. 2 GWB, § 43 Abs. 3 S. 2 UVgO auch dann anzunehmen, wenn es sich um die Bereiche der Herstellung, Bereitstellung, Entsorgung, auf den Handel oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus bezieht. Dies gilt auch, wenn hierbei keine Auswirkungen auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes feststellbar sind. Erwägt der Auftraggeber unter Berücksichtigung dieser Regelungen die Berücksichtigung von sozialen oder umweltbezogenen Aspekten bei den Zuschlagskriterien ist darüber hinaus stets zu berücksichtigen, dass diese Aspekte entsprechend den Transparenzanforderungen an Zuschlagskriterien, Unterkriterien, Gewichtungen und

Bewertungsmethoden umzusetzen sind. Hier bedarf der Aufstellung praktikabler, sinnvoller und für den einzelnen Beschaffungsgegenstand geeigneter Methoden, um tatsächlich zu einer rechtliche zulässigen und wirtschaftlich sinnvollen Gestaltung von Zuschlagskriterien im Zusammenhang mit sozialen und umweltbezogenen Aspekten zu gelangen.

5.5. Vorgabe eines Selbstausführungsgebotes

Ein weiterer bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption zu berücksichtigender Aspekt ist die Frage einer Vorgabe des Auftraggebers an die Bewerber und Bieter des Vergabeverfahrens, dass alle oder bestimmte (im Bereich der Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte: „kritische“) Aufgaben bei der Leistungserbringung unmittelbar vom Auftragnehmer selbst oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen (Selbstausführungsgebot).

§ 26 Abs. 6 UVgO räumt dem Auftraggeber für Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte insoweit einen weiten freien Entscheidungsspielraum ein. Vor dem Hintergrund, dass mit der Vorgabe eines Selbstausführungsgebotes aber Konsequenzen für den angesprochenen Markt und damit die Intensität des Wettbewerbes verbunden sind, empfiehlt sich auch unterhalb der EU-Schwellenwerte die Vorgabe eines Selbstausführungsgebotes stets kritisch auf ihre Folgen zu prüfen und zu bewerten.

Für den Bereich der Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte besteht grundsätzlich ein uneingeschränktes Recht der Bieter, die ausgeschriebenen Leistungen nicht selbst sondern durch andere Unternehmen (Unterauftragnehmer) zu erbringen. Nur ausnahmsweise dürfen Auftraggeber den Bietern vorgeben, dass bestimmte ausgeschriebene Leistungen nur durch sie oder im Fall einer Bietergemeinschaft durch ein Mitglied der Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen. Gemäß § 47 Abs. 5 VgV ist ein solches vom Auftraggeber festgelegtes Selbstausführungsgebot nur dann zulässig, wenn die Leistungen „bestimmte kritische Aufgaben“ bei Dienstleistungsaufträgen oder kritische Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag sind. Eine nähere gesetzliche Definition dieser „kritischen Aufgaben“ fehlt. Der Auftraggeber hat daher im Einzelfall eine Prüfung und Bewertung – insbesondere unter Berücksichtigung der Vergabegrundsätze – vorzunehmen, ob und inwieweit kritische Aufgaben vorliegen, für die sich ein Selbstausführungsgebot rechtfertigen lässt. Die Festlegung einer Selbstausführungspflicht setzt voraus, dass der Auftraggeber sich dabei sorgfältig mit den Umständen des konkreten Einzelfalls auseinandersetzt. Das Interesse des Auftraggebers an der Qualität und der ordnungsgemäßen Umsetzung der Arbeiten kann ein Selbstausführungsgebot grundsätzlich rechtfertigen. Der Auftraggeber muss bei seiner Entscheidung jedoch die Besonderheiten der Arbeiten, den Auftragsgegenstand und die Angemessenheit der Festlegung berücksichtigen. Eine verpflichtende Vorgabe eines abstrakten, prozentualen Anteils an selbst auszuführenden Leistungen ist jedenfalls unzulässig. Ebenso unzulässig ist eine allgemeine Selbstausführungspflicht der Bieter für als „Hauptleistungen“ definierte Arbeiten. Im Übrigen gilt auch für etwaige Selbstausführungsgebote bei Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte, dass die damit im Einzelfall verbundenen Konsequenzen für den angesprochenen Markt und damit die Intensität des Wettbewerbes zu berücksichtigen, bevor sich der Auftraggeber möglicherweise tatsächlich rechtmäßig für die Vorgabe eines Selbstausführungsgebotes entscheidet.

Tipp für die Praxis:

Eine pauschale und allgemeine Vorgabe von Selbstausführungsanteilen ist nicht zulässig! Stattdessen muss stets eine Abwägung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles und sorgfältige Dokumentation der entscheidungserheblichen Gründe in der Vergabeakte erfolgen.

5.6. Aspekte im Zusammenhang mit optionalen Leistungen

Ein weiteres wesentlicher Aspekt, der bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption zu berücksichtigen ist, ist die Frage, ob und inwieweit zum Auftragsgegenstand auch optionale Leistungen gehören sollen.

Grundsätzlich folgt aus dem Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, dass der Auftraggeber entscheidet, ob optionale Leistungen vorgesehen werden sollen. Dazu hat der Auftraggeber zu prüfen, ob sachliche Gründe bestehen, die Leistung in gewissem Umfang offen zu halten. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn zu erwarten ist, dass sich während der Vertragslaufzeit Änderungen am Auftrag ergeben oder der genaue Inhalt oder die Vertragslaufzeit noch nicht abschließend bestimmt werden können. Mit Blick auf die die vergaberechtliche Relevanz späterer Auftragsänderungen (§ 132 GWB, § 47 UVgO) ist die Frage optionaler Leistungen von besonderer Relevanz auch für die Phase nach Auftragserteilung und etwaige spätere Auftragsänderungen. Eine Auftragsänderung nach Vertragsschluss ist nämlich ohne neues Vergabeverfahren zulässig, wenn in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrages nicht verändert (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Optionale Leistungen haben daher insbesondere vor dem Hintergrund solcher späterer Auftragsänderungen (Change Requests) besondere praktische Bedeutung.

Im Kern sind optionale Leistungen Teile der ausgeschriebenen Leistung, deren Abruf oder Umfang zu Beginn des Vergabeverfahrens trotz sorgfältiger Bedarfsermittlung noch nicht abschließend feststehen. Die Entscheidung über die Beauftragung kann insbesondere durch Abruf der optionalen Leistung durch den Auftraggeber oder durch Eintreten eines in der Option konkret beschriebenen Umstandes / Ereignisses erfolgen.

Die Aufnahme optionaler Leistungen in die Vergabeunterlagen sollte nur ausnahmsweise und nur dann erfolgen, wenn objektive sachliche Gründe dafür vorliegen. Dabei sind folgende Voraussetzungen und Gestaltungsregelungen zu beachten.

- Für den Auftraggeber ist trotz sorgfältiger Ermittlung seines tatsächlichen Bedarfes nicht vorhersehbar und auch objektiv nicht aufklärbar, ob die betreffenden Leistungen notwendig sein werden und zur Ausführung gelangen. Somit besteht an der Ausschreibung der entsprechenden Leistungen als optionale Leistungen ein objektiv anzuerkennendes, auf sachlichen Gründen beruhendes Bedürfnis.
- Die entsprechenden Leistungen sind in den Vergabeunterlagen hinreichend deutlich als optionale Leistung gekennzeichnet und für einen fachkundigen Bieter unzweifelhaft als solche zu erkennen.

- Die Kriterien und Modalitäten für die Entscheidung, ob und wann die optionalen Leistungen beauftragt werden, sind hinreichend deutlich in den Vergabeunterlagen beschrieben und für einen fachkundigen Bieter transparent.
- Die Inhalte der optionalen Leistungen sind eindeutig, erschöpfend und so beschrieben, dass den Bietern eine Kalkulation auch der optionalen Leistungen zumutbar möglich ist.
- Der Umfang der optionalen Leistungen im Verhältnis zum geschätzten Gesamtauftragswert sollte in einem angemessenen Verhältnis stehen. Verbindlich vorgegebene Prozentgrenzen des geschätzten Wertes der als optionale Leistungen ausgeschriebenen Leistungen vom geschätzten Gesamtauftragswert der insgesamt ausgeschriebenen Leistungen bestehen zwar nicht. Je größer jedoch der Umfang der optionalen Leistungen ist, desto mehr steigt das Risiko, dass ein Bieter den Zuschlag erhält, der nur wegen der optionalen Leistungen das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Zur Vermeidung einer unwirtschaftlichen Beschaffung und des Vorwurfs eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot ist auf optionale Leistungen grundsätzlich nur zurückhaltend zurückzugreifen.
- In den Vergabeunterlagen ist eindeutig festgelegt, ob und inwiefern die optionalen Leistungen in der Wertung der Angebote berücksichtigt werden. Dabei kommen grundsätzlich folgende Gestaltungsvarianten in Betracht:
  - Keine Berücksichtigung beim Wertungspreis: Die optionalen Leistungen fließen nicht in den Wertungspreis ein.
  - Vollständige Berücksichtigung beim Wertungspreis: Alle Optionen fließen vollständig in den Wertungspreis ein.
  - Anteilige Berücksichtigung beim Wertungspreis: Alle Optionen fließen in den Wertungspreis ein. Es erfolgt aber eine Berücksichtigung der Beauftragungswahrscheinlichkeit der einzelnen Option. Dies kann zum Beispiel derart erfolgen, dass der jeweilige Angebotspreis einer Option mit dessen Beauftragungswahrscheinlichkeit (Faktor 0,1 bis 0,9) multipliziert wird und diese Preisanteile zum Preis der Hauptleistung addiert werden.

Grundsätzlich sollten die von den Bietern verlangten Preise für die optionalen Leistungen bei der Angebotswertung, jedenfalls anteilig, berücksichtigt werden. Andernfalls können die Bieter diese Preise ohne „Wettbewerbsdruck“ anbieten. Von einer Berücksichtigung sollte nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn die optionalen Leistungen im Vergleich zu der verbindlich abzunehmenden Leistung eine zu vernachlässigende Größe darstellen und dies abschließend feststeht. Die Berücksichtigung der Preise für die optionalen Leistungen bei der Angebotswertung ist bei der Aufstellung der Zuschlagskriterien, insbesondere beim Zuschlagskriterium „Preis“ zu berücksichtigen und in den Vergabeunterlagen transparent zu machen.

In bestimmten Fällen können zusätzliche oder geänderte Leistungen auch beauftragt werden ohne ein neues Vergabeverfahren durchzuführen, obwohl der Auftraggeber hierfür keine optionale Leistungen im oben genannten Sinn in den Vergabeunterlagen aufgenommen hatte. In solchen Fällen gelten § 132 GWB, § 47 UVgO, die jeweils abschließende und teilweise sehr enge Voraussetzungen für solche Auftragsänderungen (Change Requests) definieren.

5.7. Einbeziehung von Know-how der Anbietermärkte

Ein wesentlicher Aspekt im Rahmen der Beschaffungskonzeption ist gerade im Bereich der IT die Frage der Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit der Einbeziehung des Know-hows des angesprochenen Anbietermarktes. Je schneller, dynamischer und innovativer sich Märkte, Produkte und Lösungen entwickeln, desto größer das Potential für den Auftraggeber, bereits im Beschaffungsprozess, konkret im bereits Vergabeverfahren, dieses Markt-Know-how zu nutzen.

Im Einzelnen sind diverse Möglichkeiten der Anreizsetzung für Bieter im Vergabeverfahren denkbar, um die Preisgabe und das Angebot speziellen Anbieter-Know-hows bereits im Vergabeverfahren zu nutzen. In anderen Beschaffungsbereichen (Bereich der Beschaffung von Bauleistungen) wurden beispielsweise im Rahmen von Forschungsprojekten bereits Möglichkeiten und Methoden untersucht, wie Optimierungsvorschläge von Bietern in Vergabeverfahren „belohnt“ werden können (siehe dazu den Endbericht „Zukunft Bau – „Belohnung“ von Optimierungsvorschlägen des Bieters im Vergabeverfahren…“ im Auftrag des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) vom 3. Juli 2017). Danach kommt beispielsweise in Betracht, das „Aufdecken von Fehlern“ in den Vergabeunterlagen oder die Vorlage von Optimierungsvorschlägen im Vergabeverfahren über die Festlegung entsprechender Zuschlagskriterien zu belohnen.

Im Rahmen der Beschaffungskonzeption ist zu entscheiden, ob und in welcher Form der Bedarf zur Einbeziehung von Markt-Know-how bei der konkreten Beschaffung besteht. Im Folgenden werden die folgenden vergaberechtlichen Instrumente vorgestellt, um Markt-Know-how im Vergabeverfahren zu nutzen und angemessen zu berücksichtigen:

- Zulassung von Nebenangeboten
- Nutzung von Vergabeverfahrensarten mit Verhandlungsmöglichkeiten
- Agile Softwareentwicklung

5.7.1. *Einbeziehung von Markt-Know-how durch Nebenangebote*

Eine Möglichkeit Markt-Know-how bereits im Vergabeverfahren in die Beschaffung einzubeziehen und zu berücksichtigen ist die Zulassung von Nebenangeboten. Der Auftraggeber kann Nebenangebote in Vergabeverfahren zulassen (§ 35 VgV, § 25 UVgO). Mit der Entscheidung über die Zulassung und eine entsprechende Angabe hierzu in Bekanntmachung und Vergabeunterlagen erfolgt eine verbindliche Festlegung für das Vergabeverfahren, ob Nebenangebote zugelassen sind oder nicht. Werden Nebenangebote nicht zugelassen, können sie bei der Angebotswertung auch nicht berücksichtigt werden (§ 57 Abs. 1 VgV, § 42 Abs. 1 UVgO).

Nebenangebote öffnen den Wettbewerb für Anbieter-Know-how und Lösungen, die der Auftraggeber im Rahmen der Planung und des Designs einer Beschaffung möglicherweise noch gar nicht erkannt hat. Insoweit bietet die Zulassung von Nebenangeboten grundsätzlich Chancen, insbesondere im Hinblick auf Innovation und Alternativen zur ausgeschriebenen Lösung. Im IT-Bereich, in dem Technologien sich oftmals schnell und innovativ entwickeln, kommt die Zulassung von Nebenangeboten daher grundsätzlich in Betracht.

Eine vergaberechtskonforme Gestaltung des Vergabeverfahrens mit der Zulassung von Nebenangebote hat jedoch weitere Voraussetzungen. Zunächst muss auch bei der Zulassung von Nebenangeboten eine den Vergabegrundsätzen, insbesondere dem Transparenzgrundsatz, genügende Angebotswertung vorgenommen werden. Im Bereich der Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte muss der Auftraggeber zudem bereits in den Vergabeunterlagen Mindestanforderungen an Nebenangebote, nicht nur in rein formeller, sondern auch in materieller Hinsicht definieren und festlegen. Nebenangebote, die diese Mindestanforderungen nicht erfüllen, sind im Rahmen der Angebotswertung nicht berücksichtigungsfähig (§ 57 Abs. 2 VgV). Schließlich ist eine etwaige Zulassung von Nebenangeboten auch bei der Aufstellung der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen. Bei der Angebotswertung sind die festgelegten Zuschlagskriterien, Unterkriterien, deren Gewichtungen und Bewertungsmethoden sowohl auf Haupt- als auch auf Nebenangebote anzuwenden.

In der Praxis anerkannt ist die Definition von Mindestanforderungen an Nebenangebote über eine Negativdefinition. Dabei erfolgt die Definition einer Mindestanforderung an Nebenangebote in der Form, dass bestimmte (konkret definierte) Anforderungen an ein Hauptangebot (A-Kriterien) auch in einem Nebenangebot nicht verändert werden dürfen, im Übrigen aber in Nebenangeboten jegliche Abweichungen von A-Kriterien zugelassen sind. Die Verwendung solcher Negativdefinitionen stellt insbesondere sicher, dass alle zwingend (auch in Nebenangeboten) einzuhaltenden und vom Auftraggeber gewünschten Aspekte abgedeckt sind und nicht „vergessen“ werden (zum Beispiel bei der herkömmlichen Beschaffung von Waren die Mindestanforderung, dass es sich um Neuwaren handeln muss oder dass es beim Vertragsmodell Kaufvertrag bleiben muss, also Leasing als Nebenangebot ausscheidet).

Besondere Anforderungen ergeben sich bei der Zulassung von Nebenangeboten hinsichtlich der Gestaltung der Zuschlagskriterien. Die Zuschlagskriterien sind so festzulegen, dass sie sowohl auf die Haupt- als auch auf die Nebenangebote anwendbar sind. Zugelassene Nebenangebote, die die aufgestellten Mindestanforderungen erfüllen, sind genauso wie die Hauptangebote bei der Bewertung zu berücksichtigen. Das nach der Angebotswertung wirtschaftlichste Haupt- oder Nebenangebot erhält den Zuschlag. Verwendet der Auftraggeber eine auf einem Kriterienkatalog basierende Leistungsbewertungsmatrix kann innerhalb dieser Leistungsbewertungsmatrix im Einzelnen festgelegt werden, wie die Bewertung von Haupt- und Nebenangeboten erfolgt. So kann bei definierten A-Kriterien, von denen in Nebenangeboten abgewichen werden darf, definiert werden, welche Punktzahl ein Hauptangebot und welche Punktzahl unter welchen Voraussetzungen ein Nebenangebot in dem betreffenden A-Kriterium erhält. Bei definierten B-Kriterien erfolgt die Bewertung von Haupt- und Nebenangeboten nach ihrem jeweiligen Angebotsinhalt. Im Einzelnen sind darüber hinaus auch die grundsätzlichen Anforderungen an Zuschlagskriterien, Unterkriterien, deren Gewichtungen und Bewertungsmethoden zu berücksichtigen.

Nebenangebote können grundsätzlich auch zugelassen oder vorgeschrieben werden, wenn der Preis oder die Kosten das alleinige Zuschlagskriterium sind (§ 35 Abs. 2 S. 3 VgV). Bei einer reinen Preiswertung trotz Zulassung von Nebenangebote ist aber der praktische Zweck von Nebenangeboten kritisch zu hinterfragen: Der Markt soll über die Zulassung von Nebenangeboten grundsätzlich auch in die konkrete Ausgestaltung der Leistung – und damit in die Qualität der zu beschaffenden Leistung – eingebunden werden, insbesondere indem die Unternehmen die Möglichkeit erhalten, innovative alternative Lösungen vorzuschlagen. Eine reine Preiswertung trotz Zulassung von Nebenangeboten vereitelt im Einzelfall möglicherweise diesen Zweck. Entscheidet sich der Auftraggeber dennoch für eine reine Preiswertung trotz Zulassung von Nebenangeboten gilt Folgendes: Um eine Vergleichbarkeit

der Nebenangebote sicherzustellen, sind bei einer reinen Preiswertung die Mindestanforderungen so aufzustellen, dass sich die Angebote in qualitativer Hinsicht nicht mehr (wesentlich) unterscheiden können.

Unter den vorbeschriebenen Rahmenbedingungen ist im Rahmen der Beschaffungskonzeption zu entscheiden, ob und inwieweit Nebenangebote im Vergabeverfahren zugelassen werden, wie die Zuschlagskriterien dementsprechend definiert werden und – jedenfalls für den Bereich der Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte (sinnvoll aber auch unterhalb der Schwellenwerte) – welche Mindestanforderungen bei Zulassung von Nebenangeboten definiert werden.

5.7.2. *Einbeziehung von Markt-Know-how durch Nutzung von Vergabeverfahrensarten mit Verhandlungsmöglichkeiten*

Eine weitere Möglichkeit für die Einbeziehung von Markt-Know-how ist die Nutzung von Vergabeverfahren mit Verhandlungsmöglichkeiten. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (§ 14 Abs. 3 VgV) und Verhandlungsvergabe (§ 8 Abs. 4 UVgO) wurden mit der jüngsten Vergaberechtsreform deutlich herabgesetzt, so dass Auftraggeber vielfach rechtlich zulässig auf Vergabeverfahren mit Verhandlungsmöglichkeiten zurückgreifen können. Eine Prüfung des Vorliegens der Zulässigkeitsvoraussetzungen ist gleichwohl in jedem Einzelfall notwendig.

Vergabeverfahren mit Verhandlungsmöglichkeit eröffnen – im Gegensatz zu Vergabeverfahren mit Nachverhandlungsverbot (Öffentliche und Beschränkte Ausschreibung, offenes und nicht offenes Verfahren) – die Möglichkeit, auch nach Angebotsabgabe mit den Bietern über den Leistungsinhalt und über die Preise zu verhandeln. Bereits bei der Beschaffungskonzeption und einer dabei möglicherweise vorbereiteten Entscheidung für die Wahl eines Vergabeverfahrens mit Verhandlungsmöglichkeit sind hier die vergaberechtlichen Grenzen des Verhandlungsinhaltes zu beachten: Es darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien (§ 17 Abs. 10 S. 2 VgV, § 12 Abs. 4 S. 1 UVgO). Um die Flexibilität für die Verhandlungen zu wahren, sollte der Auftraggeber daher mit der Festlegung von Mindestanforderungen zurückhaltend sein und grundsätzlich nur alternativlose Leistungsanforderungen und Funktionalitäten als Mindestanforderung im Sinne von der vorgenannten Vorschriften festlegen.

Gewährt der Auftraggeber unter Berücksichtigung dieser Maßgaben in einem Vergabeverfahren mit Verhandlungsmöglichkeit den Bietern ausdrücklich die Möglichkeit der Einreichung von Verhandlungsvorschlägen (zum Beispiel mit dem Erstangebot), besteht die Chance für den Auftraggeber, auf diese Weise Markt-Know-how bereits in das Vergabeverfahren einzubeziehen. Über Verhandlungen lassen sich dann Korrekturen, Verbesserungen, Konkretisierungen des ausgeschriebenen Leistungssolls und insbesondere verbesserte Angebote und damit oftmals ein besseres Ausschreibungsergebnis erreichen.

Hinsichtlich der konkreten Gestaltung eines Vergabeverfahrens mit Verhandlungsmöglichkeit bestehen vielfältige Möglichkeiten für den Auftraggeber. Die Vergabevorschriften, insbesondere die Vergabegrundsätze sind bei der Gestaltung und Durchführung auch solcher Vergabeverfahren selbstverständlich stets einzuhalten. So gebietet beispielsweise der Transparenzgrundsatz, dass der vom Auftraggeber vorgesehene konkrete Verfahrensablauf transparent bereits in den

Vergabeunterlagen vom Auftraggeber anzugeben ist. Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers im Verhandlungsverfahren bestimmt sich dann nach den vom Auftraggeber aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf. Beispielhaft sind folgende Gestaltungsmöglichkeiten für den Auftraggeber zu benennen, zu denen er bereits bei der Planung der Beschaffung Erwägungen anstellen sollte, wenn ein Vergabeverfahren mit Verhandlungsmöglichkeit in Betracht kommt:

- Der Auftraggeber kann den Auftrag auf der Grundlage von Erstangeboten vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich diese Möglichkeit zuvor rechtmäßig vorbehalten hat (§ 17 Abs. 11 VgV, § 12 Abs. 4 UVgO).
- Der Auftraggeber kann vorsehen, dass die Erstangebote zunächst nur indikative (unverbindliche) Angebote sind.
- Daneben besteht die Möglichkeit, das Erstangebot zunächst als reines Leistungsangebot abzufordern und erst nach Durchführung einer Verhandlungsrunde auch ein Preisangebot zu verlangen.
- Der Auftraggeber kann zudem die Verhandlungen auch in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen abwickeln, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern („Abschichtung“).

5.7.3. *Agile Softwareentwicklung*

Im Bereich der Softwareentwicklung spielen im Zusammenhang mit der Einbindung von Markt-Know-how agile Vorgehensmodelle (zum Beispiel Scrum) im IT-Bereich eine zunehmend besondere Rolle. Agile Vorgehensmodelle stehen grundsätzlich auch öffentlichen Auftraggebern offen. Grundsätzlich ist aber auch hier im Rahmen der Beschaffungskonzeption eine kritische und sorgfältige Prüfung des Auftraggebers erforderlich, welches Vorgehensmodell (zum Beispiel Wasserfallmodell oder in Abgrenzung dazu tatsächlich ein agiles Vorgehensmodell) für die konkret im Einzelfall zu entwickelnde Software unter den gegebenen Umständen des Einzelfalls, insbesondere auch der Aufstellung, Organisation, Ressourcen und Kapazitäten des Auftraggebers selbst das richtige für die erfolgreiche Projektrealisierung ist.

Für den Fall, dass sich der Auftraggeber tatsächlich für ein agiles Vorgehensmodell entscheidet sind aus vergabe- und vertragsrechtlicher Sicht insbesondere folgende Besonderheiten zu beachten:

- Es existieren keine (erprobten) Standards, insbesondere keine passenden EVB-IT, für die Gestaltung von Vergabeunterlagen und Vergabeverfahren über Softwareentwicklungsleistungen in agilen Vorgehensmodellen. Für die praktische Umsetzung empfiehlt sich daher die Hinzuziehung externen Sachverstand für die vergabe- und vertragsrechtliche Umsetzung.
- Als Vergabeverfahrensart wird das Verhandlungsverfahren / die Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb bei agilen Vorgehensmodellen regelmäßig zulässig, aber tatsächlich geboten sein, um vor Vertragsschluss mit den Bietern insbesondere über die Einzelheiten des Vorgehensmodells und die vertragliche Ausgestaltung verhandeln zu können.

- Besondere Berücksichtigung des Vorgehensmodells bei den Eignungskriterien: Aufgrund der Besonderheiten agiler Vorgehensmodelle empfiehlt sich bereits die Ausrichtung der Eignungskriterien, insbesondere der Referenzen auf (auch) agile Softwareentwicklungsreferenzprojekte.
- Besondere Berücksichtigung des Vorgehensmodells bei der Gestaltung der Vergütungsregelungen und des Zuschlagskriteriums „Preis“: Im Grundsatz widerspricht es einem agilen Vorgehensmodell, dass das Vergütungsmodell auf einen Festpreis des Auftragnehmers ausgerichtet ist. In Betracht kommt daher die Vereinbarung einer Budgetobergrenze in Form eines agilen Festpreises, verbunden mit möglichen Bonus- / Malusregelungen (pain-share-gain-share-Ansatz) für den Fall einer tatsächlichen Unter- oder Überschreitung des agilen Festpreises. Abhängig vom konkreten Projekt sind hier verschiedene Vergütungsmodelle möglich, mit denen auch Anreize für die Bieter im Vergabeverfahren und während der Auftragsausführung gesetzt und verknüpft werden können.
- Besondere Berücksichtigung des Vorgehensmodells bei den Zuschlagskriterien: Das Vorgehensmodell ist in der Regel in besonderem Maße von den vom Auftragnehmer eingesetzten Personen im Projekt abhängig. Regelmäßig wird es sich daher anbieten, die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des zum Einsatz vorgesehenen Personals des Bieters zum Gegenstand der Zuschlagskriterien zu machen. Gerade aufgrund der besonderen Bedeutung des eingesetzten Personals können sich auch Rechtsfragen hinsichtlich Arbeitnehmerüberlassung stellen, die näher zu untersuchen wären. Daneben kommen als Zuschlagskriterium Konzepte der Bieter in Betracht, in denen die Bieter ihre geplante Herangehensweise und Umsetzung des Projektes im vorgesehenen Modell darstellen. Dies eröffnet dem Auftraggeber eine sachgerechte Bewertung der angebotenen Qualität der Leistung im vorgesehenen Modell.

5.8. Verhandlungsverfahren / Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb

Ebenfalls bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption sind eine etwaige Entscheidung des Auftraggebers vorzubereiten und die dafür notwendigen Aspekte und Entscheidungsgrundlagen zusammenzutragen, ob ausnahmsweise ein Verhandlungsverfahren oder eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (§ 14 Abs. 4 VgV, § 8 Abs. 4 UVgO) zulässig ist.

Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb sollen – so auch Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2014/24/EU – nur unter „sehr außergewöhnlichen Umständen“ zur Anwendung kommen. Hintergrund dessen ist der in solchen Verfahrensarten stark eingeschränkte, in absoluten Ausnahmefällen sogar gänzlich ausbleibende Wettbewerb.

Die Voraussetzung für die Zulässigkeit von Verhandlungsverfahren und Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb sind abschließend in § 14 Abs. 4 VgV und § 8 Abs. 4 UVgO geregelt. Ob und inwieweit diese Ausnahmetatbestände tatsächlich vorliegen, ist bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption zu prüfen und zu bewerten. Im Folgenden werden einzelne ausgewählte dieser, in der Praxis besonders relevanten Ausnahmetatbestände näher skizziert, namentlich die Fälle der „äußersten / besonderen Dringlichkeit“, von „Alleinstellungsmerkmalen eines Unternehmens“ und der „Beschaffung zusätzlicher Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers“.

5.8.1. *Dringlichkeit*

Ein Verhandlungsverfahren oder eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb im Zusammenhang mit Dringlichkeit kommt nur dann in Betracht, wenn

- die Leistung aufgrund von Umständen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, besonders dringlich ist und die Gründe für die besondere Dringlichkeit nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzurechnen sind (§ 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO).
- wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind; die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen sein (§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV).

Eine Dringlichkeit in diesem Sinne kann dann vorliegen, wenn es sich um eine akute Gefahrensituation oder Fälle höherer Gewalt wie zum Beispiel witterungsbedingte Beschädigungen, Sturm- oder Brandschäden handelt. Die Dringlichkeit auslösende Umstände dürfen dem Verhalten des Auftraggebers nicht zurechenbar sein. Grundsätzlich geht es dabei nicht um eine subjektive Vorwerfbarkeit, sondern darum, ob die Umstände in der Sphäre des Auftraggebers begründet sind. Dazu können auch Verzögerungen gehören, die sich aus der Abhängigkeit von Entscheidungen anderer Behörden ergeben. Auf Dringlichkeit kann sich ein Auftraggeber dann nicht berufen, wenn er die dafür maßgeblichen Gründe zu vertreten hat. Sollte der Beschaffungsbedarf also schon längere Zeit absehbar sein, ist der Dringlichkeitstatbestand nicht einschlägig.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat mit einem Rundschreiben vom 9. Januar 2015 weitere praktische Hinweise dazu vorgelegt, wann eine Auftragsvergabe in Form des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb wegen Dringlichkeit zulässig ist (zu den Vorgängervorschriften im Bereich der Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte: § 3 EG Abs. 4 lit. d) VOL/A, § 3 Abs. 4 lit. c) VOF und § 6 Abs. 2 Nr. 4 SektVO).

5.8.2. *Alleinstellungsmerkmal*

Ein Verhandlungsverfahren oder eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb kommt zudem dann in Betracht, wenn Alleinstellungsmerkmale eines bestimmten im nachstehenden Sinne vorliegen:

- Der Auftrag kann nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV)
    - weil ein einzigartiges Kunstwerk oder eine einzigartige künstlerische Leistung erschaffen oder erworben werden soll,
    - weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist oder
    - wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, insbesondere von gewerblichen Schutzrechten.

- Zudem darf es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung geben und der mangelnde Wettbewerb darf nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter sein.

- Die Leistung kann nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann (§ 8 Abs. 4 Nr. 10 UVgO).

Ein Alleinstellungsmerkmal in diesem Sinne kann gegeben sein, wenn

- aus technischen Gründen, zum Beispiel aufgrund ausschließlicher Fähigkeiten oder ausschließlicher Ausstattung eines Unternehmens in technischer Hinsicht (beispielsweise Monopolist), kein Wettbewerb vorhanden ist oder

- Ausschließlichkeitsrechte, zum Beispiel Vertriebslizenzen, Patente, Urheberrechte oder sonstige gewerbliche Schutzrechte bestehen.

Zwar wurden durch die Rechtsprechung im Bereich der IT-Beschaffung schon Fälle entschieden, in denen die vorstehenden Tatbestände bestätigt wurden (Beispiele aus dem Bereich der IT-Beschaffung: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2014 - Verg 29/13, Hochschulverwaltungssoftware; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.11.2013 - 15 Verg 5/13, Erweiterung Vermittlungs- und Dokumentationssystems eines Einsatzleitsystems). Die Entscheidungen ergingen allerdings auch zu besonders außergewöhnlichen Sachverhalten und Fällen, in denen der Auftraggeber jeweils umfassend und sehr detailliert das Vorliegen der rechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen dargelegt und belegt hat. In der Praxis ist daher grundsätzlich Zurückhaltung hinsichtlich des Ausnahmetatbestands geboten. Wird die Inanspruchnahme des Tatbestands tatsächlich in Erwägung gezogen, empfiehlt sich eine besonders sorgfältige, vertiefte Prüfung auch hinsichtlich der rechtlichen Risiken.

5.8.3. *Zusätzliche Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers*

Ein Verhandlungsverfahren oder eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb kommt zudem dann in Betracht, wenn

- Ersatzteile und Zubehörstücke zu Maschinen und Geräten vom Lieferanten der ursprünglichen Leistung beschafft werden sollen und diese Stücke in brauchbarer Ausführung von anderen Unternehmen nicht oder nicht unter wirtschaftlichen Bedingungen bezogen werden können (§ 8 Abs. 4 Nr. 12 UVgO).

- zusätzliche Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers beschafft werden sollen, die entweder zur teilweisen Erneuerung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen bestimmt sind, und ein Wechsel des Unternehmens dazu führen würde, dass der öffentliche Auftraggeber eine Leistung mit unterschiedlichen technischen Merkmalen kaufen müsste und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde; die Laufzeit dieser öffentlichen Aufträge darf in der Regel drei Jahre nicht überschreite (§ 14 Abs. 4 Nr. 5 VgV).

Hintergrund dieser Ausnahmetatbestände ist der Schutz des Auftraggebers davor, Waren mit unterschiedlichen Merkmalen kaufen zu müssen, mit der Folge einer technischen Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßiger technischer Schwierigkeiten bei Gebrauch oder Wartung. Technische Schwierigkeiten können dann als unverhältnismäßig qualifiziert werden, wenn sie nur mit

unverhältnismäßigem Aufwand behoben werden können oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch und die Wartung erheblich beeinträchtigen. Zu beachten ist, dass der Begriff der Erneuerung eine Anpassung auf den aktuellen Stand der Technik oder einen Austausch von Teilen umfasst, aber nicht eine vollständige Ersetzung der ursprünglichen Lieferung meint. Wichtig ist auch, dass eine „Erweiterung“ nicht so weitgehend verstanden werden kann, dass es sich dabei um eine komplette Neubeschaffung handelt.

5.9. Festlegung von Eignungskriterien

Besondere Bedeutung kommt bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption der Festlegung der konkreten Eignungskriterien für das Vergabeverfahren zu. Für den Fall einer Vergabeverfahrensart mit Teilnahmewettbewerb, bei der der Auftraggeber nach § 51 VgV, § 36 UVgO die Zahl der Bieter begrenzt, die er anschließend zur Angebotsabgabe auffordern möchte, müssen nicht nur die Eignungskriterien festgelegt werden, sondern auch eine vollständige Eignungsbewertungsmatrix für die Auswahl dieser Bieter im Teilnahmewettbewerb, die eine differenzierte Eignungsprüfung ermöglicht. Zum Ganzen sollte der Auftraggeber die Vertiefung in Kapitel F.4. berücksichtigen.

Im Kern geht es bei der Festlegung der Eignungskriterien um die Frage:

Wie die vorstehende Grafik zeigt, sind bei der Festlegung der Eignungskriterien grundsätzlich zwei Maßstäbe anzulegen: der Bedarf für die Auftragsdurchführung und die Auswirkung auf den Wettbewerb. Beide Maßstäbe sind anhand des konkreten Beschaffungsgegenstandes zu prüfen und in einen sinnvollen, interessen- und zielgerichteten Einklang zu bringen. Mit der Festlegung der Eignungskriterien erfolgt eine Steuerung der gewünschten Qualität der am Wettbewerb beteiligten Unternehmen. Dabei sind insbesondere die nachstehend skizzierten rechtlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen.

Tipp für die Praxis:

Im IT-Bereich kann in Einzelfällen besonderes Interesse des Auftraggebers an der Teilnahme von Newcomern oder Start-up-Unternehmen bestehen. Solchen Unternehmen fehlen oft die Referenzen, die bei Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber oftmals undifferenziert und unreflektiert gefordert werden. Um hier Markt- und Wettbewerbshindernisse zu überwinden, bedarf es einer sorgfältigen und zielgerichteten Festlegung der Eignungskriterien im Hinblick auf die Referenzen, beispielsweise durch eine entsprechende Ausrichtung auf innovative Aspekte.

Öffentliche Aufträge sind an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen zu vergeben, die nicht nach den §§ 123 oder 124 GWB ausgeschlossen worden sind (§ 122 GWB, § 31 UVgO). Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des Auftrages festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt. Die Eignungskriterien dürfen ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Eignungskriterien müssen stets mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Sie müssen sich zudem nach den hierfür rechtlich näher definierten Anforderungen gemäß §§ 44 ff. VgV, §§ 33 ff. UVgO richten. Die Vorschriften bieten Kataloge, anhand derer der Auftraggeber im Einzelfall konkret zu bestimmen hat, welche Eignungsanforderungen und -kriterien er für das Vergabeverfahren festlegt.

Besondere Bedeutung kommt bei dieser Festlegung der Bestimmung von Mindestanforderungen an die Eignung zu, beispielsweise Mindestanforderungen hinsichtlich der nachzuweisenden Referenzen (§ 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV). Die Bestimmung von Mindestanforderungen muss eindeutig sein, um den damit verfolgten Zweck der Definition einer Mindestqualität an die am Wettbewerb beteiligten Unternehmen zu erreichen.

Im Bereich der IT-Beschaffung hat sich die Praxis der Festlegung von Ausschlusskriterien (A-Kriterien) und Bewertungskriterien (B-Kriterien) bewährt. Diese Terminologie und Klassifizierung kann sowohl für die Eignungsprüfung anhand der Eignungskriterien als auch für die Leistungsbewertung anhand der Zuschlagskriterien praxisgerecht verwendet werden. Die vorstehend beschriebenen Mindestanforderungen an die Eignung werden demgemäß als A-Kriterien im vorbeschriebenen Sinne definiert. Für den Fall einer Vergabeverfahrensart mit Teilnahmewettbewerb, bei der der Auftraggeber nach § 51 VgV, § 36 UVgO die Zahl der Bieter begrenzt, die er anschließend zur Angebotsabgabe auffordern möchte, sind innerhalb der dann grundsätzlich aufzustellenden Eignungsbewertungsmatrix in der Regel A- und B-Kriterien im vorbeschriebenen Sinne zu definieren.

Die nachfolgende Tabelle gibt eine Übersicht über die grundsätzlich voneinander abzugrenzenden Arten von Kriterien:

Bezeichnung	Art und Bedeutung des Kriteriums
A-Kriterium (A)	**Ausschlusskriterium** Die Nichterfüllung einer als Ausschlusskriterium gekennzeichneten Anforderung führt zwingend zum Ausschluss des Angebotes / Teilnahmeantrages.
B-Kriterium (B)	**Bewertungskriterium** Die als Bewertungskriterium gekennzeichneten Anforderungen sind die nach definierten Bewertungsmaßstäben und Punktesystemen (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) zu bewertenden Kriterien.

Tipp für die Praxis:

B-Kriterien können sich insbesondere auf Referenzen beziehen. Sachgerecht lassen sich Referenzen differenziert etwa nach dem Grad ihrer Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung unter den B-Kriterien bewerten. Zur Herstellung der notwendigen Transparenz und zur Erreichung eines sachgerechten späteren Bewertungsergebnisses ist die eindeutige und konkrete Definition erforderlich, wie der Grad der Vergleichbarkeit tatsächlich bewertet wird.

Kommen die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrages betrauten Personals als B-Kriterium in Betracht, muss der Auftraggeber entscheiden, ob er diese Kriterien tatsächlich als Eignungskriterium für die Eignungsprüfung oder – soweit dies nach § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV, § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UVgO zulässig ist – als Zuschlagskriterium für die Leistungsbewertung heranzieht.

Abhängig vom konkreten Inhalt des B-Kriteriums sind für das jeweilige B-Kriterium der vorgesehene Bewertungsmaßstab und das vorgesehene Punktesystem festzulegen. Teilweise können B-Kriterien rein zahlenbezogen bewertet werden, zum Beispiel ein von den Bietern anzugebender Umsatz, indem für konkret definierten Umsatzspannen entsprechend konkrete Punktzahlen zugeordnet werden. Werden B-Kriterien definiert, bei denen dem Auftraggeber bei der Bewertung ein Beurteilungsspielraum verbleibt, muss der Auftraggeber zur Herstellung der erforderlichen Transparenz seine Erwartungen und Anforderungen unter einem solchen B-Kriterium genau definieren, wenn er die Erfüllung dieser Erwartungen und Anforderungen durch die Bewerber differenziert bewerten will. Um die Bewertung der Vergleichbarkeit von Referenzen insoweit transparent zu gestalten, bietet sich an, für die Bewertung von Referenzen als B-Kriterium innerhalb der Eignungsbewertungsmatrix Vergleichbarkeitsmerkmale zu definieren, anhand deren Erfüllung diese Referenzen dann bewertet werden.

Macht der Auftraggeber Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrages betrauten Personals zum Gegenstand der Zuschlagskriterien (§ 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV, § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UVgO), können auf diese Weise beispielsweise innerhalb der Eignungsbewertungsmatrix Unternehmensreferenzen und innerhalb der Leistungsbewertungsmatrix persönliche Referenzen bewertet werden.

Für die Festlegung der Eignungskriterien ist schließlich zu berücksichtigen, dass sich Bewerber und Bieter (soweit rechtlich zulässig) auch als Bewerber- und Bietergemeinschaften (§ 43 Abs. 2 S. 1 VgV, § 32 Abs. 2 S. 1 UVgO) oder unter Inanspruchnahme anderer Unternehmen (Eignungsleihe, § 47 VgV, § 34 UVgO) am Wettbewerb beteiligen können. Gegebenenfalls sind auch diese Aspekte bei der Festlegung der Eignungskriterien zu berücksichtigen.

5.10. Festlegung von Zuschlagskriterien

Ebenso besondere Bedeutung kommt im Rahmen der Beschaffungskonzeption der Festlegung der konkreten Zuschlagskriterien für das Vergabeverfahren zu. Aus Gründen der Transparenz sowie im Interesse der Qualität der Angebote und eines erfolgreichen Ergebnisses des Vergabeverfahrens sind die Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und die Bewertungsmethode einschließlich einer entsprechenden Leistungsbewertungsmatrix bereits mit den Vergabeunterlagen im Vergabeverfahren den Bewerbern / Bietern zur Verfügung zu stellen.

Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden (§ 127 GWB, § 43 UVgO).

Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbes gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

Im Bereich der IT-Beschaffung hat sich auch im Zusammenhang mit der Festlegung der Zuschlagskriterien die Praxis der Festlegung von Ausschlusskriterien (A-Kriterien) und Bewertungskriterien (B-Kriterien) innerhalb eines Kriterienkataloges bewährt. Der Kriterienkatalog hat dabei mehrfache Bedeutung für das Vergabeverfahren: (1) als leistungsbeschreibender Bestandteil der Vergabeunterlagen, (2) als vom Bieter mit seinen Angaben / Antworten zu A- und B-Kriterien auszufüllender Bestandteil des Angebotes und (3) als Element der Leistungsbewertungsmatrix. Zum Ganzen sollte der Auftraggeber die Vertiefung in Kapitel F.4. berücksichtigen.

Mindestanforderungen an die Leistung werden demgemäß als A-Kriterien Sinne definiert. Die B-Kriterien dienen der differenzierten Leistungsbewertung der Angebote. Die nachfolgende Tabelle gibt eine Übersicht über die grundsätzlich voneinander abzugrenzenden Arten von Kriterien:

Bezeichnung	Art und Bedeutung des Kriteriums
A-Kriterium (A)	**Ausschlusskriterium** Die Nichterfüllung einer als Ausschlusskriterium gekennzeichneten Anforderung führt zwingend zum Ausschluss des Angebotes.
B-Kriterium (B)	**Bewertungskriterium** Die als Bewertungskriterium gekennzeichneten Anforderungen sind die nach definierten Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgrade) und Punktesystemen (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) zu bewertenden Kriterien.

Anforderungen an die Leistung, die zwingend einzuhalten sind, sind als A-Kriterien festzulegen. Dabei ist es auch möglich, A-Kriterien in der Weise zu definieren, dass für mehrere konkret definierte B-Kriterien eine Mindestpunktzahl erreicht werden muss. Möglich ist außerdem die Gestaltung von A- und B-Kriterien in Form einer Zweiteilung: Das heißt, es wird zunächst das A-Kriterium festgelegt (zum Beispiel: „Die Festplattengröße muss mindestens 250 Terabyte betragen.“) und im anschließenden B-Kriterium wird die tatsächlich angebotene Leistung vom Bieter abgefragt (zum Beispiel: „Geben Sie an, ob und wenn ja um wie viel Gigabyte die angebotene Festplatte die Mindestgröße von 250 Terabyte übersteigt.“).

Um das im konkreten Fall wirtschaftlichste Angebot auswählen zu können, muss der Auftraggeber im Rahmen der Beschaffungskonzeption die Aspekte ermitteln, die sich zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeit der Angebote eignen. Hier bedarf es der Definition von Zuschlagskriterien, die tatsächlich Bedeutung für die Wirtschaftlichkeit, das Preis-Leistungsverhältnis des Angebotes haben. Die Vergabevorschriften nennen beispielhaft insbesondere folgende Aspekte, die Gegenstand der Zuschlagskriterien sein können:

- Preis oder Kosten
- Qualität
- Technischer Wert
- Ästhetik
- Zweckmäßigkeit
- Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderung
- Übereinstimmung der Leistung mit den Anforderungen eines „Designs für Alle“
- Soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften
- Vertriebs- und Handelsbedingungen
- Betriebskosten
- Lebenszykluskosten
- Rentabilität

- Kundendienst und technische Hilfe
- Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist
- Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrages betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung hat (aber: Vermeidung einer Doppelbewertung bei Eignungs- und Zuschlagskriterien)

Im Übrigen muss der Auftraggeber den Grundsatz der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien berücksichtigen. Danach scheiden als Zuschlagskriterien grundsätzlich solche Aspekte aus, die Eignungskriterien im Rahmen der Eignungsprüfung sind.

Im Bereich der IT-Beschaffung haben sich folgende Bewertungsmethoden für die Bewertung des Preis-Leistungsverhältnisses anhand der Zuschlagskriterien in der Praxis bewährt:

Bei der reinen Preiswertung ist einziges Zuschlagskriterium der Preis. Das Angebot mit dem niedrigsten Preis im Wettbewerb, das gleichzeitig nicht an einem Nichtberücksichtigungsgrund leidet, erhält den Zuschlag. Diese reine Preiswertung kommt im Wesentlichen bei Auftragsgegenständen in Betracht, die vollständig und abschließend durch eine Leistungsbeschreibung und einen ausschließlich aus A-Kriterien bestehenden Kriterienkatalog geprägt sind, die sämtliche gewünschten Spezifikationen, Funktionalitäten und Qualitäten eindeutig absichern. Unter den Angeboten, die diese Spezifikationen, Funktionalitäten und Qualitäten einhalten, kann dann allein der angebotene Preis entscheiden. Bei dieser reinen Preiswertung muss eindeutig festgelegt sein, welcher konkret vom Bieter angebotene Preis Grundlage der Angebotswertung ist (Definition des Wertungspreises). Grundsätzlich sollten sämtliche vom Bieter geforderte Preisangaben in diesen Wertungspreis einfließen.

Sollen neben dem Preis weitere Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, haben sich im Bereich der IT-Beschaffung die Einfache und Erweiterte Richtwertmethode bewährt. Bei der Einfachen Richtwertmethode wird das Verhältnis von Preis und Leistung als Quotient zu einer Kennzahl „Z“ errechnet:

$$Z = \frac{\text{L (Leistung)}}{\text{P (Preis)}}$$

Hinsichtlich des Preises (P in Euro) muss eindeutig festgelegt sein, welcher konkret vom Bieter angebotene Preis Grundlage der Angebotswertung ist (Definition des Wertungspreises). Grundsätzlich sollten sämtliche vom Bieter geforderte Preisangaben in diesen Wertungspreis einfließen.

Die Leistung (L) wird in Form einer Punktzahl ermittelt, die sich aus der Bewertung aller B-Kriterien ergibt.

Die Erweiterte Richtwertmethode ergänzt die Einfache Richtwertmethode um (1) einen festzulegenden Schwankungsbereich und (2) ein festzulegendes Entscheidungskriterium. In einem ersten Schritt der Angebotswertung wird dafür die Einfache Richtwertmethode angewendet. In einem zweiten Schritt der Angebotswertung scheiden alle Angebote aus der Wertung aus, die außerhalb eines zuvor bereits in den Vergabeunterlagen festgelegten Schwankungsbereich von x Prozent von der besten Kennzahl Z im Wettbewerb liegen. Unter den danach in der Angebotswertung verbliebenen

Angeboten erhält das Angebot den Zuschlag, das in dem zuvor ebenfalls bereits in den Vergabeunterlagen festgelegten Entscheidungskriterium den besten Wert erreicht. Dieses Entscheidungskriterium kann sowohl „L“ als auch „P“ als auch die Punktzahl zu einzelnen Kriterien, Kriteriengruppen oder Kriterienhauptgruppen sein. Aus haushaltsrechtlichen Gründen sollte im Grundsatz der Preis „P“ Entscheidungskriterium sein.

Tipp für die Praxis:

Vor der abschließenden Festlegung der Zuschlagskriterien einschließlich der Bewertungsmethode empfiehlt sich eine Prüfung der dabei entwickelten Leistungsbewertungsmatrix auf deren tatsächlichen Auswirkungen auf das spätere Ergebnis der Angebotswertung. Hierfür können hypothetische Angebotsinhalte durch den Auftraggeber simuliert werden, auf die dann die Leistungsbewertungsmatrix angewendet wird („Wertungssimulation“). Bei einer solchen Wertungssimulation werden beispielsweise Erkenntnisse hervortreten, welchen möglichen preislichen Wert in Euro einzelne Leistungspunkte (L) nach der Leistungsbewertungsmatrix haben können.

5.11. Mitwirkung von Externen und Maßnahmen zum unverfälschten Wettbewerb

Ein ebenfalls im Rahmen der Beschaffungskonzeption zu beachtender Themenkomplex bei der IT-beschaffung ist die mögliche Mitwirkung Externer auf Seiten des Auftraggebers und die sich daraus möglicherweise ergebende Notwendigkeit von Maßnahmen zur Sicherstellung eines unverfälschten Wettbewerbes.

In der Praxis haben der Einsatz und die Beteiligung externer Dritte im Rahmen eines Beschaffungsprozesses des Auftraggebers besondere Bedeutung. Dieser Einsatz und diese Beteiligung können verschiedene Phasen und Aufgaben im Beschaffungsprozess betreffen, zum Beispiel die Vorbereitung der Vergabe, der Vergabeunterlagen oder die Prüfung und Wertung der Angebote. Eine Mitwirkung externer Dritter kommt vor allem dann in Betracht, wenn der Auftraggeber allein mit seinem Personal nicht in der Lage ist, die ihm obliegenden Aufgaben in angemessener Qualität und im vorgesehenen Zeitrahmen wahrzunehmen. Die volle Verantwortung für die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens muss allerdings stets beim Auftraggeber verbleiben. Insbesondere darf externen Dritten die Entscheidung über die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes nicht eigenverantwortlich überlassen werden. Möglich und zulässig ist jedoch die Vorbereitung von Entscheidungen durch externe Dritte, deren vorbereitende Arbeitsergebnisse sich der Auftraggeber zu Eigen machen kann.

Bei der Auswahl von externen Dritten sind die einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen zu beachten. Die wichtigsten Regelungen werden nachfolgend skizziert und sind für den Fall des Einsatzes externer Dritte rund um einen Beschaffungsprozess besonders zu berücksichtigen, insbesondere im Rahmen der Beschaffungskonzeption:

5.11.1. *Vermeidung von Interessenkonflikten*

Gemäß § 6 Abs. 1, 2 VgV und § 4 Abs. 1, 2 UVgO dürfen Organmitglieder oder Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers oder eines im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, bei denen ein Interessenkonflikt besteht, in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken. Ein Interessenkonflikt besteht für Personen, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang eines Vergabeverfahrens nehmen können und die ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte.

Es wird vermutet, dass ein Interessenkonflikt besteht, wenn die zuvor genannten Personen

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

Diese Vermutung gilt auch für Personen, deren Angehörige die vorstehend aufgelisteten Voraussetzungen erfüllen. Angehörige sind der Verlobte, der Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte und Verschwägerte gerader Linie, Geschwister, Kinder der Geschwister, Ehegatten und Lebenspartner der Geschwister und Geschwister der Ehegatten und Lebenspartner, Geschwister der Eltern sowie Pflegeeltern und Pflegekinder.

5.11.2. *Mitwirkung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens (Projektanten)*

Hat ein Unternehmen oder ein mit ihm in Verbindung stehendes Unternehmen den Auftraggeber beraten oder war auf andere Art und Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt (vorbefasstes Unternehmen, Projektant), so hat der Auftraggeber angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Unternehmens nicht verzerrt wird. Zu diesen Ausgleichsmaßnahmen zählen nach § 7 Abs. 2 VgV und § 5 Abs. 2 UVgO insbesondere

- die Unterrichtung der anderen am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen in Bezug auf die einschlägigen Informationen, die im Zusammenhang mit der Einbeziehung des vorbefassten Unternehmens in der Vorbereitung des Vergabeverfahrens ausgetauscht wurden oder daraus resultieren sowie
- die Festlegung angemessener Fristen für den Eingang der Angebote und Teilnahmeanträge.

Ein vorweggenommener (antizipierter) Ausschluss eines Projektanten von einem möglicherweise später folgenden Vergabeverfahren ist grundsätzlich nicht möglich. Dies insbesondere vor dem

Hintergrund der Regelungen der § 7 Abs. 3 VgV, § 5 Abs. 3 UVgO, wonach dem vorbefassten Unternehmen vor einem Angebotsausschluss wegen Wettbewerbsverzerrung nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB die Möglichkeit zu geben ist, nachzuweisen, dass seine Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens den Wettbewerb nicht verzerren kann.

5.11.3. *Erklärung mitwirkender Personen an Vergabeverfahren*

Werden externe Dritte an Vergabeverfahren beteiligt, können die mitwirkenden Personen zu besonderer Verschwiegenheit und Neutralität verpflichtet werden. Um sicherzustellen, dass keine Personen an Vergabeverfahren mitwirken, bei denen ein Interessenkonflikt besteht, sollte der Auftraggeber die am Vergabeverfahren mitwirkenden Personen zudem bitten zu prüfen, ob sie als voreingenommene Person oder als Angehörige einer voreingenommenen Person gelten können. Die entsprechenden Angaben sollten gegebenenfalls mit Hilfe einer „Erklärung mitwirkender Personen an Vergabeverfahren des Auftraggebers“ dokumentiert werden.

5.12. Mögliche Sicherheitsrelevanz des Auftrages

Teil der Beschaffungskonzeption kann bei entsprechender Relevanz auch die Prüfung und Bewertung sein, ob es sich um einen verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Auftrag handelt, für den möglicherweise besondere Vergabevorschriften gelten. Die Abgrenzung kann in Einzelfällen tatsächlich und rechtlich komplex sein, weshalb in solchen Fällen die Hinzuziehung spezieller Expertise im Bereich verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge zu empfehlen ist. Besondere Relevanz haben in diesem Bereich die §§ 104, 117 GWB und die VSVgV.

Nach § 104 GWB sind verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge öffentliche Aufträge, deren Auftragsgegenstand mindestens eine der folgenden Leistungen umfasst:

- die Lieferung von Militärausrüstung, einschließlich dazugehöriger Teile, Bauteile oder Bausätze
- die Lieferung von Ausrüstung, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrages vergeben wird, einschließlich der dazugehörigen Teile, Bauteile oder Bausätze
- Liefer-, Bau- und Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der in den Nummern 1 und 2 genannten Ausrüstung in allen Phasen des Lebenszyklus der Ausrüstung oder
- Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder Bau- und Dienstleistungen, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrages vergeben werden

Militärausrüstung ist dabei jede Ausrüstung, die eigens zu militärischen Zwecken konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wird und zum Einsatz als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial bestimmt ist.

Ein Verschlusssachenauftrag ist ein Auftrag im speziellen Bereich der nicht-militärischen Sicherheit, der ähnliche Merkmale aufweist und ebenso schutzbedürftig ist wie ein Auftrag über die Lieferung von Militärausrüstung im vorgenannten Sinne oder wie Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke im vorgenannten Sinne, und

- bei dessen Erfüllung oder Erbringung Verschlusssachen nach § 4 SÜG oder nach den entsprechenden Bestimmungen der Länder verwendet werden oder
- der Verschlusssachen im vorgenannten erfordert oder beinhaltet.

Für solche verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträge finden die §§ 144 ff. GWB und die VSVgV Anwendung, § 1 VSVgV.

Besondere Relevanz hat im Bereich verteidigungs- und sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge das SÜG (§ 7 Abs. 7 VSVgV). Das SÜG regelt die Voraussetzungen und das Verfahren zur Überprüfung einer Person, die von der zuständigen Stelle mit einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit betraut werden soll (Sicherheitsüberprüfung) oder bereits betraut worden ist (Wiederholungsüberprüfung), sowie den Schutz von Verschlusssachen. In diesem Bereich sind regelmäßig die Besonderheiten im Zusammenhang mit Verschlusssachen (§ 4 SÜG) zu beachten, aus denen sich auch Besonderheiten für Vergabeverfahren nach der VSVgV ergeben. So können sich für den Auftraggeber beispielsweise Verpflichtungen zur Forderung spezieller Erklärungen und Nachweise der Bewerber und Bieter sowie deren Unterauftragnehmer im Vergabeverfahren ergeben (zum Beispiel aus § 7 VSVgV).

Nach § 117 GWB sind öffentliche Aufträgen und Wettbewerbe, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen, ohne verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge im Sinne des

§ 104 GWB zu sein, gänzlich vom Anwendungsbereich des GWB-Kartellvergaberechtes ausgenommen,

- soweit der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen gewährleistet werden kann, zum Beispiel durch Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit der Informationen abzielen, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Verfügung stellt
- soweit die Voraussetzungen des Art. 346 Abs. 1 lit. a AEUV erfüllt sind
- wenn die Vergabe und die Ausführung des Auftrages für geheim erklärt werden oder nach den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordern; Voraussetzung hierfür ist eine Feststellung darüber, dass die betreffenden wesentlichen Interessen nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen gewährleistet werden können, zum Beispiel durch Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit der Informationen abzielen
- wenn der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, die Vergabe oder Durchführung nach anderen Vergabeverfahren vorzunehmen, die festgelegt sind durch
  - eine im Einklang mit den EU-Verträgen geschlossene internationale Übereinkunft oder Vereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem oder mehreren Staaten, die nicht Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, oder ihren Untereinheiten über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen für ein von den Unterzeichnern gemeinsam zu verwirklichendes oder zu nutzendes Projekt
  - eine internationale Übereinkunft oder Vereinbarung im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen, die Unternehmen betrifft, die ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland oder einem Staat haben, der nicht Vertragspartei des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraums ist, oder
  - eine internationale Organisation oder

- wenn der öffentliche Auftraggeber gemäß den Vergaberegeln einer internationalen Organisation oder internationalen Finanzierungseinrichtung einen öffentlichen Auftrag vergibt oder einen Wettbewerb ausrichtet und dieser öffentliche Auftrag oder Wettbewerb vollständig durch diese Organisation oder Einrichtung finanziert wird. Im Falle einer überwiegenden Kofinanzierung durch eine internationale Organisation oder eine internationale Finanzierungseinrichtung einigen sich die Parteien auf die anwendbaren Vergabeverfahren

Eine Ausnahme vom GWB-Kartellvergaberecht regelt § 145 GWB für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen regelt, die

- den Zwecken nachrichtendienstlicher Tätigkeiten dienen
- im Rahmen eines Kooperationsprogramms vergeben werden, das
  - auf Forschung und Entwicklung beruht und
  - mit mindestens einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union für die Entwicklung eines neuen Produktes und gegebenenfalls die späteren Phasen des gesamten oder eines Teils des Lebenszyklus dieses Produktes durchgeführt wird;

  beim Abschluss eines solchen Abkommens teilt die Europäische Kommission den Anteil der Forschungs- und Entwicklungsausgaben an den Gesamtkosten des Programms, die Vereinbarung über die Kostenteilung und gegebenenfalls den geplanten Anteil der Beschaffungen je Mitgliedstaat mit
- in einem Staat außerhalb der Europäischen Union vergeben werden; zu diesen Aufträgen gehören auch zivile Beschaffungen im Rahmen des Einsatzes von Streitkräften oder von Polizeien des Bundes oder der Länder außerhalb des Gebietes der Europäischen Union, wenn der Einsatz es erfordert, dass im Einsatzgebiet ansässige Unternehmen beauftragt werden; zivile Beschaffungen sind Beschaffungen nicht-militärischer Produkte und Beschaffungen von Bau- oder Dienstleistungen für logistische Zwecke
- die Bundesregierung, eine Landesregierung oder eine Gebietskörperschaft an eine andere Regierung oder an eine Gebietskörperschaft eines anderen Staates vergibt und die Folgendes zum Gegenstand haben:
  - die Lieferung von Militärausrüstung im Sinne des § 104 Abs. 2 GWB oder die Lieferung von Ausrüstung, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrages im Sinne des § 104 Abs. 3 GWB vergeben wird
  - Bau- und Dienstleistungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dieser Ausrüstung stehen
  - Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder
  - Bau- und Dienstleistungen, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrages im Sinne des § 104 Abs. 3 GWB vergeben werden
- Finanzdienstleistungen mit Ausnahme von Versicherungsdienstleistungen zum Gegenstand haben

- Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen zum Gegenstand haben, es sei denn, die Ergebnisse werden ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit und die Dienstleistung wird vollständig durch den Auftraggeber vergütet, oder
- besonderen Verfahrensregeln unterliegen,
    - die sich aus einem internationalen Abkommen oder einer internationalen Vereinbarung ergeben, das oder die zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union und einem oder mehreren Staaten, die nicht Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, geschlossen wurde,
    - die sich aus einem internationalen Abkommen oder einer internationalen Vereinbarung im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen ergeben, das oder die Unternehmen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Staates betrifft, oder
    - die für eine internationale Organisation gelten, wenn diese für ihre Zwecke Beschaffungen tätigt oder wenn ein Mitgliedstaat öffentliche Aufträge nach diesen Regeln vergeben muss.

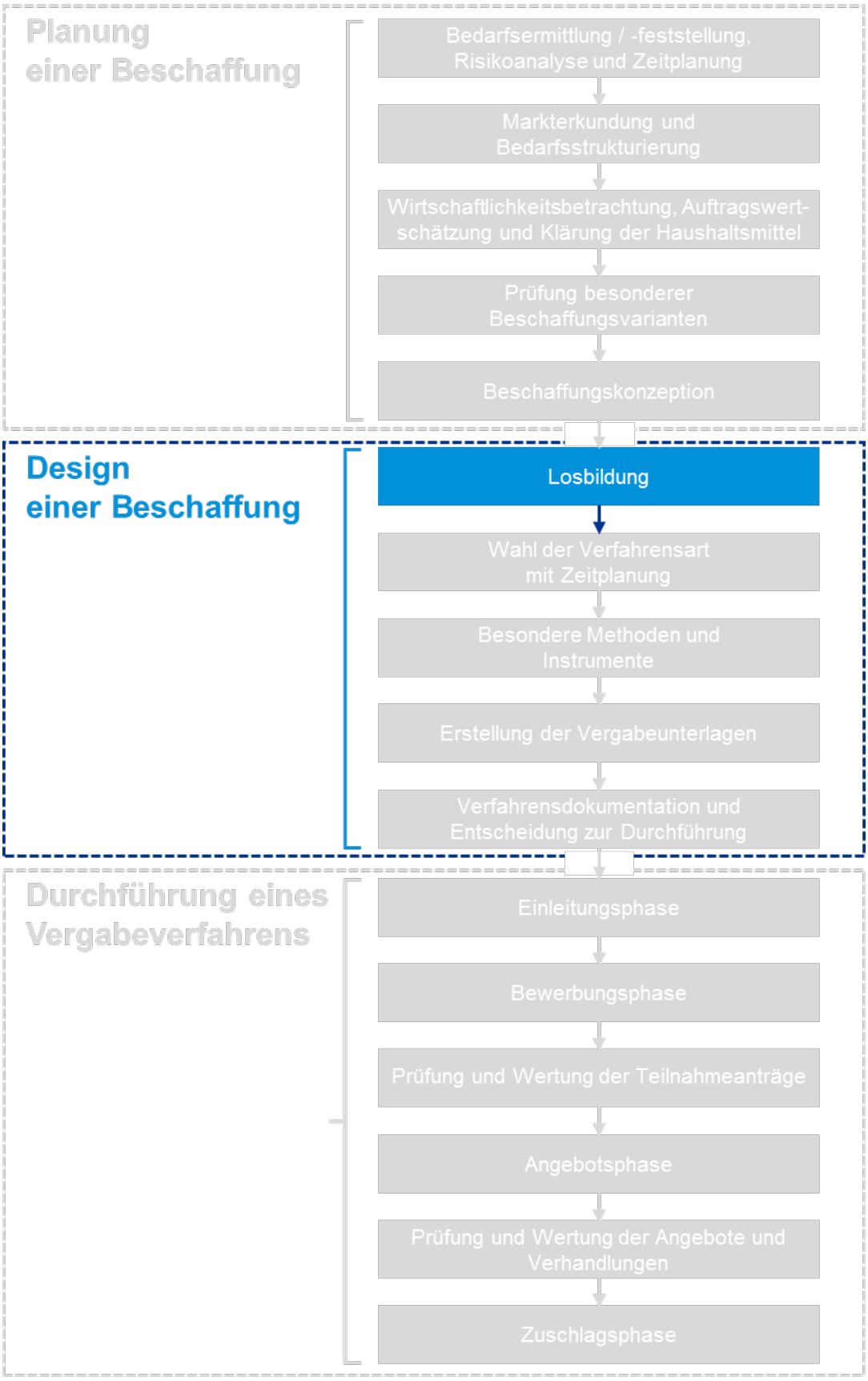
C. Design einer Beschaffung

Die UfAB hebt die besondere Bedeutung der Planung und des Designs einer IT-Beschaffung hervor. Wie sich aus der nachstehenden (unter Kapitel C.1.) Grafik des Ablaufs einer Beschaffung ergibt, folgt auf die im vorherigen Kapitel B. dargestellte Planung einer Beschaffung die in diesem Kapitel C. vorgestellte Phase des Designs einer Beschaffung. Das Design umfasst insbesondere die folgenden wesentlichen Schritte:

- Losbildung
- Wahl der Verfahrensart mit Zeitplanung
- Besondere Methoden und Instrumente
- Erstellung der Vergabeunterlagen
- Verfahrensdokumentation und Entscheidung zur Durchführung

Beim Design einer Beschaffung erfolgt die konkrete Umsetzung der Ergebnisse und Erkenntnisse aus deren vorherigen Planung. Mit dem Design wird das Vergabeverfahren so weit vorbereitet, dass es im Anschluss eingeleitet werden kann. Es umfasst insbesondere die Erstellung der erforderlichen Vergabeunterlagen.

1. Losbildung



Bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption in der Phase der Planung einer Beschaffung hat der Auftraggeber unter Berücksichtigung der vergaberechtlichen Vorgaben, insbesondere des Gebotes der losweisen Vergabe die Grundlagen ermittelt, die für eine begründete Entscheidung einer etwaigen Zusammenfassung grundsätzlich teilbarer Leistungen notwendig sind.

Im Rahmen des Designs einer Beschaffung ist auf diesen Grundlagen nun die Entscheidung über den konkreten Loszuschnitt und die Losbildung begründet zu treffen.

Dafür ist es zum einen erforderlich, für die Dokumentation des Vergabeverfahrens die entsprechende Entscheidung und deren Begründung zu dokumentieren. Hierbei sollen die im Rahmen der Beschaffungskonzeption ermittelten Grundlagen herangezogen, abgewogen und bewertet werden. Je besser die Grundlagen hierzu in der Beschaffungskonzeption erarbeitet wurden, desto besser, belastbarer und rechtssicherer wird die hier im Rahmen des Designs der Beschaffung zu treffende Entscheidung über den Loszuschnitt und die Losbildung, deren Begründung und Dokumentation.

Zum anderen bedarf es – für den Fall der Aufteilung von Leistungen in Lose – eines konkreten Designs der Beschaffung in Losen. Neben den besonderen Regelungen über die Auftragswertschätzung (§ 3 Abs. 7 bis 9 VgV) und Gestaltungsmöglichkeiten insbesondere über das sogenannte 20-Prozent-Kontingent gemäß § 3 Abs. 9 VgV, bestehen Gestaltungsmöglichkeiten für den Auftraggeber bei einer vorgenommenen Losaufteilung insbesondere hinsichtlich sogenannter Loslimitierungen und hinsichtlich der Wertung der Angebote bei einer losweisen Ausschreibung.

1.1. Angebotslimitierung

Der Auftraggeber hat bei der Vergabe des Auftrages in einzelnen Losen die Möglichkeit, die Anzahl der Losangebote eines einzelnen Bieters zu begrenzen. Dazu hat er in der Auftragsbekanntmachung und in den Vergabeunterlagen anzugeben, ob ein Bieter ein Angebot

- nur für ein Los
- für mehrere Lose
- für alle Lose

ein Angebot einreichen kann.

Können Bieter für mehrere Lose Angebote einreichen, ist zusätzlich festzulegen, für welche konkreten Lose eine Angebotseinreichung zugelassen wird. Können Bieter Angebote nur für ein Los oder für mehrere bestimmte Lose abgeben, werden Angebote eines Bieters für weitere Lose bei der Wertung der Angebote nicht berücksichtigt.

1.2. Zuschlagslimitierung

Der Auftraggeber hat bei der Vergabe des Auftrages in einzelnen Losen zudem die Möglichkeit, die Anzahl der Lose (Höchstzahl) festzulegen, auf die ein Bieter den Zuschlag erhalten kann. Eine solche Zuschlaglimitierung ist in der Auftragsbekanntmachung und in den Vergabeunterlagen anzugeben und zu erläutern (zum Beispiel: in einem Vergabeverfahren mit vier Losen kann ein Bieter maximal in zwei Losen den Zuschlag erhalten).

Der Auftraggeber hat die objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien in den Vergabeunterlagen anzugeben, die er bei der Vergabe von Losen anzuwenden beabsichtigt, wenn die Anwendung der Zuschlagskriterien dazu führen würde, dass ein einzelner Bieter den Zuschlag für eine größere Zahl von Losen als die Höchstzahl erhält.

In Fällen, in denen ein einziger Bieter den Zuschlag für mehr als ein Los erhalten kann, kann der Auftraggeber Aufträge über mehrere oder alle Lose vergeben, wenn er in der Auftragsbekanntmachung angegeben hat, dass er sich diese Möglichkeit vorbehält und die Lose oder Losgruppen angibt, die kombiniert werden können.

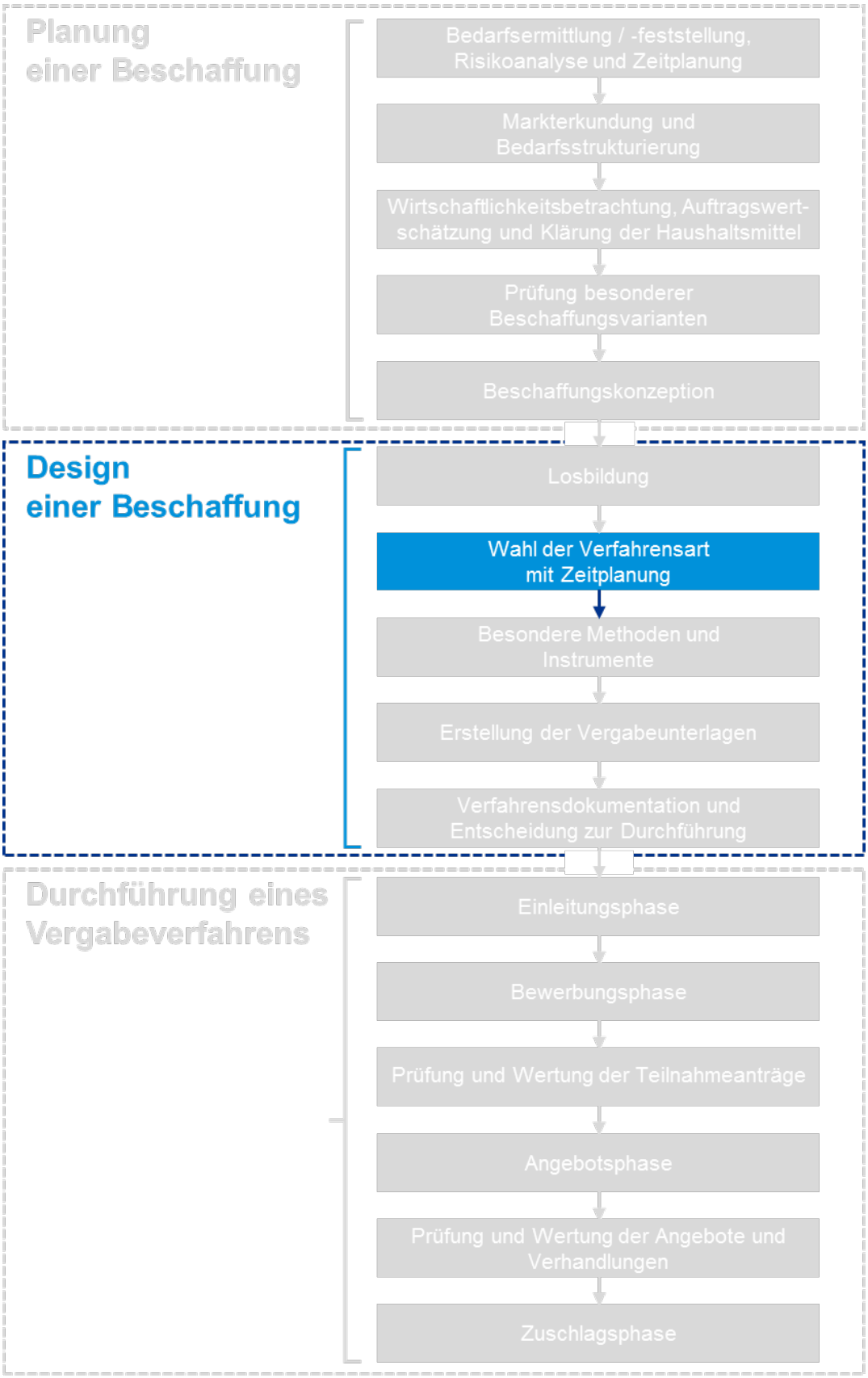
1.3. Wertung der Angebote bei losweiser Ausschreibung

Soweit die Auftragsbekanntmachung und die Vergabeunterlagen nichts anderes regeln, erfolgt die Wertung der Angebote, insbesondere die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes gesondert je Los.

Tipp für die Praxis:

Rechtlich umstritten ist die Frage, ob der Auftraggeber ermöglichen darf, dass Bieter Angebote unter der Bedingung einreichen dürfen, dass für den Fall der Zuschlagserteilung auf mehrere oder alle Lose beispielsweise spezielle Rabatte (losübergreifende Rabatte) gewährt werden. Es empfiehlt sich zu dieser Frage, die jeweils aktuelle Rechtsentwicklung und Rechtsprechung zu prüfen oder speziellen rechtlichen Sachverstand hinzuziehen. In jedem Fall empfiehlt sich, in der Auftragsbekanntmachung und in den Vergabeunterlagen eine ausdrückliche Regelung dazu aufzunehmen, ob und inwieweit Angebote unter einer solchen Bedingung im konkreten Vergabeverfahren zugelassen sind oder nicht. Selbst wenn ein solches Vorgehen als zulässig angesehen würde, ist für die Praxis zu berücksichtigen, dass sich die Wertung der Angebote bei einem solchen Vorgehen – je nach Anzahl der Lose – sehr komplex und aufwendig gestaltet.

2. Wahl der Verfahrensart mit Zeitplanung



Bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption in der Phase der Planung einer Beschaffung hat der Auftraggeber wesentliche Grundlagen ermittelt, die für die Entscheidung über die Wahl der Vergabeverfahrensart relevant sind. Dies gilt insbesondere für die Fragen, ob und inwieweit die Nutzung von Vergabeverfahrensarten mit Verhandlungsmöglichkeiten oder sogar Verhandlungsverfahren / Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb in Betracht kommen.

Im Rahmen des Designs einer Beschaffung ist auf diesen Grundlagen nun die Entscheidung über die konkrete Wahl der Vergabeverfahrensart zu treffen.

Dafür ist es zum einen erforderlich, für die Dokumentation des Vergabeverfahrens die entsprechende Entscheidung und deren Begründung zu dokumentieren. Hierbei sollen die im Rahmen der Beschaffungskonzeption ermittelten Grundlagen herangezogen, abgewogen und bewertet werden. Je besser die Grundlagen hierzu in der Beschaffungskonzeption erarbeitet wurden, desto besser, belastbarer und rechtssicherer wird die hier im Rahmen des Designs des Beschaffung zu treffende Entscheidung über die Wahl der Vergabeverfahrensart, deren Begründung und Dokumentation. Zum anderen bedarf es – abhängig von der konkreten Wahl der Vergabeverfahrensart – einer entsprechenden zeitlichen Verfahrensplanung.

Im Folgenden werden – zunächst für den Bereich oberhalb der Schwellenwert, anschließend für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte – die Vergabeverfahrensarten, deren Zulässigkeitsvoraussetzungen und die wesentlichen Aspekte für deren jeweilige zeitliche Verfahrensplanung vorgestellt. Eine Darstellung des vollständigen Prozesses der einzelnen Vergabeverfahrensarten findet sich in Kapitel D.

2.1. Vergabeverfahrensarten oberhalb der EU-Schwellenwerte

Oberhalb der EU-Schwellenwerte stehen dem Auftraggeber für IT-Beschaffungen das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren, der wettbewerbliche Dialog oder die Innovationspartnerschaft zur Verfügung.

Auftraggeber können zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren, das immer einen vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb erfordert, frei wählen. Die übrigen Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung, soweit dies gesetzlich gestattet ist.

Konkrete gesetzliche Vorgaben zur Wahl der Verfahrensart ergeben sich insbesondere aus dem GWB. Bei IT-Beschaffungen des Auftraggebers gelten grundsätzlich die Vorgaben der VgV.

Die §§ 14 ff. VgV regeln die Zulässigkeitsvoraussetzungen der einzelnen Verfahrensarten. Im Überblick ergibt sich folgender Aufbau:

- offenes oder nicht offenes Verfahren nach Wahl des Auftraggebers (§ 14 Abs. 2 VgV)
- Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb (§ 14 Abs. 3 VgV)
- Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb (§ 14 Abs. 4 VgV)
- Zulässigkeit des wettbewerblichen Dialoges (§ 14 Abs. 3 VgV)
- Zulässigkeit der Innovationspartnerschaft (§ 19 VgV)

Besonderheiten hinsichtlich der Zulässigkeit der Vergabeverfahrensarten ergeben sich für den Anwendungsbereich der SektVO und der KonzVgV. Auch im Anwendungsbereich der VSVgV wird die Hierarchie der Vergabeverfahrensarten nach der VgV modifiziert: Vergaben im Bereich der VSVgV werden grundsätzlich in den beiden Regelverfahren des nicht offenen Verfahrens oder des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb durchgeführt (§ 146 GWB, § 11 Abs. 1 VSVgV); in begründeten Ausnahmefällen kann unter den besonderen Voraussetzungen des § 12 VSVgV ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb oder unter den besonderen Voraussetzungen des § 13 VSVgV ein wettbewerblicher Dialog durchgeführt werden.

Die nachstehende Grafik gibt einen groben Überblick über die Vergabeverfahrensarten oberhalb der EU-Schwellenwerte und deren wesentlichen Merkmale.

Übersicht über die EU-weiten Verfahrensarten

Offenes Verfahren § 119 Abs. 3 GWB, §§ 14 Abs.1-2, 15 VgV	— Einstufiges Verfahren: Auftraggeber fordert unbeschränkt viele Unternehmen auf, ein Angebot abzugeben. — Bieter haben mit dem Angebot ihre Eignung nachzuweisen. — Angebote sind verbindlich und annahmefähig abzugeben. — Angebote können nur angenommen oder abgelehnt werden, es gibt keine Verhandlungen.
Nicht offenes Verfahren § 119 Abs. 4 GWB, §§ 14 Abs. 1-2, 16 VgV	— Zweistufiges Verfahren: Auftraggeber wählt die geeignet(st)en Bewerber im vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb aus. — Nur ausgewählte Bewerber dürfen ein Angebot abgeben. — Angebotsphase läuft wie im offenen Verfahren ab.
Verhandlungsverfahren § 119 Abs. 5 GWB, § 14 Abs. 1-4, 17 VgV	— Mehrstufiges Verfahren mit oder ohne vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb. — Angebote können verhandelt werden. — Sukzessive Beschränkung des Bieterkreises in der Angebots- / Verhandlungsphase möglich.
Wettbewerblicher Dialog § 119 Abs. 6 GWB, §§ 14 Abs. 1-3, 18 VgV	— Dreistufiges Verfahren: Vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb, Dialog- und Angebotsphase . — Konkretisierung der Leistungsbeschreibung im Dialog mit den Bietern. — Angebotsphase auf Basis der Dialogergebnisse wie im offenen Verfahren ohne Nachverhandlung.
Innovationspartnerschaft § 119 Abs. 7 GWB, §§ 14 Abs. 1-2, 19 VgV	— Entwicklung von innovativem / r Produkt / Dienstleistung und anschließender Erwerb der daraus hervorgehenden Lieferungen / Dienstleistungen. — Vergabefahren entspricht Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. — Abschluss eines zweistufigen Vertrages: (1) Forschungs- und / oder Entwicklungsleistung. (2) Leistungsphase.

2.1.1. *Offenes Verfahren*

2.1.1.1. Wahl des offenen Verfahrens

Im offenen Verfahren werden Aufträge in einem vorgeschriebenen Verfahren nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe vergeben. Dieses Verfahren ermöglicht allen interessierten Unternehmen, ein Angebot abzugeben. Verhandlungen über Angebotsinhalte sind unzulässig.

Das offene Verfahren steht dem Auftraggeber stets ohne weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen als Vergabeverfahrensart oberhalb der EU-Schwellenwerte zur Verfügung.

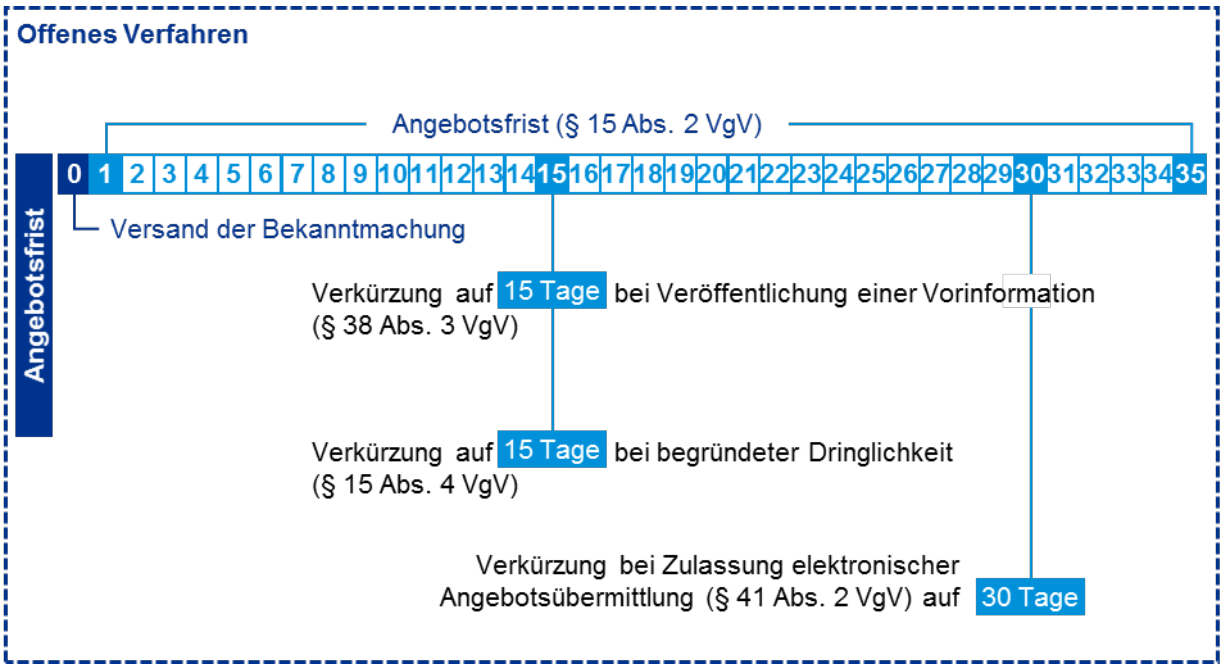
Das offene Verfahren ist insbesondere dann sinnvoll, wenn es sich bei der zu vergebenden Lieferung oder Leistung um eine standardisierte Ware oder Dienstleistung handelt, der Beschaffungsbedarf klar und abschließend definiert ist und somit keine Notwendigkeit für Verhandlungen nach Angebotsabgabe besteht. Prozessual ist das offene Verfahren aufgrund seiner Einstufigkeit (insbesondere kein vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb) überschaubar und regelmäßig – unter Berücksichtigung der geltenden Mindestfristen – zügig durchführbar.

Das offene Verfahren gewährleistet ein hohes Maß an Wettbewerb durch die Beteiligung einer unbeschränkten Zahl von Bietern. Bei entsprechender Gestaltung von Leistungsbeschreibung, Eignungs- und Zuschlagskriterien eröffnet das offene Verfahren auch neuen Marktteilnehmern Chancen auf eine erfolgreiche Bewerbung um öffentliche Aufträge. Zudem stellt das offene Verfahren in besonderem Maße eine förmliche Verfahrensführung und damit die Verhinderung von Absprachen oder abgestimmten Verhaltensweisen unter Bietern sicher.

Nachteil des offenen Verfahrens ist, dass über Angebotsinhalte mit den Bietern weder im Hinblick auf den Leistungsgegenstand noch auf den Preis verhandelt werden darf (sogenanntes Nachverhandlungsverbot).

2.1.1.2. Zeitplanung

Im Hinblick auf die Zeitplanung sind beim offenen Verfahren die aus der nachfolgenden Grafik ersichtlichen rechtlich geregelten Mindestfristen zu beachten:



Für den Fall der Inanspruchnahme der Fristverkürzungsmöglichkeiten bedarf es jeweils einer kritischen Prüfung im Einzelfall, ob und inwieweit die Tatbestände für die Fristverkürzung tatsächlich erfüllt sind.

Unabhängig von den rechtlichen Mindestfristen ist stets der rechtliche Grundsatz zu beachten, dass bei der Festlegung der Fristen für den Eingang der Angebote die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote angemessen zu berücksichtigen ist (§ 20 Abs. 1 VgV).

Neben den rechtlichen Mindestfristen und etwaigen Fristverkürzungsmöglichkeiten sind bei der Zeitplanung unbedingt die Zeiträume zu berücksichtigen, die der Auftraggeber selbst im weiteren Vergabeverfahren für die Verfahrensführung benötigt. Hier geht es insbesondere um die angemessene und ausreichende Planung von Zeiten für

- die Prüfung, Bewertung von Bieterfragen
- die Abstimmung und Konsolidierung von Antworten auf Bieterfragen
- die Öffnung der Angebote
- die Prüfung und Wertung der Angebote
- die Herbeiführung interner Entscheidungen, die während des Vergabeverfahrens erforderlich sind
- die Dokumentation der Entscheidungen und die zugehörigen Begründungen

2.1.2. *Nicht offenes Verfahren*

2.1.2.1. Wahl des nicht offenen Verfahrens

Im nicht offenen Verfahren werden Aufträge in einem vorgeschriebenen Verfahren nach Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben. Zuvor wendet sich der Auftraggeber an einen unbeschränkten Bewerberkreis und fordert öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf (Teilnahmewettbewerb). Verhandlungen mit Bewerbern oder Bietern über den Inhalt der Teilnahmeanträge oder der Angebote sind unzulässig.

Das nicht offene Verfahren steht dem Auftraggeber stets ohne weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen als Vergabeverfahrensart oberhalb der EU-Schwellenwerte zur Verfügung.

Das nicht offene Verfahren bietet die Möglichkeit, durch den vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb die für die Auftragsdurchführung (am besten) geeigneten Bieter vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe auszuwählen. Hierzu kann der Auftraggeber Eignungskriterien festlegen, die auf den konkreten IT-Beschaffungsbedarf abgestimmt sind und dadurch ein „Mehr an Eignung“ (im Teilnahmewettbewerb) berücksichtigen.

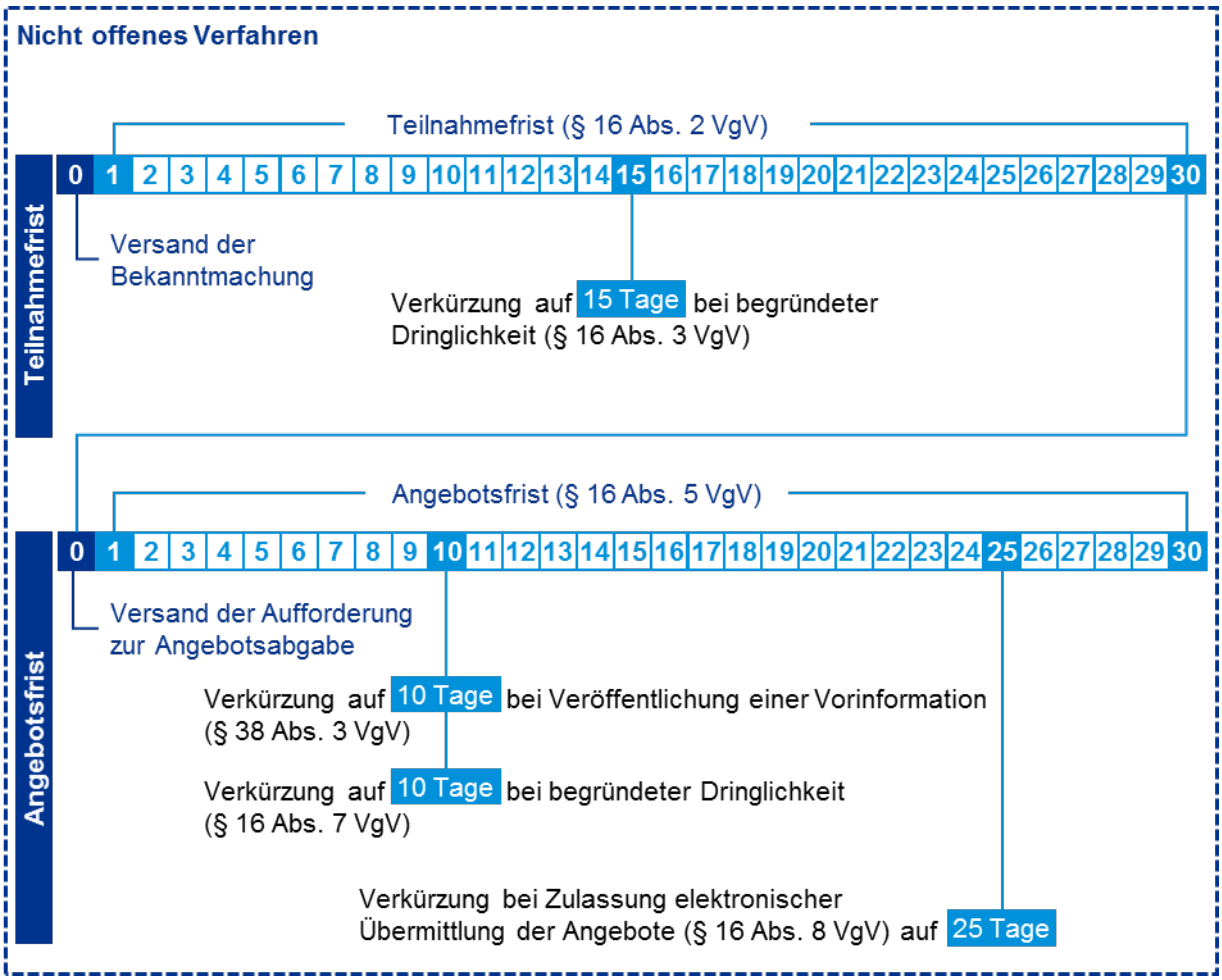
Die Wahl des nicht offenen Verfahrens kann daher sinnvoll sein, wenn besondere Anforderungen an die Eignung der Bieter gestellt werden sollen. In einem ersten Schritt ist damit sichergestellt, dass der Auftraggeber nur diejenigen Bieter zur Angebotsabgabe auffordert, die für die konkrete IT-Beschaffung auch tatsächlich die (beste) Eignung vorweisen. Im Vergleich zum offenen Verfahren ist für den Auftraggeber mit der Durchführung eines vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbes ein höherer zeitlicher sowie prozessualer und organisatorischer Aufwand verbunden. Ob und inwieweit dieser durch einen entsprechend geringeren Aufwand bei der Prüfung und Wertung der Angebote aufgewogen wird, hängt vom konkreten Beschaffungsbedarf und Einzelfall ab.

Wie das offene Verfahren hat auch das nicht offene Verfahren den Nachteil, dass über Angebotsinhalte mit den Bietern weder im Hinblick auf den Leistungsgegenstand noch auf den Preis verhandelt werden darf (sogenanntes Nachverhandlungsverbot).

Auch wenn das nicht offene Verfahren dem Auftraggeber ohne weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen zur Verfügung steht, bedarf es danach einer sorgfältigen Prüfung im Einzelfall, ob und inwieweit das nicht offene Verfahren tatsächlich Vorteile gegenüber dem offenen Verfahren bringt.

2.1.2.2. Zeitplanung

Im Hinblick auf die Zeitplanung sind beim nicht offenen Verfahren die aus der nachfolgenden Grafik ersichtlichen rechtlich geregelten Mindestfristen zu beachten:



Für den Fall der Inanspruchnahme der Fristverkürzungsmöglichkeiten bedarf es jeweils einer kritischen Prüfung im Einzelfall, ob und inwieweit die Tatbestände für die Fristverkürzung tatsächlich erfüllt sind.

Unabhängig von den rechtlichen Mindestfristen ist stets der rechtliche Grundsatz zu beachten, dass bei der Festlegung der Fristen für den Eingang der Angebote die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote angemessen zu berücksichtigen ist (§ 20 Abs. 1 VgV).

Neben den rechtlichen Mindestfristen und etwaigen Fristverkürzungsmöglichkeiten sind bei der Zeitplanung unbedingt die Zeiträume zu berücksichtigen, die der Auftraggeber selbst im weiteren Vergabeverfahren für die Verfahrensführung benötigt. Hier geht es insbesondere um die angemessene und ausreichende Planung von Zeiten für

- die Prüfung, Bewertung von Bewerber- und Bieterfragen
- die Abstimmung und Konsolidierung von Antworten auf Bewerber- und Bieterfragen
- die Öffnung der Teilnahmeanträge und Angebote
- die Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote

- die Herbeiführung interner Entscheidungen, die während des Vergabeverfahrens erforderlich sind
- die Dokumentation der Entscheidungen und die zugehörigen Begründungen

2.1.3. *Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb*

2.1.3.1. Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb

Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist ein Verfahren, bei dem sich der Auftraggeber an in einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Angebote zu verhandeln. In der Möglichkeit der Verhandlungen über die Angebote liegt der wesentliche Unterschied gegenüber dem offenen und dem nicht offenen Verfahren.

Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist nur unter ausdrücklich geregelten Voraussetzungen zulässig, § 14 Abs. 3 VgV. Die Möglichkeiten für Auftraggeber, diese Vergabeverfahrensart zu wählen, sind dennoch mit Einführung dieser Vorschrift deutlich erweitert. Die Richtlinie 2014/24/EU stellt in Erwägungsgrund 42 ausdrücklich fest, dass es für den Auftraggeber äußerst wichtig ist, über zusätzliche Flexibilität zu verfügen, um ein Vergabeverfahren auszuwählen, das Verhandlungen vorsieht. Insbesondere sollen Auftraggeber nach der Richtlinie die Möglichkeit haben, das Verhandlungsverfahren vorzusehen, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass offene oder nicht offene Verfahren ohne Verhandlungen zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen. Die Europäische Kommission ermutigt zudem Auftraggeber, verstärkt von dem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb auch deshalb Gebrauch zu machen, weil diese Vergabeverfahrensart nach ihrer Einschätzung dazu beiträgt, den grenzüberschreitenden Handel zu fördern.

Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist unter folgenden Voraussetzungen – in der Praxis im Bereich der IT-Beschaffung durchaus häufig vorliegenden Fällen – zulässig:

- Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erforderlich (§ 14 Abs. 3 Nr. 1 VgV)
- Auftrag umfasst konzeptionelle oder innovative Lösungen (§ 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV)
- Auftrag kann aufgrund konkreter Umstände nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden (§ 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV)
- Technische Spezifikationen können nicht mit ausreichender Genauigkeit erstellt werden (§ 14 Abs. 3 Nr. 4 VgV)
- Aufhebung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens wegen nicht ordnungsgemäßer oder nicht annehmbarer Angebote (§ 14 Abs. 3 Nr. 5 VgV)

Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erforderlich (§ 14 Abs. 3 Nr. 1 VgV)

Die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb ist insbesondere dann zulässig und sinnvoll, wenn zwar grundsätzlich klar ist, welche Leistung im Einzelfall benötigt wird, diese aber auf die konkreten Bedürfnisse des Auftraggebers im Einzelfall angepasst werden muss (§ 14 Abs. 3 Nr. 1 VgV).

Die Möglichkeit von Verhandlungen ermöglicht in diesem Fall insbesondere die Einbeziehung von Markt-Know-how der Anbietermärkte, etwa durch die Möglichkeit der Anpassung von Inhalten der Leistungsbeschreibung und der Vertragsbedingungen im Vergabeverfahren und auch nach Angebotsabgabe. Bei entsprechender Verfahrensstrategie, -gestaltung und -führung unter Berücksichtigung der Vergabegrundsätze können in geeigneten Fällen über Verhandlungen auch preisliche Optimierungen für den Auftraggeber erreicht werden.

Auftrag umfasst konzeptionelle oder innovative Lösungen (§ 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV)

Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist auch dann zulässig, wenn der zu vergebende Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst (§ 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV). Lösungen sind insbesondere dann innovativ, wenn es um die Realisierung von neuen oder deutlich verbesserten IT-Lösungen geht. Um konzeptionelle Lösungen geht es oftmals in komplexeren IT-Projekten, wenn den Bietern / Auftragnehmern Freiräume bei der Angebotsgestaltung / Auftragsausführung verbleiben (beispielsweise im Rahmen eines im Vergabeverfahren von den Bietern geforderten Implementierungs- oder Migrationskonzepts). Konzeptionelle Lösungen der Bieter sind außerdem regelmäßig bei funktionalen und teilfunktionalen Leistungsbeschreibungen relevant, die oftmals Gegenstand von IT-Beschaffungen sind.

Auftrag kann aufgrund konkreter Umstände nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden (§ 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV)

Das Verhandlungsverfahren ist zudem dann zulässig, wenn der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann (§ 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV). Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn Auftragsgegenstand komplexe IT-Projekte der Informations- und Kommunikationstechnologie sind.

Technische Spezifikationen können nicht mit ausreichender Genauigkeit erstellt werden (§ 14 Abs. 3 Nr. 4 VgV)

Für den Fall, dass die IT-Beschaffung, insbesondere ihre technischen Anforderungen, nicht mit ausreichender Genauigkeit unter Verweis auf eine Norm, eine europäische technische Bewertung, eine gemeinsame technische Spezifikation oder technische Referenzen im Sinne der Anlage 1 Nummer 2 bis 5 der VgV beschrieben werden kann, ist ebenfalls ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zulässig (§ 14 Abs. 3 Nr. 4 VgV). Diese Vorschrift steht zwar in einem Spannungsverhältnis mit dem Grundsatz zur Vergabereife (§ 29 Abs. 1 VgV) und dem Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung (§ 31 Abs. 1 VgV). Allerdings ist sie wiederum vor dem Willen des Richtliniengebers zu sehen, Auftraggebern eine zusätzliche Flexibilität zu verschaffen, um ein Vergabeverfahren auszuwählen, das Verhandlungen vorsieht.

Aufhebung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens wegen nicht ordnungsgemäßer oder nicht annehmbarer Angebote (§ 14 Abs. 3 Nr. 5 VgV)

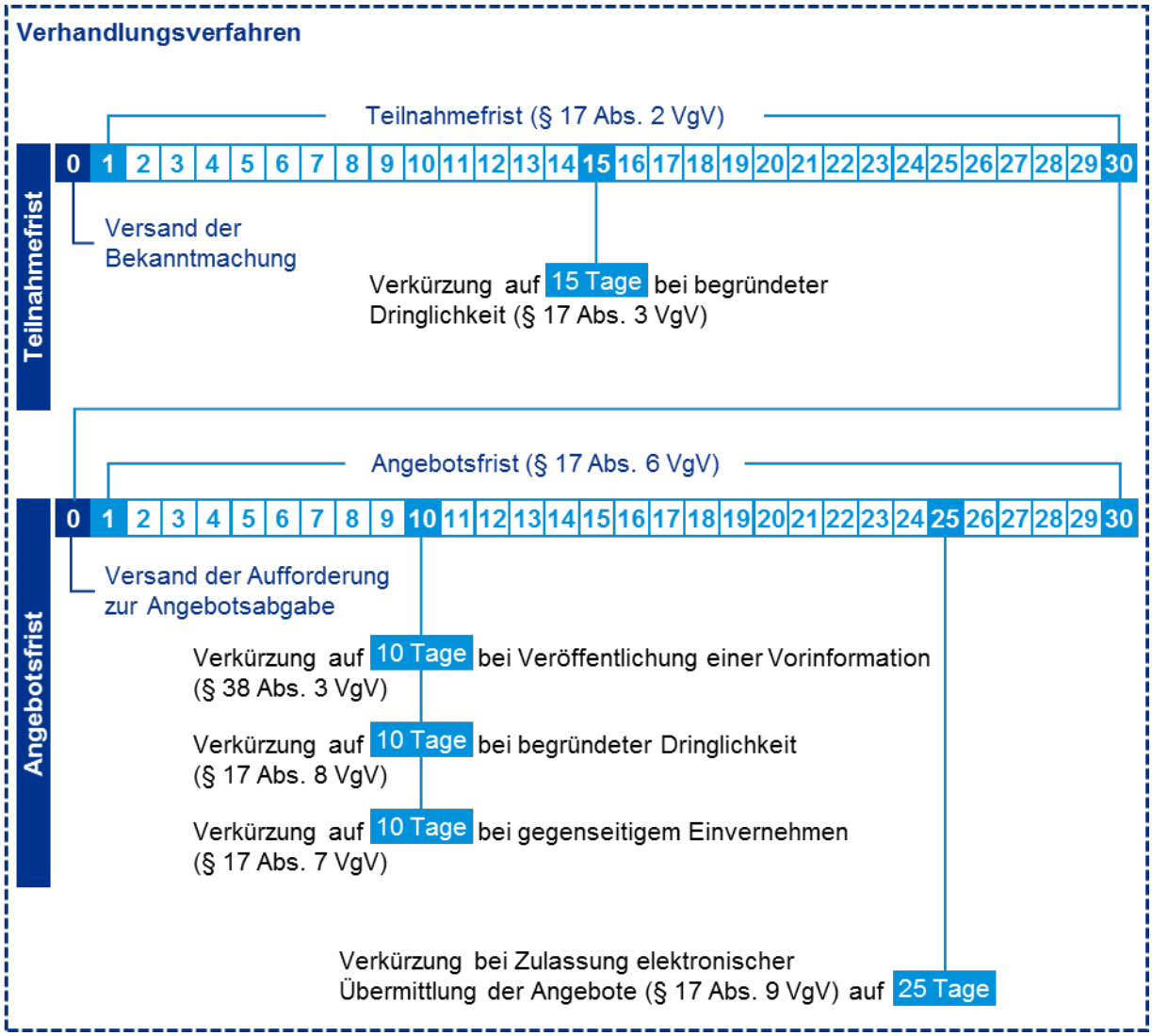
Wenn im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens keine ordnungsgemäßen oder nur unannehmbare Angebote eingereicht wurden, ist das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb schließlich auch zulässig (§ 14 Abs. 3 Nr. 5 VgV). Nicht ordnungsgemäß sind insbesondere Angebote, die nicht den Vergabeunterlagen entsprechen, nicht fristgerecht eingereicht wurden, nachweislich auf kollusiven Absprachen oder Korruption beruhen oder nach Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers ungewöhnlich niedrig sind. Unannehmbar sind insbesondere Angebote von

Bietern, die nicht über die erforderlichen Qualifikationen verfügen und Angebote, deren Preis die vor Einleitung des Vergabeverfahrens festgelegten und dokumentierten eingeplanten Haushaltsmittel des öffentlichen Auftraggebers übersteigen.

Der Auftraggeber kann in diesen Fällen sogar von einem Teilnahmewettbewerb absehen, wenn er in das Verhandlungsverfahren alle geeigneten Unternehmen einbezieht, die form- und fristgerechte Angebote abgegeben haben.

2.1.3.2. Zeitplanung

Im Hinblick auf die Zeitplanung sind beim Verhandlungsverfahren die aus der nachfolgenden Grafik ersichtlichen rechtlich geregelten Mindestfristen zu beachten:



Für den Fall der Inanspruchnahme der Fristverkürzungsmöglichkeiten bedarf es jeweils einer kritischen Prüfung im Einzelfall, ob und inwieweit die Tatbestände für die Fristverkürzung tatsächlich erfüllt sind.

Unabhängig von den rechtlichen Mindestfristen ist stets der rechtliche Grundsatz zu beachten, dass bei der Festlegung der Fristen für den Eingang der Angebote die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote angemessen zu berücksichtigen ist (§ 20 Abs. 1 VgV).

Neben den rechtlichen Mindestfristen und etwaigen Fristverkürzungsmöglichkeiten sind bei der Zeitplanung unbedingt die Zeiträume zu berücksichtigen, die der Auftraggeber selbst im weiteren Vergabeverfahren für die Verfahrensführung benötigt. Hier geht es insbesondere um die angemessene und ausreichende Planung von Zeiten für

- die Prüfung, Bewertung von Bewerber- und Bieterfragen
- die Abstimmung und Konsolidierung von Antworten auf Bewerber- und Bieterfragen
- die Öffnung der Teilnahmeanträge und Angebote
- die Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote
- die Vorbereitung, Durchführung und Nachbereitung der Verhandlungen
- die Herbeiführung interner Entscheidungen, die während des Vergabeverfahrens erforderlich sind
- die Dokumentation der Entscheidungen und die zugehörigen Begründungen

2.1.4. *Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb*

2.1.4.1. Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb

Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist ein Verfahren, bei dem sich der Auftraggeber an zuvor ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Angebote zu verhandeln. Im Unterschied zum Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erfolgt keine öffentliche Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen, sondern unmittelbar eine Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten an die vom Auftraggeber ausgewählten Unternehmen. In der Möglichkeit der Verhandlungen über die Angebote liegt der wesentliche Unterschied gegenüber dem offenen und dem nicht offenen Verfahren.

§ 14 Abs. 4 VgV regelt restriktiv die Ausnahmetatbestände für Auftragsvergaben im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. In der Praxis sind diese Ausnahmetatbestände auch restriktiv auszulegen und anzuwenden. Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist danach in folgenden Fällen zulässig:

- Keine oder keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmeanträge und keine grundlegende Änderung der ursprünglichen Auftragsbedingungen (§ 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV)
- Leistungen nur von einem bestimmten Unternehmen erbringbar (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV)
    - Erschaffung oder Erwerb eines einzigartigen Kunstwerks oder einer einzigartigen künstlerischen Leistung (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. a VgV)
    - Nicht vorhandener Wettbewerb aus technischen Gründen; keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung und der mangelnde Wettbewerb ist nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b, Abs. 6 VgV)
    - Schutz von ausschließlichen Rechten, einschließlich gewerblicher Schutzrechte; keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung und der mangelnde Wettbewerb ist nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c, Abs. 6 VgV)

- Äußerste Dringlichkeit der Leistung aus zwingenden Gründen infolge vom Auftraggeber nicht verursachter und nicht voraussehbarer Ereignisse (§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV)
- Beschaffung einer Lieferleistung ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken (§ 14 Abs. 4 Nr. 4 VgV)
- Beschaffung zusätzlicher Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers (§ 14 Abs. 4 Nr. 5 VgV)
- Beschaffung einer auf einer Warenbörse notierten oder gekauften Lieferleistung (§ 14 Abs. 4 Nr. 6 VgV)
- Beschaffung besonders günstiger Liefer- oder Dienstleistungen infolge Geschäftsaufgabe, Insolvenz oder Liquidation (§ 14 Abs. 4 Nr. 7 VgV)
- Aufträge im Anschluss an Planungswettbewerb (§ 14 Abs. 4 Nr. 8 VgV)
- Wiederholung gleichartiger Dienstleistungen (§ 14 Abs. 4 Nr. 9 VgV)

In der Praxis der IT-Beschaffung sind insbesondere die Ausnahmetatbestände relevant, auf die im Folgenden näher eingegangen wird. Hinsichtlich des daneben ebenfalls in der Praxis oftmals bemühten Tatbestands der „äußersten Dringlichkeit“ wird auf die Ausführungen in Kapitel B.5.8.1. verwiesen.

Leistungen nur von einem bestimmten Unternehmen erbringbar (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV)

Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist unter anderem dann zulässig, wenn der Auftrag wegen seiner technischen Besonderheiten (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b VgV) oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c VgV) nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann. Dieser Ausnahmetatbestand basiert auf dem Gedanken, dass sich die Durchführung eines Wettbewerbes erübrigt, wenn der zu vergebende Auftrag ohnehin zwingend nur von einem Unternehmen erbracht werden kann. Bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption innerhalb der Planung der Beschaffung hat der Auftraggeber idealerweise Erwägungen dazu angestellt, ob und inwieweit ein solcher Ausnahmetatbestand im konkreten Fall relevant sein kann.

Die Frage, ob ein Auftrag aus technischen Gründen oder wegen des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann, hängt entscheidend von der Festlegung des Auftragsgegenstandes und der Bestimmung seiner technischen Spezifikationen ab. Lässt der Auftraggeber den Auftragsgegenstand bewusst „technik- / lösungsoffen“, weil er beispielsweise den Wettbewerb unterschiedlicher IT-Lösungen wünscht, werden die Voraussetzungen für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nicht vorliegen. Legt er sich hingegen auf bestimmte Funktionen, Merkmale oder Verfahren fest, kann Ergebnis einer solchen Festlegung sein, dass nur noch ein einziges Unternehmen in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen.

Entscheidet sich der Auftraggeber für die Anwendung des Ausnahmetatbestandes des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb muss er nachweisen können, dass der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann. Die Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 15.10.2009 – Rs. C-275/08 zur Beschaffung von Verwaltungssoftware für Kraftfahrzeugzulassung) zeigt anschaulich, dass die bloße Behauptung, der zu vergebende Auftrag könne nur von einem Unternehmen erbracht werden, regelmäßig nicht ausreichend ist. Vielmehr kann die Nachweispflicht des Auftraggebers grundsätzlich so weit reichen, dass der Auftraggeber vor der Auftragsspezifikation auch Markterkundungen oder Marktanalysen mit dem Ziel durchführt, zu erforschen, ob sich ein

vertretbares Ausschreibungsergebnis auch durch alternative Produkte und eine technik- / lösungsoffene Ausschreibung erreichen lässt. So folgen aus der Entscheidung des EuGH insbesondere folgende bis heute für die IT-Praxis relevante Erwägungen: Obwohl es rechtlich unwahrscheinlich sei, dass ausländische Unternehmen Software für zum Beispiel das deutsche KFZ-Zulassungswesen anbieten, genüge für den Nachweis, dass außergewöhnliche Umstände vorliegen, die ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausnahmsweise rechtfertigen, nicht die Behauptung, mit der fraglichen Lieferung habe nur ein bestimmter Lieferant beauftragt werden können, weil der einzige auf nationaler Ebene vorhandene Wettbewerber kein Erzeugnis angeboten habe, das den notwendigen technischen Anforderungen entsprochen habe. Es sei nicht auszuschließen, dass Unternehmen, die zur Lieferung einer geeigneten Software in der Lage gewesen wären, hätten ermittelt werden können, wenn ernsthafte Nachforschungen auf europäischer Ebene angestellt worden wären.

Für die Durchführung von Markterkundungen und Marktanalysen in der Praxis spricht – neben dem in der Regel ureigenen Interesse des Auftraggebers – auch die Regelung in § 14 Abs. 6 VgV. Demnach ist das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb im Fall der Ausschließlichkeit nur dann zulässig, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.

Hinsichtlich des Tatbestandes der Ausschließlichkeitsrechte ist im Bereich der Softwarebeschaffung zudem Folgendes zu berücksichtigen: Selbst wenn der Auftraggeber vertretbar und belastbar zu der Feststellung gelangt, seinen Beschaffungsbedarf ausschließlich mit der Beschaffung eines bestimmten Softwareproduktes decken zu können, liegt darin nicht ohne Weiteres sogleich die Rechtfertigung für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. Vielmehr bedarf es in solchen Fällen einer kritischen Prüfung, ob das Softwareprodukt tatsächlich nur durch ein Unternehmen am Markt vertrieben wird oder das Produkt möglicherweise durch mehrere Unternehmen (Vertriebshändler) am Markt vertrieben und angeboten wird. In letztgenannten Konstellationen empfiehlt sich zudem eine kritische Markterkundung dahingehend, wie die jeweils aktuellen Marktgegebenheiten und -praktiken den Wettbewerb in einem Vergabeverfahren beeinflussen können (beispielsweise Risiko einer Einflussnahme des Softwareherstellers auf Preisbildung und Wettbewerb der Vertriebshändler). In Einzelfällen kann hier die Hinzuziehung von entsprechenden Markt- und Branchen-Know-how geboten sein, um die erfolgreiche Vorbereitung und Durchführung der Beschaffung nicht zu gefährden.

Beschaffung zusätzlicher Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers (§ 14 Abs. 4 Nr. 5 VgV)

Nach § 14 Abs. 4 Nr. 5 VgV ist ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zulässig, wenn zusätzliche Lieferungen des ursprünglichen Auftragnehmers benötigt werden, die entweder zur teilweisen Erneuerung von gelieferten Waren oder Einrichtungen oder deren Erweiterung bestimmt sind. Hinzukommen muss, dass ein Wechsel des Unternehmens dazu führen würde, dass der Auftraggeber Waren mit unterschiedlichen technischen Merkmalen kaufen müsste und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch, Betrieb oder Wartung mit sich bringen würde. Die Laufzeit solcher Aufträge darf in der Regel drei Jahre nicht überschreiten.

Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist nach dieser Ausnahmevorschrift nur dann zulässig, wenn die Lieferung eines anderen Unternehmens mit der ursprünglichen Leistung absolut inkompatibel (technische Unvereinbarkeit) oder relativ inkompatibel (unverhältnismäßige

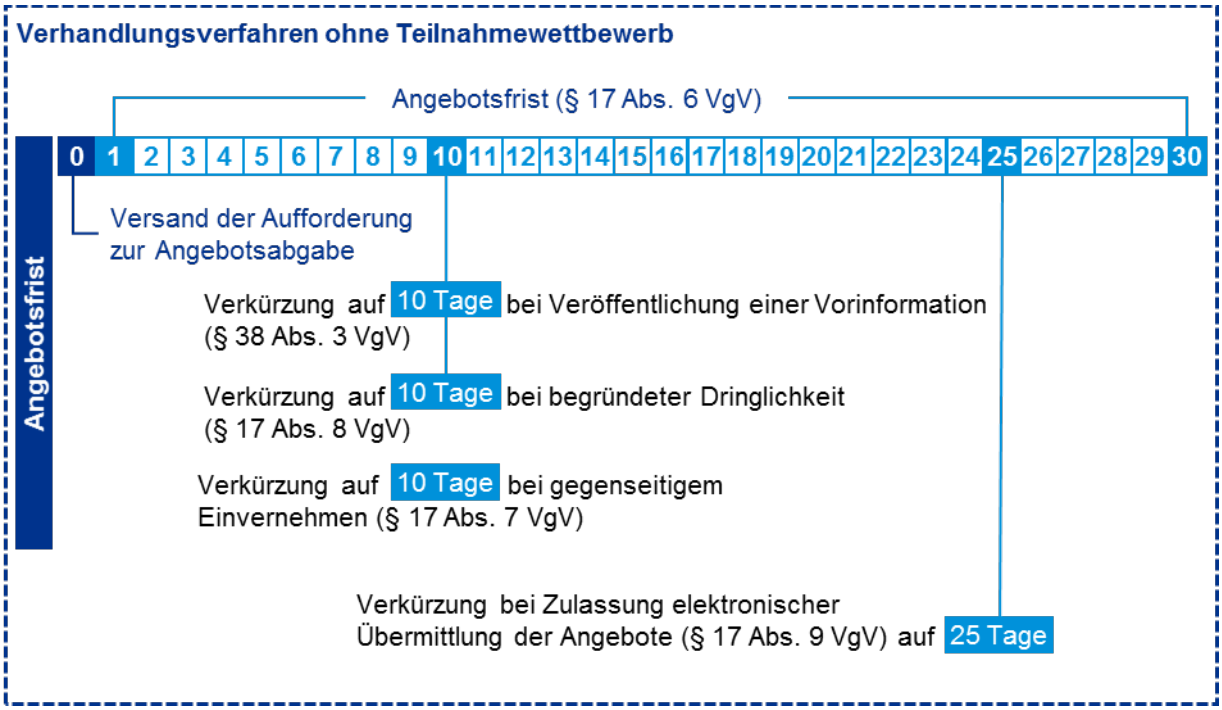
technische Schwierigkeiten) ist. Absolute Inkompatibilität ist gegeben, wenn der Gebrauchszweck durch die abweichenden (technischen) Merkmale vereitelt wird. Der Fall der relativen Inkompatibilität ist anzunehmen, wenn eine mögliche Angleichung unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten aufwirft, die einen unverhältnismäßigen Aufwand auslösen oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch nicht nur marginal beeinträchtigen.

Stellt der Auftraggeber Erwägungen zu diesem Ausnahmetatbestand an, könnte auch der Tatbestand einer zulässigen Auftragsänderung nach § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB relevant sein. Ob und inwieweit die

Tatbestände tatsächlich erfüllt sind, bestimmt sich aufgrund einer Prüfung im Einzelfall.

2.1.4.2. Zeitplanung

Im Hinblick auf die Zeitplanung sind beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb die aus der nachfolgenden Grafik ersichtlichen rechtlich geregelten Mindestfristen zu beachten:



Für den Fall der Inanspruchnahme der Fristverkürzungsmöglichkeiten bedarf es jeweils einer kritischen Prüfung im Einzelfall, ob und inwieweit die Tatbestände für die Fristverkürzung tatsächlich erfüllt sind.

Unabhängig von den rechtlichen Mindestfristen ist stets der rechtliche Grundsatz zu beachten, dass bei der Festlegung der Fristen für den Eingang der Angebote die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote angemessen zu berücksichtigen ist (§ 20 Abs. 1 VgV).

Neben den rechtlichen Mindestfristen und etwaigen Fristverkürzungsmöglichkeiten sind bei der Zeitplanung unbedingt die Zeiträume zu berücksichtigen, die der Auftraggeber selbst im weiteren Vergabeverfahren für die Verfahrensführung benötigt. Hier geht es insbesondere um die angemessene und ausreichende Planung von Zeiten für

- die Prüfung, Bewertung von Bewerber- und Bieterfragen
- die Abstimmung und Konsolidierung von Antworten auf Bewerber- und Bieterfragen

- die Öffnung der Teilnahmeanträge und Angebote
- die Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote
- die Vorbereitung, Durchführung und Nachbereitung der Verhandlungen
- die Herbeiführung interner Entscheidungen, die während des Vergabeverfahrens erforderlich sind
- die Dokumentation der Entscheidungen und die zugehörigen Begründungen

2.1.5. *Wettbewerblicher Dialog*

2.1.5.1. Wahl des wettbewerblichen Dialoges

Der wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren zur Vergabe von Aufträgen mit dem Ziel der Ermittlung und Festlegung der Mittel, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können. Nach einem Teilnahmewettbewerb eröffnet der öffentliche Auftraggeber mit den ausgewählten Unternehmen einen Dialog zur Erörterung aller Aspekte der Auftragsvergabe. Im Anschluss an diese Dialogphase schließt sich die Angebotsphase an.

Die Zulässigkeit des wettbewerblichen Dialoges bestimmt sich – wie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb – nach § 14 Abs. 3 VgV. Auftraggebern steht es daher frei, zwischen dem wettbewerblichen Dialog und dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zu wählen, wenn die entsprechenden Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen. Da die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb und des wettbewerblichen Dialoges inhaltsgleich sind, wird insoweit auf die Ausführungen zur Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb verwiesen. Wesentliche Merkmale des wettbewerblichen Dialoges sind, dass

- der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zunächst nur seine Bedürfnisse und Anforderungen an die zu beschaffende Leistung beschreibt (gleichzeitig aber auch schon Zuschlagskriterien festlegt und benennt)
- und – nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbes – mit den ausgewählten Unternehmen einen Dialog eröffnet, in dem er ermittelt und festlegt, wie seine Bedürfnisse und Anforderungen am besten erfüllt werden können.

Die Europäische Kommission bewertet den wettbewerblichen Dialog als bewährte Vergabeverfahrensart in den Fällen, in denen Auftraggeber nicht in der Lage sind, die Mittel zur Befriedigung ihres Beschaffungsbedarfes zu definieren oder zu beurteilen, was der Markt an technischen, finanziellen oder rechtlichen Lösungen zu bieten hat. Der wettbewerbliche Dialog bietet sich insoweit für innovative und komplexe IT-Projekte an, da hier ein Dialog zwischen Auftraggeber und Bietern vor Angebotsabgabe notwendig und sinnvoll sein kann.

Zu beachten ist allerdings, dass die Wahl des wettbewerblichen Dialoges eine intensive und strukturierte Vorbereitung im Rahmen des Designs der Beschaffung voraussetzt. Dabei sollte der Auftraggeber auch stets kritisch hinterfragen, ob der wettbewerbliche Dialog tatsächlich die geeignete Vergabeverfahrensart im Interesse der Beschaffungszielerreichung ist. In der Praxis wird das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb für eine Vielzahl der Fälle die

Vergabeverfahrensart sein, mit der sich definierte Beschaffungsziele ebenso gut oder besser erreichen lassen wie mit dem wettbewerblichen Dialog.

2.1.5.2. Zeitplanung

Im Hinblick auf die Zeitplanung sind beim wettbewerblichen Dialog die aus der nachfolgenden Grafik ersichtlichen rechtlich geregelten Mindestfristen zu beachten:

Beim wettbewerblichen Dialog sind bei der Zeitplanung in besonderem Maße die Zeiträume zu berücksichtigen, die der Auftraggeber selbst im Vergabeverfahren für die Verfahrensführung benötigt. Hier geht es insbesondere um die angemessene und ausreichende Planung von Zeiten für

- die Prüfung, Bewertung von Bewerber- und Bieterfragen
- die Abstimmung und Konsolidierung von Antworten auf Bewerber- und Bieterfragen
- die Öffnung der Teilnahmeanträge, Lösungen und Angebote
- die Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge, Lösungen und Angebote
- die Vorbereitung, Durchführung und Nachbereitung der Dialoge
- die Herbeiführung interner Entscheidungen, die während des Vergabeverfahrens erforderlich sind
- die Dokumentation der Entscheidungen und die zugehörigen Begründungen

2.1.6. *Innovationspartnerschaft*

2.1.6.1. Wahl der Innovationspartnerschaft

Die Innovationspartnerschaft ist ein Verfahren zur Entwicklung innovativer, noch nicht auf dem Markt verfügbarer Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen und zum anschließenden Erwerb der daraus hervorgehenden Leistungen. Nach einem Teilnahmewettbewerb verhandelt der öffentliche

Auftraggeber in mehreren Phasen mit den ausgewählten Unternehmen über die Erst- und Folgeangebote. Die Innovationspartnerschaft wird entsprechend dem Forschungs- und Innovationsprozess in zwei aufeinanderfolgenden Phasen strukturiert:

- einer Forschungs- und Entwicklungsphase, die die Herstellung von Prototypen oder die Entwicklung der Dienstleistung umfasst, und
- einer Leistungsphase, in der die aus der Partnerschaft hervorgegangene Leistung erbracht wird

Auf der Grundlage von festgelegten Zwischenzielen kann der Auftraggeber am Ende jedes Entwicklungsabschnitts entscheiden, ob er die Innovationspartnerschaft beendet oder, im Fall einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern, die Zahl der Partner durch die Kündigung einzelner Verträge reduziert, sofern der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen darauf hingewiesen hat, dass diese Möglichkeiten bestehen und unter welchen Umständen davon Gebrauch gemacht werden kann.

Nach Abschluss der Forschungs- und Entwicklungsphase ist der öffentliche Auftraggeber zum anschließenden Erwerb der innovativen Liefer- oder Dienstleistung nur dann verpflichtet, wenn das bei Eingehung der Innovationspartnerschaft festgelegte Leistungsniveau und die Kostenobergrenze eingehalten werden.

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Innovationspartnerschaft regeln § 119 Abs. 7 GWB und § 19 Abs. 1 VgV. Danach kann der Auftraggeber für die Vergabe eines öffentlichen Auftrages eine Innovationspartnerschaft mit dem Ziel der Entwicklung einer innovativen IT-Beschaffung und deren anschließenden Erwerb eingehen. Der Beschaffungsbedarf, der der Innovationspartnerschaft zugrunde liegt, darf nicht durch auf dem Markt bereits verfügbarer IT-Leistungen befriedigt werden können.

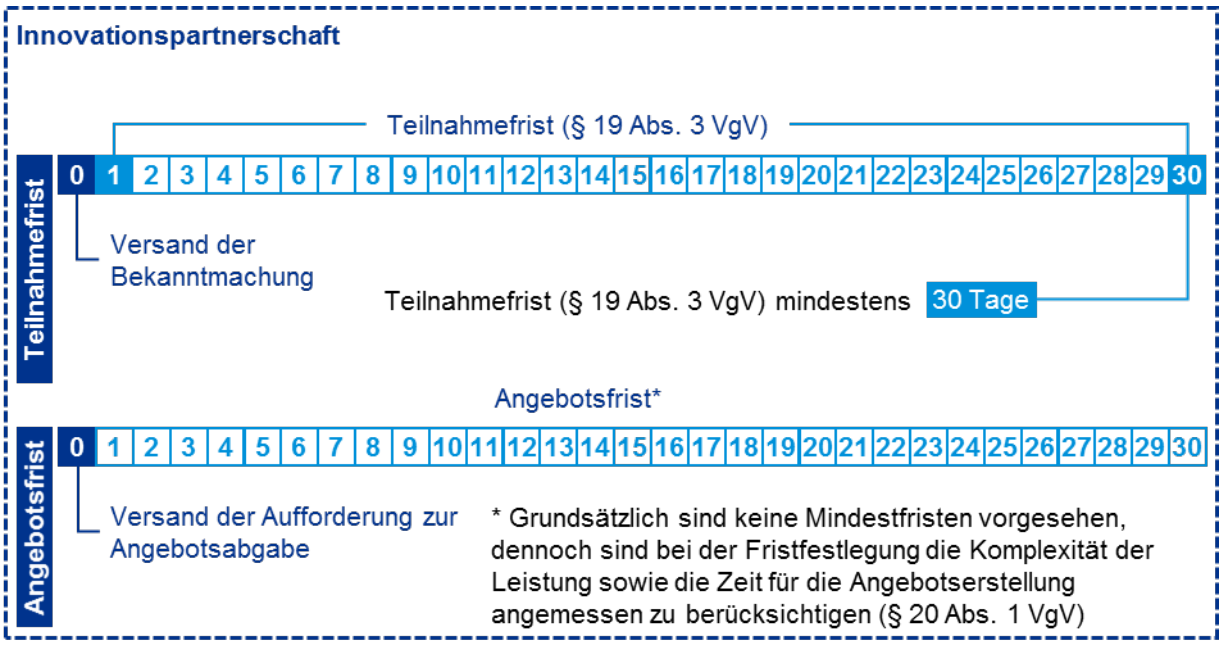
Erste Zulässigkeitsvoraussetzung für die Innovationspartnerschaft ist, dass der Auftraggeber mit dem Eingehen der Innovationspartnerschaft das Ziel der Entwicklung einer innovativen Leistung und deren anschließenden Erwerb verfolgt. Leistungen sind innovativ, wenn es um die Realisierung von neuen oder deutlich verbesserten IT-Lieferungen oder IT-Dienstleistungen geht. Zweite Zulässigkeitsvoraussetzung ist, dass der Beschaffungsbedarf des Auftraggebers nicht durch auf dem Markt bereits verfügbare IT-Liefer- oder Dienstleistungsaufträge befriedigt werden kann.

Die Wahl der Innovationspartnerschaft ist also dann sinnvoll, wenn die IT-Beschaffung erst noch entwickelt werden muss, weil sie am Markt nicht verfügbar ist. In solchen Fällen ermöglicht es die Innovationspartnerschaft, die Entwicklung der zur Bedarfsdeckung erforderlichen IT-Beschaffung im Wettbewerb zwischen verschiedenen Unternehmen stattfinden zu lassen.

Bei Innovationspartnerschaften sind Eignungskriterien vorzugeben, die die Fähigkeiten der Unternehmen auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung sowie die Ausarbeitung und Umsetzung innovativer Lösungen betreffen (§ 18 Abs. 1 S. 2 VgV). Eine Erteilung des Zuschlages allein auf der Grundlage des niedrigsten Preises oder der niedrigsten Kosten ist bei Innovationpartnerschaften nicht zulässig (§ 18 Abs. 7 S. 5 VgV).

2.1.6.2. Zeitplanung

Im Hinblick auf die Zeitplanung sind bei der Innovationspartnerschaft die aus der nachfolgenden Grafik ersichtlichen rechtlich geregelten Mindestfristen zu beachten:



Bei der Innovationspartnerschaft sind bei der Zeitplanung in besonderem Maße die Zeiträume zu berücksichtigen, die der Auftraggeber selbst im Vergabeverfahren für die Verfahrensführung benötigt. Hier geht es insbesondere um die angemessene und ausreichende Planung von Zeiten für

- die Prüfung, Bewertung von Bewerber- und Bieterfragen
- die Abstimmung und Konsolidierung von Antworten auf Bewerber- und Bieterfragen
- die Öffnung der Teilnahmeanträge und Angebote
- die Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote
- die Vorbereitung, Durchführung und Nachbereitung der Verhandlungen
- die Vorbereitung und Durchführung der Forschungs- und Entwicklungsphase
- die Herbeiführung interner Entscheidungen, die während des Vergabeverfahrens erforderlich sind
- die Dokumentation der Entscheidungen und die zugehörigen Begründungen

2.2. Vergabeverfahrensarten unterhalb der EU-Schwellenwerte

Unterhalb der EU-Schwellenwerte stehen dem Auftraggeber nach der UVgO für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die Öffentliche Ausschreibung, die Beschränkte Ausschreibung (mit und ohne Teilnahmewettbewerb) und die Verhandlungsvergabe (mit und ohne Teilnahmewettbewerb) als Vergabeverfahrensarten zur Verfügung.

Auftraggeber können zwischen der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb frei wählen. Nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen kann der Auftraggeber Liefer- und Dienstleistungsaufträge auch im Wege der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb oder der Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb vergeben.

Die §§ 8 ff. UVgO regeln die Zulässigkeitsvoraussetzungen der einzelnen Verfahrensarten. Im Überblick ergibt sich folgender Aufbau:

- Öffentliche Ausschreibung oder Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nach Wahl des Auftraggebers (§ 8 Abs. 2 UVgO)
- Zulässigkeit der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 3 UVgO)
- Zulässigkeit der Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 4 UVgO)
- Zulässigkeit der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 4 UVgO)

2.2.1. *Öffentliche Ausschreibung*

§ 9 UVgO regelt die Öffentliche Ausschreibung.

Bei einer Öffentlichen Ausschreibung fordert der Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auf. Jedes interessierte Unternehmen kann ein Angebot abgeben. Die Öffentliche Ausschreibung wendet sich mithin an einen unbeschränkten Bieterkreis. Der Auftraggeber gibt den zu vergebenden Liefer- oder Dienstleistungsauftrag einem unbeschränkten Kreis von Unternehmen bekannt. Die Vergabeunterlagen werden grundsätzlich elektronisch zur Verfügung gestellt. Hierzu gibt der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse an, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Damit erhalten die interessierten Unternehmen Gelegenheit, ein Angebot abzugeben. Der Auftraggeber ist verpflichtet, sich mit allen Angeboten auseinander zu setzen und eine Prüfung und Wertung vorzunehmen. Damit erfolgt keine vorherige Beschränkung des Bieterkreises.

Der Auftraggeber darf von den Bietern nur Aufklärung über ihre Eignung, das Vorliegen von Ausschlussgründen oder über das Angebot verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

2.2.2. *Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb*

§ 10 UVgO regelt die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb.

Bei einer Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb fordert der Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbes öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben. Mit dem Teilnahmeantrag übermitteln die Unternehmen die vom Auftraggeber geforderten Informationen für die Prüfung ihrer Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen. Die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb wendet sich im ersten Schritt ebenfalls an einen unbeschränkten Teilnehmerkreis. Jedes interessierte Unternehmen kann einen

Teilnahmeantrag einreichen. Eine Vielzahl von Unternehmen erhält die Möglichkeit, ihre Geeignetheit für die ausgeschriebene Lieferung oder Leistung gegenüber dem Auftraggeber darzustellen.

Im Gegensatz zur Öffentlichen Ausschreibung findet bei der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb eine Beschränkung des Bieterkreises statt, indem eine Vorauswahl der geeigneten Bewerber durch den Auftraggeber getroffen wird. Nur diejenigen Unternehmen, die vom Auftraggeber nach Prüfung der übermittelten Informationen dazu aufgefordert werden, dürfen ein Angebot abgeben. Der Auftraggeber kann die Zahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, gemäß § 36 UVgO begrenzen. Die vom Auftraggeber vorgesehene Mindestzahl der zur Angebotsabgabe oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufzufordernden Bewerber darf nicht niedriger als drei sein, § 36 Abs. 2 S. 1 UVgO. Nur diese geeigneten Bieter erhalten die Vergabeunterlagen, wiederum grundsätzlich durch elektronische Zurverfügungstellung.

Der Auftraggeber darf von den Bietern nur Aufklärung über ihre Eignung, das Vorliegen von Ausschlussgründen oder über das Angebot verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

2.2.3. *Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb*

§ 8 Abs. 3 in Verbindung mit § 11 UVgO regelt die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb.

Der Auftraggeber kann Aufträge im Wege der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn entweder

- eine Öffentliche Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat
- oder eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb für den Auftraggeber oder die Bewerber oder Bieter einen Aufwand verursachen würde, der zu dem erreichten Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde.

Bei einer Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb fordert der Auftraggeber ohne vorherige Durchführung eines Teilnahmewettbewerbes mehrere, grundsätzlich mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes auf. Für die Auswahl darf der Auftraggeber nur geeignete Unternehmen auffordern, bei denen keine Ausschlussgründe vorliegen. Soweit der Auftraggeber die Erfüllung der Eignungskriterien und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen eines beteiligten Unternehmens im Vorfeld nicht abschließend feststellen kann, darf er die notwendigen Nachweise und Erklärungen auch noch mit oder nach Versendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe von dem betreffenden Unternehmen verlangen. Der Auftraggeber soll zwischen den Unternehmen, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden, wechseln.

Bei der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb fordert der Auftraggeber also bestimmte Unternehmen direkt zur Angebotsabgabe auf und stellt die Vergabeunterlagen grundsätzlich elektronisch zur Verfügung.

Der Auftraggeber darf von den Bietern nur Aufklärung über ihre Eignung, das Vorliegen von Ausschlussgründen oder über das Angebot verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

2.2.4. *Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb*

§ 8 Abs. 4 in Verbindung mit § 12 UVgO regelt die Zulässigkeitsvoraussetzungen zur Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb.

Die Wahl einer diesen beiden Verfahrensarten ist zulässig, wenn die Voraussetzungen eines der Tatbestände des § 8 Abs. 4 Nr. 1 bis 17 UVgO erfüllt sind. In dieser Regelung werden abschließend die Ausnahmetatbestände aufgelistet, die den Auftraggeber berechtigen, eine Verhandlungsvergabe entweder mit oder ohne Teilnahmewettbewerb durchzuführen.

Bei einer Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb fordert der Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbes öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben. Mit dem Teilnahmeantrag übermitteln die Unternehmen die vom Auftraggeber geforderten Informationen für die Prüfung ihrer Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen. Die Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb wendet sich im ersten Schritt also an einen unbeschränkten Teilnehmerkreis. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag einreichen. Eine Vielzahl von Unternehmen erhält die Möglichkeit, ihre Geeignetheit für die ausgeschriebene Lieferung oder Leistung gegenüber dem Auftraggeber darzustellen. Wie bei der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb findet also eine Beschränkung des Bieterkreises statt, indem eine Vorauswahl der geeigneten Bewerber durch den Auftraggeber getroffen wird. Nur diejenigen Unternehmen, die vom Auftraggeber nach Prüfung der übermittelten Informationen dazu aufgefordert werden, dürfen ein Angebot abgeben. Der Auftraggeber kann die Zahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, gemäß § 36 UVgO begrenzen. Die vom Auftraggeber vorgesehene Mindestzahl der zur Angebotsabgabe oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufzufordernden Bewerber darf nicht niedriger als drei sein, § 36 Abs. 2 S. 1 UVgO. Nur diese geeigneten Bieter erhalten die Vergabeunterlagen, wiederum grundsätzlich durch elektronische Zurverfügungstellung.

Bei einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb fordert der Auftraggeber mehrere, grundsätzlich mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes oder zur Teilnahme an Verhandlungen auf. Für die Auswahl darf der Auftraggeber nur geeignete Unternehmen auffordern, bei denen keine Ausschlussgründe vorliegen. Soweit der Auftraggeber die Erfüllung der Eignungskriterien und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen eines beteiligten Unternehmens im Vorfeld nicht abschließend feststellen kann, darf er die notwendigen Nachweise und Erklärungen auch noch mit oder nach Versendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe von dem betreffenden Unternehmen verlangen. Der Auftraggeber soll zwischen den Unternehmen, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden, wechseln. Bei der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb fordert der Auftraggeber also bestimmte Unternehmen direkt zur Angebotsabgabe auf und stellt die Vergabeunterlagen grundsätzlich elektronisch zur Verfügung. Im Falle einer Verhandlungsvergabe nach § 8 Abs. 4 Nr. 9 bis 14 UVgO darf auch nur ein Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufgefordert werden.

In jeder Verhandlungsvergabe (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb) darf der Auftraggeber über den gesamten Angebotsinhalt verhandeln, mit Ausnahme der vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. Im Rahmen der Verhandlungen stellt der Auftraggeber sicher, alle Bieter gleich zu behandeln. Insbesondere etwaige Änderungen der Bestandteile der Vergabeunterlagen infolge der Verhandlungen sind allen Bietern in gleicher Weise zur

Verfügung zu stellen. Eine Pflicht zur Verhandlung besteht nicht. Der Auftraggeber kann den Zuschlag auch ohne die Durchführung von Verhandlungen erteilen, wenn er sich dies in der Auftragsbekanntmachung, den Vergabeunterlagen oder der Angebotsaufforderung vorbehalten hat und die Bindefrist noch nicht abgelaufen ist.

2.2.5. *Zeitplan und Fristen*

Im Gegensatz zu den Vergabeverfahrensarten oberhalb der EU-Schwellenwerte existieren keine gesetzlich festgelegten Mindestfristen. Bei etwaigen Zeitplänen und Fristsetzungen gelten die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung.

Der Auftraggeber legt angemessene Fristen innerhalb der jeweiligen vorgenannten Verfahrensarten eigenständig fest. Dies gilt für den Eingang der Teilnahmeanträge (Teilnahmefrist), für den Eingang von Angeboten (Angebotsfrist) und auch für die Bindung der Bieter an ihre Angebote (Bindefrist). Diese Fristen sind insbesondere in der Bekanntmachung nach § 28 Abs. 2 Nr. 10 UVgO transparent anzugeben.

Der Auftraggeber hat festgesetzte Fristen angemessen zu verlängern, wenn er während der Angebotsfrist zusätzliche wesentliche Informationen zur Verfügung stellt, die die Angebotserstellung und / oder die Kalkulation berühren. Auch soll die Frist angemessen verlängert werden, wenn der Auftraggeber die Vergabeunterlagen wesentlich ändert. Folgende Fristarten und wesentlichen Regelungen werden in nationalen Verfahren bestimmt:

Frist	Wesentliche Regelungen
Teilnahmefrist	• Frist für den Antrag auf Teilnahme bei Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb und in der Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb
Angebotsfrist	• Frist für den Zeitraum zur Erstellung eines Angebotes
Bindefrist	• Frist für den Zeitraum der verbindlichen Geltung des Angebotes
Zuschlagsfrist	• Frist nach Angebotsöffnung bis zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes (Zuschlag ist vor Ablauf der Zuschlagsfrist zu erteilen) • Zuschlags- und Bindefrist sollten (logischerweise) gleichlaufen

Tipp für die Praxis:

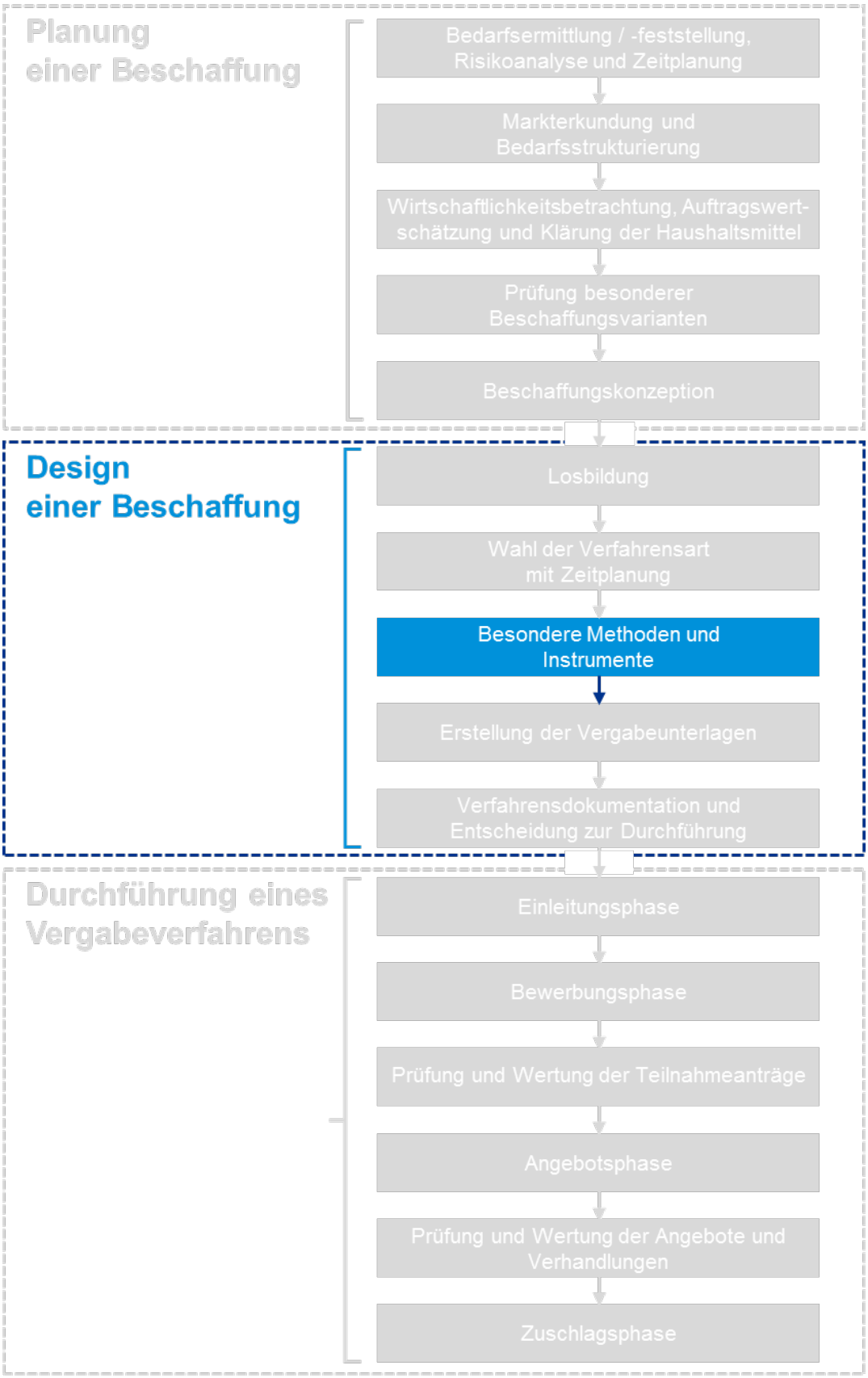
Um eine Frist angemessen zu verlängern empfiehlt es sich, alle Randbedingungen wie beispielsweise den Leistungsgegenstand (komplex, nicht komplex), den Umfang der Vergabeunterlagen und des Angebotes inklusive Anlagen, die Art des Kriterienkataloges (nur A- oder ausführliche B-Kriterien) den Bieterkreis (gegebenenfalls Bildung von Bietergemeinschaften, Einbindung von Unterauftragnehmern) sowie gegebenenfalls Abwesenheiten aufgrund von Feiertagen oder Ferien zu berücksichtigen.

Neben den Fristen, die sich insbesondere auf die Handlungen der Bewerber und Bieter im Vergabeverfahren beziehen, sind bei der Zeitplanung unbedingt die Zeiträume zu berücksichtigen, die

der Auftraggeber selbst im weiteren Vergabeverfahren für die Verfahrensführung benötigt. Hier geht es insbesondere um die angemessene und ausreichende Planung von Zeiten für

- die Prüfung, Bewertung von Bewerber- und Bieterfragen
- die Abstimmung und Konsolidierung von Antworten auf Bewerber- und Bieterfragen
- die Öffnung der Teilnahmeanträge und Angebote
- die Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote
- die Vorbereitung, Durchführung und Nachbereitung etwaiger Verhandlungen
- die Herbeiführung interner Entscheidungen, die während des Vergabeverfahrens erforderlich sind
- die Dokumentation der Entscheidungen und die zugehörigen Begründungen

3. Besondere Methoden und Instrumente



Besondere Methoden und Instrumente innerhalb des Vergabeverfahrens sind:

- Rahmenvereinbarungen
- Dynamische Beschaffungssysteme
- Elektronische Auktionen
- Elektronische Kataloge

In der folgenden Tabelle sind die besonderen Methoden und Instrumente den Verfahrensarten zugeordnet, in denen diese Anwendung finden können:

Methode / Instrument / Verfahrensart	Rahmen-vereinbarung	Dynamisches Beschaffungs-system	Elektronische Auktion	Elektronische Kataloge
Öffentliche Ausschreibung	X	-	X	X
Beschränkte Ausschreibung (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb)	X	X (mit Teilnahme-wettbewerb)	X	X
Verhandlungsvergabe (mit oder ohne Teilnahme-wettbewerb)	X	-	-	X
Offenes Verfahren	X	-	X	X
Nicht offenes Verfahren	X	X	X	X
Verhandlungsverfahren (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb)	X	-	X	X
Wettbewerblicher Dialog	X	-	-	X
Innovationspartnerschaft	X	-	-	X

3.1. Rahmenvereinbarungen

Rahmenvereinbarungen sind gegenseitig rechtlich bindende Vereinbarungen zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Auftragnehmern.

Innerhalb der Rahmenvereinbarungen werden die Bedingungen (beispielsweise Leistungsmerkmale, Preis, etc.) aller Einzelaufträge festgelegt, die während der Vertragslaufzeit vergeben werden sollen.

Rahmenvereinbarungen sind sowohl im nationalen als auch im europaweiten Bereich anwendbar. Sie können für alle Liefer- und Dienstleistungen einschließlich freiberuflicher Leistungen, beispielsweise auch für IT-Projektverträge mit unbestimmten Teilleistungen, abgeschlossen werden. Die Wahl der Rahmenvereinbarungen als vergaberechtliches Instrument bedarf keiner spezifischen Begründung.

Die Regelungen für Rahmenvereinbarungen im nationalen Bereich (§ 15 UVgO) unterscheiden sich von den Regelungen für Rahmenvereinbarungen im europaweiten Bereich (§ 21 VgV) nur in den Modalitäten zur Vergabe von Einzelaufträgen. Rahmenvereinbarungen sind gemäß entsprechender Vorschriften über die jeweils anwendbaren Verfahrensarten zu vergeben. Für die Vergabe von Rahmenvereinbarungen gelten im Wesentlichen dieselben Vorschriften wie für die Vergabe entsprechender öffentlicher Aufträge.

3.1.1. *Grundsätzliches zu Rahmenvereinbarungen*

Um wettbewerbs- und kartellrechtliche Probleme zu vermeiden, wird empfohlen im Falle des Abschlusses von Rahmenvereinbarungen, in denen Auftraggeber und Bezugsberechtigte unterschiedlichen Gebietskörperschaften beziehungsweise Rechtssubjekten angehören, vorab eine Prüfung unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten durchzuführen.

Rahmenvereinbarungen dürfen nicht dazu missbraucht werden, den Wettbewerb zu behindern, einzuschränken oder zu verfälschen (siehe § 21 Abs. 1 S. 2 VgV). Daher ist ein besonderes Augenmerk auf die Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze zu legen. Insbesondere die Vergabe im Wettbewerb, der Transparenz- und der Nichtdiskriminierungsgrundsatz sowie der Grundsatz der Losvergabe sind zu beachten.

Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung darf höchstens vier Jahre betragen, es sei denn, es liegt ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Sonderfall vor (zum Beispiel mittel- bis langfristiges IT-Outsourcing-Projekt). Sollte eine längere als eine vierjährige Laufzeit vorgesehen sein, ist dies bereits in der Bekanntmachung zu begründen.

Der geschätzte Auftragswert ist für die Wahl des zulässigen Vergabeverfahrens ausschlaggebend (§ 106 GWB). Er ist gemäß § 3 VgV unter Zugrundelegung der höchstmöglichen Werte zu ermitteln.

Dem Abschluss einer gegenseitig verpflichtenden Rahmenvereinbarung muss immer ein Vergabeverfahren vorausgehen. In Vorbereitung dessen sind gemäß der vergaberechtlichen Vorschriften unter anderem eine Bedarfsermittlung aller Auftraggeber beziehungsweise Bezugsberechtigter sowie die Festlegung weiterer wichtiger Rahmenbedingungen (zum Beispiel Laufzeiten) erforderlich.

Das Auftragsvolumen muss so genau wie möglich ermittelt und bekannt gegeben werden, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden. Die Angabe einer geschätzten Abnahmemenge ist ausreichend. Eine sorgfältige Bedarfsermittlung ist in diesem Zusammenhang zwingend erforderlich, um die geschätzte Abnahmemenge im Zuge einer Rahmenvereinbarung zuverlässig definieren zu können.

Soweit die Bedarfsermittlung es ermöglicht, sollte zudem in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen eine verpflichtende Mindestabnahmemenge angegeben werden, die allerdings mit verbindlich verfügbaren Haushaltsmitteln abzusichern ist. Dies wird aus Gründen der Kalkulierbarkeit der vertraglichen Risiken für den Auftragnehmer empfohlen. Weiterhin sollte aus Transparenzgründen eine Höchstmenge angegeben werden. Zu beachten bleibt, dass lediglich die Angabe der geschätzten Abnahmemenge verpflichtend ist.

Die Benennung aller öffentlichen Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung ist ausdrücklich vorgeschrieben. Eine Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers wird erst durch die Vergabe von Einzelaufträgen ausgelöst.

Ein Auftraggeber

- darf für dieselbe Leistung eine Rahmenvereinbarung abschließen, in der mehrere Unternehmen als eigenständige Auftragnehmer benannt sind.
- ist zum Abruf von Leistungen aus der Rahmenvereinbarung in Form von Einzelaufträgen berechtigt.

Ein Bezugsberechtigter

- ist zum Abruf von Leistungen aus der Rahmenvereinbarung in Form von Einzelaufträgen berechtigt.
- hat seinen Bedarf vor Durchführung des Vergabeverfahrens beim Auftraggeber angemeldet. Sein Bedarf ist im Vergabeverfahren berücksichtigt.
- ist in der Auftragsbekanntmachung, den Vergabeunterlagen und der Rahmenvereinbarung aufgeführt.

Auftraggeber und Bezugsberechtigte dürfen

- ihren Bedarf an Leistungen, für die sie eine Bezugsberechtigung aus einer Rahmenvereinbarung besitzen, während der Laufzeit dieser Rahmenvereinbarung grundsätzlich nicht anderweitig decken.
- nur dann gleichzeitig aus mehreren Rahmenvereinbarungen Abrufrechte für den gleichen Leistungsgegenstand besitzen, wenn die Mindestabnahmemengen dieser Vereinbarungen auch alle tatsächlich abgenommen werden. Dies kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn der Bedarf für einen bestimmten Zeitraum auf unterschiedliche Rahmenvereinbarungen verteilt wird.

3.1.2. *Empfehlung zum Abschluss von IT-Rahmenvereinbarungen*

Bezugsmengen

Es empfiehlt sich, beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen das Auftragsvolumen mittels folgender Arten von Bezugsmengen zu beschreiben:

- Mindestabnahmemenge

  Die Mindestabnahmemenge basiert auf einer möglichst genauen Schätzung der Bedarfe. Die erforderlichen Haushaltsmittel müssen verfügbar sein. Eine Mindestabnahmemenge bindet den Auftraggeber beziehungsweise den Bezugsberechtigten an die Abnahme und den Auftragnehmer an die Lieferung beziehungsweise Leistung.

- Geschätzte Abnahmemenge

  Verfügt der Auftraggeber beziehungsweise der Bezugsberechtigte (noch) nicht über die erforderlichen Haushaltsmittel für seinen vollständigen Bedarf oder für Teile davon, kann er keine Mindestabnahmemenge hierüber zusagen. Unabhängig von den haushaltsrechtlichen Gegebenheiten wird er jedoch seinen Bedarf schätzen können. Dies ist zum Beispiel möglich unter Berücksichtigung der Bedarfe zurückliegender Jahre oder bestehender Regelungen im IT-Rahmenkonzept.

Stehen die Haushaltsmittel zur Verfügung, hat der Bezugsberechtigte diesen geschätzten Bedarf über diese Rahmenvereinbarung zu decken. Kann der gesamte Bedarf als Mindestabnahmemenge festgeschrieben werden, entfällt die Angabe einer geschätzten Abnahmemenge.

- Höchstmenge

  Es kann in Abhängigkeit vom Auftragsgegenstand sinnvoll sein, über die geschätzte Abnahmemenge hinaus eine absolute Obergrenze festzulegen, bis zu der aus dem Vertrag abgerufen werden kann. Die Höchstmenge schließt die geschätzte Abnahmemenge ein. Ist eine Höchstmenge festgelegt, ist diese auch Grundlage für die Schätzung des Auftragswertes zur Ermittlung des vorgeschriebenen Vergabeverfahrens (national oder EU-weit) sowie für etwaig im Zuge der Eignungsprüfung festgelegte Mindestumsatzgrößen von Bietern.

Wichtiger Hinweis:

Bei der Ermittlung der Mengen ist darauf zu achten, dass die geschätzte Abnahmemenge die Mindestabnahmemenge einschließt.

Alle Bezugsmengen sind für den Fall ihrer Mitteilung vom Bezugsberechtigten in der Bedarfsmeldung zur Rahmenvereinbarung anzugeben (gegebenenfalls zusätzlich zu den anderen Bezugsmengen). Der Auftraggeber weist die Bezugsmengen bei der Erstellung der Vergabeunterlagen summarisch aus. Besteht (noch) keine Freigabe der erforderlichen Haushaltsmittel, so ist die Angabe der Bezugsmenge unter diesem Vorbehalt aufzuführen.

Preisangaben und Mengenstaffelung

In den Vergabeunterlagen sollten zur Erreichung vergleichbarer Angebote den Bietern bindende Vorgaben zur Preisangabe gemacht werden. Wenn die Spanne zwischen Mindestabnahmemenge und Höchstmenge gering ist, empfiehlt sich die Einforderung fester Preisangaben unabhängig von tatsächlichen Abrufmengen. Für jedes abgerufene Stück gilt dann der gleiche Preis während der gesamten Vertragslaufzeit.

Kann keine Mindestabnahmemenge angegeben werden oder ist die Spanne zwischen Mindestabnahmemenge und geschätzter Abnahmemenge oder Höchstmenge groß, empfiehlt sich die Vorgabe einer Mengenstaffel, für die jeweils Preise anzugeben sind. In diesem Falle werden sich in Abhängigkeit von den abgerufenen Mengen die Preise ändern. Die Vereinbarung mengenabhängiger Staffelpreise ist bereits in den Vergabeunterlagen zu beschreiben. Für Abrufe bei Vertragsbeginn sollte dabei die günstigste Preisstaffel vereinbart werden. Es sollten Zeitpunkte festgelegt werden, zu denen jeweils auf der Basis der im abgelaufenen Zeitraum erreichten Mengen die Preisstaffel für den künftigen Zeitraum festgelegt wird. Die in den jeweiligen Zeiträumen zu erreichenden Mengen je Preisstaffel sind ebenfalls vorzugeben.

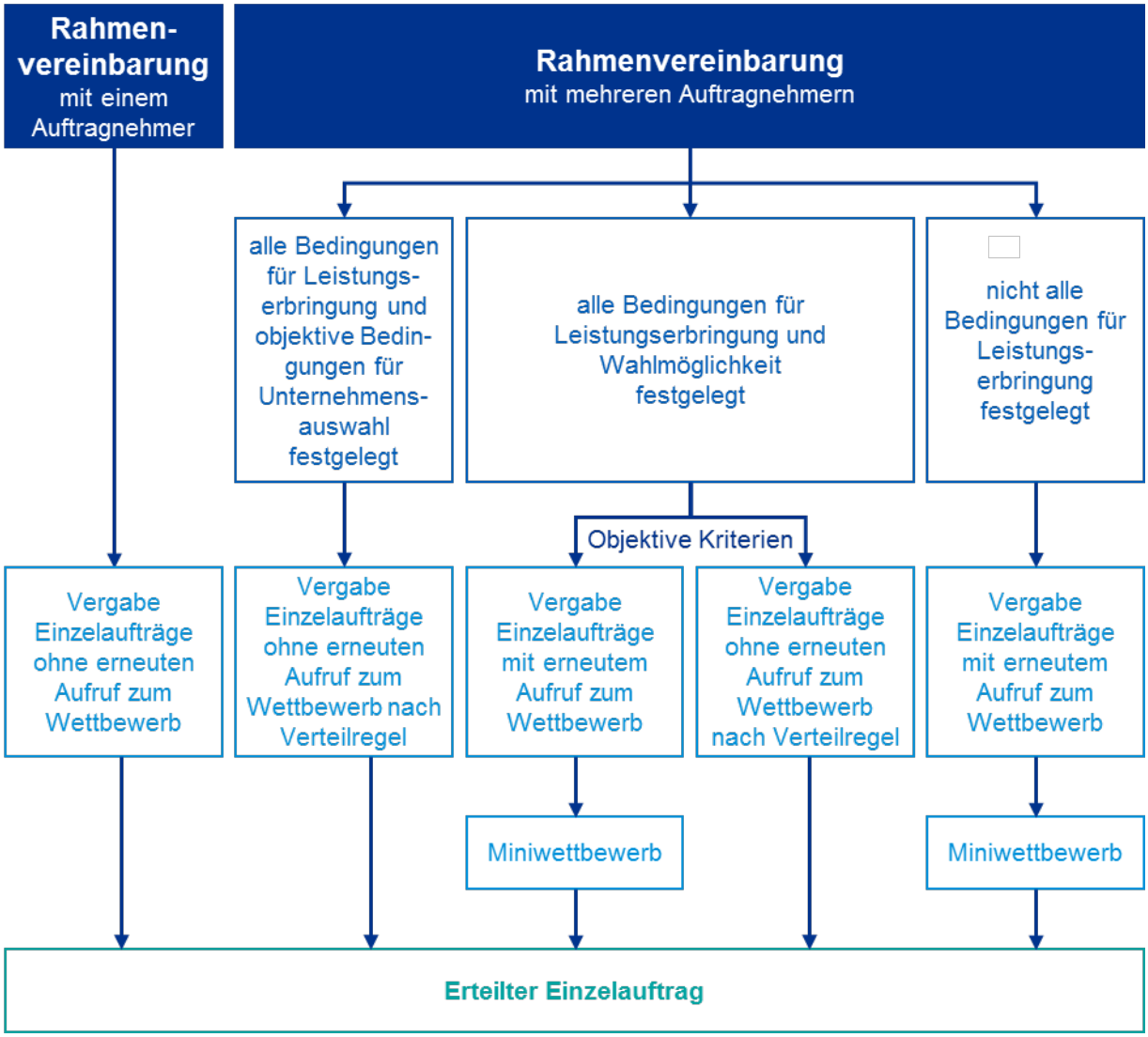
Beabsichtigt ein Auftraggeber, eine Rahmenvereinbarung für mehrere Bezugsberechtigte unter Einbeziehung mengenabhängiger Staffelpreise abzuschließen, sollte er die erforderlichen organisatorischen und haushaltsrechtlichen Voraussetzungen und den damit verbundenen Verwaltungsaufwand gemeinsam mit den Bezugsberechtigten klären (zum Beispiel Behandlung von Rabattierungen).

Mit der Vereinbarung einer Mindestabnahmemenge geht der Auftragnehmer die Verpflichtung ein, während der Vertragslaufzeit entsprechende Stückzahlen der vereinbarten Produkte zu liefern. Insbesondere bei Rahmenvereinbarungen mit einer längeren Vertragslaufzeit empfiehlt sich angesichts der technologischen Entwicklung eine vertragliche Vereinbarung über zulässige technologische Anpassungen des Liefergegenstandes (Technologieanpassungsklausel).

Eine solche Anpassung kann auch ausgeschlossen werden. Der Auftragnehmer ist dann verpflichtet, die Mindestabnahmemenge mit genau den vereinbarten technischen Spezifikationen zu liefern. Dabei ist zu beachten, dass dies für den Auftragnehmer einen Zwang zur Vorproduktion beziehungsweise Lagerhaltung mit entsprechenden Kostenaufschlägen in der Kalkulation bedeuten könnte.

3.1.3. *Arten von Rahmenvereinbarungen*

Grundsätzlich werden folgende Arten von Rahmenvereinbarungen unterschieden:



Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen

In diesem Fall wird die Rahmenvereinbarung zwischen einem oder mehreren Auftraggeber(n) und nur einem Auftragnehmer abgeschlossen. Voraussetzung für den Abschluss ist ein vorgeschaltetes Vergabeverfahren nach den einschlägigen Vergabevorschriften. Der Zuschlag erfolgt auf das wirtschaftlichste Angebot.

Auftraggeber dürfen für dieselbe Leistung nur dann mehrere Rahmenvereinbarungen mit überdeckender Geltungsdauer abschließen, wenn für jeden Vertrag die darin enthaltenen Abnahmemengen (Mindestabnahmemengen und geschätzte Abnahmemengen) auch abgerufen werden sollen. Eine Vervielfachung des Bedarfes darf nicht stattfinden. Für Bezugsberechtigte gilt diese Regelung analog.

Die Rahmenvereinbarung soll alle relevanten Bedingungen für die Einzelaufträge enthalten, die während der Laufzeit der Vereinbarung vergeben werden sollen. Anderenfalls kann der Auftraggeber im Zuge der Einzelbeauftragung das beteiligte Unternehmen schriftlich auffordern, die Leistungen zu vervollständigen (zum Beispiel konkrete Liefertermine).

Die Einzelaufträge werden ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb erteilt.

Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen

In diesem Fall wird die Rahmenvereinbarung zwischen einem oder mehreren Auftraggeber(n) und mehreren Auftragnehmern abgeschlossen. Voraussetzung für den Abschluss ist ein vorgeschaltetes Vergabeverfahren nach den einschlägigen Vergabevorschriften.

Die Auswahl der Vertragspartner einer Rahmenvereinbarung, die mit mehreren Unternehmen abgeschlossen werden soll, kann im Rahmen eines Vergabeverfahrens ermittelt werden, anhand

(1) zu erfüllender Eignungsanforderungen und der Erfüllung der Mindestanforderungen an die Leistung (zum Beispiel A-Kriterien, vertragliche Mindestanforderungen), wobei die Rahmenvereinbarung mit allen Unternehmen – also ohne Höchstzahl – abgeschlossen wird, die geeignet sind und die Mindestanforderungen erfüllen

oder

(2) der Ermittlung einer im Vorfeld festzulegenden und in der Auftragsbekanntmachung zu veröffentlichenden Höchstanzahl von geeigneten Unternehmen, welche die wirtschaftlichsten Angebote abgegeben haben

Zur Ermittlung der wirtschaftlichsten Angebote bietet sich die Einfache Richtwertmethode an. Die Rahmenvereinbarung wird mit der Anzahl von Unternehmen geschlossen, welche der bekannt gemachten Höchstanzahl entspricht. Die Rangfolge richtet sich nach der Wirtschaftlichkeit der Angebote. Die im Vorfeld festgelegte Anzahl kann unterschritten werden, wenn die Zahl der geeigneten Unternehmen, welche wirtschaftliche Angebote abgegeben haben, kleiner ist.

3.1.4. *Voraussetzungen und Varianten der Vergabe von Einzelaufträgen*

Vertragsparteien eines Einzelauftrages können ausschließlich die in der Auftragsbekanntmachung beziehungsweise der Aufforderung zur Interessensbestätigung genannten öffentlichen Auftraggeber und diejenigen Unternehmen sein, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Einzelauftrages Vertragspartei der Rahmenvereinbarung sind.

Bei der Einzelauftragsvergabe dürfen keine wesentlichen Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vorgenommen werden. So dürfen zum Beispiel bei einer Rahmenvereinbarung über Server keine Arbeitsplatzrechner bezogen werden. Ebenso ist ein Wechsel des Bezugsgegenstandes von Dienst- zu Lieferleistungen nicht möglich.

Einzelaufträge aufgrund einer Rahmenvereinbarung mit einem oder mehreren Unternehmen werden grundsätzlich entsprechend der Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben (zum Beispiel Regelung zu Bereitstellungs- oder Lieferfristen).

Vergabe von Einzelaufträgen bei Rahmenvereinbarungen mit einem Unternehmen

Bei Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen (§ 21 Abs. 3 VgV) kann der Auftraggeber im Bedarfsfall den an der Rahmenvereinbarung beteiligten Unternehmer gemäß § 126b BGB auffordern, sein Angebot zu vervollständigen. Eine Bekanntmachungspflicht der Einzelauftragsvergabe besteht nicht. Der Vergabevermerk kann gemäß § 8 Abs. 3 VgV für diese Variante der Einzelauftragsvergabe entfallen.

Vergabe von Einzelaufträgen bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen

Einzelaufträge mit mehreren Unternehmen werden grundsätzlich entsprechend der Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben. Zudem müssen jedoch je nach Art der Einzelbeauftragung noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein.

- Vergabe gemäß der Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneutes Vergabeverfahren nach fester Verteilregel (§ 21 Abs. 4 Nr. 1 VgV)

  Die Einzelauftragsvergabe erfolgt ohne erneutes Vergabeverfahren. Dazu müssen in der Rahmenvereinbarung

  - alle Bedingungen für die Erbringung der Leistung sowie
  - die objektiven Bedingungen für die Auswahl der Unternehmen

  festgelegt werden. Die objektiven Bedingungen müssen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt werden. Objektive Bedingungen für die Auswahl von Unternehmen sind beispielsweise

  - die Zuständigkeit eines zugeordneten Auftragnehmers für eine bestimmte Region oder
  - die Vergabe von Aufträgen der Reihe nach (reihum) an verschiedene Auftragnehmer.

- Vergabe mittels eines Miniwettbewerbes (§ 21 Abs. 4 Nr. 3 VgV)

  Sind nicht alle Bedingungen zur Erbringung der Leistung in der Rahmenvereinbarung aufgeführt, findet ein erneutes Vergabeverfahren statt (sogenannter Miniwettbewerb). Dies dürfte bei IT-Beschaffungen der Regelfall sein, da wegen der sich rasch ändernden technischen Leistungsmerkmale und damit einhergehend auch der Preise im IT-Bereich nicht alle relevanten

Vereinbarungen (wie zum Beispiel Leistung und Preis) bereits in der Rahmenvereinbarung verbindlich festgelegt werden können. Eine wirtschaftliche Beschaffung während der Laufzeit einer Rahmenvereinbarung wird daher in der Regel erst nach einem durchzuführenden Miniwettbewerb zwischen den in der Rahmenvereinbarung als Auftragnehmer aufgeführten Unternehmen möglich sein.

- Kombination aus fester Verteilregel und einem Miniwettbewerb (§ 21 Abs. 4 Nr. 2 VgV)

Die Einzelauftragserteilung erfolgt bei Angabe aller Bedingungen für die Erbringung der Leistung in der Rahmenvereinbarung entweder mittels einer festen Verteilregel (wie § 21 Abs. 4 Nr. 1 VgV) oder eines Miniwettbewerbes (wie § 21 Abs. 4 Nr. 3 VgV). Voraussetzung für diese Entscheidungsmöglichkeit ist die Angabe der Wahlmöglichkeit in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen für die Rahmenvereinbarung. Die Entscheidung, welche Verfahrensweise angewendet werden soll, wird nach objektiven Kriterien getroffen, die ebenfalls in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zur Rahmenvereinbarung angegeben werden müssen. Ein solches objektives Kriterium kann beispielsweise sein, dass alle nur regionalen Aufträge nach fester Verteilregel und alle überregionalen Aufträge mittels Miniwettbewerben vergeben werden. Die Auftragsbekanntmachung beziehungsweise die Vergabeunterlagen müssen zudem die Bedingungen enthalten, die einem erneuten Vergabeverfahren unterliegen können.

Diese Verfahrensweise ist auch auf die Lose anzuwenden, für welche alle Bedingungen für die Erbringung der Leistung in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind. Diese Voraussetzung muss für jedes Los einzeln festgeschrieben werden.

3.1.5. *Vorgehen bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen*

Folgende allgemeine Regeln sind beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen zu beachten:

- Rahmenvereinbarungen müssen mindestens die wesentlichen Regelungen für eine spätere Einzelbeauftragung enthalten, insbesondere
  - Mengenangaben beziehungsweise das voraussichtliche Auftragsvolumen (so genau wie möglich)
  - Angaben zu Preisen (gegebenenfalls als mengenabhängige Staffelpreise) oder zur Preisermittlung
  - Angabe der Bezugsberechtigten sowie
  - Regeln für die Vergabe von Einzelaufträgen
- Das Auftragsvolumen muss nicht abschließend festgelegt werden. Eine fundierte und realitätsnahe Schätzung ist ausreichend. Die Regelungen zur Einzelauftragsvergabe müssen in der Weise festgeschrieben werden, dass bei einer späteren Einzelbeauftragung keine grundlegenden Änderungen der Bedingungen der Rahmenvereinbarung erforderlich sind.
- Mit Zuschlagserteilung und Abschluss der Rahmenvereinbarung ist das eigentliche Vergabeverfahren beendet. Der Auftraggeber hat spätestens 30 Tage nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Vergabebekanntmachung mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union zu übermitteln.

Weiterführende Details zum Vorgehen bei der Vergabe von Einzelaufträgen sind in den Kapiteln zu Einzelabrufen aus Rahmenvereinbarungen (vergleiche Kapitel E.1.1.) und zu Miniwettbewerben bei Rahmenvereinbarungen (vergleiche Kapitel E.1.2.) ausgeführt.

3.1.6. *Hinweise zum Missbrauchsverbot*

Rahmenvereinbarungen haben sich in der Praxis als eine sehr nutzungsfreundliche Vertragsart herausgestellt. Einzelabrufe aus der Rahmenvereinbarung sind mit weniger Aufwand verbunden, als ein jeweils vollständig neu anzustrengendes Vergabeverfahren. Daher wird in der Praxis mitunter versucht, die Rahmenvereinbarung hinsichtlich des Leistungsumfanges, der Leistungsart und den Bezugsberechtigten möglichst weit zu fassen. Beim Umgang mit Rahmenvereinbarungen sind in diesem Zusammenhang folgende vergaberechtlichen Risikofelder zu beachten:

- Die Nutzung einer fremden Rahmenvereinbarung durch einen Auftraggeber, der nicht in der Auftragsbekanntmachung beziehungsweise der Aufforderung zur Interessensbestätigung für die Vergabe der Rahmenvereinbarung genannt ist, ist nicht zulässig.
- Eine wiederholte Verlängerung bestehender Rahmenvereinbarungen ohne Beachtung vergaberechtlicher Regelungen (wie etwa die Nutzung vereinbarter Verlängerungsoptionen) ist nicht zulässig.
- Eine inhaltliche Umwidmung von Rahmenvereinbarungen wesentlicher Art darf grundsätzlich nicht erfolgen.
- Eine Nutzung von Rahmenvereinbarungen durch Auftraggeber als Zugriffsmöglichkeit auf nicht in der Rahmenvereinbarung verzeichnete Unterauftragnehmer erscheint kritisch und sollte sorgfältig geprüft werden.

In diesem Sinne konstatiert § 21 Abs. 1 VgV beziehungsweise § 15 Abs. 2 UVgO ausdrücklich, dass eine Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder in einer Art angewendet werden darf, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht.

Hinweis zu Abweichungen bei nationalen Vergabeverfahren:

Die Parallelvorschrift für Rahmenvereinbarungen im nationalen Bereich (§ 15 UVgO) enthält mit Blick auf § 21 VgV einen stark reduzierten Regelungsgehalt. Die Pflicht zur Angabe der Kriterien hinsichtlich der Vergabe der Einzelaufträge in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zur Rahmenvereinbarung ist in § 15 UVgO nicht enthalten. Zudem ist das Verfahren zur Gestaltung des Miniwettbewerbes innerhalb des Abrufes aus der Rahmenvereinbarung nicht festgeschrieben. Weiterhin ist eine abweichende Maximallaufzeit für Rahmenvereinbarungen zu verzeichnen, die im nationalen Bereich höchstens sechs Jahre betragen kann. Eine längere Laufzeit ist auch hier bei Vorliegen eines begründeten Sonderfalls zulässig.

3.2. Dynamisches Beschaffungssystem

3.2.1. *Definition und Kurzbeschreibung*

Bei einem dynamischen Beschaffungssystem werden marktübliche Leistungen im Sinne des § 120 Abs. 1 GWB in einem fortlaufenden – jedoch zeitlich befristeten – nicht offenen Verfahren über eine elektronische Plattform an geeignete Unternehmen nach Einreichung vorläufiger Angebote und einem gesonderten Wettbewerb vergeben. Im Falle eines nationalen Verfahrens erfolgt die Vergabe in einer Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb, vergleiche § 17 Abs. 1 UVgO.

Bei der Einrichtung des dynamischen Beschaffungssystems und bei der Vergabe der Aufträge sind ausschließlich elektronische Mittel zu verwenden. Ein dynamisches Beschaffungssystem steht im gesamten Zeitraum seiner Einrichtung allen Unternehmen kostenlos zur Verfügung.

3.2.2. *Grundsätze des Betriebs dynamischer Beschaffungssysteme*

Für die Durchführung eines dynamischen elektronischen Verfahrens müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die Nutzung des dynamischen Beschaffungssystems ist auf die Beschaffung marktüblicher Leistungen (allgemein am Markt verfügbare Waren und Dienstleistungen, die den Anforderungen des Auftraggebers genügen) begrenzt.
- Zum Betrieb des dynamischen Beschaffungssystems kommen ausschließlich elektronische Mittel zum Einsatz: Verwendung einer elektronischen Plattform, die den Anforderungen der §§ 11, 12 VgV entspricht. Die Plattform darf den Zugang von Unternehmen zum Vergabeverfahren nicht einschränken und muss insbesondere allgemein verfügbar, nichtdiskriminierend sowie die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der zu verarbeitenden Daten gewährleisten.
- Die Laufzeit des dynamischen Beschaffungssystems ist zeitlich befristet.

Wichtiger Hinweis:

In Anlehnung an § 21 Abs. 6 VgV sollte die Laufzeit höchstens vier Jahre umfassen. Im Falle eines nationalen Vergabeverfahrens beträgt die Höchstdauer entsprechend § 15 Abs. 4 UVgO maximal sechs Jahre.

- Der Zugang zum dynamischen Beschaffungssystem muss während der gesamten Laufzeit allen interessierten Unternehmen (freier Zugang) sowie allen Bietern möglich sein, die die im jeweiligen Vergabeverfahren festgelegten Eignungskriterien erfüllen (freie Nutzung); die Zahl der zum dynamischen Beschaffungssystem zugelassenen Bewerber darf nicht begrenzt sein.
- Der Zugang zum dynamischen Beschaffungssystem ist für alle Unternehmen kostenlos.

- Innerhalb der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung ist eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können (Voraussetzung des § 41 VgV, § 29 UVgO).

3.2.3. *Betrieb dynamischer Beschaffungssysteme*

Das dynamische Beschaffungssystem ist durch ein zweigeteiltes Verfahren gekennzeichnet. Es ergibt sich folgender Ablauf:

Verfahrensstufe I (Bekanntmachung und Teilnahmewettbewerb)

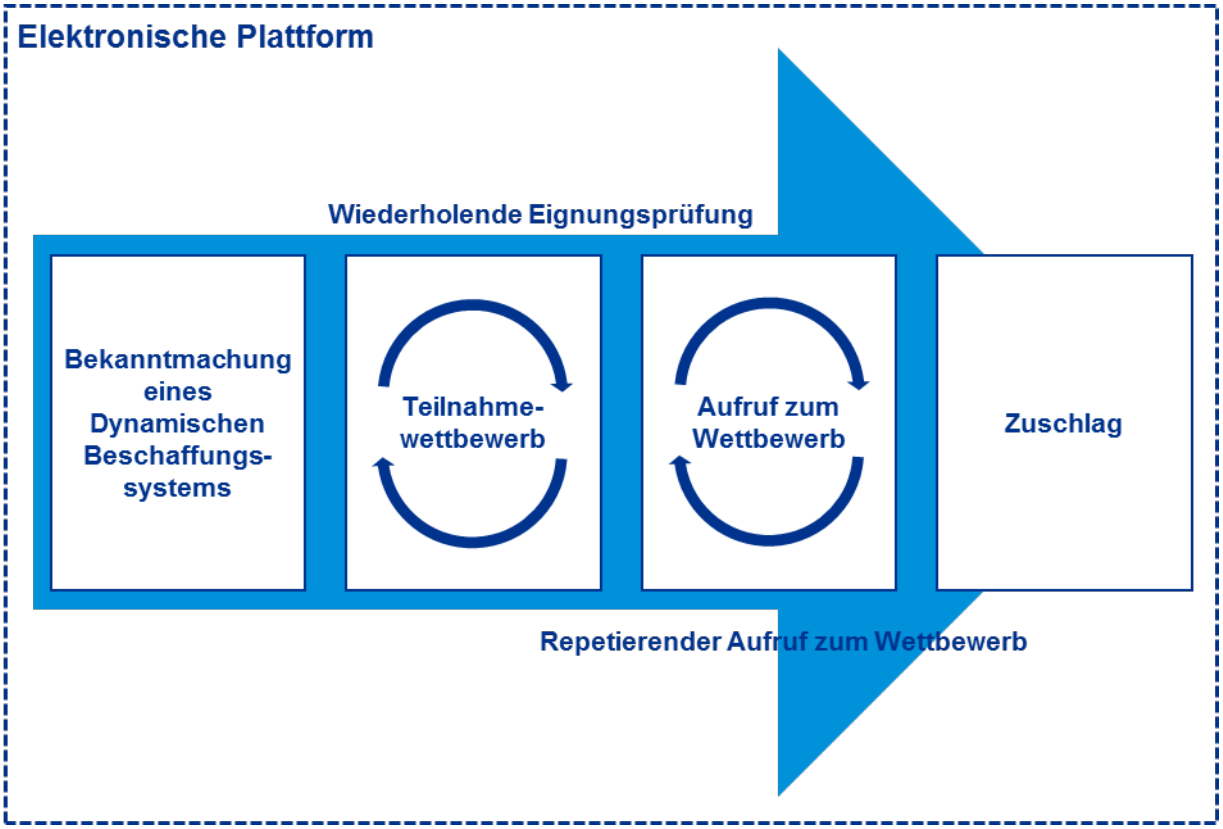
- Mit Auftragsbekanntmachung gibt der öffentliche Auftraggeber an, dass er zur Auftragsvergabe ein dynamisches Beschaffungssystem einsetzen wird. Er benennt dabei wenigstens die Laufzeit des dynamischen Beschaffungssystems.
- In den Vergabeunterlagen sind mindestens die Art und die geschätzte Menge der zu beschaffenden Leistung, die Gegenstand des dynamischen Beschaffungssystems sind, sowie alle erforderlichen Informationen zum Verfahren zu präzisieren. Hierzu gehören Informationen zur verwendeten elektronischen Ausrüstung des Auftraggebers, zu den Datenformaten und zu den technischen Vorkehrungen und Merkmalen der elektronischen Verbindung.
- Sofern die ausgeschriebene Leistung in Kategorien unterteilt wurde, sind diese innerhalb der Vergabeunterlagen zu beschreiben. Für jede Leistungskategorie sind gesonderte Eignungskriterien festzulegen.
- Mit der Auftragsbekanntmachung fordert der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbes zur Teilnahme am dynamischen Beschaffungssystem auf.
- Der Auftraggeber ermöglicht während der gesamten Laufzeit des dynamischen Beschaffungssystems jedem interessierten Unternehmen, einen Teilnahmeantrag abzugeben, um zum jeweiligen Vergabeverfahren des dynamischen Beschaffungssystems zugelassen zu werden. Die Zahl der zugelassenen Bewerber darf nicht begrenzt werden.
- Der öffentliche Auftraggeber überprüft die Eignung der Bewerber anhand der eingereichten Teilnahmeanträge auf Grundlage der vorher festgelegten Eignungskriterien.

Verfahrensstufe II

- Nach Prüfung der verfahrensspezifischen Eignung durch den öffentlichen Auftraggeber werden diejenigen Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert, die die entsprechenden Eignungsanforderungen erfüllen. Für jeden Einzelabruf findet dabei ein gesonderter Aufruf zum Wettbewerb statt.
- Die eingereichten, vorläufigen Angebote können von den teilnehmenden Unternehmen jederzeit nachgebessert werden.

- Zur Abgabe des finalen Angebotes werden alle zugelassenen Unternehmen vom Auftraggeber aufgefordert, innerhalb einer angemessenen Frist letztmalig zu kalkulieren und ein endgültiges Angebot für den konkreten Einzelabruf abzugeben. Unter diesen Angeboten wählt der Auftraggeber das wirtschaftlichste Angebot aus.
- Die nicht berücksichtigten Bieter werden informiert.
- Es erfolgt die Zuschlagsentscheidung.

Zusammenfassend ergibt sich folgende grafische Darstellung zum Ablauf:



3.2.4. *Fristen beim Betrieb dynamischer Beschaffungssysteme*

Folgende Fristen sind beim Betrieb des dynamischen Beschaffungssystems zu beachten:

Frist	Wesentliche Regelungen
Teilnahmefrist	• 30 (Kalender-)Tage (Mindestfrist) • Frist entfällt, sobald die erste einzelne Auftragsvergabe abgesandt worden ist

Frist	Wesentliche Regelungen
Frist zur Bewertung der Teilnahmeanträge	• 10 Arbeitstage • In begründeten Einzelfällen (beispielsweise aufwendige Prüfung) kann die Frist auf 15 Arbeitstage verlängert werden • Möglichkeit zur Verlängerung, sofern die Aufforderung zur (ersten) Angebotsabgabe noch nicht erfolgt ist
Unterrichtung der Unternehmen zur Teilnahme	• unverzüglich
Frist zur Abgabe der Angebote	• Festsetzung im Einvernehmen (Ausnahme: oberste Bundesbehörden) • 10 (Kalender-)Tage
Nachforderung von EEE nach Übermittlung der Aufforderung zur Angebotsabgabe	• 5 Arbeitstage (Mindestfrist)
Informations- und Wartefrist nach 134 GWB (EU-weites Vergabeverfahren)	• 15 (Kalender-)Tage • 10 (Kalender-)Tage, sofern Information auf elektronischem Weg oder per Fax versendet wird
Informationsfrist nach § 46 UVgO (nationales Vergabeverfahren)	• 15 (Kalender-)Tage auf Antrag

Hinweis zu Abweichungen bei nationalen Vergabeverfahren:

Im Unterschwellenbereich sind keine besonderen Fristen vorgeschrieben. Insoweit gilt der Grundsatz des § 13 UVgO zur Berücksichtigung angemessener Fristen im gesamten Vergabeverfahren.

3.3. Elektronische Auktion

3.3.1. *Definition und Kurzbeschreibung*

Die elektronische Auktion ist eine besondere Methode zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes in einem elektronischen, grundsätzlich iterativen - das heißt in mehreren aufeinander folgenden, zeitlich vorgegebenen Phasen - durchzuführendes Verfahren. Sie ist in nahezu allen Verfahrensarten (Ausnahme: wettbewerblicher Dialog und Innovationspartnerschaft sowie Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb) oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte des § 106 GWB als zulässiges Mittel zur elektronischen und damit automatischen Bewertung der Leistung und / oder des Preises vorgesehen.

Als elektronische Bewertungsmethode kann die elektronische Auktion auch innerhalb einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems Anwendung finden.

3.3.2. *Grundsätze für die Durchführung elektronischer Auktionen*

Vor Anwendung einer elektronischen Auktion müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die ausgeschriebene Leistung muss eindeutig beschreibbar sein; es darf also keinen Platz für inhaltliche Bewertungsspielräume geben.
- Der elektronischen Auktion ist eine vollständige erste Bewertung aller Angebote voranzustellen; sie darf also lediglich zur automatischen Ermittlung der Wirtschaftlichkeit der Angebote eingesetzt werden.
- Der elektronischen Auktion liegt eine mathematische Formel zur automatischen Berechnung der Wirtschaftlichkeit und Bildung der Rangfolge aller Angebote zugrunde.

Wichtiger Hinweis:

Damit bietet sich die elektronische Auktion in erster Linie innerhalb der Beschaffung von standardisierten Dienst- beziehungsweise Lieferleistungen im Markt an. Komplexe Dienstleistungen (beispielsweise Softwareentwicklungsleistungen sowie IT-Projektplanungsleistungen) oder freiberuflichen Leistungen können hingegen mithilfe der elektronischen Auktion nicht ausgeschrieben werden.

3.3.3. *Durchführung elektronischer Auktionen*

Grundsätzlich sind innerhalb der Durchführung elektronischer Auktionen folgende Prozessschritte zu berücksichtigen:

Unter Berücksichtigung des Transparenzgebotes sind mit Beginn des Vergabeverfahrens alle wesentlichen verfahrensspezifischen, methodischen und gegebenenfalls auch systemtechnischen Aspekte der elektronischen Auktion öffentlich bekannt zu geben. Die in § 25 VgV aufgeführten Anforderungen an den Inhalt der Vergabeunterlage ist zu berücksichtigen. Insoweit müssen bereits mit der Auftragsbekanntmachung oder mit der Aufforderung zur Interessenbestätigung neben der Ankündigung zur Durchführung einer elektronischen Auktion, die von den Teilnehmern zu verwendenden elektronischen Werkzeuge, die mathematischen Bewertungsmethoden zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes sowie Ablauf und Termine der elektronischen Auktion beschrieben werden. Sofern die elektronische Auktion in der Form eines iterativen Verfahrens erfolgen soll, sind den Teilnehmern darüber hinaus alle Daten aufzulisten, die ihnen im Verlauf der elektronischen Auktion zur Verfügung gestellt werden.

Da die elektronische Auktion lediglich eine automatische Methode zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes darstellt, sind im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens bis nach der vollständigen ersten Bewertung der Angebote die Grundsätze der gewählten Verfahrensart zu berücksichtigen.

Bereits mit der gleichzeitigen Aufforderung an alle Bieter zur Teilnahme an der elektronischen Auktion ist den Bietern jeweils das Ergebnis der vollständigen Bewertung ihres Angebotes mitzuteilen, das heißt der Auftraggeber hat zu diesem Verfahrenszeitpunkt die Angebote der Bieter hinsichtlich aller

formalen Aspekte geprüft und die Eignungsprüfung abgeschlossen. Die Aufforderung zur Teilnahme hat auf elektronischem Weg zu erfolgen.

Wichtiger Hinweis:

Verfahrenslogisch ist die in diesem Verfahrensschritt gemeinte Aufforderung zur Teilnahme an der elektronischen Auktion nach § 26 Abs. 3 VgV zeitlich und funktional von der Auftragsbekanntmachung, der Aufforderung zur Interessensbestätigung beziehungsweise Angebotsabgabe zu trennen.

Die elektronische Auktion kann iterativ erfolgen. Die automatische, sich wiederholende Bewertung der Angebote erfolgt insoweit auf der Grundlage von

- neuen, von den Bietern nach unten korrigierten Preisen
- neuen, von den Bietern eingestellten (verbesserten) Leistungswerten (beispielsweise in Form eines größeren Arbeitsspeichers eines Notebooks)
- neuen, von den Bietern ermittelten (niedrigeren) Kostenberechnungen (beispielsweise in Form von niedrigeren Stromverbrauchswerten eines angebotenen Netzteils)

Im Laufe einer jeden Phase ist den Bietern unverzüglich zumindest der jeweilige Rang ihres Angebotes innerhalb der Reihenfolge aller Angebote mitzuteilen, ohne dabei die Identitäten der Bieter offen zu legen, § 26 Abs. 5 VgV.

Die elektronische Auktion endet nach Ablauf einer vorher festgelegten Zeit, mit Abschluss der im Vorfeld der Auktion bekannt gegebenen Phasen, oder wenn die Bieter keine weiteren Werte abgegeben haben und das vorher festgelegte Verfahrensende erreicht ist.

Den Bietern ist das Ergebnis der elektronischen Auktion, insbesondere die beabsichtigte Zuschlagerteilung am Ende des Verfahrens mitzuteilen.

3.3.4. *Fristen bei der Durchführung elektronischer Auktionen*

Neben denen zu berücksichtigenden Fristen der jeweils gewählten Verfahrensart, ist bei der Durchführung der elektronischen Auktion lediglich die Frist von zwei Arbeitstagen (nicht: Kalendertage) zwischen der Aufforderung zur Teilnahme an der elektronischen Auktion und dem Beginn der elektronischen Auktion zu berücksichtigen.

Wichtiger Hinweis:

Mit Verweis des § 18 S. 3 UVgO auf die Regelungen des § 26 VgV, ist diese Frist auch im nationalen Vergabeverfahren zu beachten.

3.4. Elektronischer Katalog

3.4.1. *Definition und Kurzbeschreibung*

Ein elektronischer Katalog ist ein auf Grundlage der Leistungsbeschreibung erstelltes elektronisches Verzeichnis der zu beschaffenden Liefer- und / oder Dienstleistungen, § 120 Abs. 3 S. 1 GWB. Der elektronische Katalog ist damit ein elektronisches Instrument innerhalb des grundsätzlich elektronisch zu erfolgenden Informationsaustausches zwischen Auftraggeber und Bieter.

Der elektronische Katalog sollte regelmäßig standardisierte Angaben zum Beschaffungsgegenstand (beispielsweise Artikelnummern, -beschreibungen und -preise) enthalten. Er kann damit als Medium zum Datenaustausch zwischen den unterschiedlichen Warenwirtschaftssystemen des Auftraggebers und Auftragnehmers verwendet werden.

Der elektronische Katalog ist stets Teil des Angebotes der Bieter. Produktlisten beziehungsweise Produktpreislisten in elektronischer Form können damit als elektronische Kataloge bezeichnet werden.

3.4.2. *Verwendung von elektronischen Katalogen*

Sofern elektronische Kataloge Anwendung finden sollen, ist diese Information den Bietern in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessenbestätigung mitzuteilen. Darüber hinaus sollten das (Datei-)Format, die Struktur des elektronischen Kataloges sowie die einzusetzenden elektronischen Systeme vom Auftraggeber vorgegeben werden, damit alle Bieter die gleichen Chancen erhalten, am Vergabeverfahren teilzunehmen und die Angebote einheitlich und inhaltlich vergleichbar ausgearbeitet werden können. Die Bieter sind insoweit verpflichtet, diese Vorgaben zu beachten und umzusetzen.

Die Verwendung von elektronischen Katalogen bietet sich insbesondere bei standardisierten und wiederkehrenden Dienst- und Lieferleistungen an. So können bei wiederkehrenden Beschaffungsvorgängen stets die gleichen elektronischen Kataloge verwendet werden.

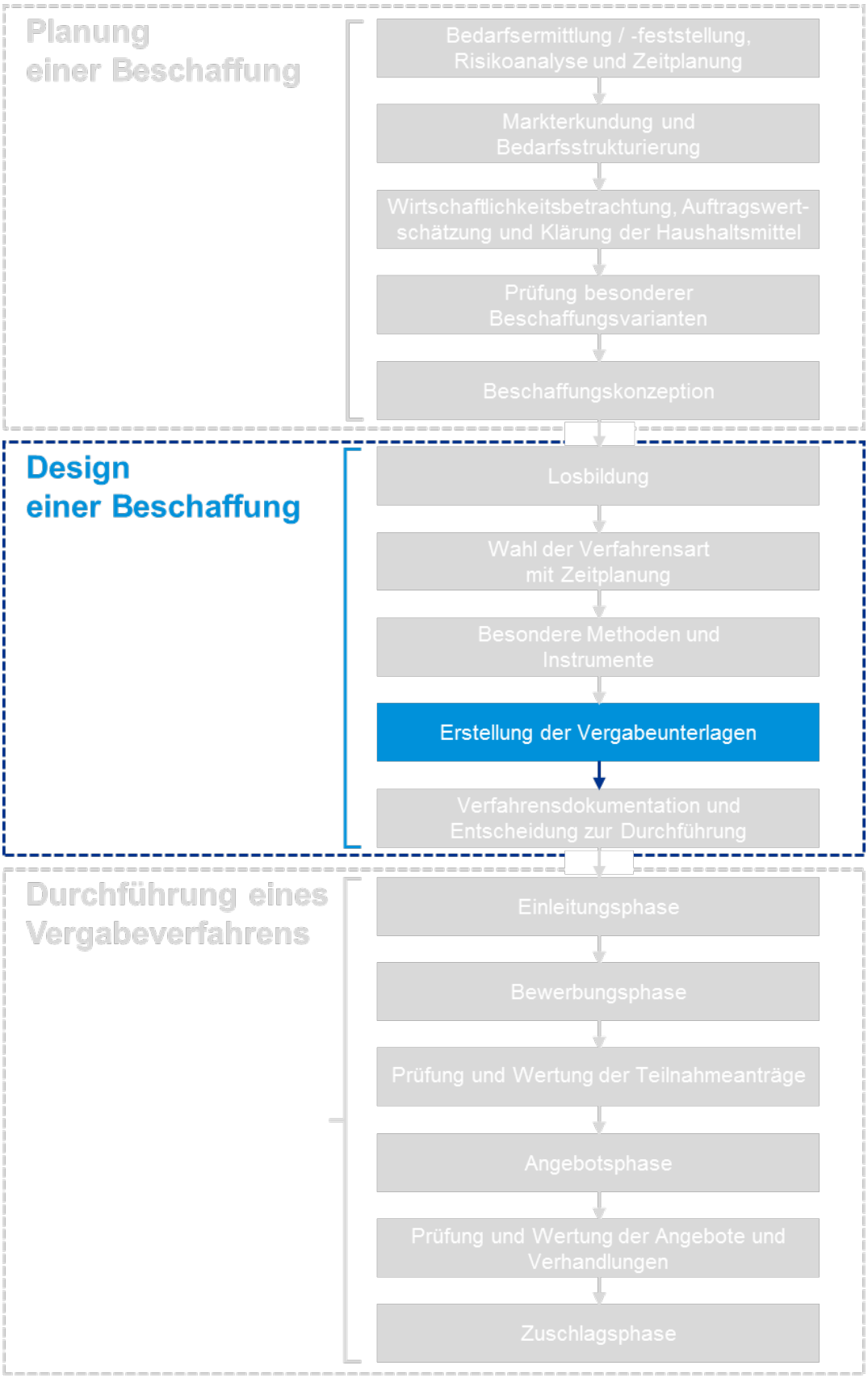
Darüber hinaus können elektronische Kataloge zur Abwicklung von Rahmenvereinbarungen Anwendung finden. In diesem Fall kann ein auf die Rahmenvereinbarung basiertes Vergabeverfahren für Einzelaufträge auf der Grundlage eines aktualisierten elektronischen Kataloges erfolgen, indem

- die Auftragnehmer aufgefordert werden, ihre elektronischen Kataloge an die Anforderungen des zu vergebenen Einzelauftrages anzupassen und erneut einzureichen (vergleiche § 25 Abs. 2 Nr. 1 VgV), oder
- der Auftraggeber die Auftragnehmer darüber informiert, dass sie dem bereits eingereichten elektronischen Katalog zu einem bestimmten, vom Auftraggeber vorgegebenen Zeitpunkt Informationen entnehmen wird, die dann zur Grundlage einer erneuten Aufforderung zur Abgabe von darauf angepassten Angeboten gemacht werden (vergleiche § 25 Abs. 2 Nr. 2 VgV)

Wichtiger Hinweis:

Diese Variante der Verwendung von elektronischen Katalogen kann vom Bieter abgelehnt werden, § 27 Abs. 3 VgV.

4. Erstellung der Vergabeunterlagen



Zentrale Aufgabe im Rahmen des Designs einer Beschaffung ist die Erstellung der Vergabeunterlagen, die für Bewerber und Bieter im Vergabeverfahren bereitgestellt werden. Die Erstellung von Vergabeunterlagen, die die erfolgreiche und zielgerichtete Durchführung eines Vergabeverfahrens sicherstellen, setzt eine sorgfältige Planung der Beschaffung voraus.

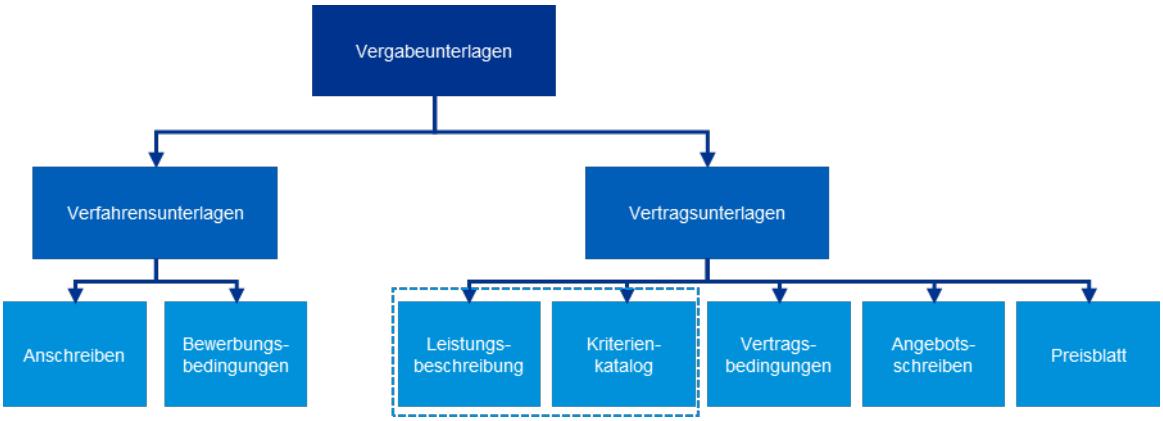
Bereits im Rahmen der Planung einer Beschaffung, insbesondere in der Beschaffungskonzeption, hat der Auftraggeber wesentliche Grundlagen ermittelt, die für die Erstellung der Vergabeunterlagen essentiell sind.

Im Rahmen des Designs einer Beschaffung sind auf diesen Grundlagen nun die Vergabeunterlagen zu erstellen. Je besser die Grundlagen hierzu in der Planung einer Beschaffung, insbesondere in der Beschaffungskonzeption erarbeitet wurden, desto besser, belastbarer und rechtssicherer werden die hier im Rahmen des Designs einer Beschaffung zu erstellenden Vergabeunterlagen.

Im Folgenden wird zunächst eine grundsätzliche Struktur und Übersicht über die wesentlichen Bestandteile der Vergabeunterlagen vorgestellt. Anschließend werden gemäß dieser Übersicht die Verfahrensunterlagen einerseits und die Vertragsunterlagen andererseits im Einzelnen mit ihren wesentlichen Inhalten erläutert.

4.1. Struktur und Übersicht der Vergabeunterlagen

Die Vergabeunterlagen setzen sich in der Regel aus den Verfahrensunterlagen und den Vertragsunterlagen zusammen. Die grundlegenden wesentlichen Bestandteile der Vergabeunterlagen im Bereich von IT-Beschaffungen sind in der nachfolgenden Grafik als Übersicht dargestellt:



Die Verfahrensunterlagen bestehen aus

- Anschreiben und
- Bewerbungsbedingungen

Die Verfahrensunterlagen enthalten die Regeln für die Durchführung des Vergabeverfahrens.

Die Vertragsunterlagen werden Vertragsbestandteil und regeln die Auftragsausführung. Im Vergabeverfahren haben die Vertragsunterlagen besondere Bedeutung für die Erstellung, insbesondere Kalkulation der Angebote durch die Bieter. Nach Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung bilden die Vertragsunterlagen das Vertragswerk mit allen seinen

Bestandteilen für die Vertragsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer während der Auftragsausführung. Die Vertragsunterlagen bestehen in der Regel aus

- Leistungsbeschreibung und Kriterienkatalog
- Vertragsbedingungen (in der Regel: EVB-IT)
- Angebotsschreiben und
- Preisblatt

Diese Struktur der Vergabeunterlagen kann im Einzelfall angepasst werden, insbesondere bei einfachen Beschaffungsvorhaben können einzelne Bestandteile entfallen.

Im Folgenden werden die einzelnen Bestandteile der Vergabeunterlagen mit ihren jeweils wesentlichen Inhalten erläutert.

4.2. Verfahrensunterlagen

Die Verfahrensunterlagen müssen klar und übersichtlich gegliedert sein und dem Bieter eine einfache Bearbeitung ermöglichen.

4.2.1. *Anschreiben*

Das Anschreiben soll als gesondertes Dokument in Briefform kurz auf das Vergabeverfahren Bezug nehmen und die Angebotsfrist und relevanten Termine bestimmen. Es umfasst ferner die Bezeichnung der Vergabeverfahrensart, das Aktenzeichen des Auftraggebers und die Aufforderung zur Angebotsabgabe oder – bei Teilnahmewettbewerben – zur Abgabe eines Teilnahmeantrages.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe muss nach § 52 Abs. 2 VgV, § 37 Abs. 2 UVgO mindestens Folgendes enthalten:

- einen Hinweis auf die veröffentlichte Auftragsbekanntmachung
- den Tag, bis zu dem ein Angebot eingehen muss, die Anschrift der Stelle, bei der es einzureichen ist, die Art der Einreichung sowie die Sprache, in der es abzufassen ist
- beim wettbewerblichen Dialog den Termin und den Ort des Beginns der Dialogphase sowie die verwendete Sprache
- die Bezeichnung der gegebenenfalls beizufügenden Unterlagen, sofern nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung enthalten
- die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung (gegebenenfalls durch Verweis auf Bewerbungsbedingungen und Leistungsbewertungsmatrix)

Weiterhin sollte der Aufbau und vollständige Inhalt der Vergabeunterlagen in einer Übersicht / Checkliste dargestellt werden.

4.2.2. *Bewerbungsbedingungen*

In den Bewerbungsbedingungen beschreibt der Auftraggeber die Einzelheiten der Durchführung des Vergabeverfahrens, einschließlich der Angabe der Eignungs- und Zuschlagskriterien (gegebenenfalls durch Verweis auf Leistungsbewertungsmatrix und – im Falle von Teilnahmewettbewerben gegebenenfalls – Eignungsbewertungsmatrix). Dazu bestimmt er abschließend insbesondere die Einzelheiten hinsichtlich der in der Beschaffungskonzeption bereits festgelegten Eignungs- und Zuschlagskriterien. Zudem legt er in den Bewerbungsbedingungen die Einzelheiten zum Ablauf des Vergabeverfahrens fest.

Die Bewerbungsbedingungen beinhalten eine Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Vergabeverfahrens, gegebenenfalls durch Verweis auf Anlagen, insbesondere eine Leistungsbewertungsmatrix für die Bewertung der Angebote oder – im Falle von Teilnahmewettbewerben gegebenenfalls – eine Eignungsbewertungsmatrix. Nachstehend erfolgt eine Darstellung der wesentlichen Inhalte von Bewerbungsbedingungen. Die Darstellung der Eignungskriterien und Zuschlagskriterien, einschließlich Eignungs- und Leistungsbewertungsmatrix, erfolgt anschließend in jeweils eigenen Unterkapiteln. Zu den Inhalten der Bewerbungsbedingungen gehören insbesondere:

4.2.2.1. Kurzdarstellung des Gegenstandes der Beschaffung

Der Gegenstand der Beschaffung wird kurz dargestellt. Weiterhin sollen Informationen zur Losbildung sowie zu sonstigen wichtigen Informationen übergreifender Art enthalten sein, die für die Bewerber und Bieter wesentlich sind, um sich einen ersten kurzen Überblick über den Beschaffungsgegenstand zu verschaffen. Wegen Einzelheiten ist auf die Inhalte der weiteren Vergabeunterlagen, insbesondere der Vertragsunterlagen und der Leistungsbeschreibung zu verweisen.

4.2.2.2. Grundsätzliche Bestimmungen zum Vergabeverfahren

Hier teilt der Auftraggeber grundsätzliche Bestimmungen zum Vergabeverfahren mit. Hier werden beispielsweise die Anwendung des Kartellvergaberechtws (GWB / VgV) beziehungsweise des nationalen Vergaberechtws (UVgO) sowie die gewählte Vergabeverfahrensart und die grundlegende Ausgestaltung der Leistungserbringung (zum Beispiel als Rahmenvereinbarung) festgelegt und benannt. Auch Hinweise zur Art und Weise der Kommunikation, wie beispielsweise der Nutzung elektronischer Mittel, sollten an dieser Stelle aufgeführt werden.

4.2.2.3. Informationen zum Auftraggeber

Die Adress- und Kommunikationsdaten mit dem Auftraggeber und dessen zuständige Ansprechpartner sowie eine gegebenenfalls davon abweichende ausschreibende Stelle sollten vom Auftraggeber angegeben werden.

4.2.2.4. Termin- und Fristenangaben

Des Weiteren werden alle wichtigen Termine und Fristen angegeben. Hierzu gehören beispielsweise die Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen, der Angebote, der Zuschlagstermin, die Bindefrist für Angebote sowie weitere Fristen und Angaben zum Zeitablauf wie etwa für eine Teststellung, Verhandlungen oder eine Angebotspräsentation. Die Zeitplanung sollte stets vorläufig sein. So kann der Auftraggeber flexibel auf Ereignisse im Laufe des Vergabeverfahrens reagieren.

4.2.2.5. Form und Inhalt der Angebote sowie deren Einreichung

Der Auftraggeber informiert auch über die geforderte Form der Angebote. § 53 Abs. 1 VgV beziehungsweise § 38 Abs. 1 UVgO bestimmen beispielsweise, dass die Teilnahmeanträge und Angebote in Textform nach § 126b BGB mithilfe elektronischer Mittel einzureichen sind. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind in den begründeten Fällen gemäß § 53 Abs. 2 ff. VgV beziehungsweise § 38 Abs. 4 ff. UVgO möglich.

Zudem sollte der Auftraggeber klare und verbindliche Vorgaben zum Inhalt und zur Struktur der Angebote machen. Nachfolgender Strukturvorschlag Gliederungsvorgabe ist beispielhaft. Die konkrete Ausgestaltung hängt von Art und Umfang der Leistung ab:

- Angebotsschreiben (vorformuliertes Angebot) mit abschließender Unterschrift mit Datumsangabe (gegebenenfalls mit elektronischer Signatur gemäß § 53 Abs. 6 VgV oder § 38 Abs. 6 UVgO)
- Beantwortung der Kriterien des Kriterienkataloges zu den Eignungsanforderungen nach vorgegebener Struktur
- Beantwortung der Kriterien des Kriterienkataloges zu den Leistungsanforderungen nach vorgegebener Struktur
- Preisblätter
- Gegebenenfalls geforderte Erklärungen und Nachweise
- Gegebenenfalls vervollständigter und unterschriebener Vertragsentwurf

4.2.2.6. Nebenangebote

Der Auftraggeber teilt mit, ob er Nebenangebote gemäß § 35 VgV, § 25 UVgO zulässt und welche Mindestanforderungen für Nebenangebote gelten. An dieser Stelle ist auch mitzuteilen, ob mehrere Hauptangebote (relevant beispielsweise bei einer Ausschreibung mit Leitfabrikaten mit dem Zusatz „oder gleichwertig“) zugelassen sind oder nicht. Vor dem Hintergrund sich regelmäßig entwickelnder Spruchpraxis der Nachprüfungsinstanzen empfiehlt sich eine jeweils aktuelle Prüfung zum Umgang mit Regelungen zu mehreren Hauptangeboten. In jedem Fall sollte darauf hingewiesen werden, dass Nebenangebote (und gegebenenfalls weitere Hauptangebote) deutlich zu kennzeichnen und als gesonderte Anlage einzureichen sind.

4.2.2.7. Kostenerstattung für Bewerber und Bieter

Hier können in Ausnahmefällen und bei entsprechend umfangreichen Leistungen und Aufgabenstellungen für Bewerber und Bieter bereits im Vergabeverfahren Festlegungen zur Vergütung beziehungsweise Kostenerstattung für Bewerber und Bieter getroffen werden.

4.2.2.8. Bewerber- und Bietergemeinschaften

Der Auftraggeber teilt gemäß § 43 Abs. 2 VgV, § 32 Abs. 2 UVgO die Anforderungen an Bewerber- und Bietergemeinschaften mit (zum Beispiel bestimmte Rechtsform, allerdings ausschließlich für den Fall der Auftragserteilung und nur, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages notwendig ist), insbesondere

- Angaben zu den Mitgliedern der Bewerber- und Bietergemeinschaft

- Benennung eines bevollmächtigten Mitglieds der Bewerber- / Bietergemeinschaft für Abgabe und Empfang von Erklärungen im Vergabeverfahren und im Rahmen der Durchführung des Vertrages für den Fall der Auftragserteilung
- Erklärung der Bewerber- / Bietergemeinschaftsmitglieder zur gesamtschuldnerischen Haftung,
- gegebenenfalls Erklärung zu den Leistungsteilen der Bewerber - / Bietergemeinschaftsmitglieder
- gegebenenfalls Erklärung zur den Gründen für die Bildung der Bewerber- / Bietergemeinschaft

4.2.2.9. Unteraufträge

An dieser Stelle werden Regelung für die Vergabe von Unteraufträgen aufgenommen, §§ 36, 47 VgV, § 34 UVgO.

4.2.2.10. Hinweis zu Änderungsverbot bezüglich der Vergabeunterlagen

Der Auftraggeber sollte in den Bewerbungsbedingungen darauf hinweisen, dass Bieter keine Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vornehmen dürfen (Hinweis auf Ausschluss des Angebotes gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV beziehungsweise § 42 Abs. 1 Nr. 4 UVgO im Falle von Änderungen oder Ergänzungen der Vergabeunterlagen).

4.2.2.11. Bieterfragen sowie Unklarheiten in den Vergabeunterlagen

Der Auftraggeber sollte die Bieter auffordern, Unklarheiten in den Vergabeunterlagen, unverzüglich mitzuteilen. Zu diesem Zweck können Fragen gestellt werden. Zusätzlich ist der Hinweis aufzunehmen, dass die Beantwortung der Fragen stets an den gesamten Kreis der Bewerber / Bieter erfolgt.

4.2.2.12. Zuschlagserteilung

Hier wird das Vorgehen bezüglich der Zuschlagserteilung nach § 58 Abs. 1 VgV, § 43 Abs.1 UVgO dargestellt (zum Beispiel voraussichtlicher Zuschlagstermin, Information nicht berücksichtigter Bieter nach § 134 GWB beziehungsweise § 46 UVgO).

4.2.2.13. Kenntlichmachung von gewerblichen Schutzrechten, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Hier sind Bieter aufzufordern, in ihrem Angebot Angaben zu etwaigen gewerblichen Schutzrechten zu machen, namentlich, ob für den Auftragsgegenstand gewerbliche Schutzrechte bestehen, beantragt sind oder erwogen werden (§ 53 Abs. 8 VgV, § 38 Abs. 11 UVgO).

Nach § 165 Abs. 1 GWB haben die Verfahrensbeteiligten unter Umständen im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens Anspruch auf Akteneinsicht und können sich gegebenenfalls Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften erteilen lassen. Die Vergabekammer hat die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen – insbesondere des Geheimschutzes oder zur Wahrung von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen – geboten ist (§ 165 Abs. 2 GWB). Nach § 165 Abs. 3 GWB hat jeder Beteiligte – also auch der Auftraggeber – für den Fall eines Nachprüfungsverfahrens mit der Übersendung seiner Akten oder Stellungnahmen auf die Wahrung der Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse hinzuweisen und diese in den Unterlagen entsprechend kenntlich zu machen.

Damit der Auftraggeber hierzu Aussagen hinsichtlich der Angebote treffen kann, sind Bewerber / Bieter aufzufordern, im Rahmen ihres Angebotes Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse konkret zu kennzeichnen und dies zu begründen. Erfolgt keine Kenntlichmachung, können der Auftraggeber und die Vergabekammer von der Zustimmung des betreffenden Bieters auf Einsicht in nicht gekennzeichnete Teile seines Angebotes ausgehen.

4.2.2.14. Angabe der Vergabekammer (bei EU-weiten Vergabeverfahren)

Die Benennung der Vergabekammer (einschließlich aller Kontaktdaten) als die zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren muss bei Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte zwingend erfolgen.

4.2.2.15. Rechtsbehelfsbelehrung (bei EU-weiten Vergabeverfahren)

Hier müssen die Bewerber / Bieter zusätzlich zur Bekanntmachung auf Rechtsbehelfsmöglichkeiten sowie -fristen hingewiesen werden.

4.2.3. *Eignungsbewertungsmatrix und Eignungskriterien*

Nachdem der Auftraggeber im Rahmen der Beschaffungskonzeption bereits Grundlagen für die Festlegung der Eignungskriterien ermittelt hat, sind in den Vergabeunterlagen – konkret in den Bewerbungsbedingungen – nun transparent, vollständig und eindeutig die Eignungskriterien zu definieren und verbindlich für das Vergabeverfahren festzulegen. Dieser Definition und Festlegung kommt in der Beschaffungspraxis überragende Bedeutung zu. Mit der Gestaltung von Ausschluss- und Bewertungskriterien (A- und B-Kriterien), ihrer konkreten Definition und Formulierung und – insbesondere im Falle von Teilnahmewettbewerben – den Einzelheiten einer Eignungsbewertungsmatrix setzt der Auftraggeber bereits Maßstäbe und Grenzen für den Wettbewerb. Jegliche Gestaltung der Eignungskriterien bis hin zum gesamten Inhalt einer etwaigen Eignungsbewertungsmatrix muss daher stets durch sachliche Gründe zu begründen und zu rechtfertigen sein. Zum Ganzen sollte der Auftraggeber die Vertiefung in Kapitel F.4. berücksichtigen.

Die Eignungskriterien, gegebenenfalls eine entsprechende Eignungsbewertungsmatrix, dienen im Rahmen der Eignungsprüfung der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit ein Bewerber / Bieter für die ausgeschriebene Leistung geeignet ist. Die Eignungsprüfung erfolgt in Vergabeverfahrensarten mit Teilnahmewettbewerb vorgezogen, das heißt vor der Aufforderungen zur Angebotsabgabe, damit vor der Angebotsabgabe und vor der Angebotsprüfung und -wertung. In Vergabeverfahrensarten ohne Teilnahmewettbewerb erfolgt die Eignungsprüfung grundsätzlich erst im Rahmen der Angebotsprüfung und -wertung. Bei Vergabeverfahrensarten mit Teilnahmewettbewerb legt der Auftraggeber in den Bewerbungsbedingungen dabei auch fest, wie viele Bewerber mindestens im Teilnahmewettbewerb für das weitere Vergabeverfahren ausgewählt werden. Die vorgesehene Mindestzahl darf nicht niedriger als drei sein, beim nicht offenen Verfahren nicht niedriger als fünf (§ 51 Abs. 2 VgV, § 36 Abs. 2 UVgO). In jedem Fall muss die vorgesehene Mindestzahl ausreichend hoch sein, sodass der Wettbewerb gewährleistet ist. Darüber hinaus kann der Auftraggeber festlegen, wie viele Bewerber höchstens im Teilnahmewettbewerb für das weitere Vergabeverfahren ausgewählt werden.

Im Folgenden wird zunächst auf die formelle Strukturierung von Eignungskriterien nach A- und B-Kriterien eingegangen, bevor materielle Inhalte von Eignungskriterien und anschließend rechtlich vorgesehene Nachweismittel erläutert werden.

4.2.3.1. Formelle Strukturierung der Eignungskriterien nach A- und B-Kriterien

Auf der Grundlage der in der Beschaffungskonzeption getroffenen Festlegungen erfolgt eine für Bewerber / Bieter eindeutige, übersichtliche und nachvollziehbare Definition und Formulierung der Eignungskriterien, gegebenenfalls unter Verwendung einer Eignungsbewertungsmatrix.

Im Bereich der IT-Beschaffung hat sich die Praxis der Festlegung von A- und B-Kriterien bewährt. Diese Terminologie und Klassifizierung kann für die Eignungsprüfung anhand der Eignungskriterien praxisgerecht verwendet werden. Im Rahmen der Beschaffungskonzeption festgelegte Mindestanforderungen an die Eignung werden demgemäß für die Erstellung der Vergabeunterlagen als A-Kriterien definiert. Jedenfalls bei einer Vergabeverfahrensart mit Teilnahmewettbewerb, bei der der Auftraggeber nach § 51 VgV, § 36 UVgO die Zahl der Bieter begrenzt, die er anschließend zur Angebotsabgabe auffordern möchte, sind innerhalb der dann aufzustellenden Eignungsbewertungsmatrix in der Regel A- und B-Kriterien zu definieren.

4.2.3.2. Materieller Inhalt der Eignungskriterien

Den eigentlichen Eignungskriterien vorgelagert ist im Rahmen der Eignungsprüfung die Prüfung auf das Vorliegen von zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen (§§ 123, 124 GWB), die ebenfalls Aspekte der Eignung der Unternehmen, insbesondere deren Zuverlässigkeit betreffen. Zu diesen Ausschlussgründen sollte der Auftraggeber entsprechende Angaben der Bewerber / Bieter im Vergabeverfahren verlangen.

Im Übrigen können Eignungskriterien (sowohl A- als auch B-Kriterien) sich auf die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und die technische und berufliche Leistungsfähigkeit beziehen (§§ 44 ff. VgV, § 33 UVgO). Die Vorschriften im Anwendungsbereich der VgV geben abschließende Kataloge konkretisierter Inhalte vor, die im Rahmen der Eignungskriterien von den Bietern verlangt werden können. An diesen Katalogen kann sich der Auftraggeber auch im Anwendungsbereich der UVgO orientieren.

Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit kann von Unternehmen danach Folgendes verlangt werden:

- Gesamtumsatz und gegebenenfalls den Umsatz in dem Tätigkeitsbereich des Auftrags; eine solche Erklärung kann höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre verlangt werden und nur, sofern entsprechende Angaben verfügbar sind
- bestimmter Mindestjahresumsatz, einschließlich eines bestimmten Mindestjahresumsatzes in dem Tätigkeitsbereich des Auftrags
- Informationen über die Bilanzen der Bewerber oder Bieter (beispielsweise in Form von Jahresabschlüsse oder Auszüge von Jahresabschlüssen, falls deren Veröffentlichung in dem Land, in dem der Bewerber oder Bieter niedergelassen ist, gesetzlich vorgeschrieben ist)

dabei kann das in den Bilanzen angegebene Verhältnis zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten dann berücksichtigt werden, wenn der Auftraggeber transparente, objektive und nichtdiskriminierende Methoden und Kriterien für die Berücksichtigung anwendet und die Methoden und Kriterien in den Vergabeunterlagen angibt

- eine Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung in bestimmter geeigneter Höhe
- entsprechende Bankerklärungen

Sofern ein Mindestjahresumsatz verlangt wird, darf dieser das Zweifache des geschätzten Auftragswertes nur überschreiten, wenn aufgrund der Art des Auftragsgegenstandes spezielle Risiken bestehen. Ist der zu vergebende Auftrag in Lose unterteilt, finden die Regelungen zu den Inhalten von Eignungskriterien (einschließlich der Regeln zum Mindestjahresumsatz auf jedes einzelne Los Anwendung). Der Auftraggeber kann jedoch für den Fall, dass der erfolgreiche Bieter den Zuschlag für mehrere gleichzeitig auszuführende Lose erhält, einen Mindestjahresumsatz verlangen, der sich auf diese Gruppe von Losen bezieht.

Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit kann von Unternehmen danach Folgendes verlangt werden:

- geeignete Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Form einer Liste der in den letzten höchstens drei Jahren erbrachten wesentlichen Liefer- oder Dienstleistungen mit Angabe des Wertes, des Liefer- beziehungsweise Erbringungszeitpunktes sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers; soweit erforderlich, um einen ausreichenden Wettbewerb sicherzustellen, kann der Auftraggeber darauf hinweisen, dass er auch einschlägige Liefer- oder Dienstleistungen berücksichtigen wird, die mehr als drei Jahre zurückliegen
- Angabe der technischen Fachkräfte oder der technischen Stellen, die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung eingesetzt werden sollen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angehören oder nicht, und zwar insbesondere derjenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind
- Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Maßnahmen zur Qualitätssicherung und der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmens
- Angabe des Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystems, das dem Unternehmen zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht
- bei komplexer Art der zu erbringenden Leistung oder bei solchen Leistungen, die ausnahmsweise einem besonderen Zweck dienen sollen, eine Kontrolle, die vom öffentlichen Auftraggeber oder in dessen Namen von einer zuständigen amtlichen Stelle im Niederlassungsstaat des Unternehmens durchgeführt wird; diese Kontrolle betrifft die Produktionskapazität beziehungsweise die technische Leistungsfähigkeit und erforderlichenfalls die Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmens sowie die von diesem für die Qualitätskontrolle getroffenen Vorkehrungen
- Studien- und Ausbildungsnachweise sowie Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung für die Inhaberin, den Inhaber oder die Führungskräfte des Unternehmens, sofern diese Nachweise nicht als Zuschlagskriterium bewertet werden

- Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die das Unternehmen während der Auftragsausführung anwendet
- durchschnittliche jährliche Beschäftigtenzahl des Unternehmens und die Zahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren
- Ausstattung, Geräte und technische Ausrüstung, über die das Unternehmen für die Ausführung des Auftrages verfügt
- Teile des Auftrages, die das Unternehmen unter Umständen als Unteraufträge zu vergeben beabsichtigt
- bei Lieferleistungen:
    - Muster, Beschreibungen oder Fotografien der zu liefernden Güter, wobei die Echtheit auf Verlangen des Auftraggebers nachzuweisen ist, oder
    - Bescheinigungen, die von als zuständig anerkannten Instituten oder amtlichen Stellen für Qualitätskontrolle ausgestellt wurden, mit denen bestätigt wird, dass die durch entsprechende Bezugnahmen genau bezeichneten Güter bestimmten technischen Anforderungen oder Normen entsprechen

In der Praxis besonders relevant ist das Verlangen von Referenzen. Zu empfehlen ist sowohl bei A- als auch bei B-Kriterien die konkrete Definition von Merkmalen der verlangten Referenzen. So können bei einem Auftrag über Individualsoftwareentwicklung, zugehöriger Implementierung sowie Softwarepflege und Serviceleistungen beispielsweise die einzelnen Leistungsteile, deren Einsatzbereich, deren Anzahl und Art der Nutzer als Merkmale dienen, mit denen die vom Bewerber / Bieter angegebenen Referenzen dann verglichen und damit der Vergleichbarkeitsgrad von angegebenen Referenzen bei der Eignungsprüfung bestimmt werden (Vergleichbarkeitsmerkmale).

Gemäß den verlangten Inhalten zu den Eignungskriterien anhand der vorstehend dargestellten Kataloge legt der Auftraggeber in den Bewerbungsbedingungen und / oder in einer Eignungsbewertungsmatrix für jedes A- und B-Kriterium genau fest, welche Angaben, Erklärungen, Nachweise und Unterlagen die Bewerber / Bieter einzureichen haben (zum Beispiel bei Referenzen Angaben zu definierten Vergleichbarkeitsmerkmalen). Insbesondere im Falle von B-Kriterien muss der Auftraggeber zudem konkret für jedes B-Kriterium angegeben, wie die Bewertung unter den einzelnen Kriterien erfolgt. Dabei hat der Auftraggeber die Anforderungen und Erwartungen unter dem einzelnen Kriterium deutlich zu machen und zu erläutern, nach welchem Bewertungsmaßstab und Punktesystem er die Bewertung unter dem einzelnen Kriterium vornimmt. Die Bieter müssen erkennen können, worauf es dem Auftraggeber ankommt und unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Punktzahl vergeben wird.

Abhängig davon, ob sich einzelne Kriterien nach angegebenen Zahlen und Daten (zum Beispiel „Alter einer Referenz“ oder „Anzahl der Nutzer einer Softwarereferenz“) oder nach rein textlich erläuternden, beschreibenden Angaben der Bewerber / Bieter (zum Beispiel für den Fall einer nur allgemein geforderten Erläuterung der Inhalte einer Referenzleistung) richtet, ist der jeweilige Bewertungsmaßstab und das jeweilige Punktesystem zu dem einzelnen Kriterium zu bestimmen. Bei Zahlen und Daten lässt sich ein Punktesystem nach konkreten Zahlen- / Datenwerten aufstellen. Bei rein textlich erläuternden, beschreibenden Angaben bietet sich ein Punktesystem mit entsprechenden Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung an. Insbesondere bei Bewertungsmaßstäben und Punktesystemen mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber

bedarf es einer sorgfältigen Definition der Anforderungen und Erwartungen des Auftraggebers unter dem einzelnen Kriterium; zudem erfordern solche Kriterien im Rahmen der Eignungsprüfung eine besonders sorgfältige Begründung und eine entsprechende Dokumentation.

Je komplexer der Auftragsgegenstand und je differenzierter die aufgestellten Eignungskriterien desto eher bietet sich die Aufstellung einer entsprechenden Eignungsbewertungsmatrix an, in der sämtliche vorstehenden Aspekte zu den Eignungskriterien eindeutig definiert und damit abschließend und verbindlich für das Vergabeverfahren, insbesondere die Eignungsprüfung festgelegt werden.

4.2.3.3. Nachweismittel für Eignungskriterien

Der Auftraggeber legt in den Bewerbungsbedingungen zudem fest, in welcher Form, das heißt mit welchen Nachweismitteln die Unternehmen den Nachweis ihrer Eignung erbringen sollen. Dabei können verschiedene Nachweismittel gewählt werden:

- Präqualifizierungssysteme (§ 122 Abs. 3 GWB)
- Eigenerklärungen der Bewerber / Bieter (Angaben, Erklärungen, etwa in Form von Formblättern)
- Bescheinigungen oder sonstige Nachweise
- Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Zur Reduzierung der Fehleranfälligkeit und insbesondere der Zahl der Fälle der Unvollständigkeit von Teilnahmeanträge und Angebote ist dem Auftraggeber zu empfehlen, alle verlangten Nachweismittel, die mit dem Teilnahmeantrag und Angebot einzureichen sind, in einer abschließenden Checkliste innerhalb der Bewerbungsbedingungen oder als Anlage dazu zusammenzufassen.

Grundsätzlich fordert der Auftraggeber von den Unternehmen Eignungsnachweise in Form von Eigenerklärungen.

Eine spezielle Form für Eigenerklärungen ist die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE). Mit der von der Europäischen Kommission eingeführten EEE sollen Auftraggeber und Unternehmen entlastet werden. Bei der EEE handelt es sich um ein strukturiertes Formular, mit dessen Verwendung ein vorläufiger Nachweis der Eignung der Bewerber / Bieter erbracht wird. Die EEE findet bei allen Verfahrensarten (sowohl europaweiten als auch nationalen Vergabeverfahren) Anwendung und ersetzt insbesondere vorläufig verlangte Erklärungen oder Bescheinigungen von Behörden und Dritten. Mit der EEE sollen die meist unterschiedlichen und voneinander abweichenden nationalen Eigenerklärungen und Nachweise durch ein Standardformular ersetzt werden. Des Weiteren soll für die Unternehmen der Aufwand für die Einreichung von Bescheinigungen und Nachweisen reduziert werden.

Die Nutzung der EEE ist grundsätzlich freiwillig, das heißt Auftraggeber sind nicht verpflichtet, bei Vergaben die EEE selbst zu verwenden oder diese zum Bestandteil der Vergabeunterlagen zu machen. Die Auftraggeber müssen von Unternehmen eingereichte EEE aber als vorläufigen Eignungsnachweis akzeptieren.

Mit dem Ausfüllen und Einreichen der EEE gibt der Wirtschaftsteilnehmer eine Erklärung zu folgenden Aspekten ab:

- Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB.

- Erfüllung der Eignungskriterien in Bezug auf
  - die Befähigung zur Berufsausübung
  - die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie
  - die technische und berufliche Leistungsfähigkeit
- Eignungskriterien als objektive und nichtdiskriminierende Kriterien zur Reduzierung der Zahl der Teilnehmer am Wettbewerb werden erfüllt (nur relevant bei Vergabeverfahrensarten mit Teilnahmewettbewerb).
- Korrektheit der Angaben sowie die unverzügliche Beibringung der Nachweise, falls vom Auftraggeber gefordert. Weiterhin wird die Zustimmung erklärt, dass der Auftraggeber Zugang zu den Nachweisen erhält (zum Beispiel PQ-Datenbank).

Der Auftraggeber kann bei Übermittlung einer EEE Bewerber / Bieter jederzeit während des Vergabeverfahrens auffordern, sämtliche oder einen Teil der rechtmäßig für die Eignungsprüfung geforderten Unterlagen beizubringen, wenn dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. Vor der Zuschlagserteilung fordert der Auftraggeber den Bieter, an den er den Auftrag vergeben will, auf, die geforderten Unterlagen beizubringen. Bewerber / Bieter müssen keine Unterlagen beibringen, sofern und soweit die zuschlagerteilende Stelle

- die Unterlagen über eine für den Auftraggeber kostenfreie Datenbank innerhalb der Europäischen Union, insbesondere im Rahmen eines Präqualifikationssystems, erhalten kann oder
- bereits im Besitz der Unterlagen ist.

Der Mehrwert der Verwendung einer EEE soll insbesondere dadurch erreicht werden, dass Bewerber / Bieter eine bereits bei einer früheren Auftragsvergabe verwendete EEE wiederverwenden können, sofern sie bestätigen, dass die darin enthaltenen Informationen weiterhin zutreffend sind.

4.2.3.4. Eignung hinsichtlich Bewerber- / Bietergemeinschaften

Schließen sich mehrere Unternehmen zusammen und beteiligen sich als Bewerber- oder Bietergemeinschaft an einem Vergabeverfahren, ergeben sich Besonderheiten für den Nachweis der Eignung der Bewerber- / Bietergemeinschaft. Dementsprechend sind folgende Aspekte bei der Erstellung der Bewerbungsbedingungen zu berücksichtigen:

- Aufklärung über die Leistungserbringung

  Zur Ermöglichung der Eignungsprüfung bezüglich der Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, der wirtschaftlichen und finanziellen sowie der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit nach §§ 44 ff. VgV und § 33 UVgO sollten die Mitglieder der Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft zunächst mitteilen, welche Leistungsanteile sie jeweils erbringen.

- Nichtvorliegen von Ausschlussgründen

  Das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB, § 31 Abs. 1 UVgO muss für jedes Mitglied der Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft gesondert festgestellt werden. Daher sind entsprechende Erklärungen von jedem Mitglied der Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft zu verlangen.

- Eignungskriterien

  Die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und die technische und berufliche Leistungsfähigkeit wird übergreifend für die gesamte Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft geprüft und festgestellt (zum Beispiel werden Einzelumsätze zusammengezählt). In den Bewerbungsbedingungen sollte dementsprechend ein Hinweis aufgenommen werden, dass Mitglieder der Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft für die Leistungsbereiche, die sie erbringen werden, die entsprechenden Erklärungen einzureichen haben.

- Änderungen der Zusammensetzung der Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft

  In den Bewerbungsbedingungen sollte klargestellt werden, dass Änderungen an der Zusammensetzung von Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaften im laufenden Verfahren nur ausnahmsweise und bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen dafür zulässig sind.

- Besondere Bedingungen des Eignungsnachweises bei sachlichen Gründen

  Wenn dies durch sachliche Gründe gerechtfertigt und angemessen ist, kann der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen Bedingungen festlegen, wie Gruppen von Unternehmen die Eignungskriterien zu erfüllen und den Auftrag auszuführen haben (§ 43 Abs. 2 Satz 3 VgV, § 32 Abs. 2 S. 3 UVgO).

4.2.3.5. Eignung hinsichtlich Einsatz von Unterauftragnehmern

Ein Bewerber / Bieter kann für einen bestimmten öffentlichen Auftrag den Einsatz von anderen Unternehmen vorsehen. Unternehmen können sich im Rahmen eines Vergabeverfahrens grundsätzlich auch auf die Kapazitäten anderer Unternehmen (zum Beispiel Nachunternehmer / Subunternehmer / konzernverbundene Unternehmen) stützen. Dabei sind folgende Aspekte bei der Erstellung der Bewerbungsbedingungen zu berücksichtigen:

- Benennung der anderen Unternehmen und Verpflichtungserklärung

  Der Auftraggeber kann Unternehmen auffordern, bei Angebotsabgabe die Teile des Auftrages, die sie im Wege der Unterauftragsvergabe an Dritte zu vergeben beabsichtigen, sowie, falls zumutbar, die vorgesehenen Unterauftragnehmer zu benennen. Vor Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber von den Bietern – deren Angebote in die engere Wahl kommen – verlangen, die Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel dieser Unterauftragnehmer zur Verfügung stehen. Ein Bewerber / Bieter kann für einen bestimmten öffentlichen Auftrag im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche, finanzielle, technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn er nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden, indem er beispielsweise eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen vorlegt (Eignungsleihe, § 47 VgV, § 34 UVgO).

- Nachweis der Eignung der anderen Unternehmen

  Der öffentliche Auftraggeber überprüft vor der Erteilung des Zuschlages, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen. Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe verlangt der Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe kann der Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der Auftraggeber kann dem Bewerber oder Bieter dafür eine Frist setzen.

  Der Auftraggeber überprüft im Rahmen der Eignungsprüfung, ob die Unternehmen, deren Kapazitäten der Bewerber / Bieter für die Erfüllung bestimmter Eignungskriterien in Anspruch nehmen will, die entsprechenden Eignungskriterien erfüllen und ob Ausschlussgründe vorliegen. Legt der Bewerber oder Bieter eine EEE vor, so muss diese auch die Angaben enthalten, die für die Eignungsprüfung erforderlich sind. Der Auftraggeber schreibt vor, dass der Bewerber / Bieter ein Unternehmen, das das entsprechende Eignungskriterium nicht erfüllt oder bei dem zwingende Ausschlussgründe nach § 123 GWB vorliegen, ersetzen muss. Er kann vorschreiben, dass der Bewerber / Bieter auch ein Unternehmen, bei dem fakultative Ausschlussgründe nach § 124 GWB vorliegen, ersetzen muss. Der Auftraggeber kann dem Bewerber oder Bieter dafür eine Frist setzen.

- Nimmt ein Bewerber / Bieter die Kapazitäten eines anderen Unternehmens im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit in Anspruch, so kann der öffentliche Auftraggeber eine gemeinsame Haftung des Bewerbers oder Bieters und des anderen Unternehmens für die Auftragsausführung entsprechend dem Umfang der Eignungsleihe verlangen.

- Änderungen in der Zusammensetzung der vorgesehenen anderen Unternehmen

  In den Bewerbungsbedingungen sollte klargestellt werden, dass Änderungen an der Zusammensetzung der vorgesehenen anderen Unternehmen im laufenden Vergabeverfahren nur ausnahmsweise und bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen dafür zulässig sind.

4.2.3.6. Relevanz von Datenschutzaspekten für die Eignung

Aus Datenschutzaspekten können sich ebenfalls Konsequenzen bereits für die Festlegung der Eignungskriterien ergeben. Nach dem neuen Datenschutzrecht des Jahres 2018 wird der ehemals gebräuchliche Begriff „Auftragsdatenverarbeitung“ vom Begriff „Auftragsverarbeitung“ ersetzt. Näheres zur Kennzeichnung einer Auftragsverarbeitung findet sich unter Kapitel C.4.3.3.6. Sollen im Rahmen der Leistungserbringung personenbezogene Daten durch den (auszuwählenden) Auftragnehmer im Rahmen einer Auftragsverarbeitung verarbeitet werden, sind mindestens die Vorschriften der ab dem 25.05.2018 geltenden EU-DSGVO sowie die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes in der Fassung vom 30. Juni 2017 (BDSG) – beziehungsweise entsprechender Landesdatenschutzgesetze – zu beachten oder aber je nach Leistungsgegenstand die Vorgaben spezieller Normen wie zum Beispiel die Regelungen zum Sozialgeheimnis nach § 35 SGB I.

Gemäß Art. 28 Abs. 1 ff. EU-DSGVO ist der Auftraggeber verpflichtet, nur mit Auftragnehmern (Auftragsverarbeitern) zusammenzuarbeiten, die hinreichend Garantien dafür bieten, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen so durchzuführen, dass die Verarbeitung im Einklang mit den Anforderungen der EU-DSGVO erfolgt und den Schutz der Rechte der betroffenen Person gewährleistet. Dies hat der Auftraggeber bereits im Rahmen der Eignungsprüfung zu berücksichtigen, so dass die diesbezüglichen Eignungsanforderungen daran auszurichten sind.

Gemäß Art. 28 Abs. 5 EU-DSGVO kann vom Auftraggeber die Einhaltung genehmigter Verhaltensregeln nach Art. 40 EU-DSGVO oder eines genehmigten Zertifizierungsverfahrens nach Art. 42 EU-DSGVO durch einen Auftragsverarbeiter als Faktor herangezogen werden, um hinreichende Belege der Eignung des Auftragnehmers nachzuweisen. So lange solche genehmigten Verhaltensregeln und Zertifizierungsverfahren nach der EU-DSGVO noch nicht existieren, muss der Auftraggeber typische Eignungsanforderungen wie etwa hinsichtlich entsprechender Projektreferenzen ober bezüglich implementierter technischer und organisatorischer Maßnahmen (also die Ausstattung und technische Ausrüstung des Unternehmens für die Ausführung des Auftrages) verwenden. Die Eignungsprüfung muss sich auch auf etwaige Unterauftragnehmer erstrecken, sofern diese ebenfalls eine Auftragsverarbeitung vornehmen und soweit deren Einsatz nicht mit entsprechender vergaberechtlicher Begründung ausnahmsweise ausgeschlossen wird.

Aufgrund seiner nicht nur vergaberechtlichen, sondern auch datenschutzrechtlichen Verantwortung zur Auswahl geeigneter Unternehmen als Auftragsverarbeiter sollte sich der Auftraggeber bereits vor Beginn einer Auftragsverarbeitung und regelmäßig während der Durchführung des Auftrages von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen bezüglich der Datenverarbeitung überzeugen und diese dokumentieren. Auch hier ist gegebenenfalls ein Rückgriff auf genehmigten Verhaltensregeln und Zertifizierungsverfahren nach der EU-DSGVO möglich.

4.2.3.7. Eignungsanforderungen bei sicherheitsrelevanten Aufträgen

Im Anwendungsbereich der VSVgV sind Sonderregelungen, insbesondere gemäß § 147 GWB und §§ 21 ff. VSVgV zu berücksichtigen.

Bei der Prüfung der zwingenden Ausschlussgründe gemäß § 23 VSVgV kann der Auftraggeber erforderliche Informationen über die persönliche Lage der Bewerber oder Bieter bei den zuständigen Behörden einholen. Hierfür sind Bedenken hinsichtlich des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen ausreichend, § 23 Abs. 2 S. 1 VSVgV. Bei Verschlusssachen ergeben sich die Mindestanforderungen gemäß § 21 Abs. 2 VSVgV aus den § 7 Abs. 2 bis 4 VSVgV.

Im Rahmen der Prüfung von fakultativen Ausschlussgründen nach § 124 Abs. 1 GWB kann ein Unternehmen auch dann gemäß § 147 GWB von der Teilnahme ausgeschlossen werden, wenn es nicht die erforderliche Vertrauenswürdigkeit aufweist, um Risiken für die nationale Sicherheit auszuschließen. Der Nachweis, dass Risiken für die nationale Sicherheit nicht auszuschließen sind, kann auch mithilfe geschützter Datenquellen erfolgen, § 147 S. 2 GWB.

In Verfahren nach der VSVgV kann der Auftraggeber ebenfalls eine Mindestzahl an Teilnehmern festlegen. Diese Mindestzahl darf drei nicht unterschreiten, § 21 Abs. 3 S. 3 VSVgV. Bei Unterschreitung dieser Mindestzahl kann der Auftraggeber aber grundsätzlich das Verfahren weiterführen, § 21 Abs. 3 Nr. 2 VSVgV. Fehlt es an der der Sicherstellung von ausreichendem Wettbewerb, kann die Bekanntmachung gemäß § 21 Abs. 3 Nr. 2 VSVgV wiederholt werden.

Der Auftraggeber darf von den Bewerbern oder Bietern zum Nachweis ihrer Eignung und für das Vorliegen von Ausschlussgründen gemäß § 22 Abs. 1 S. 2 VSVgV nur Unterlagen und Angaben fordern, die durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sind. Im Übrigen geltend hinsichtlich der Nachweismittel insbesondere die §§ 25 bis 28 VSVgV. Die Vorgaben zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit befinden sich in § 26 VSVgV. § 27 VSVgV trifft Vorgaben zu dem Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit. Hierbei erfolgt für den Nachweis eine

Unterscheidung zwischen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, wobei die dort aufgeführte Liste insgesamt nicht abschließend ist, § 27 Abs. 1 VSVgV. Bei dem Nachweis der wesentlichen Leistungen gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 lit. a VSVgV und § 27 Abs. 1 Nr. 2 lit. a VSVgV muss von der jeweiligen zuständigen Behörde beziehungsweise vom privaten Auftraggeber grundsätzlich eine Bescheinigung gemäß § 27 Abs. 2 VSVgV über die jeweilige Leistung beigebracht werden. Diese Bescheinigungen müssen mindestens die Angaben nach § 27 Abs. 3 VSVgV enthalten.

Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) findet bei Aufträgen, die in den Anwendungsbereich der VSVgV fallen, keine Anwendung. Für den Nachweis sind Eigenerklärungen nicht grundsätzlich vorgeschrieben. Der Auftraggeber darf gemäß § 22 Abs. 2 VSVgV bestimmen, dass die Abgabe von Eigenerklärungen möglich ist, soweit es mit denen, vom Auftragsgegenstand betroffenen, Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen vereinbar ist. Der Auftraggeber hat gemäß § 22 Abs. 6 VSVgV einen Ermessensspielraum, ob und inwieweit er Erklärungen und sonstige Unterlagen, die als Nachweis im Teilnahmewettbewerb oder mit dem Angebot einzureichen sind und auf Anforderung des Auftraggebers nicht bis zum Ablauf der maßgeblichen Frist vorgelegt wurden, nachgefordert werden.

Im Rahmen von Aufträgen nach der VSVgV kann der Auftraggeber auch Anforderungen an die Versorgungssicherheit gemäß § 8 VSVgV stellen. Diese ist zwar kein Teil der Eignung, Angaben zur Versorgungssicherheit können aber gemäß § 8 Abs. 2 VSVgV schon im Teilnahmeantrag verlangt werden.

4.2.4. *Leistungsbewertungsmatrix und Zuschlagskriterien*

Nachdem der Auftraggeber im Rahmen der Beschaffungskonzeption bereits Grundlagen für die Festlegung der Zuschlagskriterien ermittelt hat, sind in den Vergabeunterlagen, konkret in den Bewerbungsbedingungen nun transparent, vollständig und eindeutig die Zuschlagskriterien zu definieren und verbindlich für das Vergabeverfahren festzulegen. Dieser Definition und Festlegung kommt in der Beschaffungspraxis überragende Bedeutung zu. Mit der Gestaltung von Ausschluss- und Bewertungskriterien (A- und B-Kriterien), ihrer konkreten Definition und Formulierung und den Einzelheiten einer Leistungsbewertungsmatrix setzt der Auftraggeber die Maßstäbe und Grenzen für den Wettbewerb. Jegliche Gestaltung der Zuschlagskriterien bis hin zum gesamten Inhalt der Leistungsbewertungsmatrix muss daher stets durch sachliche Gründe zu begründen und zu rechtfertigen sein. Zum Ganzen sollte der Auftraggeber die Vertiefung in Kapitel F.4. berücksichtigen.

Die Zuschlagskriterien und die zugehörige Leistungsbewertungsmatrix dienen im Rahmen der Leistungsbewertung und der Bewertung des Preis-Leistungsverhältnisses der Ermittlung des wirtschaftlichen Angebotes im Wettbewerb.

Im Folgenden wird zunächst auf die formelle Strukturierung von Zuschlagskriterien nach A- und B-Kriterien eingegangen, bevor materielle Inhalte von Zuschlagskriterien und anschließend rechtliche vorgesehene Nachweismittel erläutert werden.

4.2.4.1. Formelle Strukturierung der Zuschlagskriterien

Auf der Grundlage der in der Beschaffungskonzeption getroffenen Festlegungen erfolgt eine für Bewerber / Bieter eindeutige, übersichtliche und nachvollziehbare Definition und Formulierung der

Zuschlagskriterien – für den Fall, dass der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium ist, unter Verwendung einer Leistungsbewertungsmatrix.

Im Bereich der IT-Beschaffung haben sich – wie bei der Beschaffungskonzeption bereits dargestellt – die reine Preiswertung (Preis als einziges Zuschlagskriterium) sowie die Einfache und Erweiterte Richtwertmethode (weitere Zuschlagskriterien neben dem Preis) etabliert und in der Praxis bewährt. Die Richtwertmethoden gehen im Grundsatz von der Ermittlung des Verhältnisses von Preis und Leistung durch die Ermittlung eines Quotienten zu einer Kennzahl „Z“ nach folgender Formel aus:

$$Z = \frac{\text{L (Leistung)}}{\text{P (Preis)}}$$

Hinsichtlich des Preises (P in Euro) muss in den Bewerbungsbedingungen eindeutig definiert sein, welcher konkret vom Bieter an welcher Stelle (Preisblatt) angebotene Preis Grundlage der Angebotswertung ist (Definition des Wertungspreises). Grundsätzlich sollten sämtliche vom Bieter geforderte Preisangaben in diesen Wertungspreis einfließen. Die Leistung (L) wird in Form einer Punktzahl ermittelt, die sich aus der Bewertung aller B-Kriterien ergibt.

In der Praxis hat sich zur Ermittlung der Leistungspunktzahl „L“ die Verwendung einer Leistungsbewertungsmatrix bewährt, die den Vergabeunterlagen (beispielsweise als Anlage zu den Bewerbungsbedingungen) beizufügen ist. Innerhalb dieser aufzustellenden Leistungsbewertungsmatrix sind die B-Kriterien definiert, ergänzt um Bewertungsmaßstäbe (Zielerfüllungsgrade) und Punktesysteme (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte). Praktisch kann die Leistungsbewertungsmatrix aus dem Kriterienkatalog (Bestandteil der Vertragsunterlagen), jedenfalls aus allen darin enthaltenen B-Kriterien erzeugt werden.

4.2.4.2. Materieller Inhalt der Zuschlagskriterien

Den eigentlichen Zuschlagskriterien (Preis und gegebenenfalls Leistung in Form von B-Kriterien) ist im Rahmen der Leistungsbewertung die Prüfung auf das Vorliegen von Ausschlussgründen wegen Nichterfüllung von A-Kriterien vorgelagert. Die Ausschlussfolge bei Nichterfüllung von A-Kriterien ist in den Bewerbungsbedingungen eindeutig festzulegen.

Die Zuschlagskriterien können sich inhaltlich auf folgende Aspekte beziehen:

- Preis oder Kosten
- Qualität
- Technischer Wert
- Ästhetik
- Zweckmäßigkeit
- Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderung
- Übereinstimmung der Leistung mit den Anforderungen eines „Designs für Alle“
- Soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften

- Vertriebs- und Handelsbedingungen
- Betriebskosten
- Lebenszykluskosten
- Rentabilität
- Kundendienst und technische Hilfe
- Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist
- Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrages betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung hat (aber: Vermeidung einer Doppelbewertung bei Eignungs- und Zuschlagskriterien)

Im Übrigen muss der Auftraggeber den Grundsatz der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien berücksichtigen. Danach scheiden als Zuschlagskriterien grundsätzlich solche Aspekte aus, die Eignungskriterien im Rahmen der Eignungsprüfung sind.

In der Praxis der IT-Beschaffung können eine Vielzahl der vorstehenden Aspekte in B-Kriterien herangezogen und verwendet werden. Die B-Kriterien können – abhängig vom konkreten Beschaffungsgegenstand – verschiedenste Ausprägungen dieser Aspekte betreffen: Funktionalitäten von Hardware oder Software, Leistungskennzahlen von Hardware und Software, Aspekte der Softwareentwicklung, Aspekte der Implementierung von IT-Lösungen, Aspekte der Migration, Aspekte des Projektmanagements, Service Level Agreements im Bereich von Service-, Instandhaltungs-, Pflegeleistungen.

Gemäß den verlangten Inhalten zu den B-Kriterien anhand der vorstehend dargestellten Kataloge legt der Auftraggeber in den Bewerbungsbedingungen oder in der Leistungsbewertungsmatrix für jedes B-Kriterium genau fest, welche Angaben, Erklärungen, Nachweise und Unterlagen die Bewerber / Bieter einzureichen haben (zum Beispiel konkret geforderte Angaben zu Leistungskennzahlen einer Hardware). Insbesondere muss der Auftraggeber konkret für jedes B-Kriterium angeben, wie die Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien erfolgt. Dabei hat der Auftraggeber die Anforderungen und Erwartungen unter dem einzelnen Kriterium deutlich zu machen und zu erläutern, nach welchem Bewertungsmaßstab (Zielerfüllungsgrad) und Punktesystem (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) er die Bewertung unter dem einzelnen Kriterium vornimmt. Die Bieter müssen erkennen können, worauf es dem Auftraggeber ankommt und unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Punktzahl vergeben wird. Bewertungsmaßstab (Zielerfüllungsgrad) und Punktesystem (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) sollten sich dabei nicht pauschal und undifferenziert auf alle Kriterien, Kriteriengruppen oder Kriterienhauptgruppen beziehen, sondern stets auf jedes einzelne Kriterium abgestimmt sein. Dies kann beispielsweise geschehen, indem für jedes Kriterium auf die korrespondierenden Passagen der Leistungsbeschreibung Bezug genommen wird. Diesbezüglich legt der Auftraggeber dann fest, worauf es ihm besonders ankommt.

Abhängig davon, ob sich einzelne Kriterien nach angegebenen Zahlen und Daten (zum Beispiel Leistungskennzahl einer Hardware) oder nach rein textlich erläuternden, beschreibenden Angaben der Bewerber / Bieter (zum Beispiel Implementierungskonzept) bewerten lassen, sollte der jeweilige Bewertungsmaßstab (Zielerfüllungsgrad) und das jeweilige Punktesystem (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) zu dem einzelnen Kriterium bestimmt werden. Bei Zahlen und Daten lässt sich ein

Punktesystem nach konkreten Zahlen- / Datenwerten aufstellen. Bei rein textlich erläuternden, beschreibenden Angaben bieten sich Bewertungsmaßstab und Punktesystem mit entsprechenden Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung an. Insbesondere bei Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgrade) und Punktesystemen (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bedarf es einer sorgfältigen Definition der Anforderungen und Erwartungen des Auftraggebers unter jedem einzelnen Kriterium; zudem erfordern solche Kriterien im Rahmen der Leistungsbewertung eine besonders sorgfältige Begründung und eine entsprechende Dokumentation.

Tipp für die Praxis:

Eine Beschreibung der Anforderungen und Erwartungen des Auftraggebers unter einem B-Kriterium „Projektorganisation“ kann beispielsweise wie folgt lauten: „Beschreiben Sie die geplante Projektorganisation. Gehen Sie dabei auf Rollen, Standorte, Team, Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber sowie die mit der Betreuung der anzubindenden Systeme beauftragten Dienstleister ein.“ Bestehen weitere, konkretere Anforderungen und Erwartungen des Auftraggebers an den Inhalt der Angaben des Bieters zu diesem Kriterium muss der Auftraggeber diese in der Beschreibung des Kriteriums entsprechend ergänzen. Als Bewertungsmaßstab (Zielerfüllungsgrad) und Punktesystem (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) hat der Auftraggeber dann zu diesem Kriterium festzulegen, wie er zu diesem Kriterium vom Bieter im Angebot gemachte Angaben bewertet. Sowohl die Beschreibung des Kriteriums als auch Bewertungsmaßstab (Zielerfüllungsgrad) und Punktesystem (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) sind für jedes Kriterium innerhalb der Leistungsbewertungsmatrix aufzunehmen.

Will der Auftraggeber unter den B-Kriterien auch die Organisation, Qualifikation oder Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrages betrauten Personals (§ 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV, § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UVgO) bewerten, macht er wie bei den anderen B-Kriterien in der Leistungsbewertungsmatrix deutlich, nach welchem Bewertungsmaßstab (Zielerfüllungsgrad) und Punktesystem (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) er die Bewertung unter diesen Kriterien vornimmt. Die Bieter müssen erkennen können, worauf es dem Auftraggeber konkret ankommt und unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Punktzahl vergeben wird. Beispiele, welche Anforderungen und Erwartungen des Auftraggebers hier bei IT-Projekten grundsätzlich in Betracht kommen, sind:

- Organisation: Hier kann der Auftraggeber vom Bieter Ausführungen zur Organisation des für die Auftragsausführung vorgesehenen Personals, beispielsweise in Form eines Organigramms inklusive zugehöriger Erläuterungen (zum Beispiel zu internen Arbeitsprozessen des Bieters, Qualitätskontrollen etc.) verlangen.
- Qualifikation: Hier kann der Auftraggeber die Qualifikation des für die Auftragsausführung vorgesehenen Personals abfragen, beispielsweise Bildungsabschlüsse, sonstige einschlägige Fachqualifikationen, persönliche Zertifizierungen / Fachausbildungen etc.

- Erfahrung: Hier kann der Auftraggeber Angaben zur Erfahrung des für die Auftragsausführung vorgesehenen Personals verlangen. Das können insbesondere allgemeine Angaben zur Berufserfahrung (zum Beispiel in Jahren) oder persönliche Referenzen des konkret zum Einsatz vorgesehenen Personals (zum Beispiel Projektleiter, Teilprojektleiter, Migrationsexperte) über mit dem Auftrag vergleichbare Leistungen sein.

Tipp für die Praxis:

Für den Fall der Bewertung solcher persönlichen Referenzen des für die Auftragsausführung vorgesehenen Personals kann beispielsweise auch auf die Abfrage und Systematik zurückgegriffen werden, die der Auftraggeber für die Eignungsprüfung bereits für die Eignungsprüfung anhand von Unternehmensreferenzen festgelegt hat.

Berücksichtigt der Auftraggeber bei der Leistungsbewertung Aspekte der Nachhaltigkeit und Energierelevanz, legt er in den Bewerbungsbedingungen fest, wie die Einbeziehung dieser Aspekte konkret erfolgt. Dies betrifft etwa die Frage, wie sich Lebenszykluskosten genau zusammensetzen und wie der dementsprechend ermittelte Wert in die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes einfließt. Zum Beispiel kann der Auftraggeber von den Bietern die Vorlage einer Lebenszykluskostenkalkulation für ein bestimmtes Produkt über einen bestimmten Zeitraum verlangen. Dazu sollte der Auftraggeber vorgeben, welche Kosten bei der Berechnung zu berücksichtigen sind und nach welchen Vorgaben und gegebenenfalls welcher Berechnungshilfe die Ermittlung der Lebenszykluskosten erfolgt. Zu berücksichtigen ist in solchen Fällen stets, dass die Vergleichbarkeit der Angebote unter den definierten B-Kriterien und ihren zugehörigen Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgrade) und Punktesystemen (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) gewährleistet sein muss.

Informationen, Leitfäden, Handlungshilfen und Beratung zur nachhaltigen Beschaffung von IT und anderen Produktgruppen bietet die Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung des BMI (KNB) unter http://www.nachhaltige-beschaffung.info an.

4.2.4.3. Nachweismittel für Zuschlagskriterien

Für den Beleg, ob und inwieweit die angebotene Leistung den geforderten Zuschlagskriterien (A- und B-Kriterien) entspricht, gelten die §§ 33, 34 VgV, § 24 UVgO entsprechend.

Nach § 33 VgV kann der Auftraggeber als Beleg dafür, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, die Vorlage von Bescheinigungen, insbesondere Testberichten oder Zertifizierungen, einer Konformitätsbewertungsstelle verlangen. Wird die Vorlage einer Bescheinigung einer bestimmten Konformitätsbewertungsstelle verlangt, hat der Auftraggeber auch Bescheinigungen gleichwertiger anderer Konformitätsbewertungsstellen zu akzeptieren. Der Auftraggeber akzeptiert auch andere geeignete Unterlagen, insbesondere ein technisches Dossier des Herstellers, wenn das Unternehmen keinen Zugang zu den genannten Bescheinigungen oder keine Möglichkeit hatte, diese innerhalb der einschlägigen Fristen einzuholen, sofern das Unternehmen den fehlenden Zugang nicht zu vertreten hat. In diesen Fällen hat das Unternehmen durch die vorgelegten Unterlagen zu belegen, dass die von ihm zu erbringende Leistung die angegebenen Anforderungen erfüllt. Eine Konformitätsbewertungsstelle ist eine Stelle, die gemäß der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des

Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 339/93 des Rates (ABl. L 218 vom 13.8.2008, S. 30) akkreditiert ist und Konformitätsbewertungstätigkeiten durchführt.

Nach § 34 VgV, § 24 UVgO kann der Auftraggeber als Beleg dafür, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, die Vorlage von Gütezeichen verlangen. Das Gütezeichen muss allen folgenden Bedingungen genügen:

- Alle Anforderungen des Gütezeichens sind für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet und stehen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung.
- Die Anforderungen des Gütezeichens beruhen auf objektiv nachprüfbaren und nichtdiskriminierenden Kriterien.
- Das Gütezeichen wurde im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt, an dem alle interessierten Kreise teilnehmen können.
- Alle betroffenen Unternehmen haben Zugang zum Gütezeichen.
- Die Anforderungen wurden von einem Dritten festgelegt, auf den das Unternehmen, das das Gütezeichen erwirbt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben konnte.

Für den Fall, dass die Leistung nicht allen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen muss, hat der Auftraggeber die betreffenden Anforderungen anzugeben. Der Auftraggeber muss andere Gütezeichen akzeptieren, die gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen. Hatte ein Unternehmen aus Gründen, die ihm nicht zugerechnet werden können, nachweislich keine Möglichkeit, das vom Auftraggeber angegebene oder ein gleichwertiges Gütezeichen innerhalb einer einschlägigen Frist zu erlangen, so muss der Auftraggeber andere geeignete Belege akzeptieren, sofern das Unternehmen nachweist, dass die von ihm zu erbringende Leistung die Anforderungen des geforderten Gütezeichens oder die vom Auftraggeber angegebenen spezifischen Anforderungen erfüllt.

4.3. Vertragsunterlagen

Die Vertragsunterlagen werden Vertragsbestandteil und regeln die Auftragsausführung. Im Vergabeverfahren haben die Vertragsunterlagen besondere Bedeutung für die Erstellung, insbesondere Kalkulation der Angebote durch die Bieter. Nach Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung bilden die Vertragsunterlagen das Vertragswerk mit allen seinen Bestandteilen für die Vertragsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer während der Auftragsausführung. Die Vertragsunterlagen bestehen in der Regel aus

- Leistungsbeschreibung
- Kriterienkatalog
- Vertragsbedingungen (in der Regel: EVB-IT)
- Angebotsschreiben und
- Preisblatt

Im Folgenden wird auf die einzelnen Bestandteile der Vertragsunterlagen im Einzelnen näher eingegangen.

Tipp für die Praxis:

Die EVB-IT spielen für die Erstellung der Vertragsunterlagen und der Vergabeunterlagen bei IT-Beschaffungen eine besondere Rolle. Im Einzelnen wird auf die EVB-IT im Kapitel Vertragsbedingungen eingegangen. Für die Praxis sollten die EVB-IT aber bereits frühzeitig bei der Erstellung der Vergabe- und insbesondere der Vertragsunterlagen herangezogen werden. Die EVB-IT bilden eine in der Praxis nützliche Grundlage für zentrale Entscheidungen bei der Erstellung der Vergabeunterlagen, zum Beispiel hinsichtlich des zu wählenden Vertragstyps, zur Strukturierung der auszuschreibenden Leistungen und zur Beantwortung inhaltlicher Einzelfragen für die einzelne Beschaffung. Insoweit dienen die EVB-IT nicht nur als spätere Vertragsbedingungen als Teil der Vergabeunterlagen, sondern auch als Hilfe zur Unterstützung bei der Erstellung der Vergabeunterlagen und Detailstrukturierung der Beschaffung.

4.3.1. *Leistungsbeschreibung*

Die Leistungsbeschreibung ist das Herzstück der Vergabeunterlagen. Sie legt den Inhalt und Umfang des ausgeschriebenen Auftrages fest und bildet somit die zentrale Grundlage der angebotenen Leistung der Bieter und des abzuschließenden Vertrages. Die Leistungsbeschreibung wird in der Praxis der IT-Beschaffung regelmäßig ergänzt um einen Kriterienkatalog. Die dortigen Ausführungen sind bei Verwendung einer Leistungsbeschreibung und eines Kriterienkataloges zu berücksichtigen.

Nachfolgend wird zunächst ein Gliederungsmuster für die Leistungsbeschreibung vorgestellt und anschließend auf die inhaltliche Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung eingegangen. Ergänzend dazu erfolgen Erläuterungen zu besonderen bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung relevanten Themen im Bereich der IT-Beschaffung.

4.3.1.1. Gliederungsmuster für die Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung kann beispielhaft wie folgt gegliedert werden:

Gegenstand der Beschaffung

Der Gegenstand der Beschaffung soll hier einführend und übersichtlich strukturiert nach Leistungsteilen (zum Beispiel Lieferleistungen, Dienstleistungen, idealerweise auch nach der Terminologie und Struktur der Vertragsbedingungen, das heißt in der Regel der EVB-IT) dargestellt werden.

Beschreibung des Anwendungs- / Einsatzbereiches

An dieser Stelle sollen Detailinformationen zum Anwendungs- / Einsatzbereich des Beschaffungsgegenstandes ausgeführt werden.

Rahmenbedingungen

Hier sollen alle für die Angebotserstellung relevanten Rahmenbedingungen zu der Beschaffungsmaßnahme dargestellt werden. Insbesondere sind an dieser Stelle auch Detailinformationen zu einem gegebenenfalls geplanten Projekt anzugeben. Eine ausführliche Darstellung aller relevanten Rahmenbedingungen ist sehr wichtig, da die Bieter durch detaillierte und vollständige Informationen eine gute und genaue Basis für die inhaltliche Angebotserstellung sowie die Preiskalkulation erhalten. Sollte absehbar sein, dass sich diese Rahmenbedingungen während der Leistungserbringung ändern können, so ist ein diesbezüglicher Hinweis aufzunehmen. Sofern Aussagen zu Rahmenbedingungen nicht gesichert getroffen werden können, sollte auch dies transparent dargestellt werden. Es ist dann auch zu entscheiden, ob hinsichtlich solcher Rahmenbedingungen nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass diese nicht Gegenstand der vertraglichen Grundlagen werden. Die Ausführungen zu den Rahmenbedingungen sollen die im Folgenden aufgeführten Unterkapitel enthalten:

- Zeitplanungen

  Zeitplanungen im Zusammenhang mit der Beschaffungsmaßnahme wie etwa Einführungsplanungen oder Ausstattungsplanungen sind an dieser Stelle zu schildern. Bestehende Rahmenprojektpläne und zeitkritische Zusammenhänge mit weiteren Maßnahmen sind darzustellen.

- Technische Rahmenbedingungen

  Hier sind alle relevanten IT-Rahmenbedingungen, die beispielsweise für Schnittstellenfragen von Relevanz sein können, darzustellen. Ebenso sollen hier gegebenenfalls technische Rahmenkonzepte bekanntgegeben werden (zum Beispiel auch als Anlage). Es muss sichergestellt werden, dass den Bietern alle für die Planung der Leistungserbringung erforderlichen technischen Parameter mitgeteilt werden.

- Organisatorische und räumliche Rahmenbedingungen

  Die organisatorischen Rahmenbedingungen im Beschaffungsumfeld sind hier zu beschreiben. Beispielsweise sind für Roll-Out-Projekte die Standorte, die zu beliefern sind, aufzulisten und die jeweilige Raumsituation oder die Verkabelungssituation etc. darzustellen. Auch zu berücksichtigende organisatorische Einheiten oder Projektgremien, mit denen eine Zusammenarbeit oder eine gemeinsame Koordination erfolgen soll, sind mitzuteilen. Des Weiteren sind die geplante Projektorganisation und die Art der Einbeziehung des Auftragnehmers darzustellen.

- Mengengerüste

  Hier sind mengentechnische Rahmenbedingungen wie etwa Nutzerzahlen, Datendurchsatz etc. in einer übersichtlichen und nachvollziehbaren Form (zum Beispiel tabellarisch) darzustellen.

- Mitwirkungsleistungen / Beistellungen

  Hier sollen die vorgesehenen und möglichen Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers beispielsweise in Form von Mitarbeiterpensen, Verfügbarkeiten technischer Ressourcen etc. beziehungsweise Beistellungen des Auftraggebers wie etwa angemietete Räumlichkeiten für ein Rechenzentrum wiedergegeben werden, um dem Bieter diesbezüglich eine sichere Kalkulationsgrundlage bereitzustellen.

- Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen

  Hier sind alle spezifischen datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen, die die Leistungserbringung beeinflussen, darzustellen.

- Abhängigkeiten von / Zusammenarbeit mit anderen Behörden

  Hier können Rahmenbedingungen zur Zusammenarbeit mit anderen Stellen oder Behörden (zum Beispiel Verbundprojekte) beziehungsweise etwaige Abhängigkeiten im Rahmen der Leistungserbringung dargestellt werden.

- Abhängigkeiten von / Zusammenarbeit mit anderen Auftragnehmern

  An dieser Stelle ist zu schildern, ob und inwieweit Abhängigkeiten zu anderen externen Auftragnehmern des Auftraggebers bestehen. Sofern eine Zusammenarbeit erforderlich ist, ist die Art und Weise der geforderten Ausgestaltung des Zusammenwirkens mitzuteilen.

- Gegebenenfalls weitere Informationen zu Rahmenbedingungen.

Vorgaben zur Projektabwicklung

Hier können Angaben erfolgen zum Projektmanagement oder zum Projekthandbuch sowie zu bestimmten Vorgehensmodellen.

Anforderungsbeschreibung (Leistungsbeschreibung im engeren Sinn)

Hier können konkrete Anforderungen an die Leistungserbringung beschrieben werden. Alternativ kann hierzu auch auf den Kriterienkatalog verwiesen werden. Eine gesonderte Darstellung der Anforderungsbeschreibung empfiehlt sich für komplexere Beschaffungen. Bei der Beschaffung von Standardprodukten oder bei nicht komplexen Beschaffungen kann auf eine gesonderte Anforderungsbeschreibung verzichtet werden.

Das Zusammenspiel von Leistungsbeschreibung und Kriterienkatalog muss stets eindeutig sein. Widersprüche zwischen Leistungsbeschreibung und Kriterienkatalog sind unbedingt zu vermeiden; dies gilt insbesondere für Fälle, in denen der Auftraggeber beabsichtigt, mit Verweisen zwischen Leistungsbeschreibung und Kriterienkatalog zu arbeiten. Hierin liegt in der Praxis eine hohe Fehleranfälligkeit für Widersprüche und daraus resultierende Unwägbarkeiten im späteren Vergabeverfahren oder während der Auftragsausführung.

4.3.1.2. Inhaltliche Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung

Eindeutige und erschöpfende Beschreibung und Vergleichbarkeit der Angebote

In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Die Leistungsbeschreibung enthält die Funktions-

oder Leistungsanforderungen oder eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebotes erforderlich ist, sowie die Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung. Der Auftraggeber verfasst die Leistungsbeschreibung in einer Weise, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt und die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarktes für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert. Um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, sind alle Umstände festzustellen, die die Angebotspreise beeinflussen. Es ist auf eine widerspruchsfreie Beschreibung zu achten. Widersprüche können zu Missverständnissen führen und sind daher zwingend zu vermeiden. Es empfiehlt sich insofern eine neutrale Qualitätssicherung beziehungsweise Konsistenzprüfung der gesamten Vergabeunterlagen vor Einleitung des Vergabeverfahrens durchzuführen.

Zugänglichkeitskriterien / Barrierefreiheit

Bei der Beschaffung von Leistungen, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind, sind bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung – außer in ordnungsgemäß begründeten Fällen – die Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderungen oder die Konzeption für alle Nutzer zu berücksichtigen. Werden verpflichtende Zugänglichkeitserfordernisse mit einem Rechtsakt der Europäischen Union erlassen, so muss die Leistungsbeschreibung, soweit die Kriterien der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen oder der Konzeption für alle Nutzer betroffen sind, darauf Bezug nehmen.

Nach Maßgabe des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen müssen Träger öffentlicher Gewalt ihre Internetangebote barrierefrei gestalten. Näheres zu den Anforderungen ergibt sich aus der BITV 2.0. Betroffen sind Internetauftritte und -angebote, öffentlich zugängliche Intranetauftritte und -angebote sowie öffentlich zugängliche grafische Programmoberflächen, die mit Informationstechnik umgesetzt sind. Die Anforderungen sind nach Art und Bedeutung der Webangebote oder Ähnlichem unterschiedlich priorisiert und soweit zutreffend von Behörden der Bundesverwaltung zu berücksichtigen. Aus diesen Vorgaben ergibt sich, dass Leistungsbeschreibungen, die Internetauftritte und -angebote (oder andere der genannten Angebote) der Bundesbehörden betreffen, entsprechende Anforderungen aus der BITV enthalten müssen. Je nach Priorität sind diese Anforderungen als A- oder B-Kriterien auszugestalten.

Grundsatz der Produktneutralität

Von besonderer Relevanz in der Praxis der IT-Beschaffung ist der Umgang mit Produktangaben des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen, insbesondere Fälle, in denen der Auftraggeber erwägt, eine produktspezifische Beschaffung vorzunehmen. Die Frage hat der Auftraggeber bereits in der Beschaffungskonzeption im Rahmen der Planung der Beschaffung behandelt. Die dabei ermittelten Grundlagen und Erkenntnisse sind bei der Erstellung der Vergabeunterlagen zu berücksichtigen.

Bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption in der Phase der Planung einer Beschaffung hat der Auftraggeber unter Berücksichtigung der vergaberechtlichen Vorgaben, insbesondere des Gebotes der produktneutralen Ausschreibung die Grundlagen ermittelt, die für eine etwaige begründete Entscheidung einer Abweichung von diesem Gebot notwendig sind.

Im Rahmen des Designs einer Beschaffung ist auf diesen Grundlagen nun die Entscheidung über die konkrete Ausschreibungsform im Hinblick auf Produkte begründet zu treffen:

- Produktneutrale Ausschreibung

- Ausschreibungsform Leitfabrikat mit Zusatz „oder gleichwertig“
- oder produktscharfe Ausschreibung

Dafür ist es zum einen erforderlich, für die Dokumentation des Vergabeverfahrens die entsprechende Entscheidung und deren Begründung zu dokumentieren. Hierbei sollen die im Rahmen der Beschaffungskonzeption ermittelten Grundlagen herangezogen, abgewogen und bewertet werden. Je besser die Grundlagen hierzu in der Beschaffungskonzeption erarbeitet wurden, desto besser, belastbarer und rechtssicherer wird die hier im Rahmen des Designs des Beschaffung zu treffende Entscheidung über die Ausschreibungsform hinsichtlich Produktvorgaben, deren Begründung und Dokumentation.

Zum anderen bedarf es – für den Fall geforderter Produktangaben der Bieter im Vergabeverfahren – eines konkreten Designs dieser Forderung an die Bieter. Dies gilt jedenfalls für die Fälle einer produktneutralen Ausschreibung oder der Verwendung von Leitfabrikaten mit dem Zusatz „oder gleichwertig“.

Weitere inhaltliche Ausgestaltungsmöglichkeiten

Die Merkmale des Auftragsgegenstandes – wie sie in der Leistungsbeschreibung definiert und festgelegt werden – können auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen. Hierbei sind die Festlegungen des Auftraggebers zu berücksichtigen, die er bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption getroffen hat.

Die Merkmale können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind. Auch hierbei sind die Festlegungen des Auftraggebers zu berücksichtigen, die er bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption getroffen hat.

In der Leistungsbeschreibung kann ferner festgelegt werden, ob Rechte des geistigen Eigentums übertragen oder dem Auftraggeber daran Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen. Hier hat der Auftraggeber die Regelungen aus den Vertragsbedingungen zu berücksichtigen und mit den Inhalten der Leistungsbeschreibung abzugleichen. Widersprüche innerhalb der Vertragsunterlagen, insbesondere zwischen Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen sind unbedingt zu vermeiden.

4.3.1.3. Arten der Leistungsbeschreibung

In der Leistungsbeschreibung sind die Merkmale des Auftragsgegenstandes zu beschreiben:

- in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder einer Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, die so genau wie möglich zu fassen sind, um ein klares Bild vom Auftragsgegenstand zu vermitteln und hinreichend vergleichbare Angebote erwarten lassen, die dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages ermöglichen (Variante 1),
- (insbesondere im Bereich der Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte:) unter Bezugnahme auf die in Anlage 1 der VgV definierten technischen Anforderungen in der Rangfolge (Variante 2):

  - nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden
  - Europäische Technische Bewertungen
  - gemeinsame technische Spezifikationen
  - internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden oder
  - falls solche Normen und Spezifikationen fehlen, nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerken und den Einsatz von Produkten oder

- (insbesondere im Bereich der Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte:) als Kombination aus den zwei vorgenannten Varianten (Variante 3)
  - in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen unter Bezugnahme auf die technischen Anforderungen (im Sinne der vorgenannten zweiten Variante) als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- und Funktionsanforderungen oder
  - mit Bezugnahme auf die technischen Anforderungen (im Sinne der vorgenannten zweiten Variante) hinsichtlich bestimmter Merkmale und mit Bezugnahme auf die Leistungs- und Funktionsanforderungen (im Sinne der vorgenannten ersten Variante) hinsichtlich anderer Merkmale.

Jede Bezugnahme auf eine technische Anforderung (im Sinne der vorgenannten zweiten Variante) ist mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen. Für eine transparente und belastbare Gleichwertigkeitsprüfung sind Kriterien festzulegen und in die Vergabeunterlagen aufzunehmen, nach denen sich die Gleichwertigkeit bestimmt. Diese Kriterien sind in den Vergabeunterlagen bekannt zu machen und verbindliche Grundlage der Gleichwertigkeitsprüfung im Rahmen der Prüfung und Wertung der Angebote im Vergabeverfahren.

Variante 1: Funktionale Leistungsbeschreibung

Die beschriebene Variante 1 (funktionale Leistungsbeschreibung) ist maßgeblich dadurch gekennzeichnet, dass der Auftragsgegenstand aufgabenbezogen, das heißt durch eine Darstellung des Zwecks der IT-Leistungen beschrieben wird. Der Auftraggeber gibt eine Übersicht der geforderten und notwendigen Funktionen vor und macht keinerlei Vorgaben zur Realisierung. Dabei ist darauf zu achten, dass ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermittelt wird, das auch hinreichend vergleichbare Angebote erwarten lässt.

Die Erstellung einer funktionalen Leistungsbeschreibung eignet sich besonders für nicht standardisierte oder innovative / neuartige Auftragsgegenstände, für welche der Auftraggeber keine ausreichende IT-Kompetenz zur technischen Beschreibung innehat. Durch Beschreibung der Funktion, des Zwecks oder der Rahmenanforderungen wird lediglich ein Ziel vorgegeben, dessen Erreichen den Bietern durch die Ermittlung der technisch, wirtschaftlich und gestalterisch besten und funktionsgerechtesten Lösung überlassen ist. Die Bieter können bei dieser Variante der Leistungsbeschreibung also unterschiedliche Lösungsansätze entwerfen. Der Zweck einer funktionalen Leistungsbeschreibung liegt somit darin, die konstruktive Lösung der Aufgabe den Bietern zu überlassen und deren vorhandenes unternehmerisches Fachwissen zu nutzen.

Diese Vorgehensweise kann unter anderem bei der Beschaffung größerer IT-Objekte (etwa eines komplexen Workflow-Systems) empfehlenswert sein, wenn der Auftraggeber die gewünschte IT-

Leistung technisch nicht näher beschreiben kann. Auch die Beschaffung systemnaher Software wie Dienstprogramme, Entwicklungswerkzeuge (Tools) und Compiler erfolgt im Allgemeinen über funktionale Leistungsschreibungen.

Im Fall einer funktionalen Leistungsbeschreibung sind neben dem Preis als Zuschlagskriterium auch weitere B-Kriterien zu berücksichtigen, die auch die von den einzelnen Bietern im Rahmen ihrer Spielräume der funktionalen Leistungsbeschreibung eingereichten Angebotsinhalte angemessen berücksichtigen.

Verwendet der Auftraggeber eine funktionale Leistungsbeschreibung und enthält diese Leistungs- oder Funktionsanforderungen im Sinne der oben beschriebenen Variante 1, so darf der Auftraggeber ein Angebot nicht ablehnen, wenn diese Anforderungen die von ihm geforderten Leistungs- oder Funktionsanforderungen betreffen und das Angebot Folgendem entspricht:

- einer nationalen Norm, mit der eine europäische Norm umgesetzt wird
- einer Europäischen Technischen Bewertung
- einer gemeinsamen technischen Spezifikation
- einer internationalen Norm oder
- einem technischen Bezugssystem, das von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurde

Das Unternehmen muss in seinem Angebot dann belegen, dass die jeweilige der Norm entsprechende Liefer- oder Dienstleistung den Leistungs- oder Funktionsanforderungen entspricht. Belege können insbesondere eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle sein.

Variante 2: Konstruktive Leistungsbeschreibung

Die konstruktive Leistungsbeschreibung umfasst eine Beschreibung der Leistung nach ihren wesentlichen Merkmalen und konstruktiven Einzelheiten. Der Auftraggeber gibt hierbei technische Randbedingungen und die Art der Realisierung vor. Die konstruktive Leistungsbeschreibung eignet sich insbesondere, wenn sich das zu erstellende System in eine gegebene Systemlandschaft integriert werden muss und wenn der Auftraggeber selbst entsprechende IT-Kompetenz besitzt.

Mit zunehmender Entwicklung von Informationstechnik haben Beschaffungen an Bedeutung gewonnen, die eine solche Ergänzung einer bestehenden IT-Infrastruktur zum Ziel haben. Hier wird im Allgemeinen die detaillierte Darstellung des organisatorischen und technischen Ist-Zustandes einen wesentlichen Teil der Leistungsbeschreibung ausmachen, um den Bietern die Erfordernisse der Kompatibilität und Integrationsfähigkeit deutlich zu machen. Gegebenenfalls reicht diese Umfeldbeschreibung in Verbindung mit Mengenangaben bezüglich des zu beschaffenden Objekts als Leistungsbeschreibung aus. Hierbei könnte dann die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes allein anhand des Zuschlagskriteriums Preis in Betracht kommen.

Bei dieser Vorgehensweise sollten die Produktspezifika (beachte den Grundsatz der Produktneutralität) so festgelegt werden, dass einerseits hinsichtlich der Details noch Spielräume für den Bieter bestehen, andererseits aber Kompatibilitätsanforderungen, Wartungsanforderungen etc. bereits festgelegt sind (zum Beispiel Netzwerkkarte, Zusammenarbeit mit vorhandenem Kartentyp muss möglich sein).

Im Ergebnis zeichnet sich die konstruktive Leistungsbeschreibung durch eine inhaltlich weitgehend exakte und vollständige Kennzeichnung der geforderten Leistung aus (zum Beispiel durch eine ganz bestimmte technische Hardwarekonfiguration).

Verweist der Auftraggeber im Fall einer konstruktiven Leistungsbeschreibung auf technische Anforderungen im Sinne der oben beschriebenen Variante 2, so darf er ein Angebot im Vergabeverfahren nicht mit der Begründung ablehnen, dass die angebotenen Liefer- und Dienstleistungen nicht den von ihm herangezogenen technischen Anforderungen der Leistungsbeschreibung entsprechen, wenn das Unternehmen in seinem Angebot mit geeigneten Mitteln nachweist, dass die vom Unternehmen vorgeschlagenen Lösungen diesen technischen Anforderungen gleichermaßen entsprechen.

Variante 3: Kombination aus funktionaler und konstruktiver Leistungsbeschreibung

Je nach Beschaffungsgegenstand beziehungsweise Kenntnisstand des Auftraggebers können auch Mischformen zwischen funktionaler und konstruktiver Leistungsbeschreibung gewählt werden. Dies kommt zum Beispiel bei Anpassungsentwicklungen in Frage. Dabei ist zu beachten, dass mit Verlagerung der Leistungsbeschreibung in den konstruktiven Bereich der Verantwortungsbereich des Auftraggebers und damit das Konfigurationsrisiko zunehmen, weil bereits technische Umsetzungen oder Lösungen festgelegt werden und der Auftraggeber somit für deren Tauglichkeit im Hinblick auf einen bestimmten Einsatzzweck einstehen muss.

4.3.1.4. IT-spezifische Standards und Normen

Bei der IT-Beschaffung ist es ratsam, bei Leistungsbeschreibungen unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen auf IT-spezifische Standards und Normen Bezug zu nehmen. Nachfolgend wird eine kurze – nicht abschließende – Auswahl solcher Standards und Normen dargestellt:

- ITIL (IT Infrastructure Library) ist eine Sammlung von etablierten Vorgehensweisen und Methoden (Good Practices) für IT-Service-Management, die international anerkannt ist und einen De-facto-Standard darstellt. ITIL bietet Beschreibungen für den Betrieb von IT-Infrastrukturen mit den dafür erforderlichen Prozessen und Werkzeugen.
- Die ISO / IEC 20000 ist eine internationale Norm zum Komplex IT-Service-Management, die sich mit den Anforderungen an ein geordnetes und professionelles IT-Service-Management befasst.
- Die Norm EN ISO 9241 ist ein internationaler Standard mit Richtlinien zur Mensch-Computer-Interaktion und umfasst insbesondere Anforderungen an die Gebrauchstauglichkeit und Grundsätze der Dialoggestaltung. Im Mittelpunkt stehen Fragen der Ergonomie von Softwaresystemen.

4.3.1.5. Umweltaspekte im Rahmen von IT-Beschaffungen

Unter dem Begriff „Green IT“ werden alle Maßnahmen subsumiert, um ein IT-Produkt über seinen gesamten Lebenszyklus hinweg so ressourcenschonend und umweltverträglich wie möglich zu gestalten. Dazu gehören insbesondere die Herstellung des IT-Produktes, der Betrieb, das Recycling und letztlich die Entsorgung von IT-Produkten.

Die Umweltverträglichkeit von IT wird über verschiedene Faktoren bestimmt, zum Beispiel über energiesparende Prozessoren, über ein energieeffizientes und klimafreundliches Kühlen in

Serverräumen, ressourcenschonende Virtualisierung von Servern oder die Recyclingfähigkeit der Hardware. Eine wichtige Grundvoraussetzung für die Berücksichtigung von Umweltaspekten ist die Betrachtung auch von Folgekosten im Rahmen der Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebotes.

Green IT gewinnt zunehmend an Bedeutung. Die Bundesregierung hat sich im Rahmen der nationalen Nachhaltigkeitsstrategie auch zur Vorbildfunktion des öffentlichen Beschaffungswesens bekannt. Aus dieser Zielsetzung heraus hat sich der Rat der IT-Beauftragten bereits seit 2008 verpflichtet, die umweltfreundliche Beschaffung von IT-Produkten umzusetzen.

Folgende Vorgehensweise kann verfolgt werden, um Umweltaspekten bei Beschaffungsmaßnahmen Rechnung zu tragen:

- Berücksichtigung im Rahmen der IT-Strategie und IT-Planungsprozesse (zum Beispiel Neubau beziehungsweise Umbau von Serverräumen mit dem Ziel eines effizienten Klimamanagements oder Einsatz von Virtualisierungstechnologien zur Reduktion von physikalischen Servern)
- Berücksichtigung von bestimmten Systemen oder Normen des Umweltmanagements im Rahmen der Eignungsprüfung (§ 49 Abs. 2 VgV)
- Definition von Umweltanforderungen an IT-Produkte in der Leistungsbeschreibung, soweit nach den vorbeschriebenen Maßgaben zulässig
- Definition von A-Kriterien an IT-Produkte im Kriterienkatalog (zum Beispiel nicht zu verwendende Stoffe wie Halogene etc.)
- Definition von B-Kriterien an IT-Produkte im Kriterienkatalog (zum Beispiel Energieverbrauch, Wärmeabgabe etc.)
- Prüfung der Zulassung von Varianten (Nebenangebote) mit höherer Umweltverträglichkeit (zu beachten: Gestaltung der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien im Falle der Zulassung von Nebenangeboten)
- Ermittlung von Betriebskosten – insbesondere des Energieverbrauchs – über einen bestimmten Zeitraum im Preisblatt sowie Berücksichtigung bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes über das Zuschlagskriterien Preis und Kosten; gegebenenfalls Prüfung mittels Teststellung
- Modalitäten der Vertragsausführung, sofern für die Leistung oder Ausführung des Auftrages von Belang (zum Beispiel recycelbares Verpackungsmaterial, Rücknahme von Abfall, Schadensersatzregelung für erhebliche Betriebskostenüberschreitung)

Inhalte für A- und B-Kriterien zur Berücksichtigung von Umweltaspekten im Rahmen von IT-Beschaffungen können insbesondere zu folgenden Themenkomplexen gebildet werden:

- Produkt- beziehungsweise Materialeigenschaften, zum Beispiel:
  - modularer Aufbau von Systemen
  - Reparatursicherheit der Geräte
  - Nichtverwendung bestimmter Stoffe
  - Energieeffizienz, Energieverbrauch
  - Geräuschemissionen

  - Nachweis der Konformität mit bestimmten umweltschutzbezogenen Anforderungen über Umweltzeichen / Zertifizierungen, zum Beispiel: Umweltzeichen Energy-Star oder Blauer Engel (unter Berücksichtigung der Vorschriften über Zertifikate und Gütezeichen (§§ 34, 34 VgV, § 24 UVgO)

- Betriebskosten zu den gegebenen und bekannt zu machenden Rahmenbedingungen beziehungsweise auf Grundlage mitzuteilender Annahmen des Auftraggebers, zum Beispiel:
  - Energie- / Stromverbrauch (in Kilowattstunden/kWh) und dadurch entstehende Stromkosten
  - Wärmelast (in Kilowattstunden/kWh) und dadurch erzeugte Klimatisierungskosten
- Verwertung und Entsorgung, zum Beispiel:
  - Recyclinggerechte Konstruktion
  - Rücknahme der Geräte

Die gewählten Kriterien dürfen nicht diskriminierend und marktbeschränkend sein.

Häufig sind weiterführende Angaben zu betrieblichen Rahmenbedingungen und Parametern (zum Beispiel Auslastungsprognose für Server) erforderlich, damit auf Bieterseite die geforderten Angaben in der gewünschten Präzision gemacht werden können.

4.3.1.6. Energieverbrauchsrelevante Beschaffungsgegenstände

Für den Bereich der Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte gibt § 67 Abs. 1 VgV als umweltbezogenen Aspekt bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen Anforderungen an die Leistungsbeschreibung vor. Wenn energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen beschafft oder diese wesentliche Voraussetzung zur Ausführung einer Leistung sind, soll im Rahmen dieser Vergaben das höchste Leistungsniveau in Bezug auf Energieeffizienz und die höchste Energieeffizienzklasse gefordert werden. Gemäß § 67 Abs. 3 Nr. 1 VgV müssen mit dem Angebot grundsätzlich auch Informationen zum Energieverbrauch und in geeigneten Fällen eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten der Leistung und Produkte abgefragt werden.

4.3.1.7. Behandlung von Open Data bei IT-Beschaffungen

Mit der Fortentwicklung und der Heterogenität der IT bleiben bereits vorhandene, zum Teil mehrfach gleiche Datenbestände in der Verwaltung für eine kommerzielle oder nicht-kommerzielle Nachnutzung, bezeichnet als „Open Data“ beziehungsweise „offene Daten“, bislang vielfach ungenutzt. Diese Nachnutzung dient einerseits der Förderung wirtschaftlicher innovativer Ideen und andererseits der Erhöhung der Transparenz des Handelns der Verwaltung. Für die Behörden der unmittelbaren Bundesverwaltung existiert mit § 12a EGovG seit 2017 eine rechtliche Regelung. Auch auf Ebene der Bundesländer werden entsprechende Regelungen geschaffen. Eine Definition von Open Data gibt unter anderem eine Studie der Konrad Adenauer Stiftung, nach der „Offene Daten … Daten (sind), die von jedermann frei benutzt, weiterverwendet und geteilt werden können – die einzige Einschränkung betrifft die Verpflichtung zur Nennung des Urhebers.”

Bei der Umsetzung der Veröffentlichung der Daten gilt es, die notwendigen Aufwände möglichst gering zu halten. Daher wurde in § 12a Abs. 7 EGovG für die Behörden der unmittelbaren Bundesverwaltung eine entsprechende Prüfung gesetzlich festgelegt. Die Regelung fordert, bereits frühzeitig bei der

Optimierung von Verwaltungsabläufen, die erstmals zu wesentlichen Teilen elektronisch unterstützt werden, die Bereitstellung von Daten als offene Daten zu berücksichtigen („Open by Design“). Dies umfasst auch die Berücksichtigung bei der Beschaffung. Der Auftraggeber sollte frühzeitig prüfen, ob für die geplante IT-Beschaffung Open-Data-Nutzungen infrage kommen. Dies kann jedoch auch bedeuten, dass sich der Markt und Wettbewerb einschränkt oder Bieter davon abhalten werden, Angebote abzugeben, da diese entsprechend höher kalkuliert werden müssen. Des Weiteren könnte es passieren, dass ggf. nach § 12a Abs. 7 EGovG etwaige Hinderungsgründe für eine Bereitstellung von Daten zum Datenabruf über öffentlich zugängliche Netze bestehen.

Es ist zu prüfen, ob folgende Anforderungen zur Berücksichtigung von Open Data gemäß § 12a Abs. 7 EGovG in Vergabeunterlagen für entsprechende Softwarelösungen berücksichtigt werden können:

- Für eine Veröffentlichung von Daten müssen die entsprechenden Nutzungsrechte vorliegen. Insbesondere wenn Daten durch Dienstleister im Auftrag einer Behörde erhoben und verarbeitet werden, sind die notwendigen Nutzungsrechte an den Daten vertraglich festzulegen.
- Bei der Speicherung der Daten sollen mögliche Hinderungsgründe für eine Veröffentlichung als Open Data vermieden werden. Insbesondere soll nach Möglichkeit sichergestellt sein, dass eine einfache Trennung zwischen Daten mit personenbezogenen Merkmalen und Daten ohne personenbezogene Merkmale möglich ist, da Daten mit Personenbezug nicht als Open Data veröffentlicht werden dürfen.
- Die Daten müssen möglichst einfach aus der Anwendung heraus exportiert werden können, das heißt es soll eine entsprechende Funktionalität in der Anwendung geben.
- Es sollen Dateiformate genutzt werden, die eine einfache Weiterverarbeitung ermöglichen, das heißt offenen Formaten ist der Vorzug vor proprietären Formaten zu geben. Das geeignete Dateiformat hängt vom Inhalt der jeweiligen Daten ab.
- Beim Exportieren der Daten sollen auch die notwendigen beschreibenden Metadaten automatisiert und dem gültigen Standard entsprechend erzeugt werden.
- Bei Daten, die regelmäßig anfallen und veröffentlicht werden, sollen technische Schnittstellen vorgesehen werden, mit denen die exportierten Daten und Metadaten unmittelbar auf den entsprechenden Plattformen für die Veröffentlichung automatisiert eingestellt werden können.
- Es ist sinnvoll, diese Anforderungen in eine funktionale Leistungsbeschreibung aufzunehmen. Diese Anforderungen sollen dabei nicht als Optionen formuliert werden, damit die Umsetzungsverpflichtung nach EGovG auch realisiert wird. In der Regel sind diese Anforderungen als Bewertungskriterien auszugestalten.
- Bei dem Vorsehen der Nutzung von Open Data sind notwendige Regelung im Vertrag aufzunehmen (siehe Kapitel C.4.3.3.7.)

4.3.2. *Kriterienkatalog*

Besondere Bedeutung kommt bei IT-Beschaffungen dem Kriterienkatalog zu. Der Kriterienkatalog ist bei IT-Beschaffungen sowohl zum Zwecke der Beschreibung der ausgeschriebenen Leistung als auch zum Zwecke der Angebotswertung im Vergabeverfahren relevant.

Als leistungsbeschreibendes Element der Vergabeunterlagen ist der Kriterienkatalog zunächst Teil der Vertragsunterlagen. Die Inhalte des Kriterienkataloges mit den darin enthaltenen A- und nach Angebotsabgabe durch Bieterangaben ergänzten B-Kriterien beschreiben das geschuldete Leistungssoll des Auftragnehmers nach Zuschlagserteilung und Vertragsschluss. Vor diesem Hintergrund sind jegliche Widersprüche oder sonstige Inkonsistenzen zwischen Kriterienkatalog und weiteren Vertragsunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung unbedingt zu vermeiden. Insbesondere bei beabsichtigter vollständiger Wiedergabe aller zwingenden Anforderungen aus der Leistungsbeschreibung auch im Kriterienkatalog als A-Kriterien muss sichergestellt sein, dass hierbei keine Widersprüche oder Lücken entstehen, die zu erheblichen Unwägbarkeiten bei der Angebotswertung im Vergabeverfahren, aber insbesondere auch erst nach Zuschlagserteilung bei der Auftragsausführung – hier insbesondere zu Change Requests und Missverständnissen über die geschuldete Leistung – führen können. Das Zusammenspiel von Kriterienkatalog und den übrigen Vertragsunterlagen muss stets eindeutig sein. Widersprüche zwischen Kriterienkatalog und den übrigen Vertragsunterlagen sind unbedingt zu vermeiden; dies gilt auch und insbesondere für Fälle, in denen der Auftraggeber beabsichtigt, mit Verweisen zwischen Leistungsbeschreibung und Kriterienkatalog zu arbeiten. Auch hierin liegt in der Praxis eine hohe Fehleranfälligkeit für Widersprüche und daraus resultierende Unwägbarkeiten im späteren Vergabeverfahren oder während der Auftragsausführung.

Neben der Funktion als leistungsbeschreibendes Element der Vergabe- und Vertragsunterlagen kann und sollte der Kriterienkatalog Grundlage der Leistungsbewertungsmatrix für die Leistungsbewertung im Rahmen der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode sein. Die B-Kriterien aus dem Kriterienkatalog bilden mit den oben beschriebenen weiteren notwendigen Inhalten die Leistungsbewertungsmatrix für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes nach der Einfachen oder Erweiterten Richtwertmethode. In der Praxis können Kriterienkatalog und Leistungsbewertungsmatrix also auch ein (zum Beispiel Excel-basiertes) Dokument sein. Notwendig ist es, die Vergabeunterlagen insgesamt und auch insoweit in jeder Hinsicht eindeutig und widerspruchsfrei zu bezeichnen, damit der Kriterienkatalog beide seiner möglichen, vorstehend beschriebenen Funktionen sicher und fehlerfrei erfüllen kann.

Derart gestaltet erleichtert der Kriterienkatalog mit seinen klassifizierten und strukturierten A- und B-Kriterien sowohl die Angebotslegung für die Bieter als auch die Angebotswertung für den Auftraggeber im Vergabeverfahren. Zum Ganzen sollte der Auftraggeber die Vertiefung in Kapitel F.4. berücksichtigen.

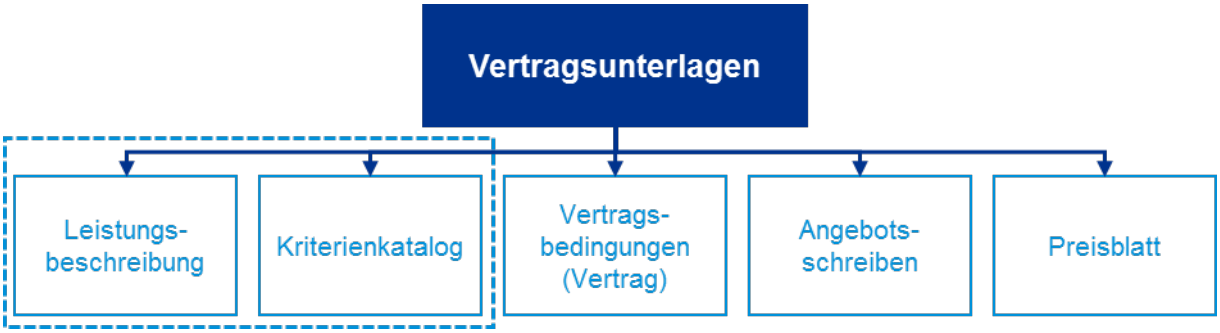
4.3.3. *Vertragsbedingungen (Vertrag)*

Vertragsbedingungen können sich aus Musterverträgen (im Bereich der IT in der Regel EVB-IT Vertragsformulare) mit zugehörigen allgemeinen (vorformulierten) Vertragsbedingungen (zum Beispiel EVB-IT System AGB) ergeben, durch Individualverträge festgelegt werden oder sich aus einer Kombination von beidem zusammensetzen.

Eine Einführung zu vertragsrechtlichen Grundlagen findet sich in Kapitel A.1., während Fragen der vertragstypologischen Einordnung von Bedarfen in Kapitel B.2.2.2. behandelt werden.

4.3.3.1. Struktur der Vertragsunterlagen

Die Vertragsunterlagen als Teil der Vergabeunterlagen bestehen im Wesentlichen aus folgenden Elementen:

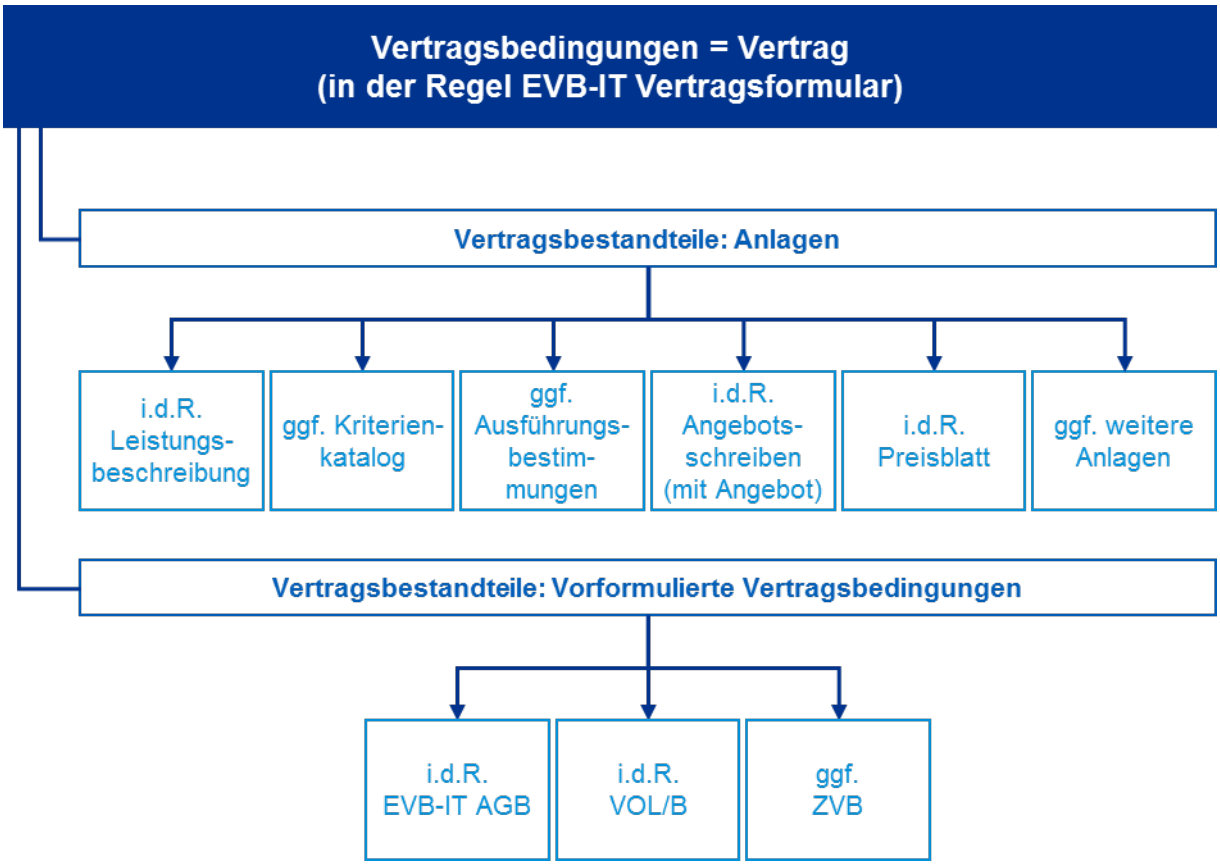


Das wesentliche Element der Vertragsbedingungen ist regelmäßig ein Vertrag mit Anlagen (auch Vertragswerk genannt).

Sofern – zum Beispiel bei kleineren beziehungsweise einfachen Beschaffungen – kein gesondertes Vertragsdokument verwendet wird, ergeben sich die Vertragsbedingungen unter Umständen nur aus der Leistungsbeschreibung und dem Angebotsschreiben (also dem Angebot) sowie dem Zuschlagsschreiben.

In der Praxis wird bei IT-Beschaffungen oftmals ein führendes Vertragsdokument verwendet, welches auf weitere Vertragsanlagen Bezug nimmt. Bei Einsatz der EVB-IT ist das entsprechende EVB-IT Vertragsformular das führende Vertragsdokument. Werden ausnahmsweise noch BVB-Verträge angewandt, ist das jeweilige Vertragsdeckblatt für den BVB-Vertrag das führende Vertragsdokument.

Nach Zuschlagserteilung haben die Vergabeunterlagen keine Relevanz mehr und es steht nunmehr das Vertragswerk im Mittelpunkt. Das Vertragswerk besteht - dem Strukturierungsansatz der UfAB 2018 folgend - nach Zuschlagserteilung im Wesentlichen aus folgenden Teilen, wobei die ehemaligen Vertragsunterlagen zu Vertragsbestandteilen werden:



Der Inhalt der Vertragsunterlagen ist kalkulationsrelevant und wird nach Vertragsschluss zur verbindlichen Grundlage der Leistungsabwicklung für die Vertragsparteien während der gesamten Vertragsdurchführung. Daher sind Vertragsunterlagen mit großer Sorgfalt auszuarbeiten.

Bei der Erstellung der Vertragsbedingungen für die Vertragsunterlagen – also der Konzipierung eines Vertrages mit Anlagen – sind folgende Aspekte zu berücksichtigen.

4.3.3.2. Vertragsdokument

Das Vertragsdokument soll den Vertragsunterlagen in einer finalen Fassung beigefügt werden, soweit dem Auftraggeber eine Festlegung der Vertragsinhalte unabhängig von den Angeboten möglich ist. Sofern Musterverträge (zum Beispiel EVB-IT) verwendet werden, müssen diese so weitgehend ausgefüllt werden, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die vertraglichen Mindestanforderungen erfüllt sind.

Existiert ein passender EVB-IT oder BVB-Mustervertrag, so soll dieser als führendes Vertragsdokument verwendet werden. Die jeweils zutreffenden, vorausgefüllten Vertragsformulare EVB-IT oder BVB sind vom Auftraggeber den Vergabeunterlagen beizufügen und als Vertragsgrundlage zu deklarieren. Dabei sollte in den Vergabeunterlagen der Hinweis erfolgen, dass Bieter keine Änderung an den vom Auftraggeber vorgenommenen Eintragungen vornehmen dürfen. Verschiedene EVB-IT oder BVB

Musterverträge können miteinander kombiniert werden. Für Hard- und Softwarebeschaffungen existieren dafür bereits kombinierte Vertragsmuster (zum Beispiel EVB-IT Kauf und Instandhaltung für Hardware). Sollen mehrere Leistungsarten vereinbart werden, ist jedoch stets zu prüfen, ob statt der Basis EVB-IT (Überlassung, Pflege S, Kauf, Instandhaltung oder Dienstleistung) besser eine der komplexen EVB-IT Vertragstypen (Systemverträge) Verwendung finden sollte, da diese unter Umständen die benötigten vertraglichen Regelungen in einem Vertragswerk abbilden (zum Beispiel EVB-IT System und EVB-IT Systemlieferung).

Sofern kein passender EVB-IT oder BVB Mustervertrag vorliegt, kann ein Individualvertrag erstellt werden. Im individuellen Vertragsdokument sollte die Festlegung getroffen werden, dass deutsches Recht gilt, UN-Kaufrecht keine Anwendung findet und dass vorformulierte Vertragsbedingungen des Bieters sowie Dritter (Auftragnehmer-AGB) im Angebot ausgeschlossen sind. Außerdem ist die Bezugnahme auf etwaige Anlagen sowie gegebenenfalls die Einbeziehung anzuwendender EVB-IT oder BVB Vertragsformulare und der entsprechenden Vertragsbedingungen (die also auch mit Individualverträgen kombiniert werden können) sowie der VOL/B festzulegen.

Tipp für die Praxis:

Bei der Ausarbeitung des Vertragsdokumentes ist unbedingt auf inhaltliche Konsistenz mit der Leistungsbeschreibung und dem Kriterienkatalog zu achten. Diese Dokumente sind als wesentliche Vertragsanlagen wichtige Quellen für die Regelungen des Vertrages. Gerade die EVB-IT Vertragsformulare beinhalten in sehr ausgeprägter Form auch IT-fachliche Aspekte und nicht nur rechtlich geprägte Klauseln. So enthalten EVB-IT Verträge etwa Regelungsbereiche, die sich beispielsweise mit der Lieferung neuer Programmstände (zum Beispiel Versionen, Upgrades oder Updates) oder mit Reaktions- und Wiederherstellungszeiten befassen und somit Aspekte, die oft auch in der Leistungsbeschreibung behandelt werden. Darüber hinaus definieren die EVB-IT Vertragsformulare in den zugehörigen EVB-IT AGB zahlreiche Begriffe wie etwa „Installation“ oder „Integration“. Vor diesem Hintergrund ist die Sicherstellung der Kongruenz und Konsistenz zwischen Vertrag und Vertragsanlagen ein wichtiger Faktor für ein gutes Vertragswerk.

4.3.3.3. Typische Vertragsanlagen

Sofern – was regelmäßig der Fall ist – das Vertragsdokument Anlagen als Vertragsbestandteile enthält, sollte darin ein Anlagenverzeichnis aufgenommen werden, wobei die Anlagen sich im Wesentlichen aus den Vertragsunterlagen ergeben.

Zu den Vertragsanlagen im IT-Bereich gehören beispielsweise oftmals folgende Dokumente:

- Leistungsbeschreibung
- Kriterienkatalog
- Ausführungsbedingungen wie etwa Regelungen
  - zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen (zum Beispiel No-Spy-Klausel)
  - zur Vereinbarung über die Datenverarbeitung im Auftrag
  - zum Einsatz von Unterauftragnehmern

- Angebotsschreiben
- Preisblatt

Um zu eindeutigen vertraglichen Festlegungen zu kommen, ist bei der Einbeziehung von mehr als einer Anlage – für den Fall widersprüchlicher Inhalte – die Rangfolge der Anlagen im Vertragsdokument festzulegen. Vertragslogisch hat das Angebot als das Dokument, welches die Leistungsbeschreibung konkretisiert, Vorrang vor den genannten Dokumenten. Dies setzt jedoch voraus, dass die Erfüllung aller Ausschlusskriterien im Angebot bestätigt werden muss und Angebote sorgfältig im Hinblick auf eine unzulässige Änderung der Vertragsunterlagen sowie der Vergabeunterlagen geprüft werden. Der Auftraggeber sollte im Einzelfall prüfen, welche Rangfolge der Vertragsanlagen festzulegen ist. In der Praxis wird oftmals der Leistungsbeschreibung Vorrang vor dem Angebot eingeräumt. Dies kann allerdings dazu führen, dass gegenüber der Leistungsbeschreibung weitergehende Leistungen des Angebotes gegebenenfalls nicht zum Tragen kommen. Will man dem vorkehren, kann man eine entsprechende Klausel dazu vorsehen. Im Regelfall werden Vertragsanlagen wie die Leistungsbeschreibung und das Angebot in der Rangfolge stets vor den EVB-IT oder BVB Vertragsbedingungen sowie der VOL/B eingeordnet.

Sofern ein passendes EVB-IT Vertragsformular zur Verfügung steht, bildet dieses das Vertragsdokument, welches auf die vorstehend erläuterten Vertragsanlagen je nach Einzelfallbetrachtung Bezug nimmt.

Wichtiger Hinweis:

Als Vertragsanlagen zu berücksichtigen sind auch Unterlagen, die erst im Laufe des Vergabeverfahrens entstehen. Ein typisches Beispiel ist die Liste der Antworten auf Bieterfragen, die vor Angebotsabgabe eingereicht und vom Auftraggeber beantwortet werden. Soweit diese sich auf den Inhalt der Vertragsunterlagen beziehen, kann der Auftraggeber die betreffenden Vertragsunterlagen vor der Angebotsabgabe den Bietern in angepasster Form bereitstellen. Sofern anhand der Antworten keine Anpassung der Vertragsunterlagen erfolgt, ist die Liste der Antworten auf Bieterfragen in den Vertrag als Vertragsanlage einzubeziehen. Dabei muss die Liste der Antworten auf Bieterfragen in der Rangfolge allen anderen Vertragsanlagen vorangestellt werden, weil sie die anderen Vertragsanlagen konkretisiert.

4.3.3.4. Auswahl und Verwendung eines EVB-IT Vertrages beziehungsweise BVB-Vertrages

Öffentliche Auftraggeber haben eine Vielzahl von EVB-IT Vertragstypen sowie wenige noch geltende BVB-Vertragstypen zur Auswahl. Eine Einführung zu den EVB-IT sowie ein Überblick zu deren Struktur findet sich in Kapitel A.4.2., während Fragen der vertragstypologischen Einordnung von Bedarfen und der EVB-IT Vertragstypen in Kapitel B.2.2.2. behandelt werden.

Zur Vereinfachung der Festlegung des korrekten Vertragstyps erfolgen in nachfolgender Tabelle Zuordnungshinweise:

Vertragsgegenstand	Empfohlener Vertragstyp
Basis-EVB-IT	
Kauf von Hardware (ggf. inklusive Aufstellung, Instandhaltungsleistungen und Kauf von Betriebssystemsoftware)	EVB-IT Kauf Hierfür stehen zwei Vertragsmuster zur Verfügung: • EVB-IT Kaufvertrag (Langfassung mit Instandhaltung) • EVB-IT Kaufvertrag (Kurzfassung mit Instandhaltung) Diese beziehen jeweils die EVB-IT Kauf-AGB ein. Die EVB-IT Kauf-AGB enthalten Regelungen für den Kauf von Hardware ohne sonstige Leistungsanteile mit Ausnahme der reinen Aufstellung. Mit beiden Vertragsmustern können die Instandhaltung der Hardware nach der Lieferung und der Kauf von vorinstallierter Betriebssystemsoftware vereinbart werden. Der EVB-IT Kaufvertrag bezieht in diesen Fällen zusätzlich die EVB-IT Instandhaltungs-AGB und die EVB-IT Überlassung-AGB (Typ A) ein. Soll keine Instandhaltung vereinbart werden, entfällt die Bearbeitung im Vertrag
Kauf von Standardsoftware (gegebenenfalls mit Pflegeleistungen)	EVB-IT Überlassung Typ A Hierfür stehen vier Vertragsmuster zur Verfügung: • EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A (Langfassung mit Pflege) • EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A (Langfassung ohne Pflege) • EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A (Kurzfassung mit Pflege) • EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A (Kurzfassung ohne Pflege) Diese beziehen jeweils die EVB-IT Überlassung-AGB (Typ A) ein. Die EVB-IT Überlassung-AGB (Typ A) enthalten die Regelungen für den Kauf von Standardsoftware ohne sonstige Leistungsanteile. Mit Hilfe der Vertragsmuster („... mit Pflege“) können zusätzlich auch Pflegeleistungen

Vertragsgegenstand	Empfohlener Vertragstyp
	vereinbart werden. Diese Vertragsmuster beziehen dafür zusätzlich die EVB-IT Pflege S-AGB mit ein.
Miete von Standardsoftware (ohne sonstige Leistungsanteile)	EVB-IT Überlassung Typ B Hierfür steht ein Vertragsmuster zur Verfügung: • EVB-IT Überlassungsvertrag Typ B Dieser bezieht die EVB-IT Überlassung Typ B ein. Die EVB-IT Überlassung Typ B enthalten Regelungen für die Miete von Standardsoftware ohne sonstige Leistungsanteile. Sie sind die einzigen Basis-EVB, die noch in der ersten Version aus dem Jahr 2002 zur Verfügung stehen.
Beschaffung von Dienstleistungen (Dienstvertrag)	EVB-IT Dienstleistung Hierfür stehen zwei Vertragsmuster zur Verfügung: • EVB-IT Dienstvertrag • EVB-IT Dienstvertrag (Kurzfassung) Diese beziehen jeweils die EVB-IT Dienstleistungs-AGB ein. Die EVB-IT Dienstleistungs-AGB enthalten Regelungen für IT-Dienstleistungen.
Instandhaltung (früher: Wartung) von Hardware	EVB-IT Instandhaltung Hierfür steht ein Vertragsmuster zur Verfügung: • EVB-IT Instandhaltungsvertrag Dieser bezieht die EVB-IT Instandhaltungs-AGB ein. Die EVB-IT Instandhaltungs-AGB enthalten Regelungen für Instandhaltung von Hardware (insbesondere Störungsbeseitigung, vorbeugende Maßnahmen und Hotline).
Pflege von Standardsoftware (ggf. mit weiteren Leistungen) Es können ausschließlich Pflegeleistungen für Standardsoftware vereinbart werden, die nicht auf Quellcodeebene angepasst wurde.	EVB-IT Pflege S Hierfür stehen zwei Vertragsmuster zur Verfügung: • EVB-IT Pflegevertrag S (Kurzfassung) • EVB-IT Pflegevertrag S (Langfassung) Diese beziehen jeweils die EVB-IT Pflege S-AGB ein. Die EVB-IT Pflege S-AGB enthalten

Vertragsgegenstand	Empfohlener Vertragstyp
	Regelungen zur Pflege von Standardsoftware. Die Kurzfassung bildet lediglich die Überlassung neuer Programmstände und Hotline ab. Die Langfassung enthält gegenüber der Kurzfassung die zusätzlichen Leistungen Störungsbeseitigung und sonstige Pflegeleistungen.
EVB-IT Systemverträge	
Erstellung von IT-Systemen aus einer oder mehreren Systemkomponenten (Standardsoftware und / oder Hardware, gegebenenfalls Individualsoftware) einschließlich weiterer Leistungen zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft, wobei letztere und / oder die Erstellung der Individualsoftware den Schwerpunkt der Leistung darstellen, zum Beispiel weil sie mehr als 15 Prozent - 20 Prozent des Auftragswertes ausmachen. Diese Schwelle kann naturgemäß nur einen Anhaltspunkt darstellen, der keinesfalls als generelle Richtschnur zu betrachten ist. Siehe dazu auch Abschnitt I, Nummer 3 der Nutzerhinweise zu den EVB-IT System. Der Vertrag ist insgesamt ein Werkvertrag.	EVB-IT System Hierfür steht ein Vertragsmuster zur Verfügung: • EVB-IT Systemvertrag Dieser bezieht die EVB-IT System-AGB ein. Die EVB-IT System-AGB enthalten Regelungen für die Erstellung eines IT-Systems mit Systemservice nach der Abnahme.
Auf Softwareleistungen reduzierter, gekürzter EVB-IT Systemvertrag (1) zur Erstellung von Individualsoftware, (2) zur Anpassung von Software auf Quellcodeebene beziehungsweise (3) zu umfangreichem, den Vertrag werkvertraglich prägendem Customizing von Standardsoftware, wobei die Standardsoftware zu diesem Zweck beigestellt oder vom Auftragnehmer auf der Grundlage dieses Vertrages überlassen werden kann. Der Vertrag ist insgesamt ein Werkvertrag.	Hierfür steht ein Vertragsmuster zur Verfügung: • EVB-IT Erstellungsvertrag Dieser bezieht die EVB-IT Erstellungs-AGB ein. Die EVB-IT Erstellungs-AGB enthalten Regelungen für die Erstellung von Individualsoftware und Anpassung von Standardsoftware sowie Pflege für die Werkleistungen nach der Abnahme.
Kauf von IT-Systemen aus einer oder mehreren Systemkomponente/n (Standardsoftware und / oder Hardware) einschließlich weiterer Leistungen zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft, ohne dass diese Leistungen den Schwerpunkt bilden. Der Vertrag ist insgesamt ein Kaufvertrag.	EVB-IT Systemlieferung Hierfür steht ein Vertragsmuster zur Verfügung: • EVB-IT Systemlieferungsvertrag Dieser bezieht die EVB-IT Systemlieferungs-AGB ein. Die EVB-IT Systemlieferungs-AGB enthalten Regelungen für die Lieferung eines IT-Systems mit Leistungen zur Herbeiführung der

Vertragsgegenstand	Empfohlener Vertragstyp
	Betriebsbereitschaft sowie Systemservice für das IT-System nach der Lieferung.
Serviceleistungen rund um ein IT-System oder für Individualsoftware, die über den Regelungsumfang zum Service in den EVB-IT Systemverträgen hinausgehen. Der Servicevertrag kann zum Beispiel zum Einsatz kommen, wenn • nach der Erstellung oder Lieferung eines IT-Systems oder der Erstellung einer Individualsoftware durch den Auftragnehmer mit diesem umfangreichere und differenziertere Serviceleistungen vereinbart werden sollen, als dies mit den Serviceregelungen aus den EVB-IT Systemverträgen möglich wäre, • die in bestehenden EVB-IT Systemverträgen vereinbarten Serviceleistungen neu ausgeschrieben werden müssen, • Serviceleistungen für ein IT-System vereinbart werden sollen, das nicht zuvor vom Auftragnehmer über einen der EVB-IT Systemverträge erstellt oder geliefert wurde, • Individualsoftware vom Auftragnehmer gepflegt werden soll. Die Pflege nur von Standardsoftware und die Instandhaltung nur von Hardware wird weiterhin über die EVB-IT Pflege S und die EVB-IT Instandhaltung vereinbart.	EVB-IT Service Hierfür steht ein Vertragsmuster zur Verfügung: • EVB-IT Servicevertrag Dieser bezieht die EVB-IT Service-AGB ein. Die EVB-IT Service-AGB enthalten Regelungen für die Betreuung eines IT-Systems durch den Auftragnehmer beim Auftraggeber.
BVB (noch geltend)	
Miete von Hardware	BVB-Miete
Planung von DV-gestützten Verfahren, insbesondere Planung von Individualsoftware (Planungsphase, fachliches Feinkonzept)	BVB-Planung (zukünftig EVB-IT Planung)

Ausführliche Informationen zu den Muster-Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand sind den Nutzerhinweisen zu den EVB-IT (Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen) zu entnehmen:

http://www.cio.bund.de

Tipp für die Praxis:

Die EVB-IT Vertragsformulare sehen im Regelfall bestimmte (grau hinterlegte) Ankreuz- und Ausfüllfelder zur Bearbeitung und Befüllung mit Inhalten vor. Zur besseren Nachvollziehbarkeit sollte der Auftraggeber die von ihm vorgenommenen Einträge und Änderungen im EVB-IT Vertragsformular (zum Beispiel mit farblicher Hervorhebung etwa in blauer Farbe und / oder durch Unterstreichungen) kennzeichnen. Änderungen im EVB-IT Vertrag außerhalb der dafür vorgesehen Stellen sind aus Transparenzgründen unbedingt zu markieren beziehungsweise farblich hervorzuheben, weil diese ansonsten für Bieter nahezu gar nicht erkennbar sind.

Vertragsinhalte im EVB-IT Vertragsformular, die – etwa weil die Regelung vom Angebot abhängig ist – nach Zuschlagserteilung noch zu ergänzen sind, sollten (zum Beispiel farblich mit gelber Markierung und in jedem Fall anders als die eigenen blau markierten Einträge) gekennzeichnet werden. Die Markierungsmethode ist an geeigneter Stelle zu erläutern.

Die gegebenenfalls anlässlich der Zuschlagserteilung notwendige Ergänzung des EVB-IT Vertragsformulars kann über zwei Vorgehensweisen erfolgen:

Notwendige Ergänzungen des EVB-IT Vertragsformulars können entweder als Fragen / Kriterien in den Kriterienkatalog integriert werden und somit einer Bewertung unterzogen werden (zum Beispiel erhält Angebot zu dem entsprechenden Bewertungskriterium nur dann Leistungspunkte, wenn die angebotene Software keine Kopier- oder Nutzungssperren aufweist). Im Zuge der Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber das EVB-IT Vertragsformular anhand des Angebotes und der Antworten des Bieters auf entsprechende Fragen / Kriterien vervollständigen.

Es besteht aber alternativ auch die Möglichkeit, den Bieter aufzufordern, das EVB-IT Vertragsformular selbst zu ergänzen und zu vervollständigen. Eine solche Aufforderung kann etwa in den Bewerbungsbedingungen erfolgen. Der Auftraggeber sollte dabei klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, ob überhaupt und wenn ja, an welchen Stellen der Bieter Eintragungen im Vertrag vornehmen soll. Dies kann zum Beispiel dadurch geschehen, dass die auszufüllenden Stellen dezidiert farblich markiert oder umrandet werden. Diese Vorgehensweise birgt aber in höherem Maße die Gefahr, dass Bieter beim Ergänzen des EVB-IT Vertragsformulars trotz klarer Vorgaben zu weit gehen und ggf. unzulässige Änderungen vornehmen. Ein solchermaßen ergänztes EVB-IT Vertragsformular muss vom Bieter als Teil des Angebotes angefordert werden.

4.3.3.5. Vorformulierte Vertragsbedingungen für IT-Beschaffungen

Soweit die Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT) beziehungsweise die Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-Leistungen (BVB) für den Auftraggeber verpflichtend zur Verwendung vorgegeben sind, sind sie vom Auftraggeber zu verwenden. Im Übrigen ist grundsätzlich zu empfehlen, die EVB-IT unter Verwendung der entsprechenden Musterverträge zum Vertragsbestandteil zu machen, soweit diese zum Beschaffungsgegenstand passen. Dabei stehen die EVB-IT oder die noch geltenden BVB Vertragsformulare auf der Grundlage folgender vorformulierter Vertragsbedingungen (AGB) in den jeweils gültigen Fassungen zur Verfügung:

- Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT AGB) mit den EVB-IT Kauf, EVB-IT Dienstleistung, EVB-IT Überlassung Typ A und B, EVB-IT Instandhaltung, EVB-IT Pflege S, EVB-IT System, EVB-IT Systemlieferung, EVB-IT Erstellung, EVB-IT Service etc.
- Noch nicht durch EVB-IT abgelösten Besondere Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-Leistungen (BVB AGB) einschließlich der Vertragsdeckblätter mit den BVB-Miete für EDV-Anlagen und -Geräte sowie den BVB-Planung

Die verschiedenen EVB-IT Vertragsformulare beziehen die entsprechenden AGB mit ein. Verwendet man beispielsweise den EVB-IT Kaufvertrag (Langfassung mit Instandhaltung) werden über dessen Regelung in Nummer 1.2.3 automatisch die EVB-IT Kauf-AGB und die EVB-IT Instandhaltungs-AGB als Vertragsbestandteile einbezogen.

Sofern für das Ressort oder die Behörde beziehungsweise die Organisation eigene zusätzliche Vertragsbedingungen existieren, die mitunter auch als Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB) bezeichnet werden, sind diese nach Maßgabe der haus- oder ressortinterne Regelungen gegebenenfalls ebenfalls zum Vertragsgegenstand zu machen. Da solche Zusätzliche Vertragsbedingungen meist weniger spezifisch und nicht auf IT-Verträge ausgerichtet sind, sind diese regelmäßig nachrangig zu den EVB-IT oder BVB Vertragsbedingungen einzuordnen.

Weiterhin regelt § 29 Abs. 2 VgV, dass die VOL/B in der Regel in den Vertrag einzubeziehen sind. Dies gilt jedoch nicht für die Vergabe von Aufträgen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflichen Tätigen angeboten werden und deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.

Sofern vorformulierte Vertragsbedingungen zum Vertragsgegenstand werden sollen, sind diese im Vertragsdokument ausdrücklich aufzuführen. Bei frei zugänglichen Vertragsbedingungen wie der VOL/B oder den jeweiligen Ergänzenden Vertragsbedingungen zu den EVB-IT Musterverträgen oder auch zusätzlichen Vertragsbedingungen des Auftraggebers genügt ein Hinweis auf diese unter Angabe der Fundstelle als Internet-Adresse.

Tipp für die Praxis:

Sollen mehrere vorformulierte Vertragsbedingungen (AGB) Vertragsbestandteil werden, besteht die Gefahr, dass in diesen zu einem gleichen Sachverhalt unterschiedliche Regelungen getroffen sind. Um hier zu eindeutigen vertraglichen Festlegungen zu kommen, sollte bei der Einbeziehung von mehr als einer vorformulierten Vertragsbedingung eine Rangfolge festgelegt werden. Hierauf kann verzichtet werden, wenn in den einzubeziehenden Vertragsbestandteilen ausnahmslos unterschiedliche Sachverhalte geregelt sind; dann besteht keine Gefahr von Widersprüchen und damit auch keine Notwendigkeit zur Festlegung einer Rangfolge.

In § 1 Nr. 2 der VOL/B, die regelmäßig zum Vertragsbestandteil zu machen ist, ist als grundsätzliche Regelung eine bestimmte Geltungsrangfolge der Vertragsdokumente vorgegeben, die jedoch für die Praxis nur bedingt tauglich ist, weil beispielsweise das Angebot des Bieters dort gar nicht vorkommt.

Eine spezifisch festzulegende Rangfolge muss aus den Vertragsunterlagen als Teil der Vergabeunterlagen und hervorgehen. Die EVB-IT Vertragsformulare und die BVB Vertragsdeckblätter sehen die Möglichkeit vor, eine Rangfolge der Vertragsbestandteile festzulegen.

Für die Einbeziehung von etwaig zu verwendenden Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB) gibt es in den EVB-IT Musterverträgen keine regulär vorgesehene Stelle, diese im (üblicher Weise passenden) Rang zwischen EVB-IT Vertragsbedingungen und VOL/B zu verankern. Wenn eine Einbindung an dieser Rangstelle vorgesehen ist, muss der EVB-IT Vertrag gegebenenfalls (unter Kennzeichnung dieser Änderung für den Bieter) entsprechend modifiziert werden.

4.3.3.6. Spezifische Vertragsanlagen und Ausführungsbedingungen

Neben den typischen Vertragsanlagen Leistungsbeschreibung und Angebotsschreiben (Angebot) sowie Preisblatt können weitere spezifische Vertragsanlagen Anwendung finden, von denen nachfolgend einige näher erläutert werden.

Erklärung zu Schutzrechten

Gemäß § 53 Abs. 8 VgV ist vorgesehen, dass öffentliche Auftraggeber von Bietern verlangen können, anzugeben, ob für den Auftragsgegenstand gewerbliche Schutzrechte bestehen, beantragt sind oder erwogen werden. Solche gewerblichen Schutzrechte sind beispielsweise technische Schutzrechte wie Patente oder Gebrauchsmuster oder auch geschützte Kennzeichenrechte wie beispielsweise Marken. Bestehen solche Schutzrechte zugunsten des Bieters, so kann dies zu einer künftigen Abhängigkeit von dem betreffenden Unternehmen führen. Sofern der Auftraggeber bestimmte Konstellationen bezüglich des Bestehens von Schutzrechten nicht akzeptieren will, muss dies in den Bewerbungsbedingungen (und / oder in den Vertragsunterlagen) deutlich gemacht werden. Nur dann kann der Auftraggeber darauf basierend ein Angebot ablehnen. Hält ein fremdes Unternehmen ein Schutzrecht zu seinen Gunsten, so muss der Auftragnehmer sicherstellen, dass er solche Schutzrechte nicht verletzt. Entsprechende Erklärungen, die ein Bieter abzugeben hat, sollen Klarheit und Transparenz bezüglich der Schutzrechtssituation schaffen. Damit die Lage zu Schutzrechten während der Vertragslaufzeit verbindlich geregelt ist und sich nicht ändert, sollten entsprechende Erklärungen zum Vertragsbestandteil gemacht werden.

Abnahmeprotokoll (Muster)

Für alle werkvertraglich geprägten Verträge, die stets eine Abnahme des Werkes vorsehen müssen (im Falle der EVB-IT beispielsweise der EVB-IT Systemvertrag oder der EVB-IT Erstellungsvertrag), kann es sinnvoll sein, ein Muster für ein Abnahmeprotokoll zu entwickeln und dieses zur Vertragsanlage zu machen. Mitunter ist die Abnahme in Projekten ein heikler und umstrittener Prozess. Hier kann bereits im Vorfeld durch Nutzung einer Vorlage für ein Abnahmeprotokoll Klarheit geschaffen und dafür gesorgt werden, dass bei der Abnahme nichts vergessen wird. Beispielsweise sollte dadurch sichergestellt werden, dass der Auftragnehmer alle dokumentierten leichten Mängel (die nicht abnahmehinderlich sind) anerkennt und eine Frist für die nach Erklärung notwendige Mängelbeseitigung vereinbart wird. Zu diesem Zweck sollte auch die Unterschrift beider Vertragsparteien in dem Muster für ein Abnahmeprotokoll vorgesehen werden.

Ausführungsbedingungen

Sofern Auftraggeber gemäß § 128 Abs. 2 GWB besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrages (Ausführungsbedingungen) festlegen möchten, müssen diese zum Vertragsbestandteil gemacht werden. Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen, zu denen die Vertragsunterlagen gehören, ergeben.

Derartige Ausführungsbedingungen können insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen. Beispielsweise sind Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz und zur verstärkten Beteiligung von Frauen am Erwerbsleben denkbar, sofern diese mit dem Gegenstand des Auftrages in Verbindung stehen (beispielsweise wenn eine bestimmter Anteil weiblicher Beraterinnen als Quote für einen Beratungsauftrag gefordert wird). Einer gesonderten Begründung des Auftraggebers für die Vorgabe von Ausführungsbedingungen bedarf es nicht. Solche Ausführungsbedingungen können in gesonderten Vertragsanlagen, aber auch innerhalb des Vertragstextes geregelt werden.

Regelungen zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen

Spezielle Ausführungsbedingungen stellen auch Regelungen zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen dar, wie etwa

- sogenannte „No-Spy-Klauseln“
- zwingende Vorgabe, dass nur sicherheitsüberprüftes Personal zum Einsatz kommen darf

Die erwähnten „No-Spy-Klauseln“ sollen Auftragnehmer verpflichten, dass diese alle im Rahmen des Vertragsverhältnisses erlangten vertraulichen Informationen, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse auf verlässliche Art und Weise vertraulich behandeln, und den Auftraggeber informieren, wenn Informationsabflüsse an ausländische Sicherheitsbehörden drohen. Näheres ist dem sogenannten „No-Spy-Erlass“ des BMI (Erlass zur Verwendung einer Eigenerklärung und einer Vertragsklausel in Vergabeverfahren im Hinblick auf Risiken durch nicht offengelegte Informationsabflüsse an ausländische Sicherheitsbehörden ergänzt durch eine Handreichung zum Erlass an das Beschaffungsamt des BMI; beides zu beziehen unter www.bmi.bund.de). Entsprechend von Bietern verlangte Erklärungen sind als Vertragsanlage einzubinden, sofern nicht im Vertrag selbst diesbezügliche Regelungen aufgenommen wurden.

Im Falle der Anwendung der EVB-IT Überlassung Typ A, der EVB-IT Pflege S, der EVB-IT Kauf sowie der EVB-IT Instandhaltung sehen die entsprechenden EVB-IT AGB ergänzend eine technische „No-Spy-Klausel“ in etwas abgewandelter Form vor. Auftraggeber sollten die zugehörige „Handreichung zur sogenannten ‚technischen No-Spy-Klausel‘ in bestimmten EVB-IT Verträgen“ (zu beziehen unter www.cio.bund.de) berücksichtigen und prüfen, ob sie im Kriterienkatalog Kriterien / Fragen zu sicherheitsrelevanten Funktionen der angebotenen Software vorsehen (damit das Vorhandensein unerwünschter Funktionen, die Informationsabflüsse bewirken, verhindert werden kann).

Regelungen zum Einsatz von Unterauftragnehmern

Auch Regelungen zum Einsatz von Unterauftragnehmern kommen als spezielle Ausführungsbedingungen in Betracht. Sofern der Auftraggeber – als so genanntes Selbstausführungsgebot – etwa die Ausführung bestimmter kritischer Aufgaben dem Hauptauftragnehmer (oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft) vorbehalten hat, so ist dies entsprechend als spezielle Ausführungsbedingung in einer Vertragsanlage oder im Vertrag zu regeln (zu den Voraussetzungen, unter denen eine solche Festlegung erfolgen kann, siehe Kapitel B.5.5.). Ebenso können etwaige Bedingungen, wie Gruppen von Unternehmen die den Auftrag auszuführen haben, entsprechend geregelt werden (siehe § 43 Abs. 2 VgV). Beispielsweise könnte bei einem Outsourcing des IT-Betriebs geregelt werden, dass die eigentlichen IT-Betriebsleistungen (zum Beispiel Betrieb der Anwendungsserver) vom

Hauptauftragnehmer zu erbringen sind, während etwa die Leistung der Bereithaltung einer Hotline diesem Selbstausführungsgebot nicht unterliegt.

Regelungen zur Auftragsverarbeitung

Sollen personenbezogene Daten durch den (auszuwählenden) Auftragnehmer verarbeitet werden, sind ab dem 25.05.2018 die EU-DSGVO sowie das ab diesem Zeitpunkt geltende neue Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU - DSAnpUG-EU anzuwenden.

Nach dem neuen Datenschutzrecht des Jahres 2018 wird der ehemals gebräuchliche Begriff „Auftragsdatenverarbeitung“ vom Begriff „Auftragsverarbeitung“ ersetzt. Gemäß der Definition in der EU-DSGVO ist „Auftragsverarbeiter“ eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet (Art. 4 Nr. 8 EU-DSGVO). Dabei unterscheidet sich der „Auftragsverarbeiter“ vom „Verantwortlichen“, der über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Der „Auftragsverarbeiter“ verfolgt demgegenüber mit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten keinen eigenen Zweck.

Der Auftragnehmer ist in Fällen der Auftragsverarbeitung unter besonderer Berücksichtigung der diesbezüglichen Eignung sorgfältig auszuwählen. Vor Beginn eines entsprechenden Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber den zuständigen Datenschutzbeauftragten einzubinden.

Die Modalitäten der Auftragsdatenverarbeitung sind in einer spezifischen Vereinbarung über die Auftragsverarbeitung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu regeln, die den Anforderungen des Art. 28 Abs. 2 ff. EU-DSGVO entsprechen. Dazu gehört insbesondere die Regelung

- des Gegenstandes und der Dauer der Verarbeitung
- der Art und des Zwecks der Verarbeitung
- der Art der personenbezogenen Daten
- der Kategorien betroffener Personen und
- der Pflichten und Rechte des Verantwortlichen

Daneben ist eine ganze Reihe von Aspekten, die in Art. 28 Abs. 2 lit. a - h EU-DSGVO explizit aufgelistet sind, vertraglich zu regeln. Dazu gehören zusammengefasst folgende Punkte:

- Verpflichtung personenbezogene Daten nur auf dokumentierte Weisung des Verantwortlichen zu verarbeiten
- Sicherstellung, dass die zur Verarbeitung der personenbezogenen Daten befugten Personen zur Vertraulichkeit verpflichtet sind
- Umsetzung von geeigneten technisch-organisatorischen Maßnahmen zur Erreichung eines angemessenen Schutzniveaus
- Bedingungen für die Einbindung von Dritten bei der Auftragsverarbeitung als Unterauftragnehmern
- Unterstützung in Verbindung mit der Abwicklung von Betroffenenrechten

- Unterstützung des Auftraggebers im Zusammenhang mit dessen Pflichten bezüglich der Sicherheit personenbezogener Daten, der Melde- und Benachrichtigungspflichten bei Verstößen gegen der Datenschutz sowie der Datenschutz-Folgenabschätzung
- Pflichten zur Löschung oder Rückgabe von Daten
- Überprüfungsrechte des Auftraggebers und Informations- sowie Nachweispflichten des Auftragnehmers

Die Vereinbarung über eine Auftragsdatenverarbeitung sollte sich insgesamt an üblichen Standards orientieren (siehe dazu zum Beispiel die mit den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung konforme Mustervereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung, die auf der Webseite cio.bund.de ergänzend zur UfAB bezogen werden kann) und ist als Vertragsanlage einzubinden.

Daneben treffen den Auftragnehmer als Auftragsverarbeiter eine Reihe weitergehende Pflichten, die sich aus der EU-DSGVO oder dem BDSG in der Fassung vom 30. Juni 2017 (siehe dort § 62 BDSG) ergeben. Beispielsweise muss der Auftragnehmer ein Verzeichnis von Auftragsverarbeitungstätigkeiten (nach Art. 30 EU-DSGVO) führen. Weiterhin wird der Auftragnehmer regelmäßig nach Art. 37 EU-DSGVO oder nach § 38 BDSG einen Datenschutzbeauftragten bestellen müssen.

4.3.3.7. Vertragliche Sonderkonstellationen

Im IT-Bereich sind eine Reihe vertraglicher Sonderkonstellationen zu beachten.

Beschaffung von Standard-Software-Produkten

Im Rahmen der Beschaffung von Standard-Software-Produkten räumen Software-Hersteller – gegebenenfalls unter Einschaltung von Zwischenhändlern – dem Auftraggeber Nutzungsrechte an der Software ein. Man spricht dann auch von einer Lizenz, die für den jeweiligen Nutzer erworben wird. Im klassischen Anwendungsfall wird jedem Anwender eine Lizenz beziehungsweise das betreffende Nutzungsrecht eingeräumt (so genannte Named-User-Lizenz).

Daneben gibt es eine Vielzahl von Varianten an Lizenzierungsmodellen wie etwa eine Mehrfachnutzung von Lizenzen innerhalb einer Organisation (so genannte Concurrent-User-Lizenz). Es wird in diesem Fall ein Pool von Lizenzen bereitgestellt, der eine geringere Anzahl an Lizenzen enthält, als es Nutzer gibt. Nutzer können gleichzeitig beziehungsweise parallel die Software in dem Umfang nutzen, bis die Obergrenze der Lizenzen im Pool ausgeschöpft ist. Meldet sich ein Nutzer ab, so wird die Lizenz wieder frei zur Nutzung durch einen anderen Anwender.

Mitunter konstruieren Hersteller auch sehr spezifische Lizenzmodelle. So wird möglicherweise Server-Software gegebenenfalls mit Begrenzungen im Hinblick auf bestimmte Hardwareeigenschaften lizenziert, wie etwa eine bestimmte Anzahl von CPUs oder physikalischen Kernen.

Einschränkungen können auch hinsichtlich Ort der Nutzung (zum Beispiel nur bestimmtes Rechenzentrum) oder Art der Nutzung (zum Beispiel nicht im Zusammenhang mit Betriebsleistungen für Dritte) und so weiter bestehen. In jüngerer Vergangenheit werden bestimmte Lizenzen auch gar nicht mehr zum käuflichen Erwerb, sondern nur noch zur Miete (als so genanntes Abonnement) angeboten.

Der Auftraggeber muss sich daher im Zweifel im Wege der Markterkundung einen Überblick darüber beschaffen, zu welchen Bedingungen der Markt bestimmte Lizenzprodukte anbietet und dies bei der Ausgestaltung der vertraglichen Regelungen berücksichtigen.

Die betreffenden EVB-IT Verträge zum Erwerb von Software bieten daher eine so genannte Nutzungsrechtematrix an, mit der eine differenzierte Handhabung bieterspezifischer Lizenzmodelle möglich ist. Diese Nutzungsrechtematrix kann in Verbindung mit einer entsprechenden Ausgestaltung des Kriterienkataloges auch als Instrument der Bewertung von Lizenzmodellen in der Beschaffung herangezogen werden. Weitere Einzelheiten können den Nutzerhinweisen EVB-IT entnommen werden (zu beziehen unter www.cio.bund.de)

Beschaffung von Open Source Produkten

Im Bereich des öffentlichen Auftragswesens und darüber hinaus gibt es vielfältige Fragestellungen im Zusammenhang und im Umgang mit Open Source Software (OSS).

Lizenzen von OSS gewähren typischerweise dem Nutzer viele Freiheiten:

- Nutzen der Software im Sinne der Ausführung von Programmen
- Lesen des Quelltextes (ein offen liegender Quelltext ist Voraussetzung)
- Verändern des Quelltextes
- Weitergeben des Quelltextes nur unter den existierenden Lizenzbedingungen (Copyleft)

Gleichzeitig enthalten Lizenzen von OSS aber auch typische Schranken der Freiheit wie etwa:

- Lizenz legt fest, ob und wie veränderte Versionen der Software zu lizenzieren sind

Hauptmerkmal von Open Source Lizenzen ist das so genannte Copyleft. Diese Regelung in Lizenzen verpflichten Programmierer, die Quelltexte unter Open Source Lizenzen bearbeiten und so abgeleitete Werke erstellen, diese Werke wiederum unter die Lizenz des ursprünglichen Werks zu stellen. Dadurch kann Software, die als Open Source lizenziert sind, nicht im Wege Bearbeitung unter eine propietäre Lizenz gestellt (und so der Öffentlichkeit entzogen) werden.

Open Source Lizenzen sehen unterschiedliche Ausprägungen zu Copyleft-Regelungen vor. Man kann Open Source Lizenzen im Wesentlichen wie folgt differenzieren:

- Open Source Lizenzen ohne Copyleft-Regelung (zum Beispiel Berkeley Software Distribution Licence - BSD)
- Open Source Lizenzen mit schwachen Copyleft-Regelung (zum Beispiel GNU Lesser General Public License (LGPL) v3, Mozilla Public License, v2)
- Open Source Lizenzen mit starken Copyleft-Regelung (zum Beispiel GNU General Public License (GPL), v 3)

Sofern öffentliche Auftraggeber Open Source Lizenzen beschaffen, ist es empfehlenswert, Open Source Lizenzen ohne oder mit schwachen Copyleft-Regelung zu präferieren, weil den Auftraggeber dann weniger umfassende Pflichten treffen, wenn das abgeleitete Werk – also die bearbeitete Software – wieder unter die Lizenz des ursprünglichen Werks zu stellen ist.

Eine aktuelle Übersicht zur Einordnung von Open Source Lizenzen unter die vorstehend genannten Klassen hält das Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software im Internet bereit (www.ifross.org).

Anders als Lizenzen sogenannter proprietärer Software (das heißt Software deren Quelltext nicht offen gelegt ist), bei welchen die Lizenzbedingungen oftmals vom Auftraggeber abbedungen werden und

etwa durch einen EVB-IT Überlassungsvertrag ersetzt werden können, sind Open Source Software stets nur zu den in der Open Source Lizenz geregelten Bedingungen nutzbar. Diese Bedingungen stehen aber oftmals im Widerspruch zu den Bestimmungen von EVB-IT Standardverträgen wie etwa eines EVB-IT Überlassungsvertrages.

Sofern EVB-IT Standardverträge eingesetzt werden, ist also stets zu klären, inwiefern Konflikte mit etwaigen Softwarelizenzen von Open Source Software, deren Beschaffung angestrebt wird, bestehen. Daher sind insbesondere die Regelungen zu den Nutzungsrechten sowie hinsichtlich Mängelhaftung (Gewährleistung) und sonstiger Haftung zu prüfen, weil solche Standardregelungen die Lizenzen von Open Source Software häufig ausschließen. Die Handreichungen zur Nutzung der EVB-IT beim Einsatz von Open Source Software (zu beziehen unter http://osb-alliance.de) können als Hilfestellung herangezogen werden, inwiefern EVB-IT Standardverträge auf die Beschaffung von Open Source Software zugeschnitten werden müssen.

Weitere Sonderkonstellationen aus dem IT-Bereich

Als weitere Sonderkonstellationen sind folgende IT-Vertragsgestaltungen beziehungsweise Vertragsklauseln zu nennen:

- Vereinbarungen über agile Softwareentwicklung

  Es existieren moderne Vorgehenskonzepte für eine Softwareentwicklung, die sich von klassischen Methoden (zum Beispiel Wasserfallmodell) unterscheiden. Klassische Modelle, zu denen auch das V-Modell XT des Bundes gehört, gehen oftmals davon aus, dass die Software zunächst spezifiziert wird (Fachfeinkonzept) und diese Spezifikation dann Grundlage eines Entwicklungsauftrages bildet, der als Werkvertrag zum Festpreis abgewickelt wird und bei dem das Ergebnis einem Abnahmetest unterzogen wird. Agile Modelle der Softwareentwicklung sehen eine solche initiale (Detail-)Spezifikation nicht mehr vor. Vielmehr werden schrittweise Anforderungen aufgenommen und in sogenannten Sprints fertige Teile der Software entwickelt. Solche Vorgehensmodelle können mit EVB-IT Verträgen regelmäßig nicht abgebildet werden und bedürfen der Verwendung spezifischer Individualverträge.

- Software as a Service-Verträge

  Moderne Formen der Nutzung von Software sehen vor, dass der Auftraggeber die Software nicht mehr selbst als Installation bei sich oder in einem bestimmten externen Rechenzentrum installieren (und dazu eine Lizenz erwerben) muss, sondern die Software nach Bedarf nutzt, indem die Nutzer auf die Software über einen Browser und das Internet zugreifen.

  Gegebenenfalls ist dem Auftraggeber gar nicht mehr bekannt, wo die Anwendung und die Anwendungsdaten vorgehalten werden. Der Service liegt sozusagen in der „Cloud“. Für derartige Software as a Service-Leistungen müssen spezifische Individualverträge verwendet werden, da die EVB-IT Verträge die Besonderheiten des Servicemodells regelmäßig nicht abdecken. Gegebenenfalls sind Standard-Angebote von Software as a Service-Leistungen („aus der Cloud“) auch nur zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Anbieter zu beziehen sein. Dies sollte im Vorfeld über eine entsprechende Markterkundung näher untersucht werden.

Sofern personenbezogene Daten mit dem Software as a Service-Angebot verarbeitet werden sollen, ist auch der Komplex der Auftragsverarbeitung (siehe vorstehendes Kapitel C.4.3.3.6.) zu prüfen, mit der etwaigen Besonderheit, dass der Standort der Serviceerbringung nicht genau lokalisiert werden kann, was sich unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten als problematisch erweisen kann. Aus vertragsrechtlicher Sicht sind Software as a Service-Verträge besonders anspruchsvoll.

- Dienstgütevereinbarungen (Service Level Agreements)

  Dienstgütevereinbarungen – oder Service Level Agreements (SLA) – sind notwendig, um die Güte (insbesondere die Verfügbarkeit) von extern betriebenen Diensten wie etwa Fachanwendungen präzise zu definieren.

  Solche Dienstgütevereinbarungen kommen etwa beim dezidierten Outsourcing von IT-Services oder auch bei den vorstehend beschriebenen Software as a Service-Verträgen (auch Platform as a Service-Verträge zum Beispiel für Betriebssystemserver oder Infrastructure as a Service-Verträge für die Bereitstellung reiner Rechner-Kapazitäten) zum Einsatz. Auch hier sind spezifische Vertragsgestaltungen in Individualverträgen erforderlich und die EVB-IT Verträge regelmäßig nicht oder nur abgewandelt nutzbar.

- Teleservicevereinbarungen

  Mitunter wird in Verträgen – beispielsweise als Möglichkeit in vielen EVB-IT Vertragstypen – vereinbart, dass der Auftragnehmer Tätigkeiten zur Einstellung oder zur Pflege von Software beziehungsweise zum Systemservice für IT-Systeme nicht nur vor Ort, sondern auch per so genannter Fernwartung beziehungsweise als Teleservice durchführt. Der Auftragnehmer kann dann mittels eines Fernwartungs-Zugangs (auch Remote-Zugang genannt) über Weitverkehrsnetze beziehungsweise das Internet von seinem Büro oder Rechenzentrum aus, auf Software oder IT-Systeme, die beim Auftraggeber betrieben werden, zugreifen. Sofern eine Fernwartung beziehungsweise ein Teleservice vereinbart ist, sollte ein entsprechender Zugang dem Auftragnehmer nur nach Abschluss einer Vereinbarung über dessen Art und Ausgestaltung – einer so genannten Teleservicevereinbarung – eingeräumt werden.

  Darin sind zahlreiche Aspekte wie etwa die Beschreibung der technischen und organisatorischen Regeln für die Durchführung von Arbeiten mittels Telekommunikationsdiensten über Netzwerke und das Internet zu regeln. Die „Hinweise für die Nutzung der EVB-IT System“ (zu beziehen unter www.cio.bund.de) führen im Abschnitt VI. Hinweise zur Teleservicevereinbarung checklistenartig zahlreiche Stichpunkte zu Regelungsfragen einer Teleservicevereinbarung auf und können zur Ausgestaltung einer entsprechenden Vereinbarung herangezogen werden.

  Eine solche Teleservicevereinbarung sollte im Rahmen von Vergabeverfahren regelmäßig bereits den Vertragsunterlagen beigefügt werden.

  Sofern über den Zugriff auf Software oder IT-Systeme mittels Fernwartung beziehungsweise Teleservice der Auftragnehmer auch Zugang zu personenbezogenen Daten erlangen kann beziehungsweise diese Möglichkeit nicht auszuschließen ist, greifen die Regelungen der EU-DSGVO und des BDSG in der Fassung vom 30. Juni 2017. In diesem Fall ist der Abschluss einer Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung erforderlich (siehe vorstehendes Kapitel C.4.3.3.6.).

- Quellcodehinterlegungsvereinbarungen bei Standardsoftware

  Mitunter will sich ein Auftraggeber davor schützen, dass nach Erwerb einer Standardsoftware im Falle einer Insolvenz des Softwareherstellers eine Weiternutzung der Standardsoftware nicht mehr möglich ist. Zu diesem Zweck besteht die Möglichkeit, eine Quellcodehinterlegungsvereinbarung für den Quelltext der Software (Quellcode) mit dem Auftragnehmer abzuschließen. Allerdings besteht oftmals nur geringe Bereitschaft von Softwareherstellern, eine entsprechende Vereinbarung zu treffen und auch die Wirksamkeit des Insolvenzschutzes mittels einer Quellcodehinterlegungsvereinbarung kann fragwürdig sein. Insofern muss unter Berücksichtigung der Marktsituation, stets kritisch geprüft werden, ob eine Quellcodehinterlegungsvereinbarung wirklich notwendig ist und überhaupt mit einem wirksamen Insolvenzschutz vereinbart werden kann.

  Wird aber beispielsweise in einem EVB-IT Vertrag (oder auch nur in der Leistungsbeschreibung) eine Quellcodehinterlegung gefordert, so muss eine entsprechende Quellcodehinterlegungsvereinbarung (auch Escrow-Vereinbarung genannt) ausgearbeitet und den Vertragsunterlagen beigefügt werden. Die Erstellung einer Quellcode-hinterlegungsvereinbarung ist ein anspruchsvolles Thema, das von entsprechenden Experten bearbeitet werden sollte. Auch können auf die Vertragsparteien Kosten für die zyklischen Hinterlegungen während der Vertragslaufzeit zukommen, zu denen etwa die Frage der Höhe und der Kostentragung zu regeln ist.

- Rahmenvereinbarungen

  Besonderheiten ergeben sich auch bei der vertraglichen Gestaltung von Rahmenvereinbarungen beispielsweise zum Bezug von Hardware. Üblich ist hier die Nutzung einer individuell ausgestalteten Rahmenvereinbarung, wobei diese wiederum für die Einzelabrufe durchaus auf die EVB-IT Vertragsmuster Bezug nehmen kann. Generell sollte in Rahmenvereinbarungen in jedem Fall der Abschluss von Einzelabrufverträgen geregelt sein. Übliche Regelungen betreffen im Übrigen, Rangfolge der Vertragsbestandteile, Vergütungsmodalitäten, Kündigung der Rahmenvereinbarung und der Einzelabrufverträge sowie Haftungsregelungen. Sofern große Mengen identischer Produkte bestellt werden, kann auch eine Klausel zum Umgang mit Serienmängeln Sinn machen.

- Technologieanpassungsklauseln

  Insbesondere bei länger laufenden Rahmenvereinbarungen über Hardwareprodukte ist es sinnvoll, Technologieanpassungsklauseln vorzusehen.

  Solche Technologieanpassungsklauseln (auch Innovationsklauseln genannt) verpflichten den Auftragnehmer, dem Auftraggeber während der Vertragslaufzeit auf den Markt kommende neue Modelle der zu definierenden Hardwareklassen (zum Beispiel Serverprodukte bestimmter Leistungsklasse) anbieten zu müssen.

  Dabei ist dann zu regeln, dass bestimmte Mindestanforderungen auch durch Nachfolgemodelle zu erfüllen sind. Weiterhin ist darauf zu achten, dass die Rahmenvereinbarung nicht durch Bezug eines grundlegend anders konfigurierten Alternativmodells – anstatt eines Nachfolgemodels – wesentlich geändert wird. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dann auch, passende Preisfindungs- und Preisanpassungsklauseln im Vertrag vorzusehen.

- Preisfindungs- und Preisanpassungsklauseln

  Insbesondere bei Rahmenvereinbarungen oder Dauerschuldverhältnissen wie zum Beispiel Mietverträgen besteht – vor allem bei längeren Laufzeiten – häufig der Bedarf, für die Vertragslaufzeit eine Preisanpassungsmöglichkeit vorzusehen.

  Dies erfolgt bezüglich der angebotenen Produkte mit Preisanpassungs- oder auch Preisgleitklausen. Bei reinen Kaufverträgen oder Verträgen mit kurzer Laufzeit machen Preisanpassungsklauseln in der Regel keinen Sinn. Für neue Produkte (die während der Vertragslaufzeit beispielsweise aufgrund von Technologieanpassungsklauseln oder Warenkorbmodellen anzubieten sind) werden analog Preisfindungsklauseln vorgesehen. Einzelheiten zur Ausgestaltung von Preisfindungs- und Preisanpassungsklauseln finden sich in Kapitel F.5.7.). Daneben bieten auch die EVB-IT Vertragsmuster einfache Vergütungsanpassungsklauseln zur Auswahl an.

- Open-Data-Klausel

  Öffentliche Auftraggeber sollen gemäß § 12a Abs. 7 EGovG im Bereich der unmittelbaren Bundesverwaltung unbearbeitete Daten, die sie zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben erhoben haben oder durch Dritte in ihrem Auftrag haben erheben lassen, (also so genannte Open Data beziehungsweise Offene Daten) zum Datenabruf über öffentlich zugängliche Netze bereitstellen (siehe dazu weiterführend Kapitel C.4.3.1.). Sofern der Auftraggeber im Rahmen der Beschaffung von einem Auftragnehmer entsprechende Daten erheben lässt (zum Beispiel Daten über Radwege für einen Online-Radwegeplaner), kommt die Nutzung solcher Daten als Open Data in Betracht. Damit eine solche Nutzung möglich ist, sind im Vertrag mindestens umfassende Nutzungsrechte an den betreffenden Daten – einschließlich des Rechtes, diese in der notwendigen Art und Weise weiterzugeben - zu fordern oder es ist eine spezifische Open-Data-Klausel vorzusehen. Mit einer solchen Klausel werden insbesondere die betroffenen Daten, die als Open Data gelten sollen, klar und eindeutig definiert sowie die Lizenzierungsmodalitäten, zu denen die Daten für eine Weitergabe bereitzustellen sind (zum Beispiel als „Datenlizenz Deutschland – Namensnennung – Version 2.0“), geregelt. Bei der Regelung ist auch auf eine klare Abgrenzung von anderen Datenarten (zum Beispiel personenbezogene Daten) zu achten. Weitere Informationen wie etwa über die Arten von Datenlizenzen können über das Portal „GovData - Das Datenportal für Deutschland“ (https://www.govdata.de) bezogen werden. Die Einzelheiten zur Art und Weise der Bereitstellung sind in der Leistungsbeschreibung zu regeln (siehe dazu Kapitel C.4.3.1.).

4.3.4. *Angebotsschreiben*

Bestandteil der Vertragsunterlagen kann zudem ein vom Auftraggeber vorformuliertes Angebotsschreiben sein, das den Bietern mit den Vergabeunterlagen bereitgestellt wird und bei der Angebotserstellung und -einreichung von diesen zu verwenden ist. Das Angebotsschreiben erleichtert dem Bieter vor allem die Angebotslegung, indem der Auftraggeber den notwendigen Inhalt und entsprechende angebotsrelevante Erklärung darin weitestgehend vorformuliert. Insbesondere kann das Angebotsschreiben die für die jeweilige IT-Beschaffung notwendigen Vertragsbestandteile zusammenfassen und übersichtlich auflisten. Der Bieter muss dann gegebenenfalls nur noch punktuell Eintragungen in dem Angebotsschreiben vornehmen. In Praxis verbreitet ist beispielsweise die Aufnahme eines Angebotsendpreises in dem Angebotsschreiben.

Der Auftraggeber verwendet das vorformulierte Angebotsschreibens stets individuell für die jeweilige Beschaffung und das jeweilige Vergabeverfahren im Einzelfall. So muss der Auftraggeber für jedes Vergabeverfahren individuell über den Inhalt des Angebotsschreibens entscheiden. So sind beispielsweise nicht für jede IT-Beschaffung die gleichen Vertragsbestandteile vorgesehen und nicht für jede IT-Beschaffung Eintragungen von Angebotsendpreisen in ein Angebotsschreiben sinnvoll (zum Beispiel, wenn es sich um einen bloßen hypothetischen Angebotswertungspreis und keinen verbindlichen Preis im Sinne einer eindeutigen Vergütungsabrede handelt).

4.3.5. *Preisblatt*

Schließlich ist bei IT-Beschaffungen regelmäßig ein Preisblatt Bestandteil der Vertragsunterlagen. Das Preisblatt als strukturierte und vorformulierte Unterlage beinhaltet alle für die jeweilige IT-Beschaffung vom Auftraggeber geforderten Preisangaben. Es dient der Erleichterung der Angebotslegung für den Bieter. Gleichzeitig vereinfacht das Preisblatt die jeweilige Angebotswertung für den Auftraggeber hinsichtlich der Preisangemessenheitsprüfung und unter dem Zuschlagskriterium Preis. Je nach Konzeptionierung und Definition der geforderten Preisangaben wird das Preisblatt vom Auftraggeber strukturiert und den Bietern mit den Vergabeunterlagen bereitgestellt. Der sich aus dem Preisblatt ergebende Preis „P“ erlangt im Rahmen der Angebotswertung bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode (Z=L / P) Bedeutung; bei Angebotswertung, die ausschließlich nach dem Zuschlagskriterium Preis erfolgen, entscheidet der niedrigste Preis „P“ über das wirtschaftlichste Angebot im Wettbewerb. Vor dem Hintergrund dieser maßgeblichen Bedeutung des Preisblattes für die Angebotswertung im Vergabeverfahren, aber auch für die Vergütungsvereinbarungen zwischen den Parteien nach Vertragsschluss ist eine besonders sorgfältige, konsistente und einheitliche Gestaltung der Vertragsunterlagen im Hinblick auf den Preis und die geforderten Preisangaben des Bieters zwingend sicherzustellen. Das Zusammenspiel von Preisblatt und den übrigen Vertragsunterlagen muss stets eindeutig sein. Widersprüche zwischen Preisblatt und den übrigen Vertragsunterlagen sind unbedingt zu vermeiden.

4.4. Formblätter

Neben den vorstehend im Einzelnen erläuterten Bestandteilen der Vergabeunterlagen bietet sich in der Praxis die Verwendung von Formblättern an, die der Auftraggeber standardisiert – gegebenenfalls auch für eine Vielzahl von Vergaben – erstellt, mit den Vergabeunterlagen bereitstellt und die die Bewerber / Bieter bei Erstellung ihrer Teilnahmeanträge und Angebote verwenden.

Formblätter dienen dabei dem Zweck der Vereinfachung der Einreichung von Unterlagen durch die Bewerber / Bieter, damit der Sicherstellung einer Einheitlichkeit der von den Bewerbern / Bietern eingereichten Unterlagen und dadurch wiederum einer Erleichterung für den Auftraggeber bei der Prüfung und Wertung dieser Unterlagen.

Auftraggeber sollten daher prüfen, ob und inwieweit sie für die von den Bewerbern / Bietern im Vergabeverfahren geforderten Angaben und Eigenerklärungen entsprechende Formblätter entwerfen und im Vergabeverfahren verwenden. In der Praxis nehmen die Bewerber / Bieter dieses Angebot der Formblätter des Auftraggebers für die einzureichenden Unterlagen regelmäßig an.

In den Vergabeunterlagen sollte der Auftraggeber vorsehen, dass solche Formblätter dann auch für die Einreichung von Teilnahmeanträgen und Angeboten zu verwenden sind. Der Auftraggeber hat zudem sicherzustellen, dass die Formblätter, insbesondere solche, die auch Gegenstand der Vertragsunterlagen und Vertragsbestandteil werden sollen, sich eindeutig und widerspruchsfrei in die übrigen Vergabe- und insbesondere Vertragsunterlagen einfügen (zum Beispiel bei Vergaben auf Bundeslandebene: vertragsrelevante Erklärungen nach Landesvergabegesetzen).

Typische in der Praxis verwendete Formblätter sind:

- Eigenerklärungen zur Eignung (Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB, Eignungskriterien)
- Bewerber- / Bietergemeinschaftserklärung
- Eigenerklärung zum Einsatz anderer Unternehmen (Unteraufträge / Eignungsleihe)
- Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen (Unteraufträge / Eignungsleihe)
- Erklärungen nach einschlägigen Landesvergabegesetzen
- Sonstige Erklärungen (zum Beispiel besondere Verpflichtungserklärung, Verhaltenskodex, Compliance-Regelungen, Zugangsberechtigungen)

4.5. Erstellung der Auftragsbekanntmachung

Neben der Erstellung der Vergabeunterlagen bedarf es bei folgenden Vergabeverfahrensarten im Rahmen des Designs einer Beschaffung auch der Erstellung einer Auftragsbekanntmachung:

- offenes Verfahren
- nicht offenes Verfahren
- Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb
- wettbewerblicher Dialog
- Innovationspartnerschaft
- Öffentliche Ausschreibung
- Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb
- Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb

Die Auftragsbekanntmachung ist das Instrument des Auftraggebers, um den Markt auf seine beabsichtigte Beschaffung aufmerksam zu machen. Sie dient insbesondere der Weitergabe aller wichtigen Information des Auftraggebers an die Marktteilnehmer und ist damit quasi „Aushängeschild“ des Auftraggebers und „Werbung für den zu vergebenden Auftrag“. Formal ist der Versand der Auftragsbekanntmachung in den vorgenannten Vergabeverfahrensarten die Einleitung des Vergabeverfahrens.

Mit dem Inhalt der Auftragsbekanntmachung werden anhand der darin enthaltenen Informationen bereits wesentliche Weichen gestellt, welche Unternehmen mit welchem Leistungsportfolio sich in welcher Konstellation (Bewerber- / Bietergemeinschaften, Unterauftragnehmer) an dem Vergabeverfahren beteiligen werden. Umso wichtiger ist es, dass der Auftraggeber sehr sorgfältig die notwendigen Angaben in der Auftragsbekanntmachung macht, um das Interesse geeigneter

Marktteilnehmer am Auftrag zu wecken, zum Beispiel eine wesentliche Beschreibung, um welchen Beschaffungsgegenstand es sich handelt (zum Beispiel: Standardsoftwareprodukte mit Pflege- und Serviceleistungen, Hardwarebeschaffung mit Instandhaltungsleistungen und Verwertung der Altgeräte oder Cloudservices mit Verfügbarkeitsanforderungen). Daneben spielen insbesondere Angaben zu den Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung eine besondere Rolle.

Die konkreten Veröffentlichungspflichten des Auftraggebers zu Auftragsbekanntmachungen unterscheiden zwischen Auftragsvergaben im Bereich oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte. Nachfolgend werden die wesentlichen Aspekte für die Erstellung von Auftragsbekanntmachungen oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte dargestellt.

4.5.1. *Auftragsbekanntmachung im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte*

4.5.1.1. Inhalt der Auftragsbekanntmachung im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte

Im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte (und Anwendungsbereich der VgV) hat der Auftraggeber die Auftragsbekanntmachung nach einem zwingend zu verwendenden Muster „Auftragsbekanntmachung“ gemäß Anhang II der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 zu erstellen (§§ 37, 40 VgV). Die darin konkret anzugebenden Inhalte ergeben sich grundsätzlich aus dem Muster selbst. Es ist darauf zu achten, dass die Auftragsbekanntmachung alle vorgeschriebenen Inhalte umfasst.

Teilweise eröffnet das Muster die Möglichkeit bei einzelnen Inhalten auf die „Auftragsunterlagen“ zu verweisen. „Auftragsunterlagen“ in diesem Sinne sind die „Vergabeunterlagen“ im zuvor beschriebenen Sinne. Diese Verweismöglichkeit sieht das Formular insbesondere in den Abschnitten III.1.2) (wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit) und III.1.3) (technische und berufliche Leistungsfähigkeit) vor. Bei diesen beiden Abschnitten ist dem Auftraggeber allerdings zu empfehlen, von dieser pauschalen Verweismöglichkeit keinen Gebrauch zu machen, sondern die Eignungskriterien in diesen beiden Abschnitten in der Auftragsbekanntmachung selbst anzugeben. Hintergrund hierfür ist die hierzu ergangene teilweise äußerst strenge Spruchpraxis der Nachprüfungsinstanzen, die aufgrund der Bedeutung der Eignungskriterien für den Wettbewerb und das Vergabeverfahren verlangen, dass die Eignungskriterien bereits aus der Auftragsbekanntmachung selbst ersichtlich sind, also vom Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung anzugeben sind (§ 122 Abs. 4 GWB).

Der Auftraggeber hat in der Auftragsbekanntmachung insbesondere die Vergabekammer zu benennen, an die sich die Unternehmen zur Nachprüfung geltend gemachter Vergabeverstöße wenden können.

4.5.1.2. Elektronische Mittel zur Erstellung der Auftragsbekanntmachung

Zur Erstellung und Übermittlung der Auftragsbekanntmachung kann ein elektronisches Formular auf der Internetseite der Europäischen Union „eNotices-Formulare für das öffentliche Auftragswesen“ genutzt werden.

Für den Zugang zu eNotices muss einmalig ein Benutzerkonto eingerichtet werden. Die Zugangsrechte müssen auftraggeberintern organisatorisch geregelt werden.

4.5.1.3. Übermittlung und Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung

Auftragsbekanntmachungen sind dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union mit elektronischen Mitteln zu übermitteln. Der Auftraggeber muss den Tag der Absendung nachweisen können. Auftragsbekanntmachungen werden durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union veröffentlicht. Als Nachweis der Veröffentlichung dient die Bestätigung der Veröffentlichung der übermittelten Informationen, die der Auftraggeber vom Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union erhält.

Auftragsbekanntmachungen im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte dürfen auf nationaler Ebene erst nach der Veröffentlichung durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union oder 48 Stunden nach der Bestätigung über den Eingang der Bekanntmachung durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union veröffentlicht werden. Die Veröffentlichung darf nur Angaben enthalten, die in den an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union übermittelten Bekanntmachungen enthalten sind oder in einem Beschafferprofil (siehe dazu nachstehende Ausführungen) veröffentlicht wurden. In der nationalen Bekanntmachung ist der Tag der Übermittlung an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union oder der Tag der Veröffentlichung im Beschafferprofil anzugeben.

Tipp für die Praxis:

Beim Einsatz von E-Vergabesystemen zur Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte kann die EU-Bekanntmachung in der Regel automatisch aus den dort erfassten Verfahrensangaben generiert und vom E-Vergabesystem an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, aber auch an nationale Veröffentlichungsplattformen wie beispielsweise www.bund.de übermittelt werden. Auch die Übermittlung an nationale Vergabeplattformen kann durch die Systeme unter Einhaltung der Wartefrist automatisiert erfolgen. Die entsprechende Funktionalität beziehungsweise gegebenenfalls vorzunehmende Konfigurationen sind jedoch abhängig vom jeweiligen E-Vergabesystem und somit individuell zu prüfen.

Der Auftraggeber kann auch Auftragsbekanntmachungen, die nicht der Bekanntmachungspflicht unterliegen, an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union übermitteln.

4.5.1.4. Einrichtung eines Beschafferprofils

Der Auftraggeber kann im Internet zusätzlich ein Beschafferprofil einrichten. Es enthält die Veröffentlichung von Vorinformationen, Angaben über geplante oder laufende Vergabeverfahren, über vergebene Aufträge oder aufgehobene Vergabeverfahren sowie alle sonstigen für die Auftragsvergabe relevanten Informationen wie zum Beispiel Kontaktstelle, Anschrift, E-Mail-Adresse, Telefon- und Telefaxnummer des öffentlichen Auftraggebers. Beispielhaft ist hier die vom Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern (dort die Zentralstelle für IT-Beschaffung, ZIB) regelmäßig aktualisiert online veröffentlichte „Rahmenvertrags-Roadmap“ (in Kurzform: RV-Roadmap) zu nennen. Mit diesem Planungs- und Steuerungsinstrument kann frühzeitig identifiziert werden, ob Neuausschreibungen von IT-Rahmenverträgen notwendig sind. Außerdem wird – auch im Interesse der Anbietermärkte – transparent und öffentlich ein Überblick über die Ausschreibungsplanung von Rahmenverträgen bei der ZIB geschaffen.

4.5.1.5. Sonderfall: Vorinformation

Einen Sonderfall hinsichtlich der Auftragsbekanntmachung bildet die sogenannte Vorinformation. Der Auftraggeber kann die Absicht einer geplanten Auftragsvergabe mittels Veröffentlichung einer solchen Vorinformation nach dem Muster gemäß Anhang I der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 bekanntgeben. Die Vorinformation kann an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union versandt oder im Beschafferprofil veröffentlicht werden. Veröffentlicht der öffentliche Auftraggeber eine Vorinformation im Beschafferprofil, übermittelt er die Mitteilung dieser Veröffentlichung dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union nach dem Muster gemäß Anhang VIII der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986. Der von der Vorinformation abgedeckte Zeitraum beträgt höchstens zwölf Monate ab dem Datum der Übermittlung der Vorinformation an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union.

Fristverkürzungsmöglichkeit durch Vorinformation

Hat der Auftraggeber eine Vorinformation veröffentlicht, kann die Mindestfrist für den Eingang von Angeboten im offenen Verfahren auf 15 Tage und im nicht offenen Verfahren oder Verhandlungsverfahren auf zehn Tage verkürzt werden, sofern

- die Vorinformation alle nach Anhang I der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 geforderten Informationen enthält, soweit diese zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vorinformation vorlagen, und
- die Vorinformation wenigstens 35 Tage und nicht mehr als zwölf Monate vor dem Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung zur Veröffentlichung an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union übermittelt wurde.

Vorinformation mit Aufruf zum Wettbewerb (Interessenbekundungsphase)

Mit Ausnahme oberster Bundesbehörden kann der Auftraggeber im nicht offenen Verfahren oder im Verhandlungsverfahren auf eine Auftragsbekanntmachung verzichten, sofern die Vorinformation

- die Liefer- oder Dienstleistungen benennt, die Gegenstand des zu vergebenden Auftrages sein werden,
- den Hinweis enthält, dass dieser Auftrag im nicht offenen Verfahren oder Verhandlungsverfahren ohne gesonderte Auftragsbekanntmachung vergeben wird,
- die interessierten Unternehmen auffordert, ihr Interesse mitzuteilen (Interessensbekundung),
- alle nach Anhang I der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 geforderten Informationen enthält und
- wenigstens 35 Tage und nicht mehr als zwölf Monate vor dem Zeitpunkt der Absendung der Aufforderung zur Interessensbestätigung veröffentlicht wird.

Ungeachtet der Verpflichtung zur Veröffentlichung der Vorinformation können solche Vorinformationen zusätzlich in einem Beschafferprofil veröffentlicht werden.

Der Auftraggeber fordert alle Unternehmen, die auf die Veröffentlichung einer Vorinformation mit Aufruf zum Wettbewerb hin eine Interessensbekundung übermittelt haben, zur Bestätigung ihres Interesses an einer weiteren Teilnahme auf (Aufforderung zur Interessensbestätigung). Mit der Aufforderung zur Interessensbestätigung wird der Teilnahmewettbewerb eingeleitet. Die Frist für den

Eingang der Interessensbestätigung beträgt 30 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Aufforderung zur Interessensbestätigung.

4.5.2. *Auftragsbekanntmachung im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte*

Im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte existieren keine rechtlich zwingend vorgegebenen Muster für Auftragsbekanntmachungen. Aber auch in diesem Bereich besteht die Pflicht für den Auftraggeber, in einer Auftragsbekanntmachung seine Absicht mitzuteilen, im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung, einer Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb oder einer Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb einen öffentlichen Auftrag zu vergeben oder eine Rahmenvereinbarung abzuschließen.

Auch im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte kann der Auftraggeber im Internet zusätzlich ein Beschafferprofil einrichten. Es enthält die Veröffentlichung von Angaben über geplante oder laufende Vergabeverfahren, über vergebene Aufträge oder aufgehobene Vergabeverfahren sowie alle sonstigen für die Auftragsvergabe relevanten Informationen wie zum Beispiel Kontaktstelle, Anschrift, E-Mail-Adresse, Telefon- und Telefaxnummer des Auftraggebers.

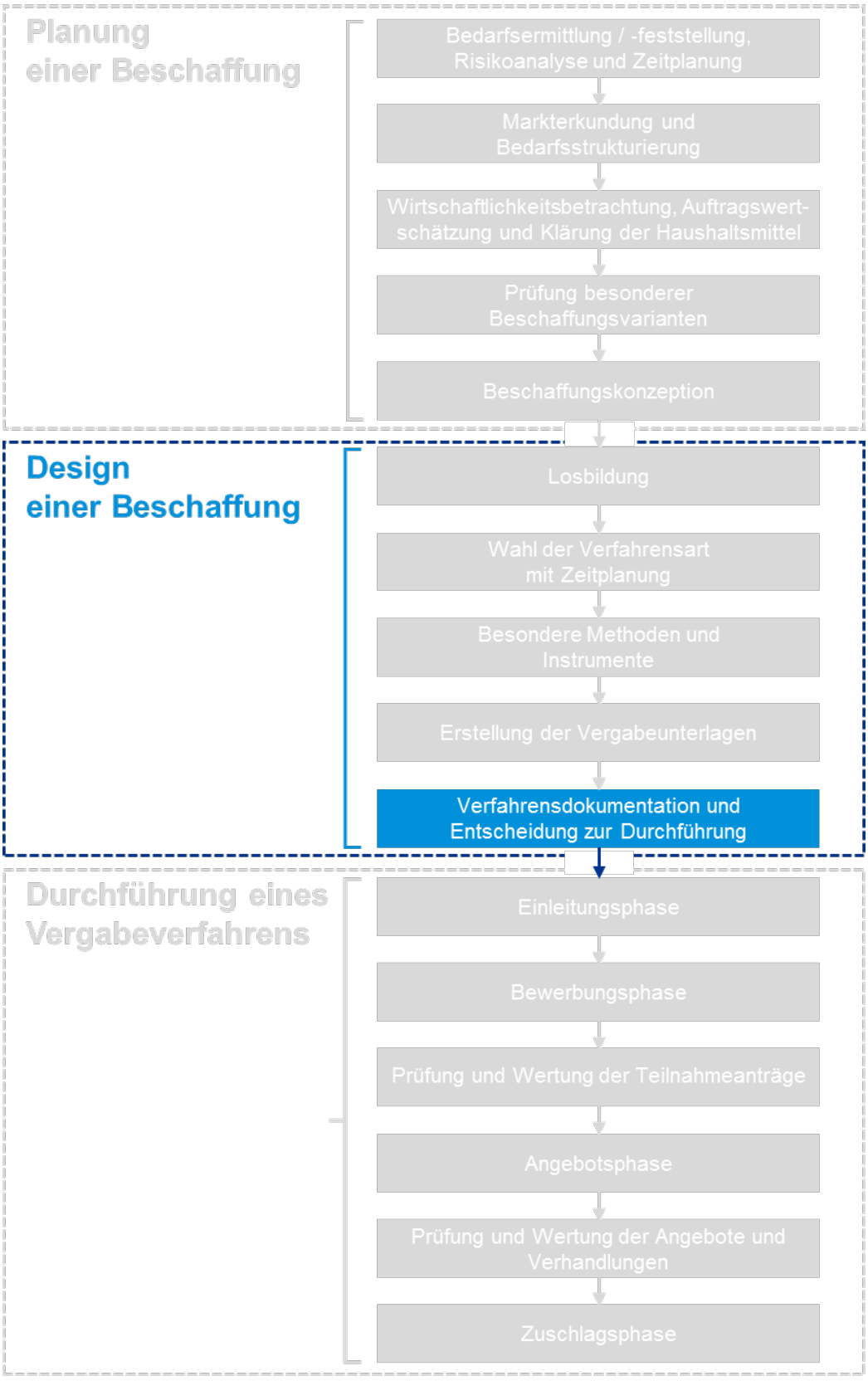
Auftragsbekanntmachungen sind auf den Internetseiten des Auftraggebers oder auf Internetportalen zu veröffentlichen. Zusätzlich können Auftragsbekanntmachungen in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften veröffentlicht werden. Auftragsbekanntmachungen auf Internetseiten des Auftraggebers oder auf Internetportalen müssen zentral über die Suchfunktion des Internetportals www.bund.de ermittelt werden können.

Aus der Auftragsbekanntmachung müssen alle Angaben für eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren oder zur Angebotsabgabe ersichtlich sein. Die Auftragsbekanntmachung hat mindestens folgenden Inhalt:

- Bezeichnung und Anschrift der zur Angebotsabgabe auffordernden Stelle, der den Zuschlag erteilenden Stelle sowie der Stelle, bei der die Angebote oder Teilnahmeanträge einzureichen sind
- Vergabeverfahrensart
- Form, in der Teilnahmeanträge oder Angebote einzureichen sind
- gegebenenfalls die Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit und die Informationen zum Zugriff auf die Vergabeunterlagen
- Art und Umfang der Leistung sowie den Ort der Leistungserbringung
- gegebenenfalls die Anzahl, Größe und Art der einzelnen Lose
- gegebenenfalls die Zulassung von Nebenangeboten
- etwaige Bestimmungen über die Ausführungsfrist
- elektronische Adresse, unter der die Vergabeunterlagen abgerufen werden können oder die Bezeichnung und die Anschrift der Stelle, die die Vergabeunterlagen abgibt oder bei der sie eingesehen werden können
- Teilnahme- oder Angebots- und Bindefrist

- Höhe etwa geforderter Sicherheitsleistungen
- wesentliche Zahlungsbedingungen oder die Angabe der Unterlagen, in denen sie enthalten sind
- mit dem Angebot oder dem Teilnahmeantrag vorzulegende Unterlagen, die der Auftraggeber für die Beurteilung der Eignung des Bewerbers oder Bieters und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen verlangt, und
- Angabe der Zuschlagskriterien, sofern diese nicht in den Vergabeunterlagen genannt werden

5. Verfahrensdokumentation und Entscheidung zur Durchführung des Vergabeverfahrens



Um alle wesentlichen Voraussetzungen zur Durchführung eines Vergabeverfahrens zu erfüllen, bedarf nach der bis hierhin erfolgten Planung und des bis hierhin erfolgten Designs einer Beschaffung der Verfahrensdokumentation, einschließlich der abschließenden Entscheidung zur Durchführung des vorbereiteten Vergabeverfahrens. Die im Rahmen der Planung und des bisherigen Designs der Beschaffung getroffenen Entscheidungen nebst zugehöriger Begründung sind zu dokumentieren und die Zustimmung der notwendigen Beteiligten (Organ, Gremien etc.) zur Durchführung des Vergabeverfahrens auf Basis der Dokumentation einzuholen. Liegen sämtliche formalen Voraussetzungen für die Durchführung des Vergabeverfahrens vor, ist das Design der Beschaffung abgeschlossen und das Vergabeverfahren kann eingeleitet werden. Wesentliche Schritte vor der Einleitung sind im Rahmen des Designs einer Beschaffung die Einholung etwaiger Freigaben von Vergabeunterlagen und Auftragsbekanntmachung sowie die Anlage beziehungsweise Vervollständigung der Verfahrensdokumentation in der Vergabeakte.

5.1. Freigabe von Vergabeunterlagen und Auftragsbekanntmachung

Soweit erforderlich, sind die im Rahmen des Designs der Beschaffung erstellten Vergabeunterlagen und die dazu erstellte Auftragsbekanntmachung durch zuständige Stellen des Auftraggebers freizugeben. Diesbezüglich sind insbesondere bestehende auftraggeberinterne Vorgaben zu beachten, die zum Beispiel die Freigabe durch Gremien, Organe, Abteilungen vorsehen. Für die Freigabe sind insbesondere etwaige Vorgaben zu Zeichnungspflichten und Mitzeichnungen zu beachten. Vielfach richten sich diese nach dem geschätzten Auftragswert der Beschaffung. Die konkreten Anforderungen ergeben sich regelmäßig aus den jeweils für den einzelnen Auftraggeber geltenden Vorgaben. Mitzeichnungspflichten können sich beispielsweise für eine Fachabteilung oder haushaltsrechtlich verantwortliche Stellen beim Auftraggeber ergeben.

Wichtiger Hinweis:

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswertes ist der Tag, an dem die Auftragsbekanntmachung abgesendet wird oder das Vergabeverfahren auf sonstige Weise eingeleitet wird. Unmittelbar vor dem Zeitpunkt des Versands der Auftragsbekanntmachung sollte daher grundsätzlich eine Überprüfung / Validierung der Auftragswertschätzung dahingehend vorgenommen werden, ob diese tatsächlich noch aktuell und richtig ist. In der Praxis sind Auftragswertschätzungen oftmals zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung „veraltet“ und gegebenenfalls sogar überholt.

5.2. Verfahrensdokumentation und Vergabevermerk

Der Auftraggeber ist verpflichtet, das Vergabeverfahren von Beginn an fortlaufend in Textform nach § 126b BGB zu dokumentieren, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist. Dazu gehören im Rahmen der bis hierhin erfolgten Planung der Beschaffung und des bis hierhin erfolgten Designs einer Beschaffung zum Beispiel

- die Dokumentation der Kommunikation mit Unternehmen und interner Beratungen
- die Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen

Der Auftraggeber hat zudem über jedes Vergabeverfahren einen Vermerk in Textform nach § 126b BGB anzufertigen, dessen Mindestinhalt sich für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte aus § 8 Abs. 2 VgV ergibt. Bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte kann sich der Auftraggeber an dem dort geregelten Mindestkatalog orientieren.

Zum Abschluss des Designs einer Beschaffung sollten Verfahrensdokumentation und Vergabevermerk bis einschließlich der Dokumentation zur formalen Entscheidung des Auftraggebers zur Einleitung und Durchführung des Vergabeverfahrens vorliegen und fertiggestellt sein. Hierfür legt der Auftraggeber spätestens zu diesem Zeitpunkt eine entsprechende Vergabeakte an, die mit der Durchführung des Vergabeverfahrens fortgeführt wird. Wurde die Vergabeakte mit Verfahrensdokumentation und Vergabevermerk bereits zuvor angelegt (zum Beispiel schon bei in der Planung getroffenen Entscheidungen des Auftraggebers) wird die Vergabeakte zum Abschluss des Designs der Beschaffung aktualisiert und vervollständigt.

D. Durchführung eines Vergabeverfahrens

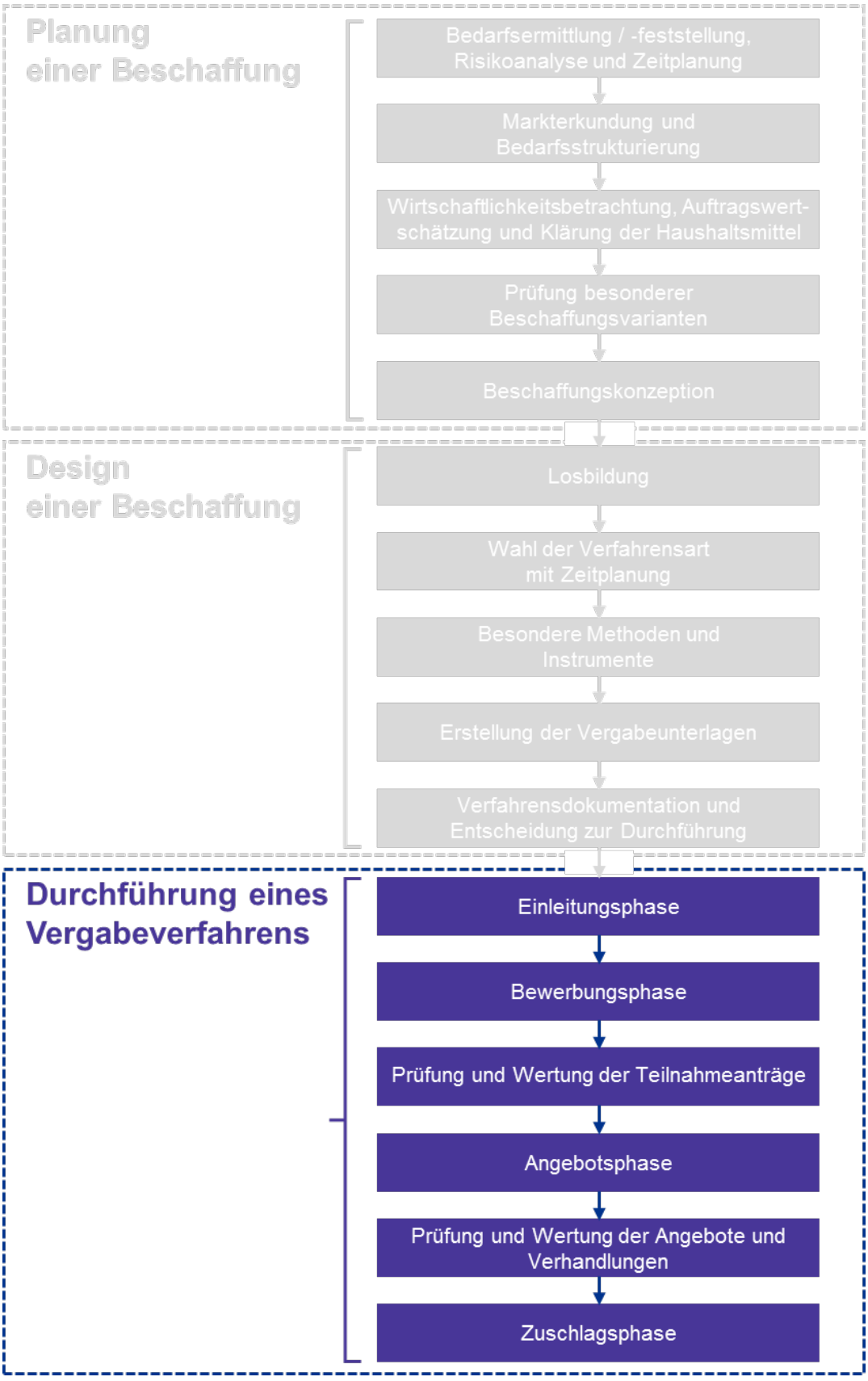
Die UfAB hebt die besondere Bedeutung der Planung und des Designs einer IT-Beschaffung hervor. Planung und Design einer Beschaffung – wie in den Kapiteln B und C dargestellt – folgt die eigentliche Durchführung eines Vergabeverfahren, die in diesem Kapitel D vorgestellt wird. Dieses Kapitel D ist nach den einzelnen Vergabeverfahrensarten aufgebaut und erläutert zu jeder der nachstehenden Vergabeverfahrensarten deren jeweiligen prozessualen Ablauf:

- Offenes Verfahren
- Nicht offenes Verfahren
- Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb
- Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb
- Wettbewerblicher Dialog
- Innovationspartnerschaft
- Öffentliche Ausschreibung
- Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb
- Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb
- Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb
- Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb

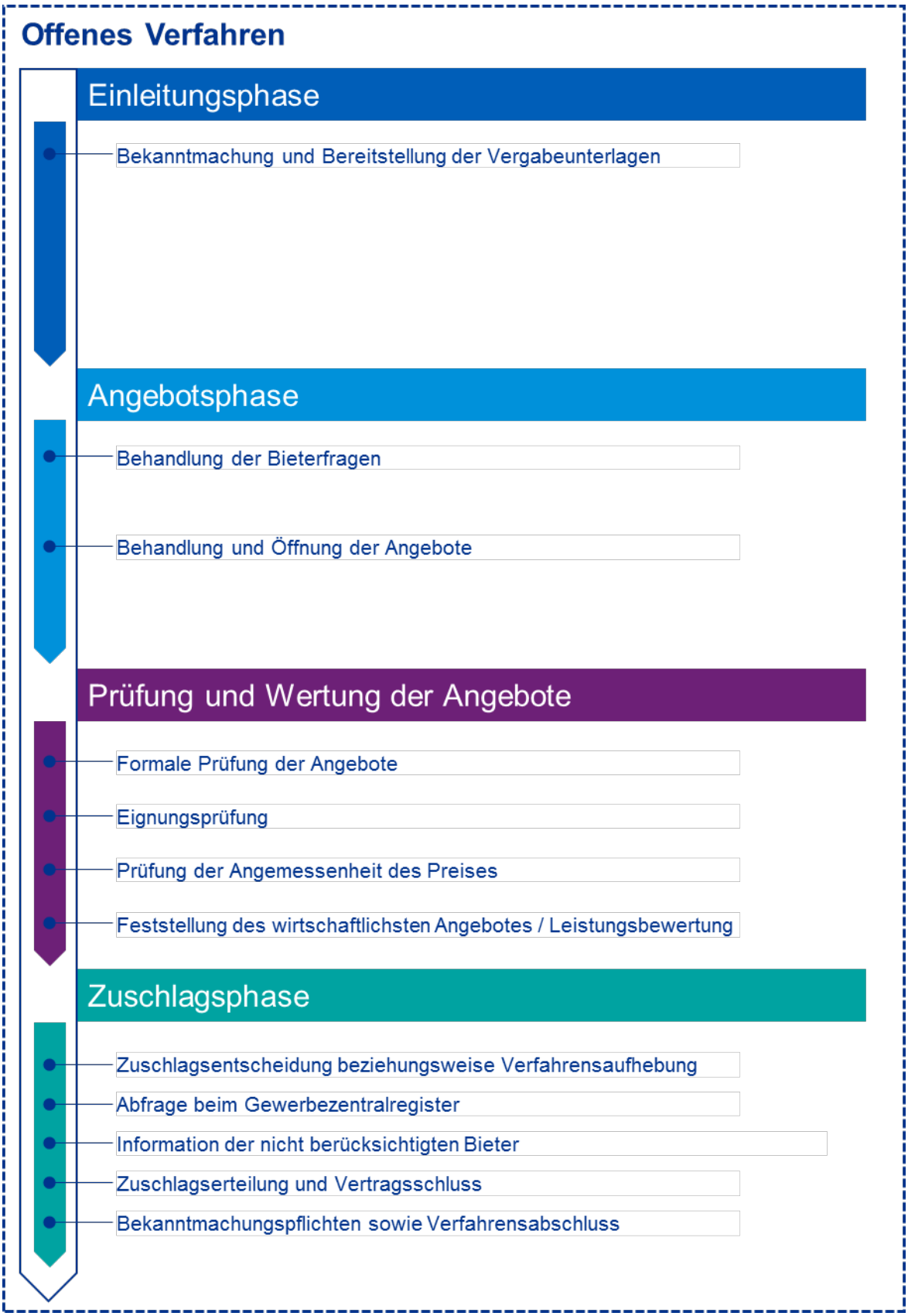
Die Darstellung des jeweiligen prozessualen Ablaufs folgt dabei – abhängig von der jeweiligen Vergabeverfahrensart – dem folgenden grundsätzlichen Aufbau:

- Einleitungsphase
- gegebenenfalls Bewerbungsphase (bei Vergabeverfahrensarten mit Teilnahmewettbewerb)
- gegebenenfalls Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge (bei Vergabeverfahrensarten mit Teilnahmewettbewerb)
- Angebotsphase
- Prüfung und Wertung der Angebote und gegebenenfalls (bei Vergabeverfahrensarten mit Verhandlungen) Verhandlungen
- Zuschlagsphase

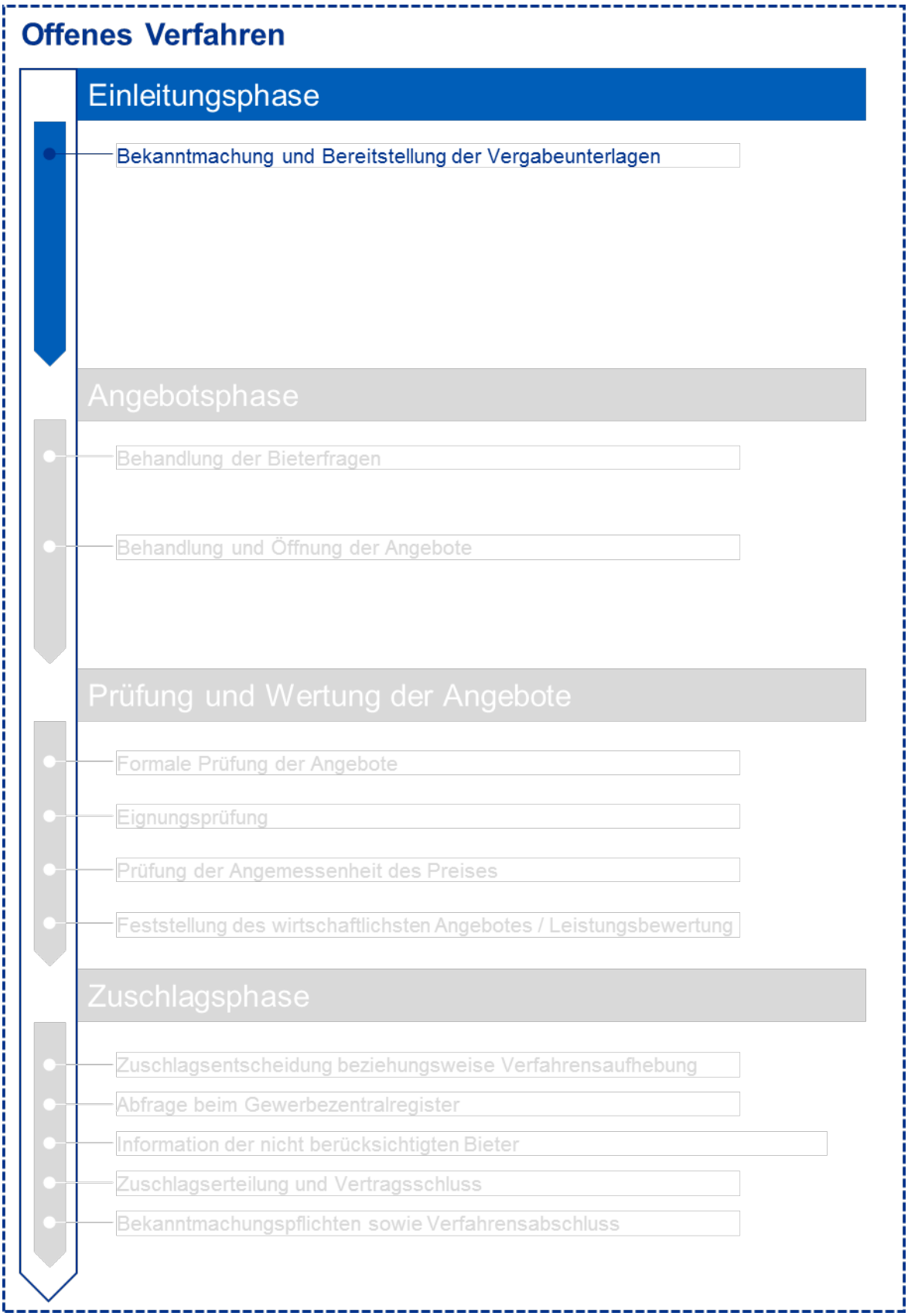
In den Vergabeverfahrensarten des wettbewerblichen Dialoges (Dialogphase) und der Innovationspartnerschaft (Forschungs- und Entwicklungsphase sowie Leistungsphase) wird dieser Aufbau durch verfahrensindividuelle Phasen ergänzt.


Planung einer Beschaffung
Bedarfsermittlung / -feststellung, Risikoanalyse und Zeitplanung
Markterkundung und Bedarfsstrukturierung
Wirtschaftlichkeitsbetrachtung, Auftragswert-schätzung und Klärung der Haushaltsmittel
Prüfung besonderer Beschaffungsvarianten
Beschaffungskonzeption
Design einer Beschaffung
Losbildung
Wahl der Verfahrensart mit Zeitplanung
Besondere Methoden und Instrumente
Erstellung der Vergabeunterlagen
Verfahrensdokumentation und Entscheidung zur Durchführung
Durchführung eines Vergabeverfahrens
Einleitungsphase
Bewerbungsphase
Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge
Angebotsphase
Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen
Zuschlagsphase

1. Offenes Verfahren



1.1. Einleitungsphase



1.1.1. *Bekanntmachung*

Nachdem Planung und Design des Offenen Verfahrens abgeschlossen und die Vergabeunterlagen fertiggestellt sind, erfolgt die Bekanntmachung des Offenen Verfahrens.

Die Auftragsbekanntmachung beziehungsweise die Veröffentlichung der Bekanntmachung europaweiter Vergabeverfahren ist in § 37 und § 40 VgV geregelt.

Danach teilen öffentliche Auftraggeber ihre Absicht, einen Auftrag zu vergeben beziehungsweise eine Rahmenvereinbarung abzuschließen, in einer Auftragsbekanntmachung mit. Die Auftragsbekanntmachung wird nach dem Muster gemäß Anhang II der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 erstellt. Es ist darauf zu achten, dass die Auftragsbekanntmachung alle vorgeschriebenen Inhalte umfasst. So regelt beispielsweise § 122 Abs. 4 GWB, dass Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind.

Bekanntmachungen müssen dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union elektronisch übermittelt werden. Der Tag der Absendung muss durch den öffentlichen Auftraggeber nachgewiesen werden können.

Zur Erstellung und Übermittlung der Bekanntmachung kann ein elektronisches Formular auf der Internetseite der Europäischen Union „eNotices-Formulare für das öffentliche Auftragswesen“ genutzt werden.

Für den Zugang zu eNotices muss einmalig ein Benutzerkonto eingerichtet werden. Die Zugangsrechte müssen behördenintern organisatorisch geregelt werden.

Das Auftragsbekanntmachungsformular ist vereinheitlicht und gilt für alle EU-weiten Vergabe- und Verfahrensarten für Lieferungen, Leistungen und Bauleistungen. Innerhalb dieses Formulars ist die jeweils zu vergebene Lieferung und / oder Leistung einer standardisierten Nummer zuzuordnen – der sogenannten CPV-Nummer. Der Katalog des Common Procurement Vocabulary (CPV) dient dem Zweck, dass bei europaweiten Vergabeverfahren die zu vergebende Leistung in allen EU-Staaten gleichermaßen beschrieben und verständlich ist.

Bekanntmachungen europaweiter Verfahren dürfen auch auf nationaler Ebene (beispielsweise auf www.bund.de oder diversen länderspezifischen Vergabeplattformen) veröffentlicht werden.

Wichtiger Hinweis:

Die Veröffentlichung europaweiter Verfahren auf nationaler Ebene darf frühestens 48 Stunden nach Bestätigung des Eingangs der Bekanntmachung durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union erfolgen. Bekanntmachungen auf nationaler Ebene dürfen zudem keine zusätzlichen Informationen zur EU-weiten Bekanntmachung enthalten.

Tipp für die Praxis:

Beim Einsatz von E-Vergabesystemen zur Vorbereitung und Durchführung von EU-weiten Vergabeverfahren kann die EU-Bekanntmachung in der Regel automatisch aus den dort erfassten Verfahrensangaben generiert und vom E-Vergabesystem an das Amt für Veröffentlichungen der

Europäischen Union übermittelt werden. Auch die Übermittlung an nationale Vergabeplattformen kann durch die Systeme unter Einhaltung der Wartefrist automatisiert erfolgen.

Die entsprechende Funktionalität beziehungsweise gegebenenfalls vorzunehmende Konfigurationen sind jedoch abhängig vom jeweiligen E-Vergabesystem und somit individuell zu prüfen.

1.1.2. *Bereitstellung der Vergabeunterlagen*

Die Bereitstellung der Vergabeunterlagen europaweiter Vergabeverfahren ist in § 41 VgV geregelt.

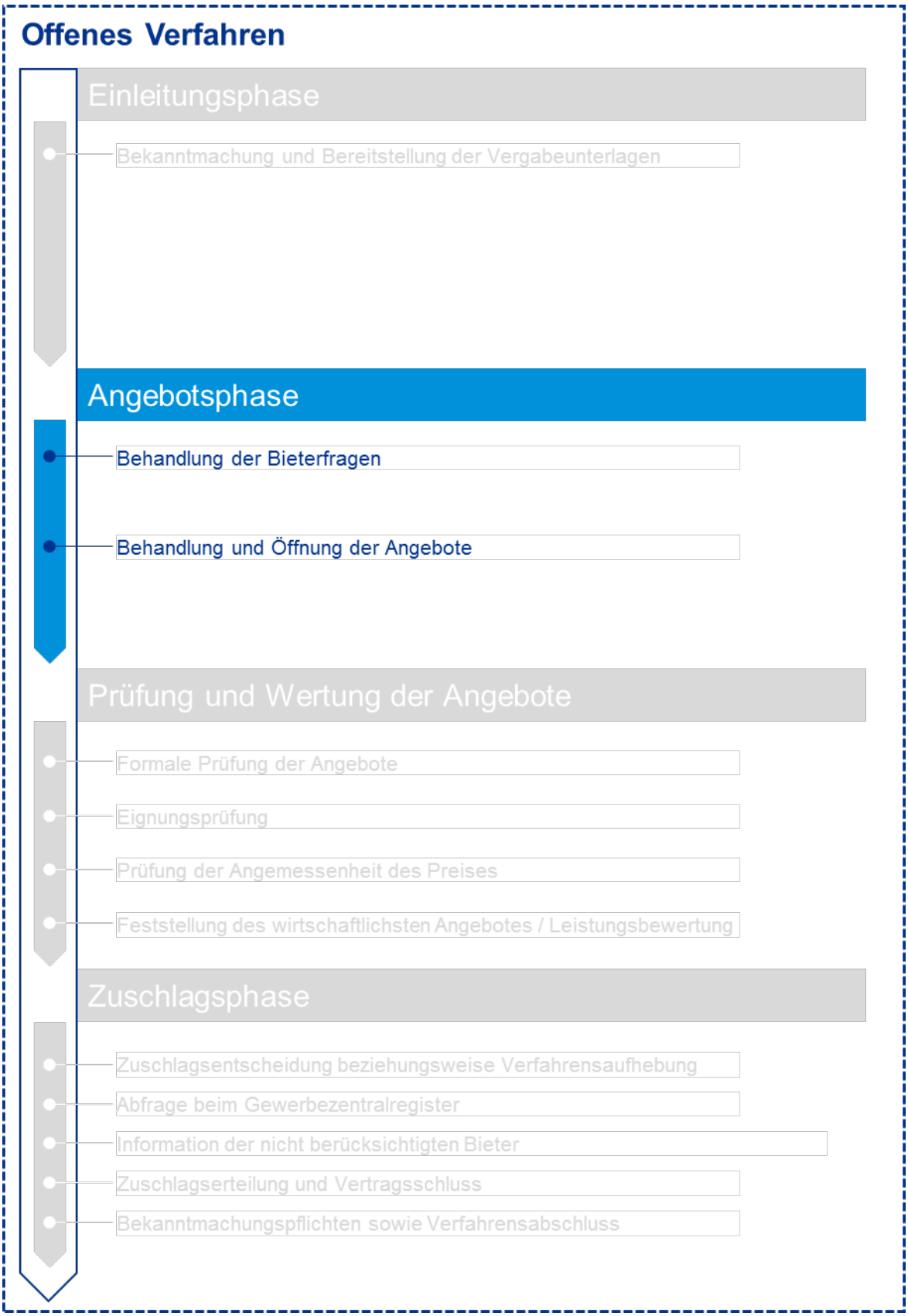
Die Vergabeunterlagen müssen vom Bieter über eine elektronische Adresse unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Das heißt, der öffentliche Auftraggeber hat die Unterlagen auf einer Webseite (zum Beispiel dem Webauftritt des Auftraggebers oder einer Vergabeplattform) – ohne Registrierungs- und Anmeldezwang – zum direkten Download bereitzustellen. Bewerber beziehungsweise Bieter dürfen nicht dazu aufgefordert werden, die Vergabeunterlagen per Mail beim Auftraggeber abzurufen.

Die elektronische Adresse (Internetadresse) zum Abruf der Vergabeunterlagen ist in der EU-Bekanntmachung anzugeben.

Ausnahme bilden die in § 41 Abs. 2 VgV geregelten technischen Gründe, wenn zum Beispiel Dateiformate zur Beschreibung der Leistung beziehungsweise der Angebote zum Einsatz kommen, die nicht mit allgemein verfügbaren oder verbreiteten Programmen verarbeitet werden können. Die Angebotsfrist ist in diesem Fall um fünf Tage zu verlängern, sofern nicht ein Fall hinreichend begründeter Dringlichkeit (gemäß § 15 Abs. 3 VgV) besteht.

Auch erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit und ein damit verbundener abweichender Zugang zu den Vergabeunterlagen bilden (gemäß § 41 Abs. 3 VgV) Ausnahmen und erfordern – sofern es sich nicht ausschließlich um die Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung handelt oder die oben genannte Dringlichkeit besteht – eine Angebotsfristverlängerung.

1.2. Angebotsphase



1.2.1. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist können die Bewerber zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sind unverzüglich zu erteilen und müssen im offenen Verfahren bei rechtzeitiger Anforderung durch die Bewerber spätestens sechs Tage (beziehungsweise vier Tage bei aufgrund von Dringlichkeit beschleunigtem Verfahren) vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden, andernfalls ist die Angebotsfrist zu verlängern. Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bewerber Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen (gemäß den Grundsätzen der Kommunikation nach §§ 9 ff. VgV) mit elektronischen Mitteln (in Textform) gestellt und allen Bewerbern gleichzeitig mit elektronischen Mitteln (in Textform) – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen (sowie in anderen Verfahrensarten die Teilnahmeanträge), die Interessensbestätigung oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bewerberfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die VgV sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bieterfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bieterfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Angebotsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Angebotsfrist ebenfalls zu verlängern.

1.2.2. *Behandlung und Öffnung der Angebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

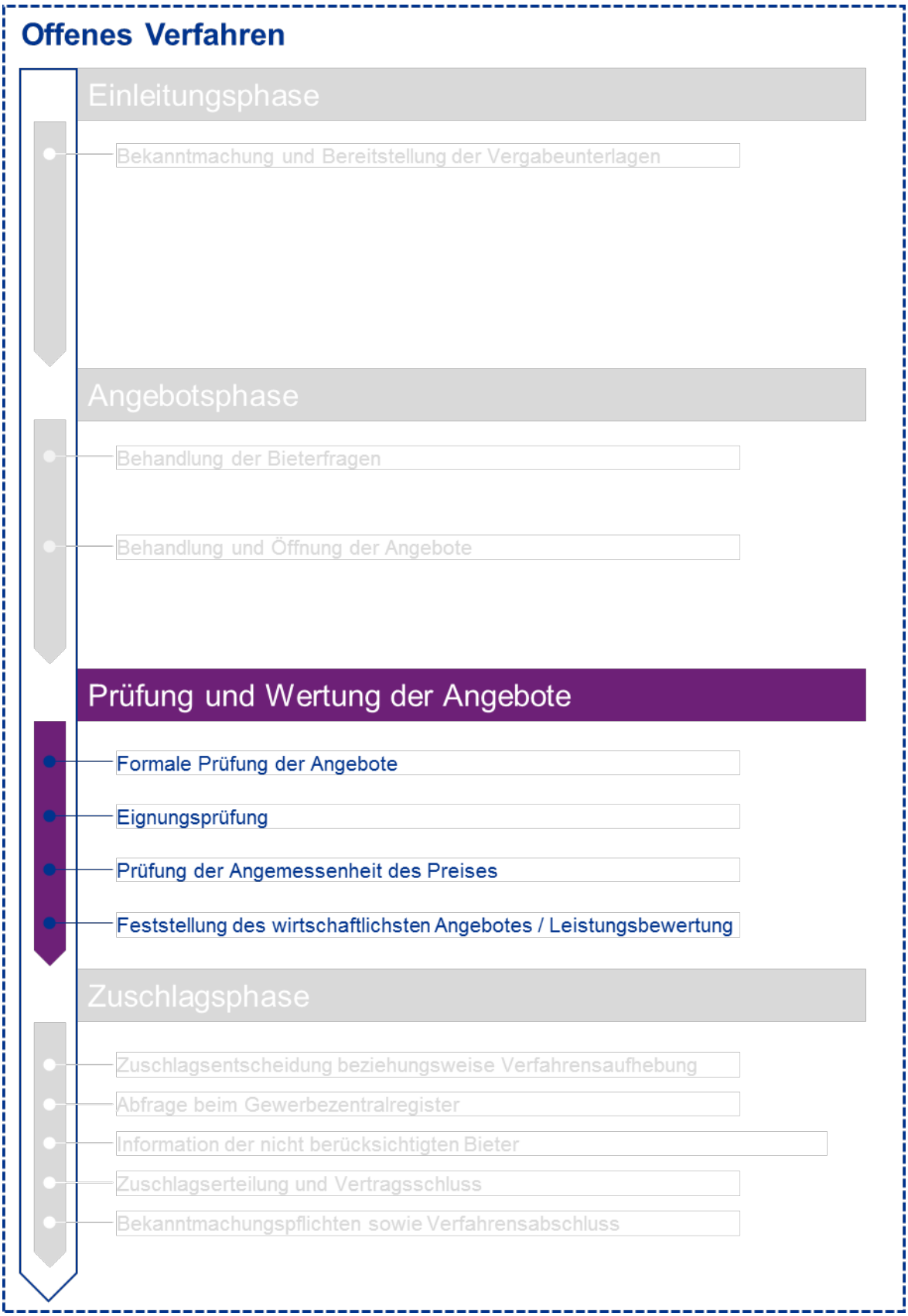
Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen.

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern.

Die Öffnung der Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

1.3. Prüfung und Wertung der Angebote



Im Anschluss an die Öffnung der Angebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Dabei wird in der Praxis grundsätzlich von einem 4-stufigen Wertungssystem ausgegangen:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- 2. Stufe: Eignungsprüfung
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 56, 57 VgV. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 60 VgV. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angeboten die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die nachstehende Darstellung geht in der Reihenfolge des vorstehend erläuterten 4-stufigen Wertungssystems auf die einzelnen Wertungsstufen ein.

1.3.1. *Formale Prüfung der Angebote*

Bei der formalen Prüfung prüft der Auftraggeber die Angebote auf Vollständigkeit, fachliche Richtigkeit und rechnerische Richtigkeit. Maßgeblich sind hierfür insbesondere die Vorgaben in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung. Zudem umfasst die formale Prüfung die Prüfung auf das Vorliegen von Ausschlussgründen. Danach sind von der Angebotswertung zwingend auszuschließen:

- Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn der Bieter hat dies nicht zu vertreten
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen,
- oder nicht zugelassene Nebenangebote

Hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, so berücksichtigt er nur die Nebenangebote, die die von ihm in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Damit an sich vielversprechende Bieter nicht wegen lediglich geringfügiger formaler Fehler ausgeschlossen werden müssen, kann der Auftraggeber Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen (insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise) nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Das Nachforderungsrecht darf jedoch nicht zum Austausch von Unterlagen genutzt werden, denn die Nachforderung bereits vorliegender, jedoch inhaltlich unzureichender Unterlagen ist nicht zulässig (siehe zum Thema Nachforderung im Einzelnen Kapitel F.7.).

Grundsätzlich nicht nachgefordert werden dürfen leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen. Es sei denn, es handelt sich um Preisangaben für unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

Die Entscheidung, ob er Unterlagen nachfordert, steht im Ermessen des Auftraggebers. Im Rahmen der Ermessensentscheidung muss darüber entschieden werden, ob nachgefordert wird, was nachgefordert wird und in welcher Frist nachzuliefern ist. Sowohl eine nach den obigen Ausführungen fehlerhafte Nachforderung von Unterlagen als auch eine danach fehlerhaft unterlassene Nachforderung kann dazu führen, dass die Vergabeentscheidung des Auftraggebers von Bietern angegriffen wird.

Der Auftraggeber kann die Nachforderung von Unterlagen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen ausschließen.

Der Auftraggeber darf von den Bietern nur Aufklärung über das Angebot verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der formalen Prüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe und für die Entscheidung über die Vornahme oder das Absehen von Nachforderungen) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

1.3.2. *Eignungsprüfung*

Im Rahmen der Eignungsprüfung prüft der Auftraggeber das Vorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB und, ob und inwieweit die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen fachkundig und leistungsfähig (geeignet) sind.

Die Ausschlussgründe in diesem Sinne sind teilweise zwingend (ohne Ermessen für den Auftraggeber, § 123 GWB), teilweise fakultativ (Kann-Ausschluss mit Ermessensentscheidung für den Auftraggeber, § 124 GWB). Hier hat der Auftraggeber den entsprechenden Katalog der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB sowie die Regelungen zur Selbstreinigung (§§ 125, 126 GWB) zu beachten.

Im Übrigen sind für die Eignungsprüfung die dahingehenden Vorgaben, namentlich die Festlegungen zu den Eignungskriterien, in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung maßgeblich. Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Planung und eines ordnungsgemäßen Designs der Beschaffung hat der Auftraggeber entsprechende Eignungskriterien festgelegt und definiert, die ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über deren Eignung verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Eignungsprüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe, einschließlich etwaiger Begründungen für Ermessensentscheidungen) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

1.3.3. *Prüfung der Angemessenheit des Preises*

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Preises geht es um den richtigen Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten.

Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, hat der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung zu verlangen. Ein automatischer Ausschlussgrund für solche Angebote besteht also gerade nicht (Grundsatz „Aufklärung vor Ausschluss“). Konkret treffen den Auftraggeber im Rahmen dieser Aufklärung folgende Pflichten:

Der Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebotes und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen des Bieters. Die Prüfung kann insbesondere betreffen:

- die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung
- die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt
- die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung
- die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften
- oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen

Kann der Auftraggeber nach dieser Prüfung die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.

Stellt der Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Angebot abzulehnen, wenn der Bieter nicht fristgemäß nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Der Auftraggeber hat die Ablehnung in diesem Fall der Europäischen Kommission mitzuteilen.

Anlass für eine Preisaufklärung geben zunächst Angebote mit auffälligen Preisdifferenzen zu eingegangenen Konkurrenzangeboten, wobei grundsätzlich der Gesamtpreis der Angebote maßgeblich ist. In Rechtsprechung und Landesvergabegesetzen werden teilweise prozentuale Preisabstände der Angebote zum nächsthöheren Angebot angenommen beziehungsweise festgelegt („Aufgreifschwellen“). Im Einzelfall sollte der Auftraggeber vertieft prüfen, ob und inwieweit solche Aufgreifschwellen in seinem Anwendungsbereich angenommen wurden oder gelten.

Nach einem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs können die Mitbewerber verlangen, dass der Auftraggeber in die nähere Prüfung der Preisbildung eintritt, wenn ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Angebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig erscheint (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16). Die vorzunehmende Preisaufklärung sollte sich unter Berücksichtigung dieses Grundsatzurteils nicht auf die Einholung einer pauschalen Bestätigung des betroffenen Bieters beschränken, die Angebotspreise seien angemessen und auskömmlich. Vielmehr ist eine qualifizierte Preisprüfung vorzunehmen, die insbesondere deren Schutzzweck berücksichtigt, auch das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung zu wahren. Insoweit ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen, dass unangemessen niedrige Angebotspreise gesteigerte Risiken bergen. Nach dem Grundsatzurteil des BGH können sich diese in vielfältiger Weise verwirklichen, zum Beispiel:

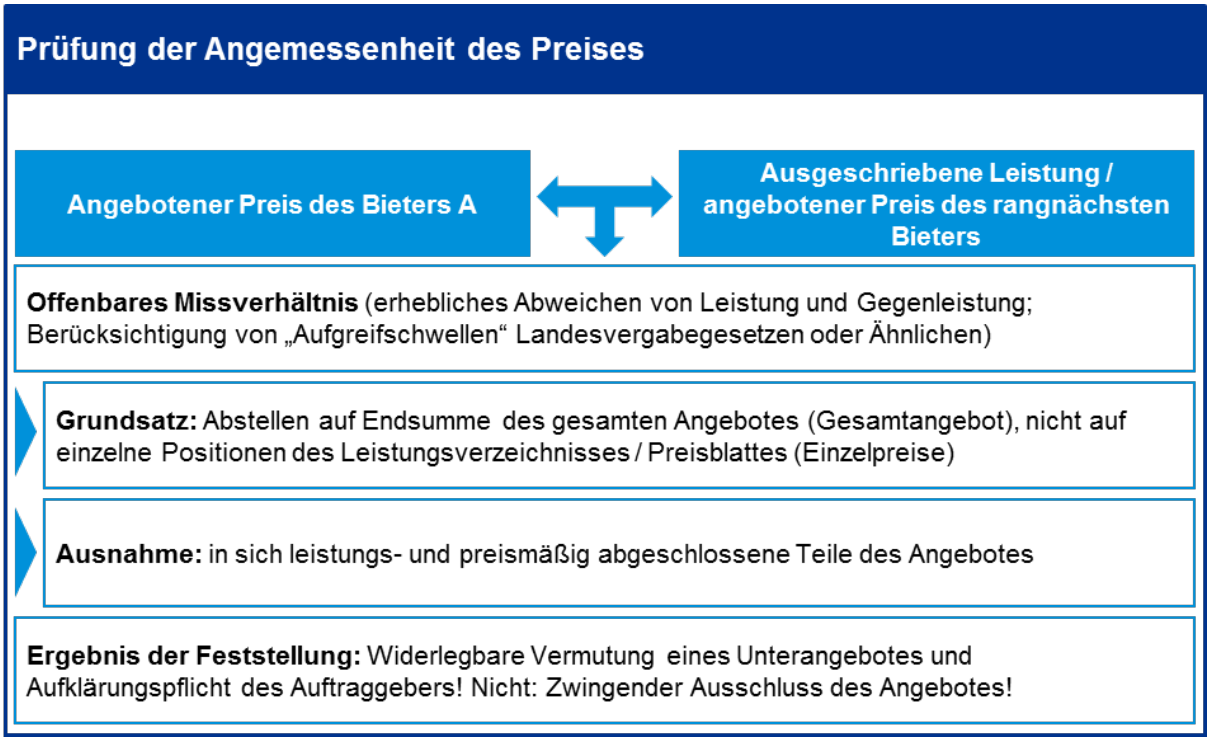
- Auftragnehmer kann infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen.
- Auftragnehmer könnte in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen, sich des Auftrages so unaufwendig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet.

Der Auftraggeber sollte diese Aspekte bei der Preisaufklärung entsprechend berücksichtigen. Kann der betroffene Bieter seine ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preise aber rechtmäßig erklären und die Gründe für seine Preisbildung eindeutig und transparent machen, kann aber auch ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot zulässig sein. Dies mit der Folge, dass ein solches Angebot nicht ausgeschlossen werden darf.

Zu Dokumentations- und Beweiszwecken ist die Durchführung der Aufklärung (Aufklärungsverlangen und Stellungnahme des betroffenen Bieters hierzu) in Textform zu dokumentieren. Für die Aufklärung durch den Bieter ist diesem eine angemessene Frist zu gewähren. In der Praxis kann für den Auftraggeber die Ausrichtung des Aufklärungsverlangens anhand konkreter Positionen des Angebotes / Preisblattes hilfreich sein, aus denen der ungewöhnlich niedrig erscheinende Gesamtpreis mutmaßlich resultiert.

Anhand der im Rahmen der Aufklärung vom betroffenen Bieter eingereichten Unterlagen hat der Auftraggeber zu prüfen, ob danach die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten zufriedenstellend aufgeklärt sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, darf der Auftraggeber den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die

Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.



Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über das Angebot, insbesondere im Zusammenhang mit den angebotenen Preisen nach den vorstehenden Maßstäben verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise (insbesondere über eine etwaige Aufklärung mit den betroffenen Bietern und über das Ergebnis, einschließlich Begründung der anschließenden Wertungsentscheidung des Auftraggebers) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

1.3.4. *Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung*

Erst im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes kommt – für die nach den drei vorstehend dargestellten Wertungsstufen im Wettbewerb verbliebenen Angebote – die in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegte Bewertungsmethode, gegebenenfalls nebst zugehöriger Leistungsbewertung gemäß Leistungsbewertungsmatrix zum Tragen (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt demgemäß nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis auf der Grundlage einer Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot, die in den Vergabeunterlagen durch Bewertungsmethode gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, insbesondere in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der

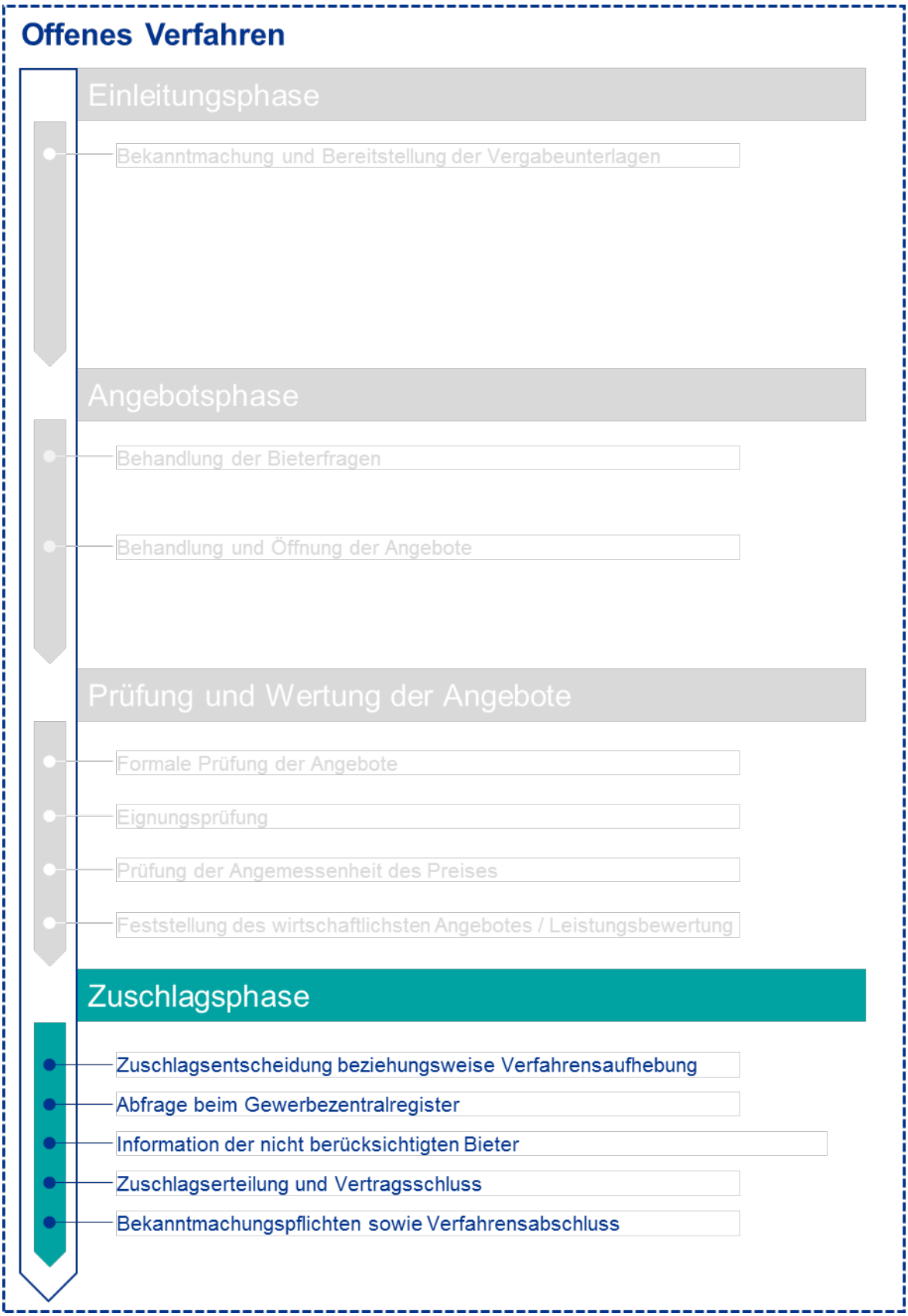
Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Zuschlagskriterien, Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes, insbesondere der Leistungsbewertung nach einer Leistungsbewertungsmatrix (insbesondere über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. Bei B-Kriterien mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung bedarf es im Rahmen der Leistungsbewertung einer besonders sorgfältigen Begründung und einer entsprechenden Dokumentation durch den Auftraggeber.

Wichtiger Hinweis:

An der Zuschlagsentscheidung sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers mitwirken.

1.4. Zuschlagsphase



1.4.1. *Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung*

Im Regelfall endet das Vergabeverfahren mit einer Zuschlagsentscheidung. Voraussetzung dafür ist, dass nach Abschluss der Prüfungs- / Wertungsphase mindestens ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, das auch zu einem wirtschaftlichen Ergebnis des Vergabeverfahrens führt.

1.4.1.1. Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung

Sofern ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt und der betreffende Bieter seine Eignung zunächst nur mit der Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) vorläufig belegt hatte, muss der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung diesen Bieter auffordern, die nach §§ 44 bis 49 VgV gemäß Auftragsbekanntmachung beziehungsweise den Vergabeunterlagen geforderten Unterlagen beizubringen (sofern dies nicht bereits während des Vergabeverfahrens erfolgt ist). Dies sollte in Textform (gemäß § 126b BGB) und mit einer Festlegung einer angemessenen Frist geschehen. Die beigebrachten Unterlagen sind zu prüfen. Unter bestimmten Voraussetzungen müssen Bieter keine Unterlagen beibringen (§ 50 Abs. 3 VgV).

Vor Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber zudem von den Bietern, die eine Unterauftragsvergabe an Dritte vorsehen und deren Angebote in die engere Wahl kommen, verlangen, noch nicht aufgelistete Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel dieser Unterauftragnehmer zur Verfügung stehen (sogenannte Mittelbereitstellungserklärung). Er muss dann auch die Einreichung entsprechender Angaben fordern, um das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen prüfen zu können (§ 36 Abs. 1 VgV).

Der öffentliche Auftraggeber überprüft in jedem Fall vor der Erteilung des Zuschlages, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen. Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe verlangt der öffentliche Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe kann der öffentliche Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der öffentliche Auftraggeber kann dem Bewerber oder Bieter dafür eine Frist setzen (§ 36 Abs. 5 VgV).

1.4.1.2. Zuschlagsentscheidung

Nach Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen der Prüfungs- / Wertungsphase ist die Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Sowohl die Grundlagen für die Zuschlagsentscheidung als auch die Gründe der Nichtberücksichtigung der restlichen Bieter sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. An der Entscheidung über den Zuschlag sollen nach § 58 Abs. 5 VgV in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken (Mitzeichnung ist erforderlich).

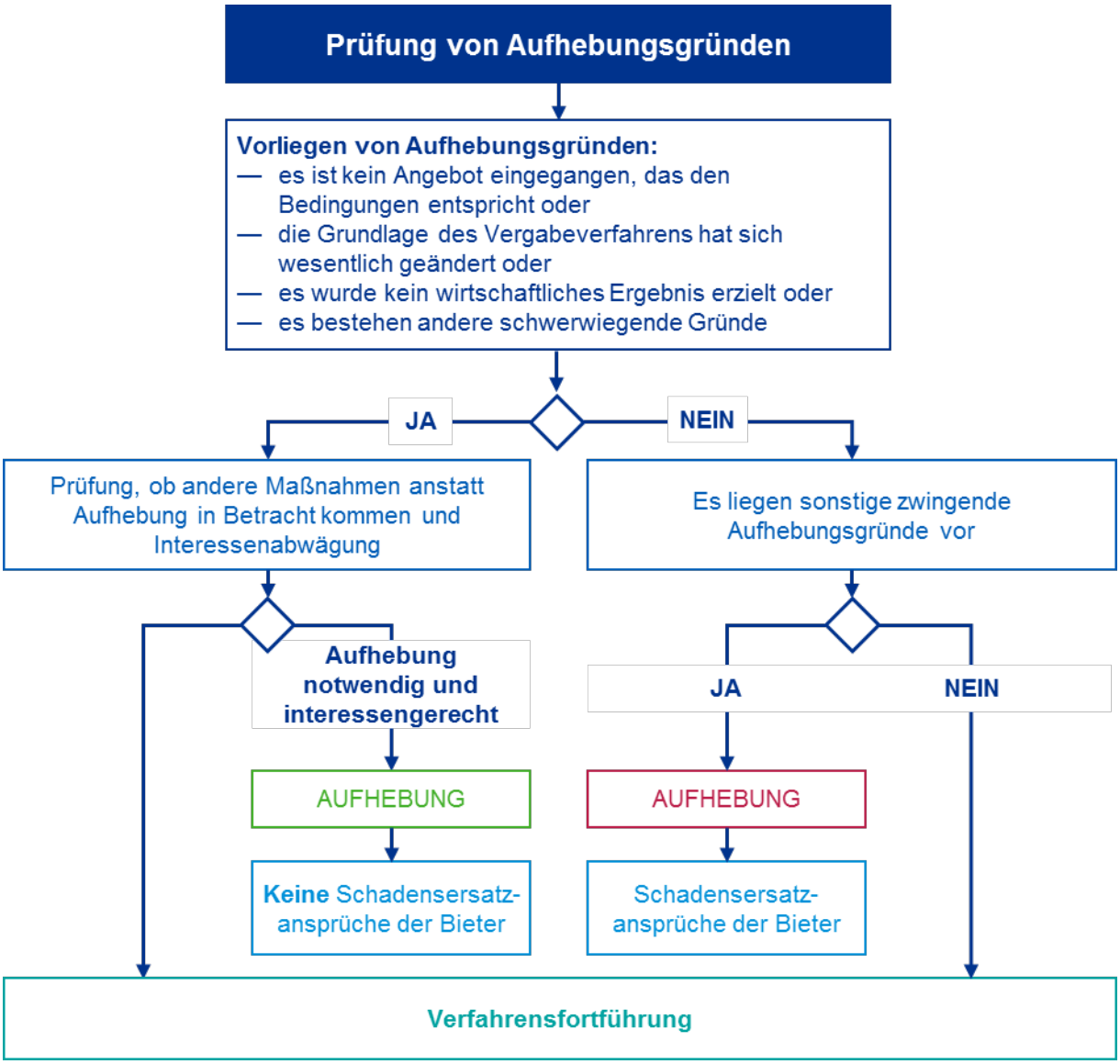
Sofern demgegenüber keine zuschlagsfähigen Angebote vorliegen oder andere Aufhebungsgründe zutreffen, ist das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Regelung des § 63 VgV ganz oder losweise aufzuheben.

1.4.1.3. Aufhebung

Nach § 63 VgV kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den in der Norm genannten und eng begrenzten Tatbeständen durch eine rechtmäßige Aufhebung beenden. Grundsätzlich gilt, dass Auftraggeber Vergabeverfahren nicht willkürlich aufheben dürfen. Ein „Auslaufen“ eines Vergabeverfahrens ohne einen für die Bieter erkennbaren Abschluss und dementsprechende Information durch den Auftraggeber ist nicht zulässig. Der früheste Zeitpunkt einer möglichen

Aufhebung ist unmittelbar nach erfolgter Bekanntmachung des Vergabeverfahrens oder Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick über Aufhebungsgründe und -modalitäten:



Diese Aufhebungsvoraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen. Allerdings darf der Auftraggeber auch dann, wenn keine der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, das Verfahren aufheben. Er ist also nicht gezwungen, den Zuschlag zu erteilen. Ein sonstiger zwingender Aufhebungsgrund kann beispielsweise bestehen, wenn aufgrund fehlerhafter Planungen bereits ursprünglich nicht verfügbare Haushaltsmittel für den Auftrag endgültig verweigert werden. Ohne das Vorliegen einer gesetzlichen Aufhebungsvoraussetzung können Bieter jedoch unter Umständen erfolgreich Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Es ist zwischen einer Vollaufhebung und einer Teilaufhebung zu unterscheiden. Damit bei losweisen Vergaben nicht alle Beschaffungsmaßnahmen betroffen sind, ist grundsätzlich eine Teilaufhebung für das betreffende Los möglich.

Wichtiger Hinweis:

Nach der zugrunde liegenden Norm ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines Aufhebungstatbestandes nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben. Der Auftraggeber besitzt somit einen Ermessensspielraum und muss bei der Entscheidung auch die Interessen der Bieter berücksichtigen. Vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber daher eine Interessenabwägung vornehmen und prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind. Der Auftraggeber ist dazu angehalten, alles Mögliche zu tun, um eine Aufhebung zu vermeiden. So soll insbesondere angestrebt werden, etwaige Verfahrensfehler, die während des Vergabeverfahrens auftreten, zu beheben. Eine Beseitigung von Verfahrensfehlern - gegebenenfalls mittels einer berichtigenden Bekanntmachung der veränderten Bedingungen (Formular: Berichtigung - Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angabe) - erfordert nicht unbedingt eine vorherige Aufhebung.

Nach der Entscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber den Bietern unverzüglich die Gründe für seine Entscheidung mitzuteilen, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten. Diese Mitteilung kann formfrei erfolgen, muss auf Antrag eines Bieters jedoch in Textform (gemäß § 126b BGB) übermittelt werden. Aus Dokumentationsgründen sollte jedoch von vornherein die Textform gewählt werden.

1.4.2. *Abfrage beim Gewerbezentralregister*

Das MiLoG trifft in § 19 MiLoG Regelungen zum Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage sind Auftraggeber verpflichtet, Bieter vor dem Zuschlag hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des MiLoG zu überprüfen (Eigenerklärung ist zu verlangen). Darüber hinaus muss bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO eingeholt werden (auch „MiLoG-Abfrage“ genannt).

Diese Auskunft sollte im Sinne eines zügigen Abschlusses des Vergabeverfahrens unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung beim zuständigen Bundesamt für Justiz angefordert werden. Sofern der Bieter ausweislich der Gewerbezentralregisterauskunft mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden ist, soll dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Vor einer Entscheidung über den etwaigen Ausschluss ist dem Bieter eine Gelegenheit einzuräumen, sich zu dem Sachverhalt zu äußern. Aus Dokumentationsgründen sollte die Anhörung des Bieters in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Bei der zu treffenden Entscheidung über den Ausschluss auf Grundlage der Ausführungen eines Bieters ist es naheliegend, dass der Auftraggeber sich an den Grundsätzen der Selbstreinigung gemäß § 125 GWB orientiert.

Tipp für die Praxis:

Sofern die Gewerbezentralregisterauskunft im schriftlichen Verfahren eingeholt wird, kann dies zu gegebenenfalls nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Daher empfiehlt es sich, dass der Auftraggeber die Möglichkeit nutzt, Gewerbezentralregisterauskünfte im deutlich schnelleren

elektronischen Verfahren beim Bundesamt für Justiz einzuholen. Dazu bedarf es – soweit noch nicht vorhanden – der Einrichtung eines elektronischen Zugangs. Die Beantragung eines elektronischen Zugangs beim Bundesamt für Justiz sollte bereits vor oder in der Frühphase des Vergabeverfahrens erfolgen. Weitere Informationen sind von der Webseite des Bundesamtes der Justiz zu beziehen (siehe https:// www.bundesjustizamt.de).

Der Auftraggeber kann bereits in den Bewerbungsbedingungen von den Bewerbern / Bietern Eigenerklärungen über das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 98c AufenthG, § 19 MiLoG, § 21 AEntG und § 21 SchwarzArbG und über das Vorliegen entsprechender Einträge im Gewerbezentralregister verlangen. Auf diese Weise erhält der Auftraggeber bereits bei der Eignungsprüfung eine Indikation über das Vorliegen solcher Ausschlusstatbestände. Von der vorstehend dargestellten Abfragepflicht beim Gewerbezentralregister für den zum Zuschlag vorgesehenen Bieter befreit eine solche Eigenerklärung den Auftraggeber jedoch nicht.

Wichtiger Hinweis:

Neben der Abfrage beim Gewerbezentralregister sind bei Vergabeverfahren von Landesbehörden beziehungsweise öffentlichen Auftraggebern der Länder gegebenenfalls auch nach dem Vergaberecht des jeweiligen Bundeslandes notwendige Abfragen beim Korruptionsregister des betreffenden Bundeslandes zu beachten.

Zudem werden öffentliche Auftraggeber ab Aufnahme des Betriebs des neuen Wettbewerbsregisters nach Maßgabe des WRegG verpflichtet sein, vor Erteilung des Zuschlages beim Wettbewerbsregister elektronisch abzufragen, ob das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll, eingetragen ist.

1.4.3. *Information der nicht berücksichtigten Bieter*

1.4.3.1. Informations- und Wartepflicht

Im Rahmen der Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB muss der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung an alle Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, ein Informationsschreiben übermitteln. Diese Information muss unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung und in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Die Ablehnungsbegründung muss auf die im Einzelfall tragenden Gründe eingehen.

1.4.3.2. Inhalt des Informationsschreibens

Das Informationsschreiben muss mindestens folgende Informationen beinhalten:

- Angabe des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll
- Individueller und begründeter Ablehnungsgrund
- Frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Hinsichtlich des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, genügt die Angabe des Namens (notwendig ist also nicht die Angabe der Adresse etc.)

1.4.3.3. Bemessung der Wartefrist

Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information geschlossen werden. Wird die Information per Telefax oder auf elektronischem Weg (zum Beispiel über ein E-Vergabe-System oder per E-Mail) übermittelt, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage.

Die Frist der 15 Kalendertage beziehungsweise zehn Kalendertage beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Tipp für die Praxis:

Auf Grundlage einschlägiger Rechtsprechung sollen bei der Bemessung der Frist vom Versand des Informationsschreibens bis zum frühestens Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu verzeichnende Feiertage, insbesondere wenn innerhalb der Frist mehrere Feiertage liegen, Berücksichtigung finden, sodass die Mindestfrist im Idealfall um die Anzahl der Feiertage verlängert wird. Dies dient zur Vermeidung von Risiken, die entstehen können, wenn dem Bieter zur Prüfung und Bewertung des Informationsschreibens faktisch nur wenige Werktage verbleiben.

Weiterhin kommt es zwar auf den Tag des Zugangs des Informationsschreibens beim betroffenen Bieter nicht an, jedoch muss der Auftraggeber nachweisen können, dass er das Schreiben versandt hat. Dies ist in der Vergabeakte zu dokumentieren.

1.4.3.4. Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes

Die Ausführlichkeit der Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes hängt vom Einzelfall ab, beispielsweise von der Komplexität der Bewertungsmethode.

Die Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes muss jedenfalls auf die konkreten im Einzelfall tragenden Gründe eingehen. Ein bloßer allgemeiner Hinweis darauf, dass das Angebot ausgeschlossen werden musste oder nicht das wirtschaftlichste gewesen ist, genügt im Regelfall den Anforderungen an die zu übermittelnden Inhalte gemäß der Informationspflicht nicht, auch wenn die Begründung grundsätzlich knapp ausfallen kann.

Folgende Grundsätze sollte man bei der Angabe von Gründen für die vorgesehene Nichtberücksichtigung beachten:

- Es sind vollständige Informationen und somit alle Gründe für die vorgesehene Nichtberücksichtigung anzugeben. Ist ein Angebot beispielsweise sowohl verspätet als auch in Form eines Nebenangebotes eingegangen, obwohl Nebenangebote nicht zugelassen wurden, so liegen zwei Gründe für die Nichtberücksichtigung vor (ein Ausschluss muss nach § 57 Abs. 1 Nr. 1, 6 VgV erfolgen), die mitgeteilt werden sollten.

- Sofern ein Bieter nicht zu berücksichtigen ist, weil er nicht das wirtschaftlichste Angebot eingereicht hat, sollten – je nach der anzuwendenden Bewertungsmethode – konkretisierende Informationen mitgeteilt werden. Ist über den Zuschlag auf Grundlage des günstigsten Preises beziehungsweise der niedrigsten Kosten zu entscheiden, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, welchen Rang das Angebot in der Rangfolge der Preise beziehungsweise der Kosten belegt hat. Erfolgt die Zuschlagserteilung auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, ob sein Angebot anhand eines teureren Preises oder anhand niedrigerer Leistungspunkte als der Zuschlagskandidat oder aus beiden Gründen nicht berücksichtigt werden kann, gegebenenfalls ergänzt um die jeweilige Rangfolge.
- Insgesamt sollen die Informationen aussagekräftig und für den Bieter nachvollziehbar sein.
- Allen Bietern, die nicht berücksichtigt werden, sollen aus Gründen der Gleichbehandlung die sie betreffenden Informationen in gleichartiger Ausgestaltung und Ausführlichkeit sowie zum gleichen Zeitpunkt übermittelt werden.

Darüber hinausgehende Informationen werden regelmäßig nicht erforderlich sein. Insbesondere ist eine Angabe von konkreten Leistungspunktzahlen nicht notwendig. Konkrete Informationen über das Angebot, das den Zuschlag erhalten soll, sollen nicht mitgeteilt werden, da der Auftraggeber die Vertraulichkeit von Informationen aus dem Angebot des Zuschlagskandidaten zu wahren hat, was insbesondere die Preisangaben betrifft.

Hinweis zu Abweichungen bei sicherheitsrelevanten Beschaffungen:

Im Fall sicherheitsrelevanter Aufträge können Auftraggeber beschließen, bestimmte Informationen über die Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung nicht mitzuteilen, soweit die Offenlegung den Gesetzesvollzug behindert, dem öffentlichen Interesse, insbesondere Verteidigungs- oder Sicherheitsinteressen, zuwiderläuft, berechtigte geschäftliche Interessen von Unternehmen schädigt oder den lauteren Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigen könnte. Ein solcher Wegfall der Mitteilung bestimmter Informationen ist im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung zu prüfen und zu begründen sowie in der Vergabeakte zu dokumentieren.

1.4.3.5. Adressaten des Informationsschreibens

Adressaten des Informationsschreibens sind alle Bieter, das heißt Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt haben. Darunter fällt beispielsweise auch das Angebot eines Bieters, das bereits deshalb ausgeschlossen werden musste, weil es verspätet eingegangen war.

Eine Übermittlung des Informationsschreibens an den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, ist nicht vorgeschrieben, kann aber sinnvoll sein, damit dieser Bieter bereits Vorkehrungen für die Aufnahme der Leistungserbringung treffen kann. Erfolgt eine solche Benachrichtigung, so ist darauf zu achten, dass klarstellend nur die voraussichtliche Zuschlags- beziehungsweise Auftragserteilung angekündigt wird. Es darf nicht der Eindruck erweckt werden, die Vorankündigung sei bereits das eigentliche Zuschlagschreiben.

1.4.3.6. Konsequenzen einer Nichtbeachtung der Informations- und Wartepflicht

Erfolgt die Information nicht oder nur unvollständig beziehungsweise nicht gegenüber allen notwendigen Adressaten oder wird die Wartefrist nicht eingehalten und trotzdem der Zuschlag erteilt, so hat dies gravierende Folgen. Denn ein erteilter öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen die Vorschriften zur Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB verstoßen hat und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Die Unwirksamkeit kann nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrages beziehungsweise nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union geltend gemacht worden ist, längstens jedoch innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss.

Zur Vermeidung vorgenannter Risiken sollte der Auftraggeber bei Abfassung und Versand des Informationsschreibens ein hohes Maß an Sorgfalt walten lassen.

1.4.3.7. Ergänzende Informationspflichten und Informationspflicht auf Antrag

Unabhängig von der vorstehend dargestellten gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflicht nach § 134 GWB gegenüber nicht berücksichtigten Bietern, bestehen nach § 62 VgV ergänzende Informationspflichten gegenüber Bietern.

Daneben können Bieter gezielt weitergehende Informationen über die Gründe der Nichtberücksichtigung vom Auftraggeber verlangen.

Der Auftraggeber muss jedem Bieter (und jedem Bewerber) unverzüglich und ohne gesonderte Aufforderung seine Entscheidungen über

- den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder
- die Zuschlagserteilung

mitteilen. Es empfiehlt sich, diese Informationen in das Informationsschreiben nach § 134 GWB aufzunehmen (soweit hier überhaupt ein zusätzlicher Gehalt an Informationen zu verzeichnen ist). Eine Information nach § 62 Abs. 1 VgV kann aber das Informationsschreiben nach § 134 GWB nicht ersetzen.

Weiterhin muss der Auftraggeber in der Zuschlagsphase auf Verlangen eines Bieters diesen unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrages in Textform (gemäß § 126b BGB),

- jeden nicht erfolgreichen Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebotes (1) und
- über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes (2) sowie
- den Namen des erfolgreichen Bieters (3)

informieren. Die Informationsaspekte (1) und (3) werden bereits mit dem Informationsschreiben nach § 134 GWB abgedeckt. Demgegenüber stellen nur die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes noch eine zusätzliche Information dar. Der Spielraum für solche Informationen über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ist allerdings aus Gründen des Vertraulichkeitsschutzes und des fairen Wettbewerbes nur sehr klein. Man wird hier kaum weiter gehen können, als etwa dem nicht erfolgreichen Bieter in allgemeiner Form mitzuteilen, in welchen Leistungsbereichen (zum Beispiel Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen) der

Zuschlagskandidat besser abgeschnitten hat als der nicht erfolgreiche Bieter. Aufgrund des Vertraulichkeitsschutzes gemäß § 5 VgV, der die vertraulichen Aspekte des Angebotes des Zuschlagskandidaten regelt, ist insbesondere hinsichtlich etwaiger Preisinformationen größte Zurückhaltung geboten.

Der öffentliche Auftraggeber ist im Übrigen nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern (a), dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen (b), den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden (c) oder den lauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde (d). Insbesondere die genannten Aspekte (c) und (d) sprechen dafür, dass der Auftraggeber bei der antragsgemäßen Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ein hohes Maß an Zurückhaltung walten lässt.

1.4.4. *Zuschlagserteilung und Vertragsschluss*

1.4.4.1. Übermittlung Zuschlagsschreiben

Nach Ablauf der Wartefrist ist im nächsten Schritt der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Zum Vertragsschluss muss der Auftraggeber dem ausgewählten Bieter ein Zuschlagsschreiben übermitteln. In dem Zuschlagsschreiben ist dem Bieter mitzuteilen, dass der Zuschlag erteilt wird und das Angebot des Bieters angenommen wird. Dabei ist in der VgV – anders als ausdrücklich an diversen anderen Stellen bezüglich der Kommunikation – nicht die Textform (§ 126b BGB), allerdings auch keine andere spezifische Form (zum Beispiel die Schriftform), vorgesehen. Insofern ist von einer Wahlfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Übermittlungsform auszugehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Zuschlagsschreibens achten.

Mit Zugang des Zuschlagsschreibens beim Bieter kommt der Vertrag zustande. Dabei gelten die Grundsätze zum Vertragsschluss nach dem BGB. Das Zuschlagsschreiben muss daher dem Bieter rechtzeitig vor Ablauf der Zuschlagsfrist und vor allem noch innerhalb der Angebotsbindefrist zugehen. Daneben darf die Annahme des Angebotes im Zuschlagsschreiben nicht an Bedingungen geknüpft sein oder eine Änderung des Angebotes oder der Vertragsunterlagen enthalten.

Soll die festgelegte Zuschlagsfrist aus wichtigen Gründen verlängert werden, so ist das Einverständnis der zu diesem Zeitpunkt noch im Vergabeverfahren befindlichen Bieter einzuholen. Es kann auch nur die Zustimmung derjenigen Bieter eingeholt werden, die noch eine Chance auf eine Zuschlagserteilung haben. Bei dieser Gelegenheit sind die Bieter auch aufzufordern, einer Verlängerung der Angebotsbindefrist zuzustimmen, soweit deren Fristende vor dem Ende der verlängerten Zuschlagsfrist liegt.

1.4.4.2. Erstellung der Vertragsurkunde

Nach Übermittlung des Zuschlagsschreibens wird zur Verfahrensdokumentation regelmäßig eine Vertragsurkunde ausgefertigt. Der Inhalt dieser Vertragsurkunde ergibt sich im Wesentlichen aus den Vertragsunterlagen (die Bestandteil der Vergabeunterlagen waren) und dem Angebot. Bei kleineren Beschaffungen kann auf die Ausfertigung einer gesonderten Vertragsurkunde verzichtet werden. Der Vertragsinhalt ergibt sich dann etwa aus der Leistungsbeschreibung, der VOL/B und dem Angebot.

Die Vertragsunterlagen – beispielsweise die bereits weitestgehend vorausgefüllten EVB-IT Vertragsformulare – sind im Wege einer Konsolidierung mit den notwendigen Informationen aus dem Angebot zu vervollständigen. Der Vertragsinhalt ist bereits mit Zuschlagserteilung und Übermittlung des Zuschlagsschreibens wirksam festgelegt und darf im Zuge der Erstellung der Vertragsurkunde nicht geändert werden.

1.4.4.3. Unterzeichnung der Vertragsurkunde

Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Vertragspartner dient der Beweissicherung und trägt zur Rechtssicherheit bei. Der Auftraggeber übermittelt dem Auftragnehmer beispielsweise zwei Vertragsurkunden, von denen eine bereits von der Auftraggeberseite gezeichnet ist und beim Auftragnehmer verbleibt, während der Auftragnehmer die andere nach Unterzeichnung an den Auftraggeber zurücksendet.

Zu Dokumentationszwecken sollten der abzulegenden Vertragsurkunde alle Vertragsanlagen beigefügt werden.

1.4.5. *Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss*

1.4.5.1. Vergabebekanntmachung und Statistikmeldungen

Der Auftraggeber muss spätestens 30 Tage nach der Vergabe eines öffentlichen Auftrages – also nach der Auftragserteilung mittels Übermittlung des Zuschlagsschreibens – oder nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Vergabebekanntmachung mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union übermitteln (Formular: Bekanntmachung vergebener Aufträge - Ergebnisse des Vergabeverfahrens).

Bei Abschluss einer Rahmenvereinbarung bezieht sich die Bekanntmachung vergebener Aufträge nur auf die abgeschlossene Rahmenvereinbarung. Für die auf ihrer Grundlage vergebenen Einzelaufträge ist keine Bekanntmachung vergebener Aufträge erforderlich.

Daneben sieht die VergStatVO für den Auftraggeber bestimmte Pflichten zur Übermittlung von statistikrelevanten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vor, die zu beachten sind.

1.4.5.2. Abschluss des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren ist in der Regel mit der Auftragserteilung durch Übermittlung des Zuschlagsschreibens beendet. Bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern wirkt das Vergabeverfahren jedoch noch fort, soweit nach den Regelungen der Rahmenvereinbarung mittels erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Unternehmen, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind, also sogenannten Miniwettbewerben, Einzelaufträge vergeben werden. Auch diese Vergaben von Einzelaufträgen unterliegen dann noch den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen (siehe Kapitel E.1.2.).

Die Vertragsunterlagen sind mit Abschluss des Vergabeverfahrens an die für die Vertragsverwaltung zuständige Stelle zu übermitteln.

1.4.5.3. Aufbewahrung der Unterlagen

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist die Vergabeakte auf Vollständigkeit zu prüfen und zu archivieren.

Die gesamte Verfahrensdokumentation, der Vergabevermerk sowie die Angebote und ihre Anlagen sind gemäß § 8 Abs. 4 VgV bis zum Ende der Laufzeit des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung aufzubewahren, mindestens jedoch für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages. Gleiches gilt für Kopien aller abgeschlossenen Verträge, die mindestens einen Auftragswert in Höhe von einer Million Euro haben.

Gegebenenfalls müssen die Vergabeunterlagen sowie die gesamte Vergabeakte mit deren Anlagen entsprechend den für den Auftraggeber geltenden Aufbewahrungsvorschriften und -fristen noch länger als die vorgenannte, dem Vergaberecht entstammende, Frist aufbewahrt werden.

Wichtig ist dies unter anderem auch zum Zweck einer etwaigen Prüfung der vergaberechtlichen Relevanz späterer Vertragsänderungen, weil dann die ursprünglichen Vergabeunterlagen regelmäßig nochmals geprüft werden müssen (siehe Kapitel E.2.1.1.1.).

Die Angebote einschließlich ihrer Anlagen sowie die Dokumentation über Öffnung und Wertung der Angebote sind im Übrigen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

2. Nicht offenes Verfahren

2.1. Einleitungsphase

2.1.1. *Bekanntmachung*

Nachdem Planung und Design des nicht offenen Verfahrens abgeschlossen und alle Vergabeunterlagen vollständig vorbereitet sind, erfolgt die Bekanntmachung des nicht offenen Verfahrens beziehungsweise des damit verbundenen Teilnahmewettbewerbes.

Die Auftragsbekanntmachung beziehungsweise die Veröffentlichung der Bekanntmachung europaweiter Vergabeverfahren ist in §§ 37, 40 VgV geregelt.

Darin teilen öffentliche Auftraggeber ihre Absicht, einen Auftrag zu vergeben beziehungsweise eine Rahmenvereinbarung abzuschließen in einer Auftragsbekanntmachung mit. Die Auftragsbekanntmachung wird nach dem Muster gemäß Anhang II der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 erstellt. Es ist darauf zu achten, dass die Auftragsbekanntmachung alle vorgeschriebenen Inhalte umfasst. So regelt beispielsweise § 122 Abs. 4 GWB, dass Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind.

Bekanntmachungen müssen dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union elektronisch übermittelt werden. Der Tag der Absendung muss durch den öffentlichen Auftraggeber nachgewiesen werden können.

Zur Erstellung und Übermittlung der Bekanntmachung kann ein elektronisches Formular auf der Internetseite der Europäischen Union „eNotices-Formulare für das öffentliche Auftragswesen“ genutzt werden.

Für den Zugang zu eNotices muss einmalig ein Benutzerkonto eingerichtet werden. Die Zugangsrechte müssen behördenintern organisatorisch geregelt werden.

Das Auftragsbekanntmachungsformular ist vereinheitlicht und gilt für alle EU-weiten Vergabe- und Verfahrensarten für Lieferungen, Leistungen und Bauleistungen. Innerhalb dieses Formulars ist die jeweils zu vergebene Lieferung und / oder Leistung einer standardisierten Nummer zuzuordnen – der sogenannten CPV-Nummer. Der Katalog des Common Procurement Vocabulary (CPV) dient dem Zweck, dass bei europaweiten Vergabeverfahren die zu vergebende Leistung in allen EU-Staaten gleichermaßen beschrieben und verständlich ist.

Bekanntmachungen europaweiter Verfahren dürfen auch auf nationaler Ebene (beispielsweise auf www.bund.de oder diversen länderspezifischen Vergabeplattformen) veröffentlicht werden.

Wichtiger Hinweis:

Die Veröffentlichung europaweiter Verfahren auf nationaler Ebene darf frühestens 48 Stunden nach Bestätigung des Eingangs der Bekanntmachung durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union erfolgen. Bekanntmachungen auf nationaler Ebene dürfen zudem keine zusätzlichen Informationen zur EU-weiten Bekanntmachung enthalten.

Tipp für die Praxis:

Beim Einsatz von E-Vergabesystemen zur Vorbereitung und Durchführung von EU-weiten Vergabeverfahren kann die EU-Bekanntmachung in der Regel automatisch aus den dort erfassten Verfahrensangaben generiert und vom E-Vergabesystem an das Amt für Veröffentlichungen der

Europäischen Union übermittelt werden. Auch die Übermittlung an nationale Vergabeplattformen kann durch die Systeme unter Einhaltung der Wartefrist automatisiert erfolgen.

Die entsprechende Funktionalität beziehungsweise gegebenenfalls vorzunehmende Konfigurationen sind jedoch abhängig vom jeweiligen E-Vergabesystem und somit individuell zu prüfen.

Wichtiger Hinweis:

Mit Ausnahme oberster Bundesbehörden kann der Auftraggeber im nicht offenen Verfahren auch auf eine Auftragsbekanntmachung nach § 37 Abs. 1 VgV verzichten oder alternativ die Angebotsfrist verkürzen, wenn er ein Interessensbekundungsverfahren durchführt.

Hierzu muss im Vorfeld des geplanten Verfahrens eine Vorinformation gemäß § 38 VgV veröffentlicht werden. Diese Vorinformation muss die gemäß § 38 Abs. 4 VgV vorgeschriebenen Inhalte enthalten und wenigstens 35 Tage und nicht mehr als zwölf Monate vor dem Zeitpunkt der Absendung der Aufforderung zur Interessensbestätigung veröffentlicht werden.

Der Auftraggeber fordert alle Unternehmen, die nach Veröffentlichung einer Vorinformation eine Interessensbekundung übermittelt haben, gemäß § 38 Abs. 5 und § 52 Abs. 3 VgV mit den vorgeschriebenen Inhalten zur Bestätigung ihres Interesses an einer weiteren Teilnahme auf (Aufforderung zur Interessensbestätigung). Mit der Aufforderung zur Interessensbestätigung wird der Teilnahmewettbewerb zum nicht offenen Verfahren (nach § 16 Abs. 1 VgV) eingeleitet. Die Frist für den Eingang der Interessensbestätigung beträgt 30 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Aufforderung zur Interessensbestätigung.

2.1.2. *Bereitstellung der Vergabeunterlagen*

Die Bereitstellung der Vergabeunterlagen europaweiter Vergabeverfahren ist in § 41 VgV geregelt.

Die Vergabeunterlagen müssen vom Bieter über eine elektronische Adresse unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Das heißt der öffentliche Auftraggeber hat die Unterlagen auf einer Webseite (zum Beispiel dem Webauftritt des Auftraggebers oder einer Vergabeplattform) – ohne Registrierungs- und Anmeldezwang – zum direkten Download bereitzustellen. Bewerber beziehungsweise Bieter dürfen nicht dazu aufgefordert werden, die Vergabeunterlagen per Mail beim Auftraggeber abzurufen.

Wichtiger Hinweis:

Aufgrund des Wortlauts von § 41 Abs. 1 VgV („vollständig“) in Verbindung mit § 29 VgV („Vergabeunterlagen“) sollte der Auftraggeber davon ausgehen, dass eine „vollständige“ Bereitstellung der Vergabeunterlagen auch bei Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb bereits zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung eine Bereitstellung auch folgender Unterlagen und Informationen für den Leistungswettbewerb umfasst: Bewerbungsbedingungen, Leistungsbeschreibung, Vertragsbedingungen, Ausgestaltung der Zuschlagskriterien.

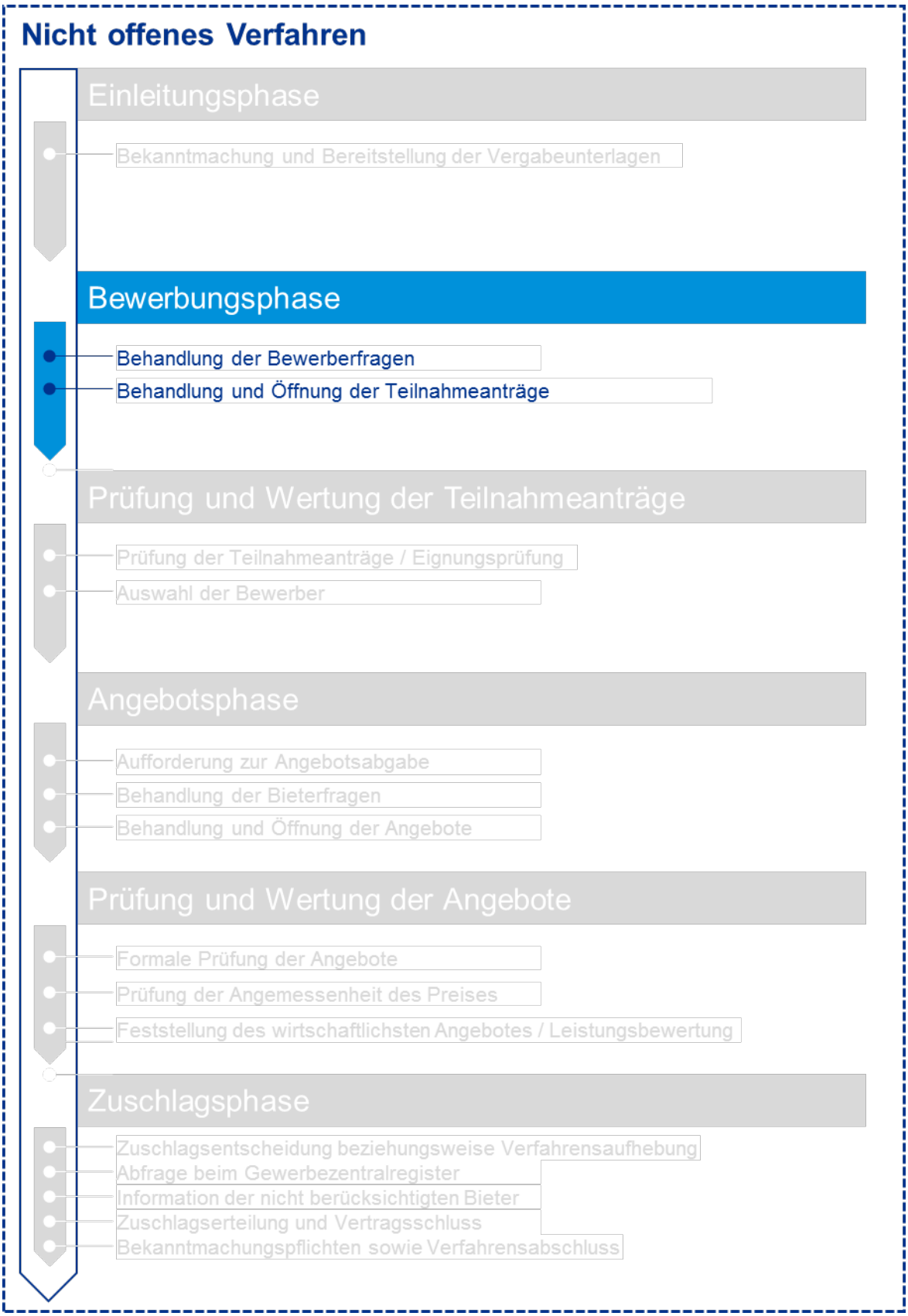
Die elektronische Adresse (Internetadresse) zum Abruf der Vergabeunterlagen ist in der EU-Bekanntmachung anzugeben.

Ausnahme bilden die in § 41 Abs. 2 VgV geregelten technischen Gründe, wenn zum Beispiel Dateiformate zur Beschreibung der Leistung beziehungsweise der Angebote zum Einsatz kommen, die nicht mit allgemein verfügbaren oder verbreiteten Programmen verarbeitet werden können. Die Angebotsfrist ist in diesem Fall um fünf Tage zu verlängern, sofern nicht ein Fall hinreichend begründeter Dringlichkeit (gemäß § 16 Abs. 7 VgV) besteht.

Auch erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit und ein damit verbundener abweichender Zugang zu den Vergabeunterlagen bilden (gemäß § 41 Abs. 3 VgV) Ausnahmen und erfordern – sofern es sich nicht ausschließlich um die Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung handelt oder die oben genannte Dringlichkeit besteht – eine Angebotsfristverlängerung.

Wird anlässlich eines Interessensbekundungsverfahrens mittels vorab durchgeführter Vorinformation (siehe Kapitel C.4.5.1.) auf die Auftragsbekanntmachung verzichtet, so wird die elektronische Adresse zum Abruf der Vergabeunterlagen nur denjenigen Bietern, verbunden mit der Aufforderung zur Interessensbestätigung und Abgabe eines Teilnahmeantrages sowie weiteren Informationen gemäß § 52 Abs. 3 VgV, mitgeteilt (beispielsweise per Mail), die bis zum Ablauf der Interessensbekundungsfrist ihr Interesse bekundet haben.

2.2. Bewerbungsphase



2.2.1. *Behandlung der Bewerberfragen*

Innerhalb der Teilnahmefrist können die Bewerber zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sind unverzüglich zu erteilen und sollten im nicht offenen Verfahren bei rechtzeitiger Anforderung durch die Bewerber - orientiert an den Fristen für die Angebotsphase - spätestens sechs Tage (beziehungsweise vier Tage bei aufgrund von Dringlichkeit beschleunigten Verfahren) vor Ablauf der Teilnahmefrist erteilt werden, andernfalls sollte die Teilnahmefrist verlängert werden. Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bewerber Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen (gemäß den Grundsätzen der Kommunikation nach § 9 ff. VgV) mit elektronischen Mitteln (in Textform) gestellt und allen Bewerbern gleichzeitig mit elektronischen Mitteln (in Textform) – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform - beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen, die Teilnahmeanträge, die Interessensbestätigung oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bewerberfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die VgV sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bewerberfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bewerberfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Teilnahmeantragsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Teilnahmeantragsfrist ebenfalls zu verlängern.

2.2.2. *Behandlung und Öffnung der Teilnahmeanträge*

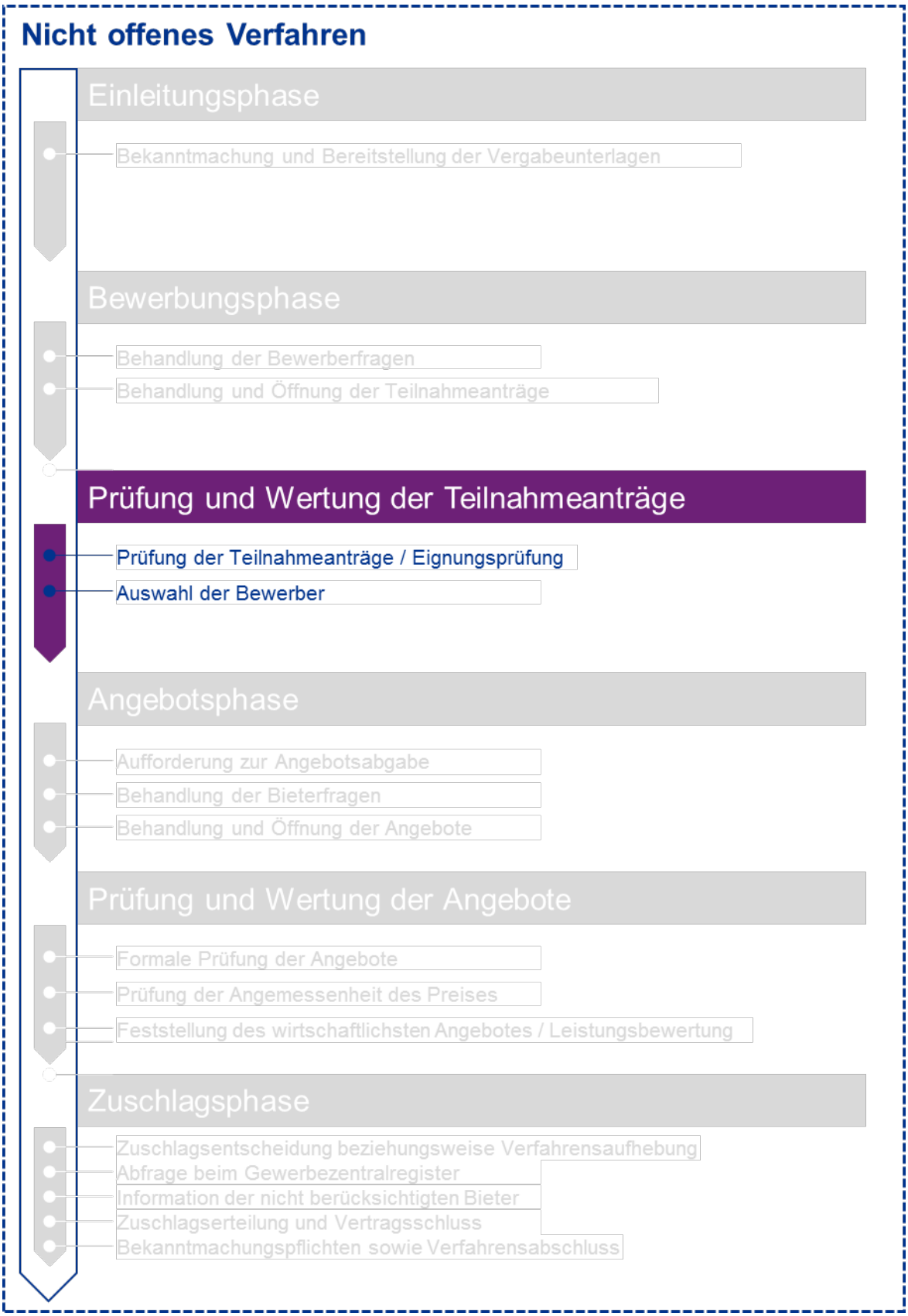
Elektronisch übermittelte Teilnahmeanträge (sowie gegebenenfalls im Rahmen eines Interessensbekundungsverfahrens eingeholte Interessensbekundungen beziehungsweise Interessensbestätigungen) sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Teilnahmeanträge sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Teilnahmeanträge sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Teilnahmeanträge erst nach Ablauf der Teilnahmefrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Teilnahmeanträge sollte von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Teilnahmefrist durchgeführt werden.

Die Öffnung der Teilnahmeanträge ist in Textform zu dokumentieren. Die Teilnahmeanträge sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

2.3. Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge



2.3.1. *Prüfung der Teilnahmeanträge / Eignungsprüfung*

Im Anschluss an die Öffnung der Teilnahmeanträge hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen der Eignungsprüfung zugrunde zu legen.

Im Rahmen der Eignungsprüfung prüft der Auftraggeber das Vorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB und, ob und inwieweit die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen fachkundig und leistungsfähig (geeignet) sind.

Die Ausschlussgründe in diesem Sinne sind teilweise zwingend (ohne Ermessen für den Auftraggeber, § 123 GWB), teilweise fakultativ (Kann-Ausschluss mit Ermessensentscheidung für den Auftraggeber, § 124 GWB). Hier hat der Auftraggeber den entsprechenden Katalog der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB sowie die Regelungen zur Selbstreinigung (§§ 125, 126 GWB) zu beachten.

Im Übrigen sind für die Eignungsprüfung die dahingehenden Vorgaben, namentlich die Festlegungen zu den Eignungskriterien, in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung (gegebenenfalls in einer Eignungsbewertungsmatrix) maßgeblich. Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Planung und eines ordnungsgemäßen Designs der Beschaffung hat der Auftraggeber entsprechende Eignungskriterien festgelegt und definiert, die ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über deren Eignung verlangen.

2.3.2. *Auswahl der Bewerber*

Der Auftraggeber wählt die Bewerber zur Abgabe eines Angebotes aus, bei denen keine Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB vorliegen und die die Eignungskriterien (am besten) erfüllen. Die Vorgaben für die Auswahlentscheidung (zum Beispiel Eignungsbewertungsmatrix und Mindest- / Höchstzahl der auszuwählenden Bewerber) hat der Auftraggeber bereits in der Planung und im Design einer Beschaffung rechtmäßig in den Vergabeunterlagen festgelegt und definiert.

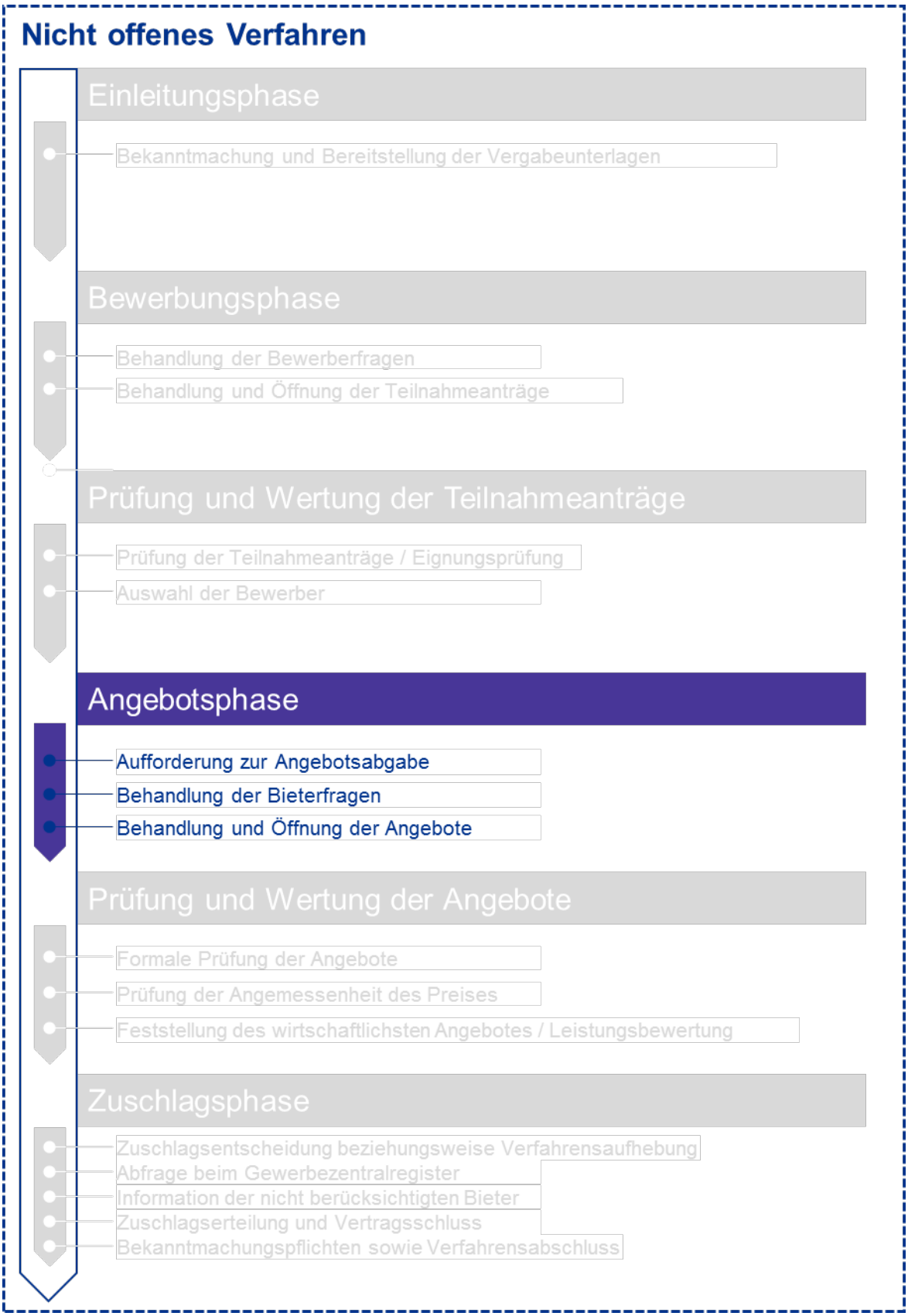
Für die Auswahl der am besten geeigneten Bewerber erfolgt demgemäß nach einer Bewertung des Auftraggebers auf der Grundlage einer Eignungsbewertungsmatrix, ob und inwieweit der Bewerber die in den Vergabeunterlagen durch Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix vorgegebenen Eignungsanforderungen erfüllt.

Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, in der Auftragsbekanntmachung und in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Der Auftraggeber hat die Bewerber, die nicht ausgewählt werden und damit im Teilnahmewettbewerb ausscheiden, über die Gründe für die Ablehnung ihres Teilnahmeantrages zu unterrichten (§ 62 Abs. 2 VgV, § 134 Abs. 1 S. 2 GWB).

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Eignungsprüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe, einschließlich etwaiger Begründungen für Ermessensentscheidungen, und über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich deren Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

2.4. Angebotsphase



2.4.1. *Aufforderung zur Angebotsabgabe*

Nur die vom Auftraggeber im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Unternehmen werden vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält regelmäßig die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, das Aktenzeichen und möglicherweise ein Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen. Weiterhin sollte der Aufbau der Vergabeunterlagen in einer Übersicht dargestellt werden und die Angebotsfrist sowie die Stelle, bei der das Angebot oder die angeforderten Unterlagen einzureichen sind, benannt werden.

2.4.2. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist können die Bewerber zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sind unverzüglich zu erteilen und müssen im nicht offenen Verfahren bei rechtzeitiger Anforderung durch die Bieter spätestens sechs Tage (beziehungsweise vier Tage bei aufgrund von Dringlichkeit beschleunigten Verfahren) vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden, andernfalls ist die Angebotsfrist zu verlängern. Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bieter Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen (gemäß den Grundsätzen der Kommunikation nach §§ 9 ff. VgV) mit elektronischen Mitteln (in Textform) gestellt und allen Bietern gleichzeitig mit elektronischen Mitteln (in Textform) – beispielsweise per Mail oder über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bieterfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die VgV sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bieterfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bieterfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Angebotsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Angebotsfrist ebenfalls zu verlängern.

2.4.3. *Behandlung und Öffnung der Angebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete

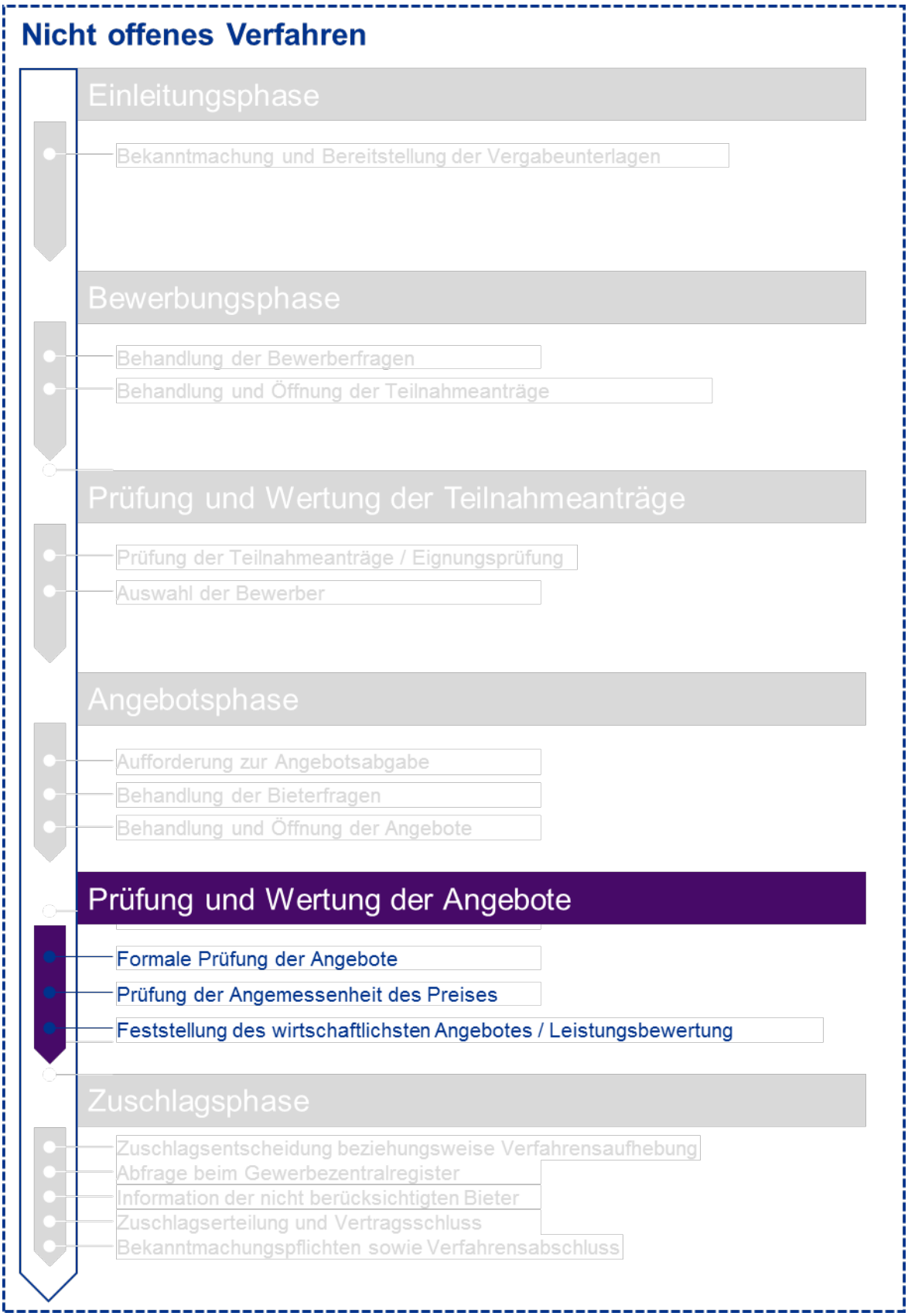
Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen.

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern.

Die Öffnung der Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

2.5. Prüfung und Wertung der Angebote



Im Anschluss an die Öffnung der Angebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung, der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Dabei wird in der Praxis grundsätzlich von einem 4-stufigen Wertungssystem ausgegangen:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung, bereits im Teilnahmewettbewerb durchgeführt)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 56, 57 VgV. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die im nicht offenen Verfahren bereits im Teilnahmewettbewerb vorgenommen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote im nicht offenen Verfahren nur bei Änderungen oder neuen Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 60 VgV. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angebote die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die nachstehende Darstellung geht in der Reihenfolge des vorstehend erläuterten 4-stufigen Wertungssystems auf die einzelnen Wertungsstufen (mit Ausnahme der Eignungsprüfung) ein.

2.5.1. *Formale Prüfung der Angebote*

Bei der formalen Prüfung prüft der Auftraggeber die Angebote auf Vollständigkeit, fachliche Richtigkeit und rechnerische Richtigkeit. Maßgeblich sind hierfür insbesondere die Vorgaben in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung. Zudem umfasst die formale Prüfung die Prüfung auf das Vorliegen von Ausschlussgründen. Danach sind von der Angebotswertung zwingend auszuschließen:

- Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn der Bieter hat dies nicht zu vertreten
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen
- oder nicht zugelassene Nebenangebote

Hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, so berücksichtigt er nur die Nebenangebote, die die von ihm in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Damit an sich vielversprechende Bieter nicht wegen lediglich geringfügiger formaler Fehler ausgeschlossen werden müssen, kann der Auftraggeber Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen (insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise) nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Das Nachforderungsrecht darf jedoch nicht zum Austausch von Unterlagen genutzt werden, denn die Nachforderung bereits vorliegender, jedoch inhaltlich unzureichender Unterlagen ist nicht zulässig (siehe zum Thema Nachforderung im Einzelnen Kapitel F.7.).

Grundsätzlich nicht nachgefordert werden dürfen leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen. Es sei denn, es handelt sich um Preisangaben für unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb beeinträchtigen.

Die Entscheidung, ob er Unterlagen nachfordert, steht im Ermessen des Auftraggebers. Im Rahmen der Ermessensentscheidung muss darüber entschieden werden, ob nachgefordert wird, was nachgefordert wird und in welcher Frist nachzuliefern ist. Sowohl eine nach den obigen Ausführungen fehlerhafte Nachforderung von Unterlagen als auch eine danach fehlerhaft unterlassene Nachforderung kann dazu führen, dass die Vergabeentscheidung des Auftraggebers von Bietern angegriffen wird.

Der Auftraggeber kann die Nachforderung von Unterlagen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen ausschließen.

Der Auftraggeber darf von den Bietern nur Aufklärung über das Angebot verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der formalen Prüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe und für die Entscheidung über die Vornahme oder das Absehen von Nachforderungen) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

2.5.2. *Prüfung der Angemessenheit des Preises*

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Preises geht es um den richtigen Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten.

Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, hat der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung zu verlangen. Ein automatischer Ausschlussgrund für solche Angebote besteht also gerade nicht (Grundsatz „Aufklärung vor Ausschluss“). Konkret treffen den Auftraggeber im Rahmen dieser Aufklärung folgende Pflichten:

Der Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebotes und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen des Bieters. Die Prüfung kann insbesondere betreffen:

- die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung
- die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt
- die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung
- die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften
- oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen

Kann der Auftraggeber nach dieser Prüfung die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.

Stellt der Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Angebot abzulehnen, wenn der Bieter nicht fristgemäß nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Der Auftraggeber hat die Ablehnung in diesem Fall der Europäischen Kommission mitzuteilen.

Anlass für eine Preisaufklärung geben zunächst Angebote mit auffälligen Preisdifferenzen zu eingegangenen Konkurrenzangeboten, wobei grundsätzlich der Gesamtpreis der Angebote maßgeblich ist. In Rechtsprechung und Landesvergabegesetzen werden teilweise prozentuale Preisabstände der Angebote zum nächsthöheren Angebot angenommen beziehungsweise festgelegt („Aufgreifschwellen“). Im Einzelfall sollte der Auftraggeber vertieft prüfen, ob und inwieweit solche Aufgreifschwellen in seinem Anwendungsbereich angenommen wurden oder gelten.

Nach einem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs können die Mitbewerber verlangen, dass der Auftraggeber in die nähere Prüfung der Preisbildung eintritt, wenn ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Angebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig erscheint (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16). Die vorzunehmende Preisaufklärung sollte sich unter Berücksichtigung dieses Grundsatzurteils nicht auf die Einholung einer pauschalen Bestätigung des betroffenen Bieters beschränken, die Angebotspreise seien angemessen und auskömmlich. Vielmehr ist eine qualifizierte Preisprüfung vorzunehmen, die insbesondere deren Schutzzweck berücksichtigt, auch das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung zu wahren. Insoweit ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen, dass unangemessen niedrige Angebotspreise gesteigerte Risiken bergen.

Nach dem Grundsatzurteil des BGH können sich diese in vielfältiger Weise verwirklichen, zum Beispiel:

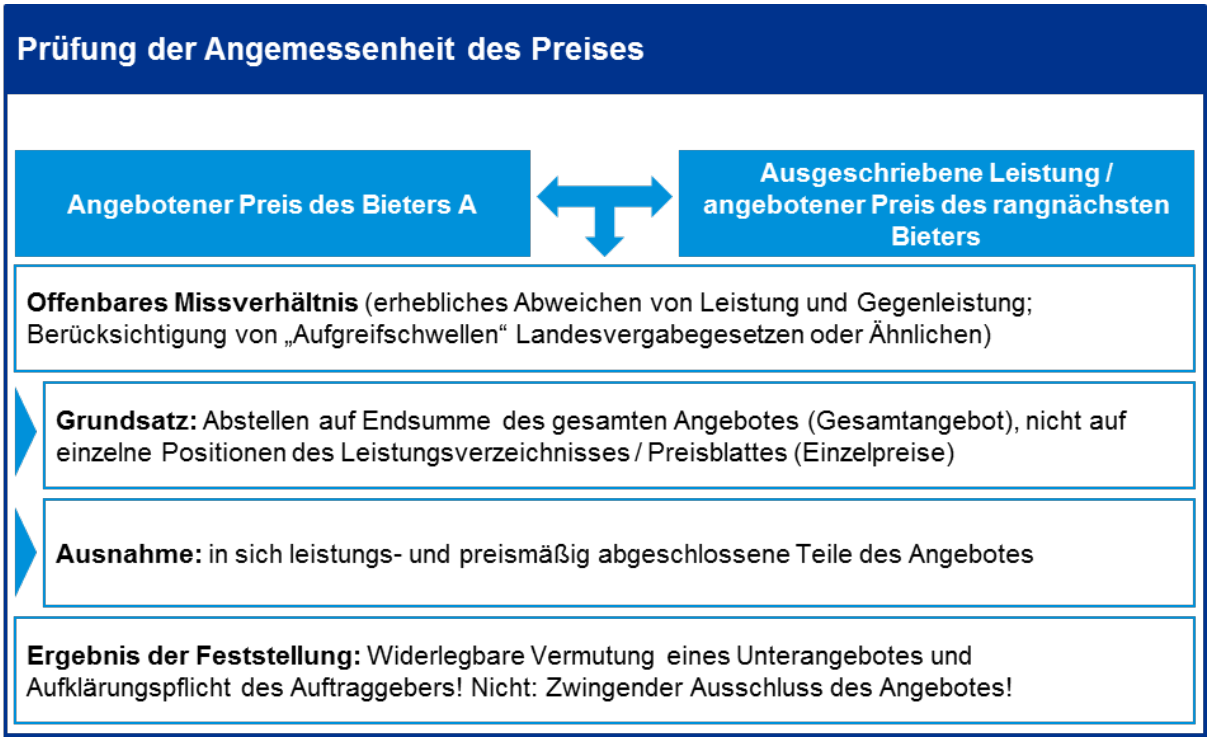
- Auftragnehmer kann infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen.

- Auftragnehmer könnte in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen, sich des Auftrages so unaufwendig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet.

Der Auftraggeber sollte diese Aspekte bei der Preisaufklärung entsprechend berücksichtigen. Kann der betroffene Bieter seine ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preise aber rechtmäßig erklären und die Gründe für seine Preisbildung eindeutig und transparent machen, kann aber auch ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot zulässig sein. Dies mit der Folge, dass ein solches Angebot nicht ausgeschlossen werden darf.

Zu Dokumentations- und Beweiszwecken ist die Durchführung der Aufklärung (Aufklärungsverlangen und Stellungnahme des betroffenen Bieters hierzu) in Textform zu dokumentieren. Für die Aufklärung durch den Bieter ist diesem eine angemessene Frist zu gewähren. In der Praxis kann für den Auftraggeber die Ausrichtung des Aufklärungsverlangens anhand konkreter Positionen des Angebotes / Preisblattes hilfreich sein, aus denen der ungewöhnlich niedrig erscheinende Gesamtpreis mutmaßlich resultiert.

Anhand der im Rahmen der Aufklärung vom betroffenen Bieter eingereichten Unterlagen hat der Auftraggeber zu prüfen, ob danach die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten zufriedenstellend aufgeklärt sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, darf der Auftraggeber den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.



Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über das Angebot, insbesondere im Zusammenhang mit den angebotenen Preisen nach den vorstehenden Maßstäben verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise (insbesondere über eine etwaige Aufklärung mit den betroffenen Bietern und über das Ergebnis, einschließlich Begründung der anschließenden Wertungsentscheidung des Auftraggebers) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

2.5.3. *Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung*

Erst im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes kommt – für die nach den drei vorstehend dargestellten Wertungsstufen im Wettbewerb verbliebenen Angebote – die in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegte Bewertungsmethode, gegebenenfalls nebst zugehöriger Leistungsbewertung gemäß Leistungsbewertungsmatrix zum Tragen (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt demgemäß nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis auf der Grundlage einer Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die in den Vergabeunterlagen durch Bewertungsmethode gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt.

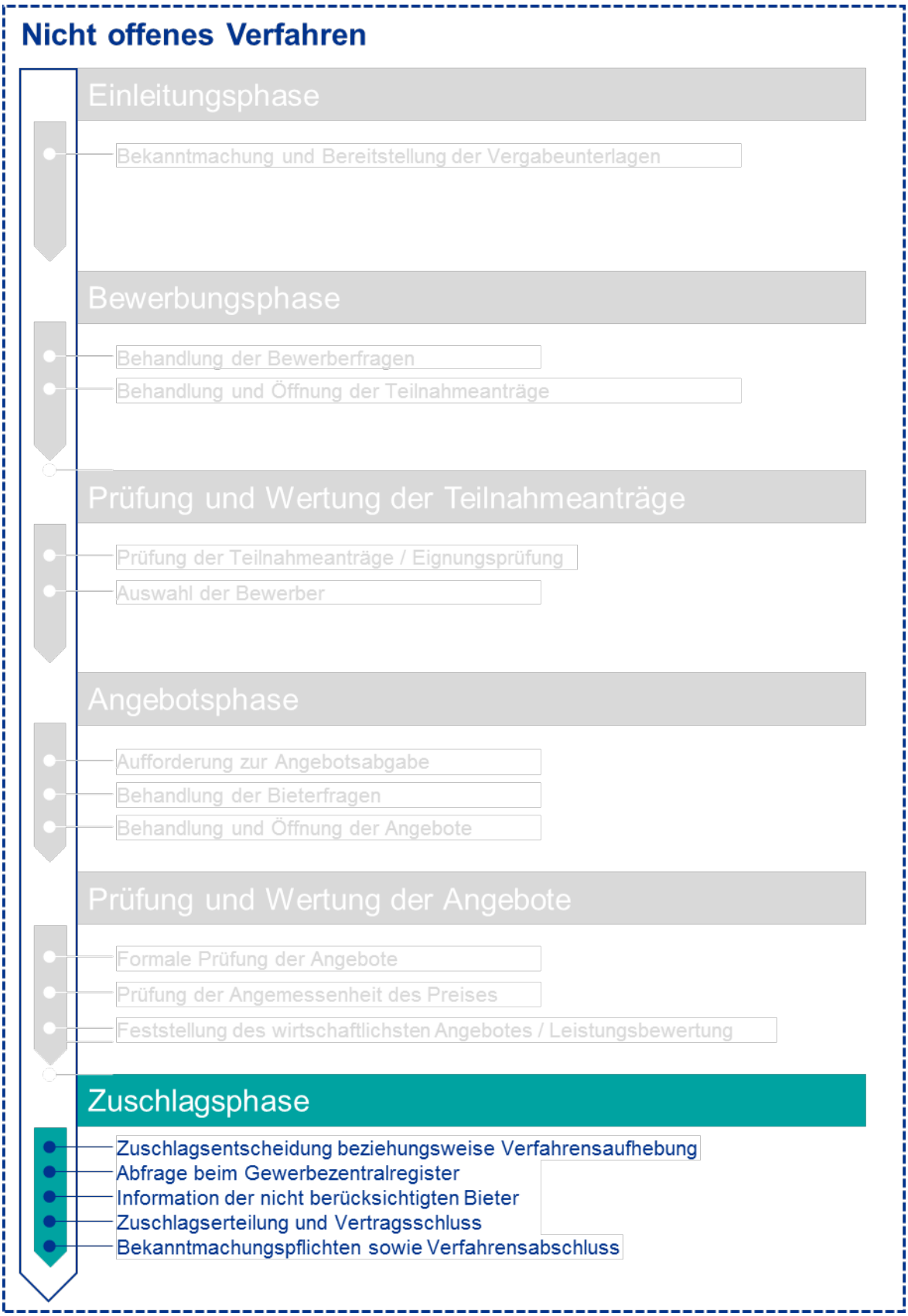
Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, insbesondere in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Zuschlagskriterien, Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes, insbesondere der Leistungsbewertung nach einer Leistungsbewertungsmatrix (insbesondere über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. Bei B-Kriterien mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung bedarf es im Rahmen der Leistungsbewertung einer besonders sorgfältigen Begründung und einer entsprechenden Dokumentation durch den Auftraggeber.

Wichtiger Hinweis:

An der Zuschlagsentscheidung sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers mitwirken.

2.6. Zuschlagsphase



2.6.1. *Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung*

Im Regelfall endet das Vergabeverfahren mit einer Zuschlagsentscheidung. Voraussetzung dafür ist, dass nach Abschluss der Prüfungs- / Wertungsphase mindestens ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, das auch zu einem wirtschaftlichen Ergebnis des Vergabeverfahrens führt.

2.6.1.1. Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung

Vor Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber von den Bietern, die eine Unterauftragsvergabe an Dritte vorsehen und deren Angebote in die engere Wahl kommen, verlangen, noch nicht aufgelistete Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel dieser Unterauftragnehmer zur Verfügung stehen (sogenannte Mittelbereitstellungserklärung). Er muss dann auch die Einreichung entsprechender Angaben fordern, um das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen prüfen zu können(§ 36 Abs. 1 VgV).

Der öffentliche Auftraggeber überprüft in jedem Fall vor der Erteilung des Zuschlages, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen. Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe verlangt der öffentliche Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe kann der öffentliche Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der öffentliche Auftraggeber kann dem Bewerber oder Bieter dafür eine Frist setzen (§ 36 Abs. 5 VgV).

2.6.1.2. Zuschlagsentscheidung

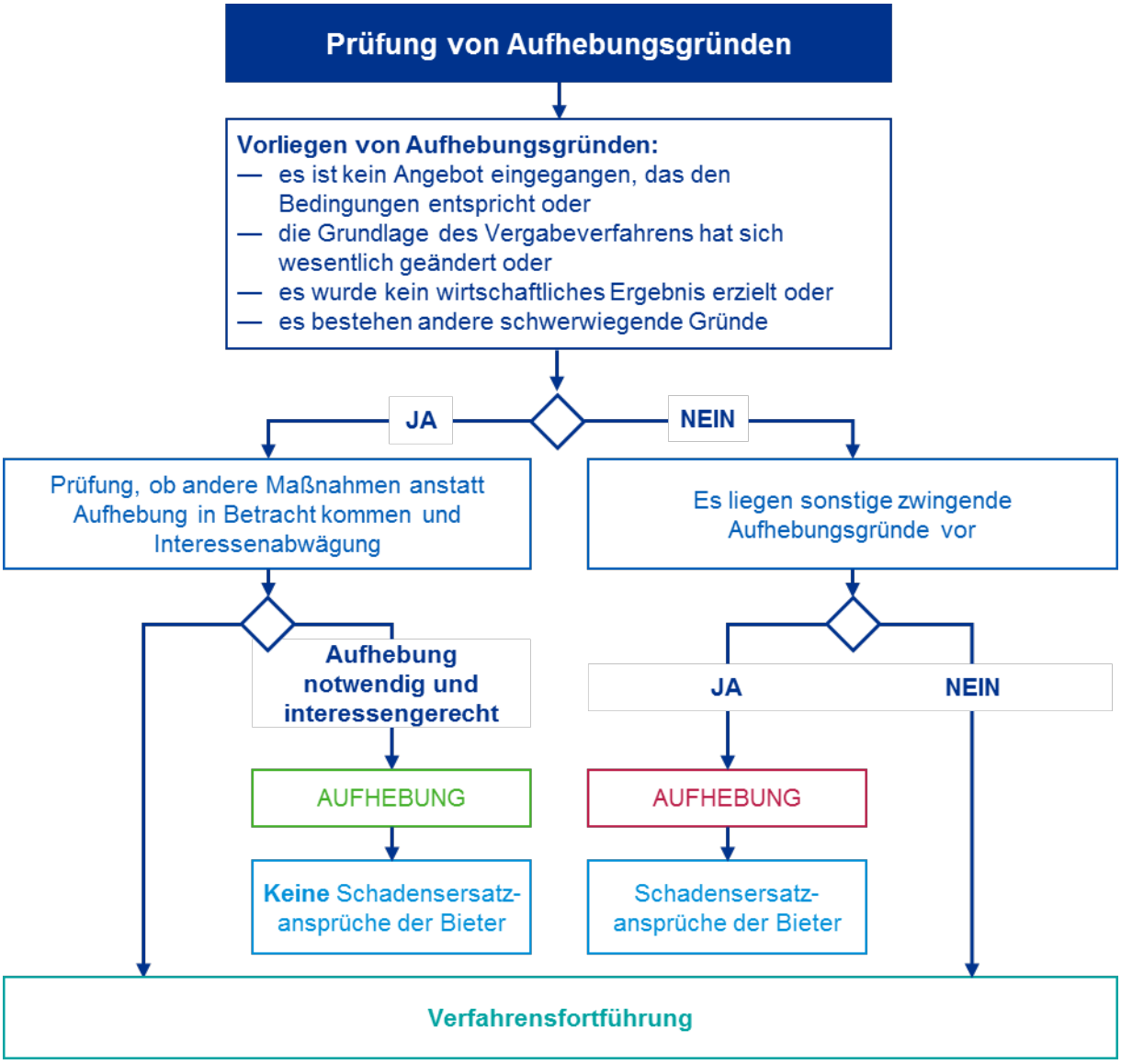
Nach Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen der Prüfungs- / Wertungsphase ist die Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Sowohl die Grundlagen für die Zuschlagsentscheidung als auch die Gründe der Nichtberücksichtigung der restlichen Bewerber und Bieter sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. An der Entscheidung über den Zuschlag sollen nach § 58 Abs. 5 VgV in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken (Mitzeichnung ist erforderlich).

Sofern demgegenüber keine zuschlagsfähigen Angebote vorliegen oder andere Aufhebungsgründe zutreffen, so ist das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Regelung des § 63 VgV ganz oder losweise aufzuheben.

2.6.1.3. Aufhebung

Nach § 63 VgV kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den in der Norm genannten und eng begrenzten Tatbeständen durch eine rechtmäßige Aufhebung beenden. Grundsätzlich gilt, dass Auftraggeber Vergabeverfahren nicht willkürlich aufheben dürfen. Ein „Auslaufen“ eines Vergabeverfahrens ohne einen für die Bieter erkennbaren Abschluss und dementsprechende Information durch den Auftraggeber ist nicht zulässig. Der früheste Zeitpunkt einer möglichen Aufhebung ist unmittelbar nach erfolgter Bekanntmachung des Vergabeverfahrens oder Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick über Aufhebungsgründe und -modalitäten:



Diese Aufhebungsvoraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen. Allerdings darf der Auftraggeber auch dann, wenn keine der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, das Verfahren aufheben. Er ist also nicht gezwungen, den Zuschlag zu erteilen. Ein sonstiger zwingender Aufhebungsgrund kann beispielsweise bestehen, wenn aufgrund fehlerhafter Planungen bereits ursprünglich nicht verfügbare Haushaltsmittel für den Auftrag endgültig verweigert werden. Ohne das Vorliegen einer gesetzlichen Aufhebungsvoraussetzung können Bewerber oder Bieter jedoch unter Umständen erfolgreich Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Es ist zwischen einer Vollaufhebung und einer Teilaufhebung zu unterscheiden. Damit bei losweisen Vergaben nicht alle Beschaffungsmaßnahmen betroffen sind, ist grundsätzlich eine Teilaufhebung für das betreffende Los möglich.

Wichtiger Hinweis:

Nach der zugrunde liegenden Norm ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines Aufhebungstatbestandes nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben. Der Auftraggeber besitzt somit einen Ermessensspielraum und muss bei der Entscheidung auch die Interessen der Bewerber und Bieter berücksichtigen. Vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber daher eine Interessenabwägung vornehmen und prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind. Der Auftraggeber ist dazu angehalten, alles Mögliche zu tun, um eine Aufhebung zu vermeiden. So soll insbesondere angestrebt werden, etwaige Verfahrensfehler, die während des Vergabeverfahrens auftreten, zu beheben. Eine Beseitigung von Verfahrensfehlern - gegebenenfalls mittels einer berichtigenden Bekanntmachung der veränderten Bedingungen (Formular: Berichtigung - Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angabe) - erfordert nicht unbedingt eine vorherige Aufhebung.

Nach der Entscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber den Bewerbern oder Bietern unverzüglich die Gründe für seine Entscheidung mitzuteilen, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten. Diese Mitteilung kann formfrei erfolgen, muss auf Antrag eines Bewerbers oder Bieters jedoch in Textform (gemäß § 126b BGB) übermittelt werden. Aus Dokumentationsgründen sollte jedoch von vornherein die Textform gewählt werden.

2.6.2. *Abfrage beim Gewerbezentralregister*

Das MiLoG trifft in § 19 MiLoG Regelungen zum Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage sind Auftraggeber verpflichtet, Bieter vor dem Zuschlag hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des MiLoG zu überprüfen (Eigenerklärung ist zu verlangen). Darüber hinaus muss bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO eingeholt werden (auch „MiLoG-Abfrage“ genannt).

Diese Auskunft sollte im Sinne eines zügigen Abschlusses des Vergabeverfahrens unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung beim zuständigen Bundesamt für Justiz angefordert werden. Sofern der Bieter ausweislich der Gewerbezentralregisterauskunft mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden ist, soll dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Vor einer Entscheidung über den etwaigen Ausschluss ist dem Bieter eine Gelegenheit einzuräumen, sich zu dem Sachverhalt zu äußern. Aus Dokumentationsgründen sollte die Anhörung des Bieters in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Bei der zu treffenden Entscheidung über den Ausschluss auf Grundlage der Ausführungen eines Bieters ist es naheliegend, dass der Auftraggeber sich an den Grundsätzen der Selbstreinigung gemäß § 125 GWB orientiert.

Tipp für die Praxis:

Sofern die Gewerbezentralregisterauskunft im schriftlichen Verfahren eingeholt wird, kann dies zu gegebenenfalls nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Daher empfiehlt es sich, dass der Auftraggeber die Möglichkeit nutzt, Gewerbezentralregisterauskünfte im deutlich schnelleren elektronischen Verfahren beim Bundesamt für Justiz einzuholen. Dazu bedarf es – soweit noch nicht vorhanden – der Einrichtung eines elektronischen Zugangs. Die Beantragung eines elektronischen Zugangs beim Bundesamt für Justiz sollte bereits vor oder in der Frühphase des Vergabeverfahrens erfolgen. Weitere Informationen sind von der Webseite des Bundesamtes der Justiz zu beziehen (siehe https:// www.bundesjustizamt.de).

Der Auftraggeber kann bereits in den Bewerbungsbedingungen von den Bewerbern / Bietern Eigenerklärungen über das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 98c AufenthG, § 19 MiLoG, § 21 AEntG und § 21 SchwarzArbG und über das Vorliegen entsprechender Einträge im Gewerbezentralregister verlangen. Auf diese Weise erhält der Auftraggeber bereits bei der Eignungsprüfung eine Indikation über das Vorliegen solcher Ausschlusstatbestände. Von der vorstehend dargestellten Abfragepflicht beim Gewerbezentralregister für den zum Zuschlag vorgesehenen Bieter befreit eine solche Eigenerklärung den Auftraggeber jedoch nicht.

Wichtiger Hinweis:

Neben der Abfrage beim Gewerbezentralregister sind bei Vergabeverfahren von Landesbehörden beziehungsweise öffentlichen Auftraggebern der Länder gegebenenfalls auch nach dem Vergaberecht des jeweiligen Bundeslandes notwendige Abfragen beim Korruptionsregister des betreffenden Bundeslandes zu beachten.

Zudem werden öffentliche Auftraggeber ab Aufnahme des Betriebs des neuen Wettbewerbsregisters nach Maßgabe des WRegG verpflichtet sein, vor Erteilung des Zuschlages beim Wettbewerbsregister elektronisch abzufragen, ob das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll, eingetragen ist.

2.6.3. *Information der nicht berücksichtigten Bieter*

2.6.3.1. Informations- und Wartepflicht

Im Rahmen der Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB muss der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung an alle Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, ein Informationsschreiben übermitteln. Dies gilt auch für Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist. Diese Information muss unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung und in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Die Ablehnungsbegründung muss auf die im Einzelfall tragenden Gründe eingehen.

2.6.3.2. Inhalt des Informationsschreibens

Das Informationsschreiben muss mindestens folgende Informationen beinhalten:

- Angabe des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll

- Individueller und begründeter Ablehnungsgrund
- Frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Hinsichtlich des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, genügt die Angabe des Namens (notwendig ist also nicht die Angabe der Adresse etc.).

2.6.3.3. Bemessung der Wartefrist

Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information geschlossen werden. Wird die Information per Telefax oder auf elektronischem Weg (zum Beispiel über ein E-Vergabe-System oder per E-Mail) übermittelt, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage.

Die Frist der 15 Kalendertage beziehungsweise zehn Kalendertage beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Tipp für die Praxis:

Auf Grundlage einschlägiger Rechtsprechung sollen bei der Bemessung der Frist vom Versand des Informationsschreibens bis zum frühestens Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu verzeichnende Feiertage, insbesondere wenn innerhalb der Frist mehrere Feiertage liegen, Berücksichtigung finden, sodass die Mindestfrist im Idealfall um die Anzahl der Feiertage verlängert wird. Dies dient zur Vermeidung von Risiken, die entstehen können, wenn dem Bieter zur Prüfung und Bewertung des Informationsschreibens faktisch nur wenige Werktage verbleiben.

Weiterhin kommt es zwar auf den Tag des Zugangs des Informationsschreibens beim betroffenen Bieter nicht an, jedoch muss der Auftraggeber nachweisen können, dass er das Schreiben versandt hat. Dies ist in der Vergabeakte zu dokumentieren.

2.6.3.4. Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebots

Die Ausführlichkeit der Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes hängt vom Einzelfall ab, beispielsweise von der Komplexität der Bewertungsmethode.

Die Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes muss jedenfalls auf die konkreten im Einzelfall tragenden Gründe eingehen. Ein bloßer allgemeiner Hinweis darauf, dass das Angebot ausgeschlossen werden musste oder nicht das wirtschaftlichste gewesen ist, genügt im Regelfall den Anforderungen an die zu übermittelnden Inhalte gemäß der Informationspflicht nicht, auch wenn die Begründung grundsätzlich knapp ausfallen kann.

Folgende Grundsätze sollte man bei der Angabe von Gründen für die vorgesehene Nichtberücksichtigung beachten:

- Es sind vollständige Informationen und somit alle Gründe für die vorgesehene Nichtberücksichtigung anzugeben. Ist ein Angebot beispielsweise sowohl verspätet als auch in Form eines Nebenangebotes eingegangen, obwohl Nebenangebote nicht zugelassen wurden, so liegen zwei Gründe für die Nichtberücksichtigung vor (ein Ausschluss muss nach § 57 Abs. 1 Nr. 1, 6 VgV erfolgen), die mitgeteilt werden sollten.

- Sofern ein Bieter nicht zu berücksichtigen ist, weil er nicht das wirtschaftlichste Angebot eingereicht hat, sollten – je nach der anzuwendenden Bewertungsmethode – konkretisierende Informationen mitgeteilt werden.
- Ist über den Zuschlag auf Grundlage des günstigsten Preises beziehungsweise der niedrigsten Kosten zu entscheiden, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, welchen Rang das Angebot in der Rangfolge der Preise beziehungsweise der Kosten belegt hat. Erfolgt die Zuschlagserteilung auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, ob sein Angebot anhand eines teureren Preises oder anhand niedrigerer Leistungspunkte als der Zuschlagskandidat oder aus beiden Gründen nicht berücksichtigt werden kann, gegebenenfalls ergänzt um die jeweilige Rangfolge.
- Insgesamt sollen die Informationen aussagekräftig und für den Bieter nachvollziehbar sein.
- Allen Bietern, die nicht berücksichtigt werden, sollen aus Gründen der Gleichbehandlung die sie betreffenden Informationen in gleichartiger Ausgestaltung und Ausführlichkeit sowie zum gleichen Zeitpunkt übermittelt werden.

Darüber hinausgehende Informationen werden regelmäßig nicht erforderlich sein. Insbesondere ist eine Angabe von konkreten Leistungspunktzahlen nicht notwendig. Konkrete Informationen über das Angebot, das den Zuschlag erhalten soll, sollen nicht mitgeteilt werden, da der Auftraggeber die Vertraulichkeit von Informationen aus dem Angebot des Zuschlagskandidaten zu wahren hat, was insbesondere die Preisangaben betrifft.

Ein ähnlicher Maßstab kann grundsätzlich für die Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Teilnahmeantrages angelegt werden.

Hinweis zu Abweichungen bei sicherheitsrelevanten Beschaffungen:

Im Fall sicherheitsrelevanter Aufträge können Auftraggeber beschließen, bestimmte Informationen über die Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung nicht mitzuteilen, soweit die Offenlegung den Gesetzesvollzug behindert, dem öffentlichen Interesse, insbesondere Verteidigungs- oder Sicherheitsinteressen, zuwiderläuft, berechtigte geschäftliche Interessen von Unternehmen schädigt oder den lauteren Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigen könnte. Ein solcher Wegfall der Mitteilung bestimmter Informationen ist im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung zu prüfen und zu begründen sowie in der Vergabeakte zu dokumentieren.

2.6.3.5. Adressaten des Informationsschreibens

Adressaten des Informationsschreibens sind alle Bieter, das heißt Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt haben. Darunter fällt beispielsweise auch das Angebot eines Bieters, das bereits deshalb ausgeschlossen werden musste, weil es verspätet eingegangen war.

Daneben sind auch Bewerber Adressaten des Informationsschreibens, denen bis dato noch keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde. Um den Kreis von Adressaten in der Zuschlagsphase klein zu halten sowie aus Transparenzgründen, empfiehlt es sich,

ausgeschiedenen Bewerbern bereits nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbes eine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zu übermitteln.

Eine Übermittlung des Informationsschreibens an den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, ist nicht vorgeschrieben, kann aber sinnvoll sein, damit dieser Bieter bereits Vorkehrungen für die Aufnahme der Leistungserbringung treffen kann. Erfolgt eine solche Benachrichtigung, so ist darauf zu achten, dass klarstellend nur die voraussichtliche Zuschlags- beziehungsweise Auftragserteilung angekündigt wird. Es darf nicht der Eindruck erweckt werden, die Vorankündigung sei bereits das eigentliche Zuschlagschreiben.

2.6.3.6. Konsequenzen einer Nichtbeachtung der Informations- und Wartepflicht

Erfolgt die Information nicht oder nur unvollständig beziehungsweise nicht gegenüber allen notwendigen Adressaten oder wird die Wartefrist nicht eingehalten und trotzdem der Zuschlag erteilt, so hat dies gravierende Folgen. Denn ein erteilter öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen die Vorschriften zur Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB verstoßen hat und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Die Unwirksamkeit kann nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrages beziehungsweise nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union geltend gemacht worden ist, längstens jedoch innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss.

Zur Vermeidung vorgenannter Risiken sollte der Auftraggeber bei Abfassung und Versand des Informationsschreibens ein hohes Maß an Sorgfalt walten lassen.

2.6.3.7. Ergänzende Informationspflichten und Informationspflicht auf Antrag

Unabhängig von der vorstehend dargestellten gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflicht nach § 134 GWB gegenüber nicht berücksichtigten Bietern und Bewerbern, bestehen nach § 62 VgV ergänzende Informationspflichten gegenüber Bewerbern und Bietern. Daneben können Bieter und Bewerber gezielt weitergehende Informationen über die Gründe der Nichtberücksichtigung vom Auftraggeber verlangen.

Der Auftraggeber muss jedem Bieter und jedem Bewerber unverzüglich und ohne gesonderte Aufforderung seine Entscheidungen über

- den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder
- die Zuschlagserteilung

mitteilen. Es empfiehlt sich, diese Informationen in das Informationsschreiben nach § 134 GWB aufzunehmen (soweit hier überhaupt ein zusätzlicher Gehalt an Informationen zu verzeichnen ist). Eine Information nach § 62 Abs. 1 VgV kann aber das Informationsschreiben nach § 134 GWB nicht ersetzen.

Weiterhin muss der Auftraggeber in der Zuschlagsphase auf Verlangen eines Bewerbers oder Bieters diesen unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrages in Textform (gemäß § 126b BGB),

- jeden nicht erfolgreichen Bewerber über die Gründe für die Ablehnung seines Teilnahmeantrages (1)

- jeden nicht erfolgreichen Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebotes (2) und
- über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes (3) sowie
- den Namen des erfolgreichen Bieters (4) informieren.

Die Informationsaspekte (2) und (4) werden bereits mit dem Informationsschreiben nach § 134 GWB abgedeckt. Demgegenüber stellen nur die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes noch eine zusätzliche Information dar. Der Spielraum für solche Informationen über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ist allerdings aus Gründen des Vertraulichkeitsschutzes und des fairen Wettbewerbes nur sehr klein. Man wird hier kaum weiter gehen können, als etwa dem nicht erfolgreichen Bieter in allgemeiner Form mitzuteilen, in welchen Leistungsbereichen (zum Beispiel Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen) der Zuschlagskandidat besser abgeschnitten hat als der nicht erfolgreiche Bieter. Aufgrund des Vertraulichkeitsschutzes gemäß § 5 VgV, der die vertraulichen Aspekte des Angebotes des Zuschlagskandidaten regelt, ist insbesondere hinsichtlich etwaiger Preisinformationen größte Zurückhaltung geboten.

Bei der Darstellung der Gründe für die Ablehnung eines Teilnahmeantrages (1) kann man sich hinsichtlich Ausführlichkeit und Substanz an den Ausführungen zur Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes orientieren (siehe Kapitel D.2.6.3.4.).

Der öffentliche Auftraggeber ist im Übrigen nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern (a), dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen (b), den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden (c) oder den lauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde (d). Insbesondere die genannten Aspekte (c) und (d) sprechen dafür, dass der Auftraggeber bei der antragsgemäßen Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ein hohes Maß an Zurückhaltung walten lässt.

2.6.4. *Zuschlagserteilung und Vertragsschluss*

Nach Ablauf der Wartefrist ist im nächsten Schritt der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

2.6.4.1. Übermittlung Zuschlagsschreiben

Zum Vertragsschluss muss der Auftraggeber dem ausgewählten Bieter ein Zuschlagsschreiben übermitteln. In dem Zuschlagsschreiben ist dem Bieter mitzuteilen, dass der Zuschlag erteilt wird und das Angebot des Bieters angenommen wird. Dabei ist in der VgV – anders als ausdrücklich an diversen anderen Stellen bezüglich der Kommunikation – nicht die Textform (§ 126b BGB), allerdings auch keine andere spezifische Form (zum Beispiel die Schriftform), vorgesehen. Insofern ist von einer Wahlfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Übermittlungsform auszugehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Zuschlagsschreibens achten.

Mit Zugang des Zuschlagsschreibens beim Bieter kommt der Vertrag zustande. Dabei gelten die Grundsätze zum Vertragsschluss nach dem BGB. Das Zuschlagsschreiben muss daher dem Bieter rechtzeitig vor Ablauf der Zuschlagsfrist und vor allem noch innerhalb der Angebotsbindefrist zugehen. Daneben darf die Annahme des Angebotes im Zuschlagsschreiben nicht an Bedingungen geknüpft sein oder eine Änderung des Angebotes oder der Vertragsunterlagen enthalten.

Soll die festgelegte Zuschlagsfrist aus wichtigen Gründen verlängert werden, so ist das Einverständnis der zu diesem Zeitpunkt noch im Vergabeverfahren befindlichen Bieter einzuholen. Es kann auch nur die Zustimmung derjenigen Bieter eingeholt werden, die noch eine Chance auf eine Zuschlagserteilung haben. Bei dieser Gelegenheit sind die Bieter auch aufzufordern, einer Verlängerung der Angebotsbindefrist zuzustimmen, soweit deren Fristende vor dem Ende der verlängerten Zuschlagsfrist liegt.

2.6.4.2. Erstellung der Vertragsurkunde

Nach Übermittlung des Zuschlagsschreibens wird zur Verfahrensdokumentation regelmäßig eine Vertragsurkunde ausgefertigt. Der Inhalt dieser Vertragsurkunde ergibt sich im Wesentlichen aus den Vertragsunterlagen (die Bestandteil der Vergabeunterlagen waren) und dem Angebot. Bei kleineren Beschaffungen kann auf die Ausfertigung einer gesonderten Vertragsurkunde verzichtet werden. Der Vertragsinhalt ergibt sich dann etwa aus der Leistungsbeschreibung, der VOL/B und dem Angebot.

Die Vertragsunterlagen – beispielsweise die bereits weitestgehend vorausgefüllten EVB-IT Vertragsformulare – sind im Wege einer Konsolidierung mit den notwendigen Informationen aus dem Angebot zu vervollständigen. Der Vertragsinhalt ist bereits mit Zuschlagserteilung und Übermittlung des Zuschlagsschreibens wirksam festgelegt und darf im Zuge der Erstellung der Vertragsurkunde nicht geändert werden.

2.6.4.3. Unterzeichnung der Vertragsurkunde

Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Vertragspartner dient der Beweissicherung und trägt zur Rechtssicherheit bei. Der Auftraggeber übermittelt dem Auftragnehmer beispielsweise zwei Vertragsurkunden, von denen eine bereits von der Auftraggeberseite gezeichnet ist und beim Auftragnehmer verbleibt, während der Auftragnehmer die andere nach Unterzeichnung an den Auftraggeber zurücksendet.

Zu Dokumentationszwecken sollten der abzulegenden Vertragsurkunde alle Vertragsanlagen beigefügt werden.

2.6.5. *Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss*

2.6.5.1. Vergabebekanntmachung und Statistikmeldungen

Der Auftraggeber muss spätestens 30 Tage nach der Vergabe eines öffentlichen Auftrages – also nach der Auftragserteilung mittels Übermittlung des Zuschlagsschreibens – oder nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Vergabebekanntmachung mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union übermitteln (Formular: Bekanntmachung vergebener Aufträge - Ergebnisse des Vergabeverfahrens).

Bei Abschluss einer Rahmenvereinbarung bezieht sich die Bekanntmachung vergebener Aufträge nur auf die abgeschlossene Rahmenvereinbarung. Für die auf ihrer Grundlage vergebenen Einzelaufträge ist keine Bekanntmachung vergebener Aufträge erforderlich.

Daneben sieht die VergStatVO für den Auftraggeber bestimmte Pflichten zur Übermittlung von statistikrelevanten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vor, die zu beachten sind.

2.6.5.2. Abschluss des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren ist in der Regel mit der Auftragserteilung durch Übermittlung des Zuschlagsschreibens beendet. Bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern wirkt das Vergabeverfahren jedoch noch fort, soweit nach den Regelungen der Rahmenvereinbarung mittels erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Unternehmen, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind, also sogenannten Miniwettbewerben, Einzelaufträge vergeben werden. Auch diese Vergaben von Einzelaufträgen unterliegen dann noch den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen (siehe Kapitel E.1.2.).

Die Vertragsunterlagen sind mit Abschluss des Vergabeverfahrens an die für die Vertragsverwaltung zuständige Stelle zu übermitteln.

2.6.5.3. Aufbewahrung der Unterlagen

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist die Vergabeakte auf Vollständigkeit zu prüfen und zu archivieren.

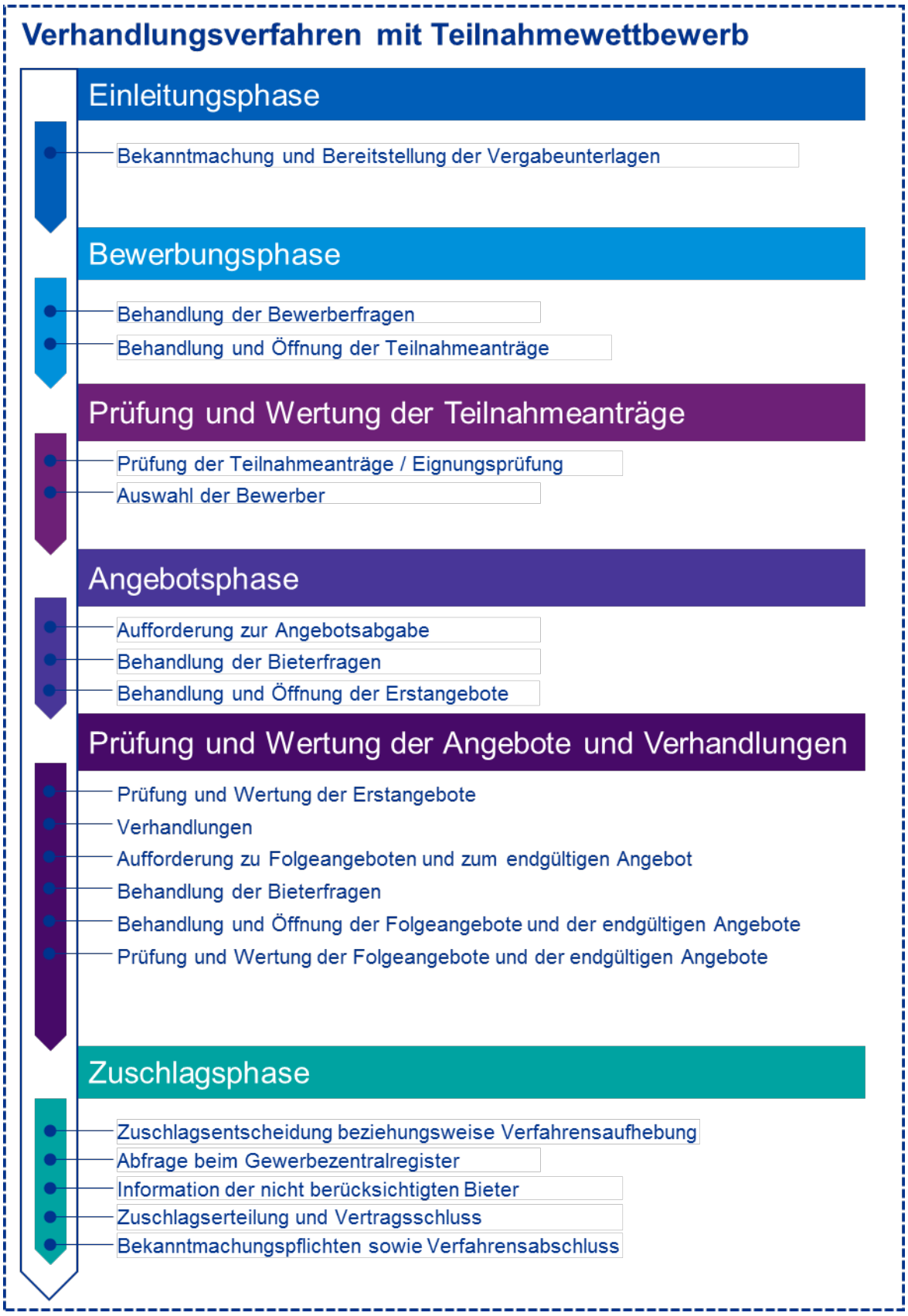
Die gesamte Verfahrensdokumentation, der Vergabevermerk, die Teilnahmeanträge sowie die Angebote und ihre Anlagen sind gemäß § 8 Abs. 4 VgV bis zum Ende der Laufzeit des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung aufzubewahren, mindestens jedoch für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages. Gleiches gilt für Kopien aller abgeschlossenen Verträge, die mindestens einen Auftragswert in Höhe von einer Million Euro haben.

Gegebenenfalls müssen die Vergabeunterlagen sowie die gesamte Vergabeakte mit deren Anlagen entsprechend den für den Auftraggeber geltenden Aufbewahrungsvorschriften und -fristen noch länger als die vorgenannte dem Vergaberecht entstammende Frist aufbewahrt werden.

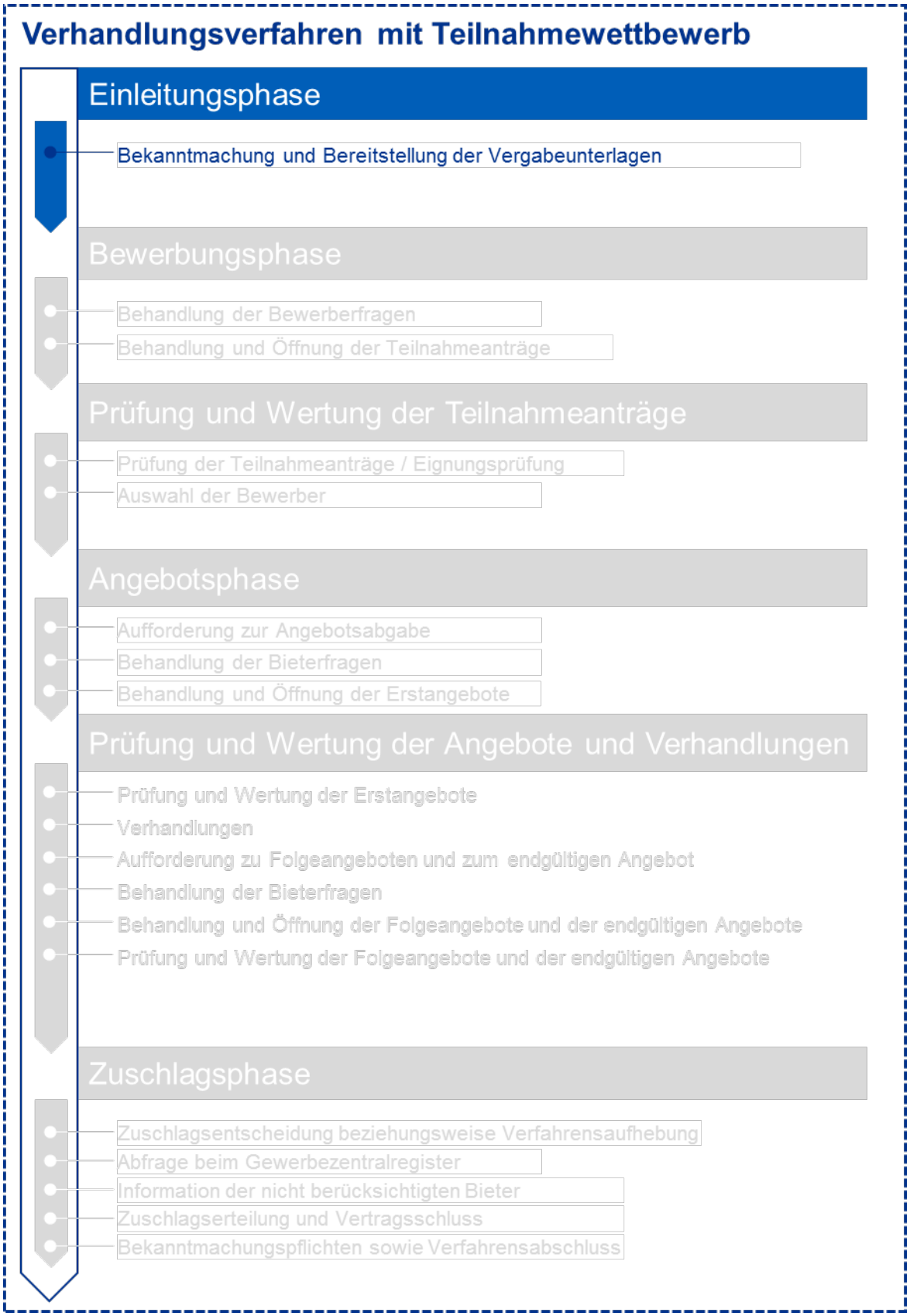
Wichtig ist dies unter anderem auch zum Zweck einer etwaigen Prüfung der vergaberechtlichen Relevanz späterer Vertragsänderungen, weil dann die ursprünglichen Vergabeunterlagen regelmäßig nochmals geprüft werden müssen (siehe Kapitel E.2.1.1.1.).

Die Angebote einschließlich ihrer Anlagen sowie die Dokumentation über Öffnung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote sind im Übrigen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

3. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb



3.1. Einleitungsphase



3.1.1. *Bekanntmachung*

Nachdem Planung und Design des nicht offenen Verfahrens abgeschlossen und die Vergabeunterlagen fertiggestellt sind, erfolgt die Bekanntmachung des Verhandlungsverfahrens beziehungsweise des damit verbundenen Teilnahmewettbewerbes.

Die Auftragsbekanntmachung beziehungsweise die Veröffentlichung der Bekanntmachung europaweiter Vergabeverfahren ist in §§ 37, 40 VgV geregelt.

Darin teilen öffentliche Auftraggeber ihre Absicht, einen Auftrag zu vergeben beziehungsweise eine Rahmenvereinbarung abzuschließen in einer Auftragsbekanntmachung mit. Die Auftragsbekanntmachung wird nach dem Muster gemäß Anhang II der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 erstellt. Es ist darauf zu achten, dass die Auftragsbekanntmachung alle vorgeschriebenen Inhalte umfasst. So regelt beispielsweise § 122 Abs. 4 GWB, dass Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind.

Bekanntmachungen müssen dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union elektronisch übermittelt werden. Der Tag der Absendung muss durch den öffentlichen Auftraggeber nachgewiesen werden können.

Zur Erstellung und Übermittlung der Bekanntmachung kann ein elektronisches Formular auf der Internetseite der Europäischen Union „eNotices-Formulare für das öffentliche Auftragswesen“ genutzt werden.

Für den Zugang zu eNotices muss einmalig ein Benutzerkonto eingerichtet werden. Die Zugangsrechte müssen behördenintern organisatorisch geregelt werden.

Das Auftragsbekanntmachungsformular ist vereinheitlicht und gilt für alle EU-weiten Vergabe- und Verfahrensarten für Lieferungen, Leistungen und Bauleistungen. Innerhalb dieses Formulars ist die jeweils zu vergebene Lieferung und / oder Leistung einer standardisierten Nummer zuzuordnen – der sogenannten CPV-Nummer. Der Katalog des Common Procurement Vocabulary (CPV) dient dem Zweck, dass bei europaweiten Vergabeverfahren die zu vergebende Leistung in allen EU-Staaten gleichermaßen beschrieben und verständlich ist.

Bekanntmachungen europaweiter Verfahren dürfen auch auf nationaler Ebene (beispielsweise auf www.bund.de oder diversen länderspezifischen Vergabeplattformen) veröffentlicht werden.

Wichtiger Hinweis:

Die Veröffentlichung europaweiter Verfahren auf nationaler Ebene darf frühestens 48 Stunden nach Bestätigung des Eingangs der Bekanntmachung durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union erfolgen. Bekanntmachungen auf nationaler Ebene dürfen zudem keine zusätzlichen Informationen zur EU-weiten Bekanntmachung enthalten.

Tipp für die Praxis:

Beim Einsatz von E-Vergabesystemen zur Vorbereitung und Durchführung von EU-weiten Vergabeverfahren kann die EU-Bekanntmachung in der Regel automatisch aus den dort erfassten

Verfahrensangaben generiert und vom E-Vergabesystem an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union übermittelt werden. Auch die Übermittlung an nationale Vergabeplattformen kann durch die Systeme unter Einhaltung der Wartefrist automatisiert erfolgen.

Die entsprechende Funktionalität beziehungsweise gegebenenfalls vorzunehmende Konfigurationen sind jedoch abhängig vom jeweiligen E-Vergabesystem und somit individuell zu prüfen.

Wichtiger Hinweis:

Mit Ausnahme oberster Bundesbehörden kann der öffentliche Auftraggeber im Verhandlungsverfahren auch auf eine Auftragsbekanntmachung nach § 37 Abs. 1 VgV verzichten oder die Angebotsfrist verkürzen, wenn er ein Interessensbekundungsverfahren durchführt.

Hierzu muss im Vorfeld des geplanten Verfahrens eine Vorinformation gemäß § 38 VgV veröffentlicht werden (siehe Kapitel C.4.5.1.). Diese Vorinformation muss die gemäß § 38 Abs. 4 VgV vorgeschriebenen Inhalte enthalten und wenigstens 35 Tage und nicht mehr als zwölf Monate vor dem Zeitpunkt der Absendung der Aufforderung zur Interessensbestätigung veröffentlicht werden.

Der öffentliche Auftraggeber fordert alle Unternehmen, die auf die Veröffentlichung einer Vorinformation eine Interessensbekundung übermittelt haben, gemäß § 38 Abs. 5 VgV mit den vorgeschriebenen Inhalten gemäß § 52 Abs. 3 VgV zur Bestätigung ihres Interesses an einer weiteren Teilnahme auf (Aufforderung zur Interessensbestätigung). Mit der Aufforderung zur Interessensbestätigung wird der Teilnahmewettbewerb zum Verhandlungsverfahren (nach § 17 Abs. 1 VgV) eingeleitet. Die Frist für den Eingang der Interessensbestätigung beträgt 30 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Aufforderung zur Interessensbestätigung.

3.1.2. *Bereitstellung der Vergabeunterlagen*

Die Bereitstellung der Vergabeunterlagen europaweiter Vergabeverfahren ist in § 41 VgV geregelt.

Die Vergabeunterlagen müssen vom Bieter über eine elektronische Adresse unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Das heißt der öffentliche Auftraggeber hat die Unterlagen auf einer Webseite (zum Beispiel dem Webauftritt des Auftraggebers oder einer Vergabeplattform) – ohne Registrierungs- und Anmeldezwang – zum direkten Download bereitzustellen. Bewerber beziehungsweise Bieter dürfen nicht dazu aufgefordert werden, die Vergabeunterlagen per Mail beim Auftraggeber abzurufen.

Wichtiger Hinweis:

Aufgrund des Wortlauts von § 41 Abs. 1 VgV („vollständig“) in Verbindung mit § 29 VgV („Vergabeunterlagen“) sollte der Auftraggeber davon ausgehen, dass eine „vollständige“ Bereitstellung der Vergabeunterlagen auch bei Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb bereits zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung eine Bereitstellung auch folgender Unterlagen und Informationen für den Leistungswettbewerb umfasst: Bewerbungsbedingungen, Leistungsbeschreibung, Vertragsbedingungen, Ausgestaltung der Zuschlagskriterien.

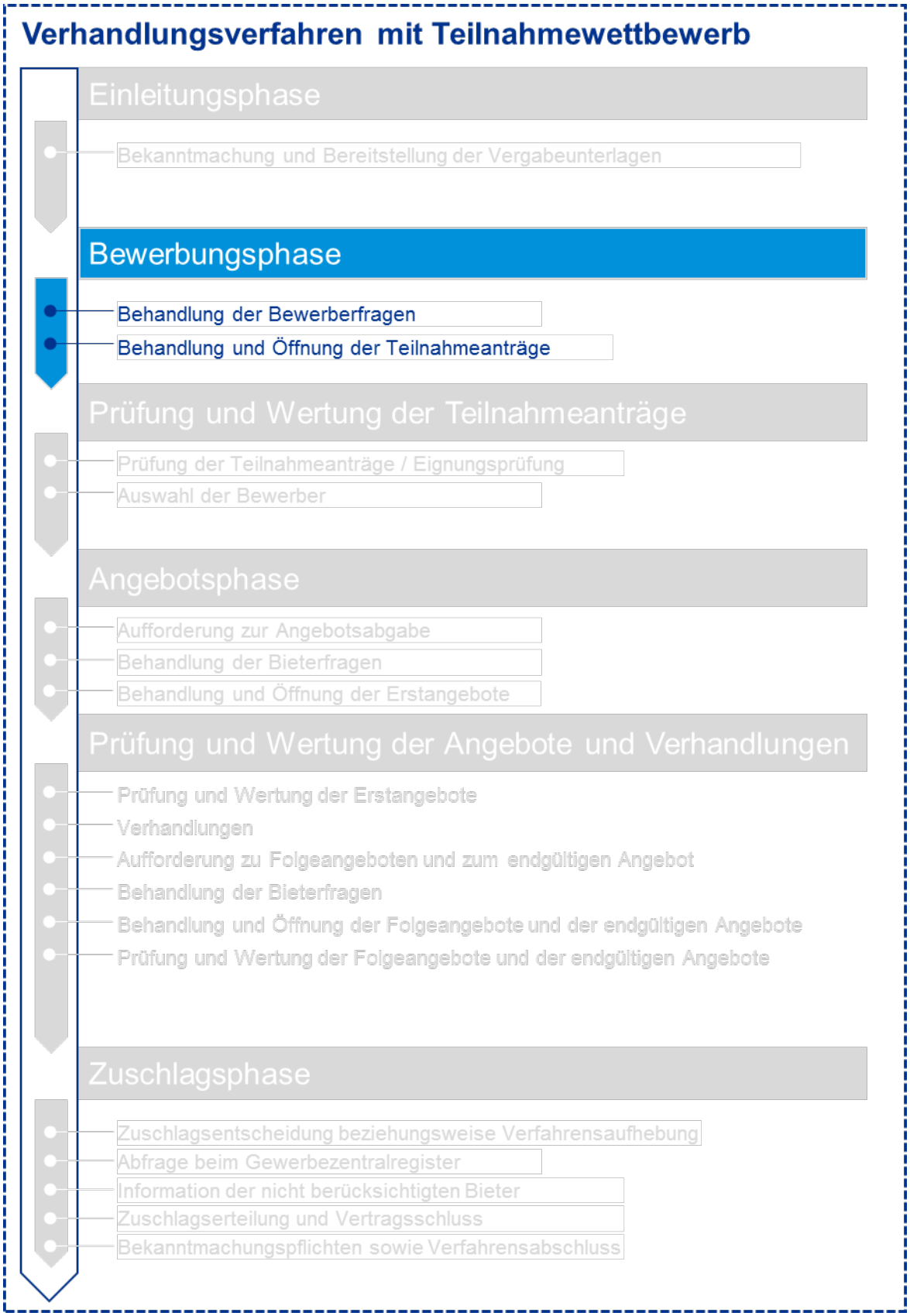
Die elektronische Adresse (Internetadresse) zum Abruf der Vergabeunterlagen ist in der EU-Bekanntmachung anzugeben.

Ausnahme bilden die in § 41 Abs. 2 VgV geregelten technischen Gründe, wenn zum Beispiel Dateiformate zur Beschreibung der Leistung beziehungsweise der Angebote zum Einsatz kommen, die nicht mit allgemein verfügbaren oder verbreiteten Programmen verarbeitet werden können. Die Angebotsfrist ist in diesem Fall um fünf Tage zu verlängern, sofern nicht ein Fall hinreichend begründeter Dringlichkeit (gemäß § 17 Abs. 8 VgV) besteht.

Auch erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit und ein damit verbundener abweichender Zugang zu den Vergabeunterlagen bilden (gemäß § 41 Abs. 3 VgV) Ausnahmen und erfordern – sofern es sich nicht ausschließlich um die Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung handelt oder der oben genannten Dringlichkeit besteht – eine Angebotsfristverlängerung.

Wird anlässlich eines Interessensbekundungsverfahrens mittels vorab durchgeführter Vorinformation (siehe Kapitel C.4.5.1.) auf die Auftragsbekanntmachung verzichtet, so wird die elektronische Adresse zum Abruf der Vergabeunterlagen nur denjenigen Bietern, verbunden mit der Aufforderung zur Interessensbestätigung und Abgabe eines Teilnahmeantrages sowie weiteren Informationen gemäß § 52 Abs. 3 VgV, mitgeteilt (beispielsweise per Mail), die bis zum Ablauf der Interessensbekundungsfrist ihr Interesse bekundet haben.

3.2. Bewerbungsphase



3.2.1. *Behandlung der Bewerberfragen*

Innerhalb der Teilnahmeantragsfrist können die Bewerber zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sind unverzüglich zu erteilen und sollten im Verhandlungsverfahren bei rechtzeitiger Anforderung durch die Bewerber - orientiert an den Fristen für die Angebotsphase - spätestens sechs Tage (beziehungsweise vier Tage bei aufgrund von Dringlichkeit beschleunigten Verfahren) vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist erteilt werden, andernfalls sollte die Teilnahmeantragsfrist verlängert werden. Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bewerber Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen (gemäß den Grundsätzen der Kommunikation nach §§ 9 ff. VgV) mit elektronischen Mitteln (in Textform) gestellt und allen Bewerbern gleichzeitig mit elektronischen Mitteln (in Textform) – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform - beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen, die Teilnahmeanträge, die Interessensbestätigung oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bewerberfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die VgV sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bewerberfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bewerberfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Teilnahmeantragsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Teilnahmeantragsfrist ebenfalls zu verlängern.

3.2.2. *Behandlung und Öffnung der Teilnahmeanträge*

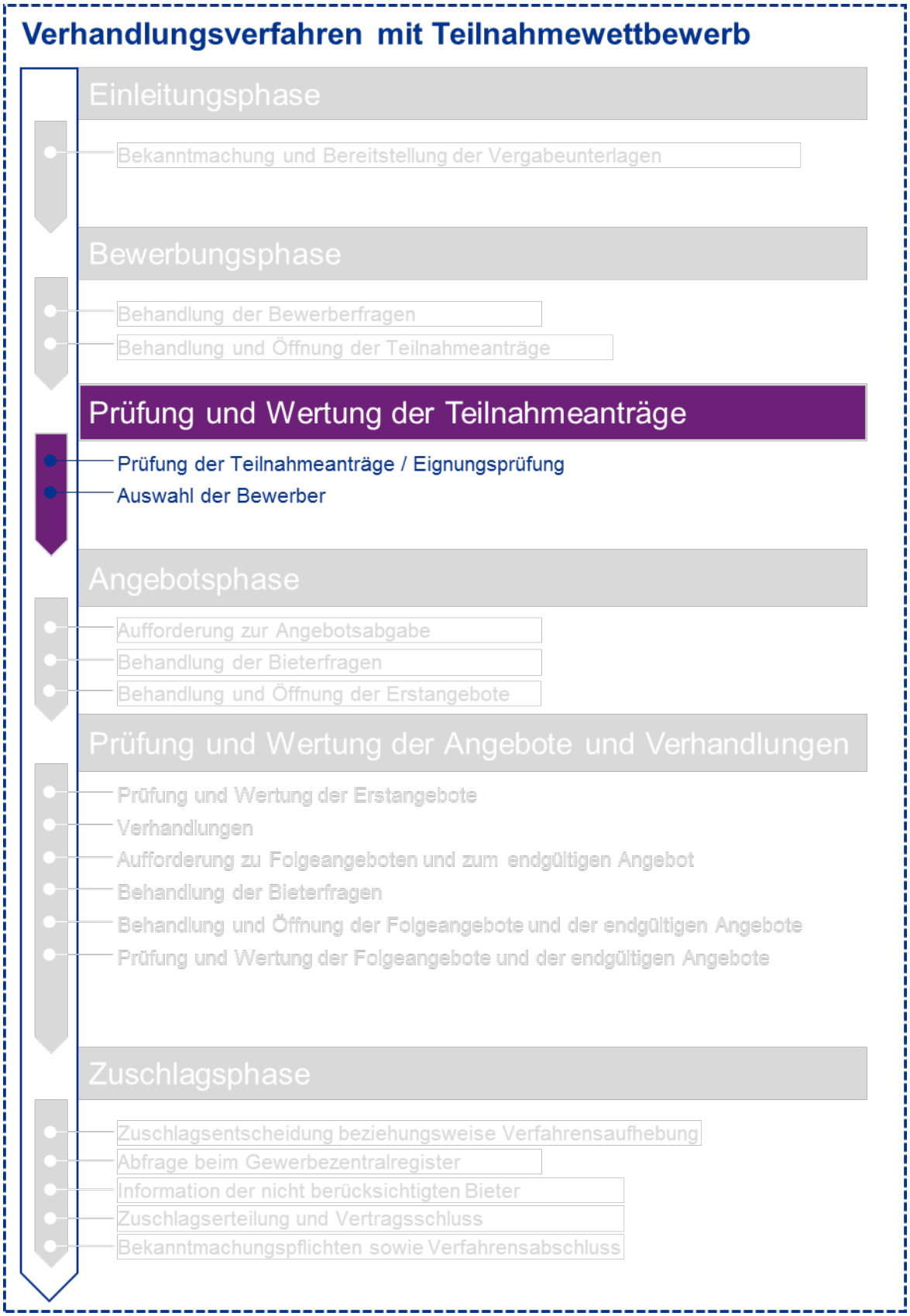
Elektronisch übermittelte Teilnahmeanträge (sowie gegebenenfalls im Rahmen eines Interessensbekundungsverfahrens eingeholte Interessensbekundungen beziehungsweise Interessensbestätigungen) sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Teilnahmeanträge sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Teilnahmeanträge sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Teilnahmeanträge erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Teilnahmeanträge ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Teilnahmeantragsfrist durchzuführen.

Die Öffnung der Teilnahmeanträge ist in Textform zu dokumentieren. Die Teilnahmeanträge sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

3.3. Prüfung und Wertung Teilnahmeanträge



3.3.1. *Prüfung der Teilnahmeanträge / Eignungsprüfung*

Im Anschluss an die Öffnung der Teilnahmeanträge hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen der Eignungsprüfung zugrunde zu legen.

Im Rahmen der Eignungsprüfung prüft der Auftraggeber zunächst das Vorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB und, ob und inwieweit die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen fachkundig und leistungsfähig (geeignet) sind.

Die Ausschlussgründe in diesem Sinne sind teilweise zwingend (ohne Ermessen für den Auftraggeber, § 123 GWB), teilweise fakultativ (Kann-Ausschluss mit Ermessensentscheidung für den Auftraggeber, § 124 GWB). Hier hat der Auftraggeber den entsprechenden Katalog der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB sowie die Regelungen zur Selbstreinigung (§§ 125, 126 GWB) zu beachten.

Im Übrigen sind für die Eignungsprüfung die dahingehenden Vorgaben, namentlich die Festlegungen zu den Eignungskriterien, in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung (gegebenenfalls in einer Eignungsbewertungsmatrix) maßgeblich. Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Planung und eines ordnungsgemäßen Designs der Beschaffung hat der Auftraggeber entsprechende Eignungskriterien festgelegt und definiert, die ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über deren Eignung verlangen.

3.3.2. *Auswahl der Bewerber*

Der Auftraggeber wählt die Bewerber zur Abgabe eines Angebotes aus, bei denen keine Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB vorliegen und die die Eignungskriterien (am besten) erfüllen. Die Vorgaben für die Auswahlentscheidung (zum Beispiel Eignungsbewertungsmatrix und Mindest- / Höchstzahl der auszuwählenden Bewerber) hat der Auftraggeber bereits in der Planung und im Design einer Beschaffung rechtmäßig in den Vergabeunterlagen festgelegt und definiert.

Für die Auswahl der am besten geeigneten Bewerber erfolgt demgemäß nach einer Bewertung des Auftraggebers auf der Grundlage einer Eignungsbewertungsmatrix, ob und inwieweit der Bewerber die in den Vergabeunterlagen durch Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix vorgegebenen Eignungsanforderungen erfüllt.

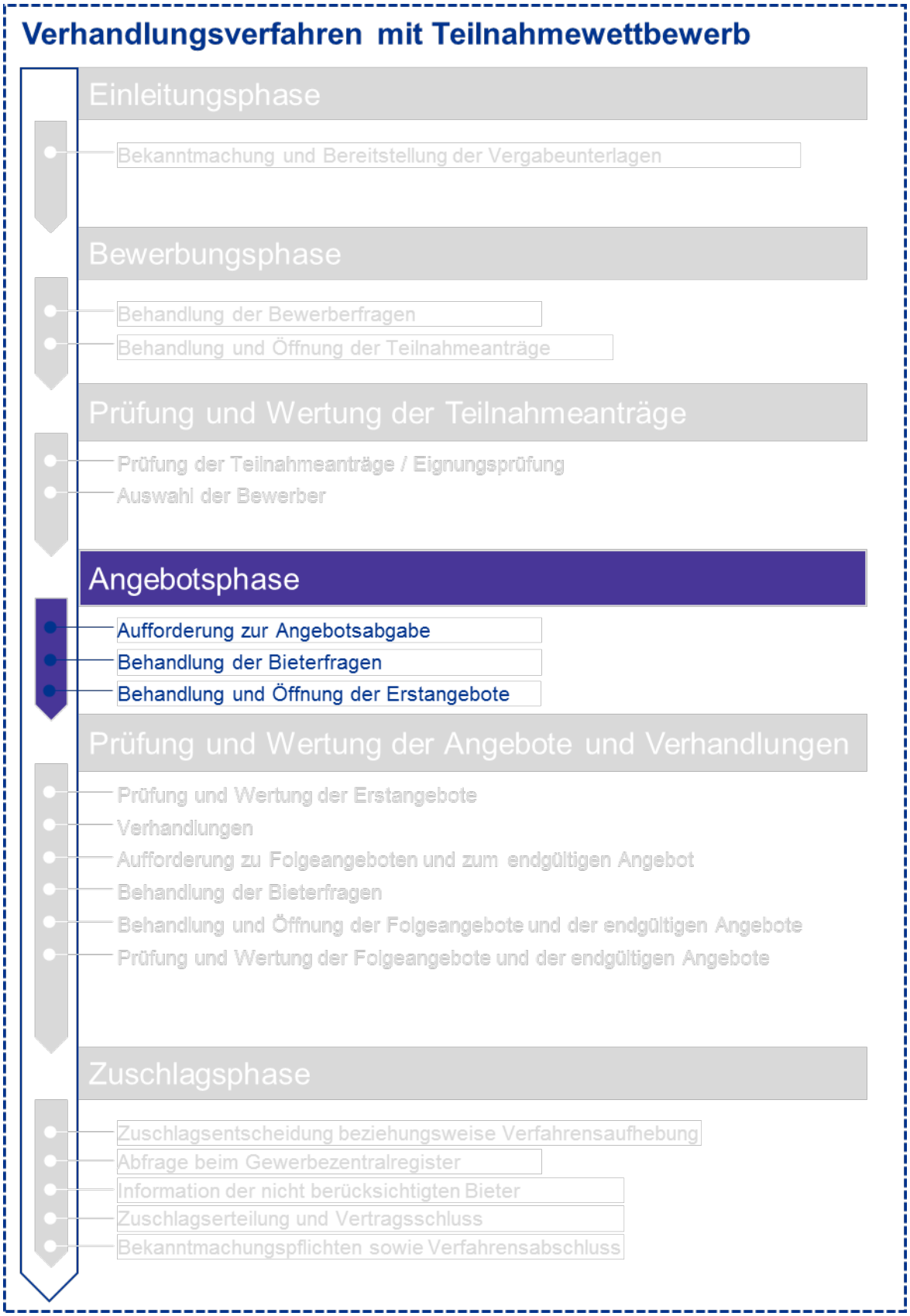
Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, in der Auftragsbekanntmachung und in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht in

der Auftragsbekanntmachung zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Der Auftraggeber hat die Bewerber, die nicht ausgewählt werden und damit im Teilnahmewettbewerb ausscheiden, über die Gründe für die Ablehnung ihres Teilnahmeantrages zu unterrichten (§ 62 Abs. 2 VgV, § 134 Abs. 1 S. 2 GWB).

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Eignungsprüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe, einschließlich etwaiger Begründungen für Ermessensentscheidungen, und über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich deren Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

3.4. Angebotsphase



3.4.1. *Aufforderung zur Angebotsabgabe*

Nur die vom Auftraggeber im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Unternehmen werden vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält regelmäßig die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, das Aktenzeichen und möglicherweise ein Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen. Weiterhin sollte der Aufbau der Vergabeunterlagen in einer Übersicht dargestellt werden und die Angebotsfrist sowie die Stelle, bei der das Angebot oder die angeforderten Unterlagen einzureichen sind, benannt werden. Beim Verhandlungsverfahren ist in der Aufforderung zur Angebotsabgabe auch der konkrete weitere Verfahrensablauf vom Auftraggeber anzugeben. Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers im Verhandlungsverfahren bestimmt sich dann nach den vom Auftraggeber aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

3.4.2. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sind unverzüglich zu erteilen und müssen im Verhandlungsverfahren bei rechtzeitiger Anforderung durch die Bieter spätestens sechs Tage (beziehungsweise vier Tage bei aufgrund von Dringlichkeit beschleunigten Verfahren) vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden, andernfalls ist die Angebotsfrist zu verlängern. Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bieter Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen (gemäß den Grundsätzen der Kommunikation nach §§ 9 ff. VgV) mit elektronischen Mitteln (in Textform) gestellt und allen Bietern gleichzeitig mit elektronischen Mitteln (in Textform) – beispielsweise per Mail oder über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bieterfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die VgV sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bieterfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bieterfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Angebotsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Angebotsfrist ebenfalls zu verlängern.

3.4.3. *Behandlung und Öffnung der Erstangebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche

elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

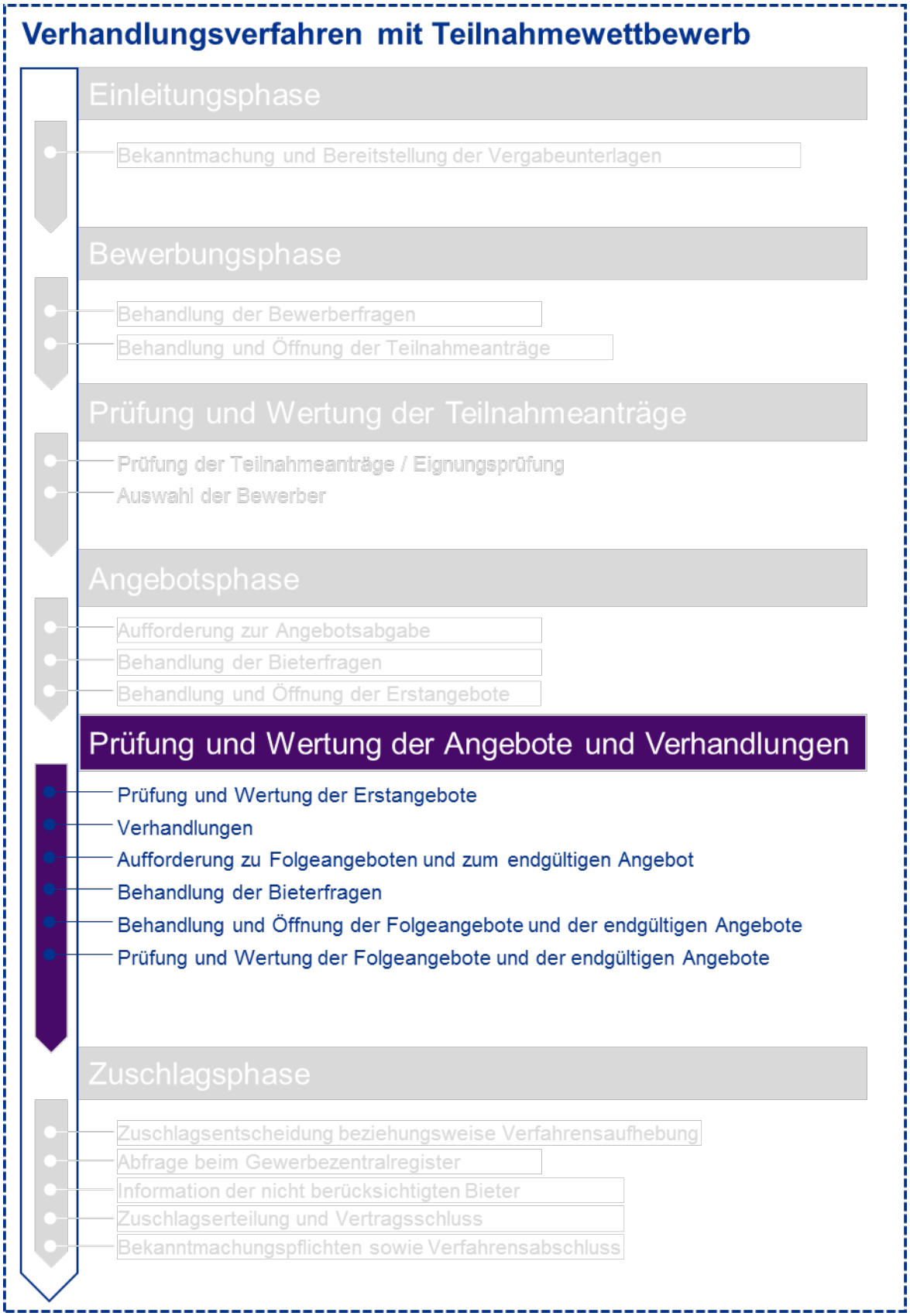
Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen.

Anders als bei Vergabeverfahren im Baubereich wird bei Lieferungen und Leistungen keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern.

Die Öffnung der Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

3.5. Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen



Im Anschluss an die Öffnung der Erstangebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Das konkrete Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote und etwaiger Folgeangebote sowie insbesondere des endgültigen Angebotes wird auch die durch die vom Auftraggeber gewählte Gestaltung des Ablaufs des Verhandlungsverfahrens bestimmt. Insoweit ist zunächst als wesentlicher Unterschied des Verhandlungsverfahrens zum offenen und nicht offenen Verfahren zu beachten, dass das Nachverhandlungsverbot im Verhandlungsverfahren nicht gilt. Der Auftraggeber ist im Verhandlungsverfahren also berechtigt, über den Angebotsinhalt mit den Bietern zu verhandeln. Gleichwohl muss aber auch im Verhandlungsverfahren jedes Angebot den vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen genügen.

Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers bei der Prüfung und Wertung der Angebote und bei den Verhandlungen bestimmt sich demgemäß nach den vom Auftraggeber im Rahmen des Designs, insbesondere bei der Erstellung der Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

Gemäß § 17 Abs. 11 VgV kann der Auftraggeber den Auftrag auf der Grundlage der Erstangebote vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich in der Auftragsbekanntmachung diese Möglichkeit vorbehalten hat.

Hat der Auftraggeber hingegen keinen Vorbehalt der Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote vorgesehen oder zieht er einen solchen vorgesehenen Vorbehalt im Vergabeverfahren tatsächlich nicht, bestehen keinen vergaberechtlichen Detailregelungen zum Ablauf des weiteren Vergabeverfahrens zwischen Erstangebot, Folgeangeboten und dem endgültigen Angebot. Der Auftraggeber hat insoweit Gestaltungsspielräume hinsichtlich des Ablaufs des weiteren Vergabeverfahrens, wobei die Vergabegrundsätze in jedem Stadium des Vergabeverfahrens stets zu beachten sind.

So kann der Auftraggeber zum Beispiel vorsehen, dass die Erstangebote zunächst nur indikative (unverbindliche) Angebote sind. Daneben besteht die Möglichkeit, das Erstangebot zunächst als reines Leistungsangebot anzufordern und erst nach Durchführung einer Verhandlungsrunde auch ein Preisangebot zu verlangen. Macht der Auftraggeber von solchen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch, kommt allerdings keine Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote in Betracht, weil diese Erstangebote dann gerade nicht verbindlich beziehungsweise nicht vollständig hinsichtlich der notwendigen Bestandteile (Preise) und damit nicht zuschlagsfähig sind.

Tipp für die Praxis:

Falls dies für sinnvoll erachtet wird, können zunächst indikative (unverbindliche) Angebote eingeholt, ausgewertet und gegebenenfalls erörtert werden. Etwaige allgemeingültige Ergebnisse müssen im Anschluss als Modifizierung der Vergabeunterlagen oder als deren Ergänzung an alle Unternehmen, mit denen verhandelt werden soll, übersandt werden.

Dieses Vorgehen erscheint vor allem dann sinnvoll, wenn noch größere Lücken in der Leistungsbeschreibung beziehungsweise Unsicherheiten bezüglich einer Machbarkeit der geforderten Leistung – insbesondere hinsichtlich der A-Kriterien – oder der Akzeptanz der Vertragsbedingungen

bestehen. Mit indikativen Angeboten soll Bietern größere Flexibilität bei der Angebotserstellung eingeräumt werden. Hiermit sollte auch das Einräumen von Spielräumen in der Leistungsbeschreibung oder bei der Beantwortung von Fragen des Kriterienkataloges korrespondieren.

Bieter erhalten dabei beispielsweise die Möglichkeit, bei bestimmten Anforderungen, die aus ihrer Sicht unpräzise beschrieben sind, Angaben zu fehlenden Informationen zu machen. Ebenso ist es denkbar, dass Bieter schwer oder nur teuer umsetzbare Anforderungen identifizieren und Alternativen dazu vorschlagen. Nicht zuletzt können Bieter etwaige Gegenvorstellungen zum Vertrag vorbringen. Aufgrund der Tatsache, dass die einzureichenden Angebote noch unverbindlichen Charakter haben, kann auch die Situation vermieden werden, dass Bieter sich an einer Erstangebotsabgabe gehindert sehen, weil zu viele vertragliche Hürden und Risiken identifiziert werden. Auf Grundlage der Angaben, die verschiedene Bieter machen, kann der Auftraggeber die Vergabeunterlagen einschließlich der Leistungsbeschreibung und des Vertrages noch einmal kritisch prüfen und gegebenenfalls anpassen.

Erst nach Anpassung der Vergabeunterlagen erfolgt dann ein Aufruf zur Abgabe verbindlicher Angebote.

Der Vorteil dieser Vorgehensmethode ist, dass der Auftraggeber in dieser Anfangsphase möglichst flexibel agieren und gleichzeitig eine möglichst breite Marktansprache sicherstellen kann. Als Nachteil dieser Methode muss festgestellt werden, dass mit der ersten Angebotsphase gegebenenfalls Zeit verloren geht. Zudem kann eine Neigung dazu bestehen, die Leistungsbeschreibung und andere Dokumente nicht so weitgehend wie möglich zu spezifizieren, weil man glaubt, die Inhalte im Dialog mit den Bietern im Rahmen der indikativen Angebotsphase weiter klären und konkretisieren zu können, obwohl dies dem Auftraggeber auch eigenständig möglich wäre. Ebenso kann ein Risiko dahingehend bestehen, dass Bieter das indikative Angebot aufgrund der Unverbindlichkeit nicht vollständig beziehungsweise nicht in der notwendigen Güte und „Preisschärfe" bearbeiten.

Soweit phasenweise Verhandlungen („Abschichtung") vorgesehen sind, kann eine Abschichtung von Angeboten allerdings erst nach Einholung verbindlicher Angebote erfolgen. Gleiches gilt für den Ausschluss von Angeboten wegen Nichterfüllung von A-Kriterien.

Der Auftraggeber kann zudem die Verhandlungen auch in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen abwickeln, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern („Abschichtung"). Voraussetzung dafür ist, dass er hierauf in der Auftragsbekanntmachung und in den Vergabeunterlagen hingewiesen hat.

Wichtiger Hinweis:

In der Schlussphase des Vergabefahrens müssen noch so viele Angebote vorliegen, dass der Wettbewerb gewährleistet ist, sofern ursprünglich eine ausreichende Anzahl von Angeboten oder geeigneten Bietern vorhanden war.

Diese Besonderheiten des Verhandlungsverfahrens vorausgeschickt, geht die nachstehende Darstellung in folgender Reihenfolge auf die einzelnen Aspekte der Prüfung und Wertung von Angeboten und der Verhandlungen ein:

- Prüfung und Wertung der Erstangebote
- Verhandlungen
- Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot
- Behandlung der Bieterfragen
- Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote
- Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote

3.5.1. *Prüfung und Wertung der Erstangebote*

Hat der Auftraggeber einen Vorbehalt der Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote gemäß § 17 Abs. 11 VgV in der Auftragsbekanntmachung aufgenommen und will er diesen Vorbehalt im Vergabeverfahren dann tatsächlich ziehen, folgt die Prüfung und Wertung der Erstangebote gemäß dem in der Praxis grundsätzlich angewandten 4-stufigen Wertungssystem:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung, bereits im Teilnahmewettbewerb durchgeführt)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt dabei die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 56, 57 VgV. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die im Verhandlungsverfahren bereits im Teilnahmewettbewerb vorgenommen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote im Verhandlungsverfahren nur bei Änderungen oder neuen Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 60 VgV. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angebote die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Hat der Auftraggeber

- hingegen keinen Vorbehalt der Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote vorgesehen,
- oder zieht er einen solchen vorgesehenen Vorbehalt im Vergabeverfahren tatsächlich nicht,
- oder hat er das Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote unter Berücksichtigung der Vergabevorschriften, insbesondere der Vergabegrundsätze in den Vergabeunterlagen entsprechend geregelt,

kann das vorbeschriebene 4-stufige Wertungssystem möglicherweise nicht vollständig bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote angewendet werden zum Beispiel, wenn

- keine abschließende formale Prüfung auf Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen erfolgen kann, weil die Erstangebote nach der Verfahrensgestaltung des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen gar nicht verbindlich sein mussten,
- oder keine Prüfung der Angemessenheit der Preise und keine Feststellung des (vorläufig) wirtschaftlichsten Angebotes möglich ist, weil noch gar keine Preisangebote mit dem Erstangebot verlangt wurden.

Im Folgenden wird dennoch das vollständige 4-stufige Wertungssystem im Einzelnen dargestellt. Ob und inwieweit dies im Einzelfall tatsächlich auf die Erstangebote angewandt wird, bestimmt sich nach den rechtmäßigen Vorgaben des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen.

3.5.1.1. Formale Prüfung der Angebote

Bei der formalen Prüfung prüft der Auftraggeber die Angebote auf Vollständigkeit, fachliche Richtigkeit und rechnerische Richtigkeit. Maßgeblich sind hierfür insbesondere die Vorgaben in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung. Zudem umfasst die formale Prüfung die Prüfung auf das Vorliegen von Ausschlussgründen. Danach sind von der Angebotswertung zwingend auszuschließen:

- Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn der Bieter hat dies nicht zu vertreten
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen,
- nicht zugelassene Nebenangebote

Hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, so berücksichtigt er nur die Nebenangebote, die die von ihm in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Damit an sich vielversprechende Bieter nicht wegen lediglich geringfügiger formaler Fehler ausgeschlossen werden müssen, kann der Auftraggeber Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen (insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise) nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Das Nachforderungsrecht darf jedoch nicht zum Austausch von Unterlagen genutzt werden, denn die Nachforderung bereits vorliegender, jedoch inhaltlich unzureichender Unterlagen ist nicht zulässig (siehe zum Thema Nachforderung im Einzelnen Kapitel F.7.).

Grundsätzlich nicht nachgefordert werden dürfen leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen. Es sei denn, es handelt sich um Preisangaben für unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

Die Entscheidung, ob er Unterlagen nachfordert, steht im Ermessen des Auftraggebers. Im Rahmen der Ermessensentscheidung muss darüber entschieden werden, ob nachgefordert wird, was nachgefordert wird und in welcher Frist nachzuliefern ist. Sowohl eine nach den obigen Ausführungen fehlerhafte Nachforderung von Unterlagen als auch eine danach fehlerhaft unterlassene Nachforderung kann dazu führen, dass die Vergabeentscheidung des Auftraggebers von Bietern angegriffen wird.

Der Auftraggeber kann die Nachforderung von Unterlagen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen ausschließen.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der formalen Prüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe und für die Entscheidung über die Vornahme oder das Absehen von Nachforderungen) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

3.5.1.2. Prüfung der Angemessenheit des Preises

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Preises geht es um den richtigen Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten.

Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, hat der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung zu verlangen. Ein automatischer Ausschlussgrund für solche Angebote besteht also gerade nicht (Grundsatz „Aufklärung vor Ausschluss“). Konkret treffen den Auftraggeber im Rahmen dieser Aufklärung folgende Pflichten:

Der Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebotes und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen des Bieters. Die Prüfung kann insbesondere betreffen:

- die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung
- die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt
- die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung
- die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften
- oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen

Kann der Auftraggeber nach dieser Prüfung die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes

besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.

Stellt der Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Angebot abzulehnen, wenn der Bieter nicht fristgemäß nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Der Auftraggeber hat die Ablehnung in diesem Fall der Europäischen Kommission mitzuteilen.

Anlass für eine Preisaufklärung geben zunächst Angebote mit auffälligen Preisdifferenzen zu eingegangenen Konkurrenzangeboten, wobei grundsätzlich der Gesamtpreis der Angebote maßgeblich ist. In Rechtsprechung und Landesvergabegesetzen werden teilweise prozentuale Preisabstände der Angebote zum nächsthöheren Angebot angenommen beziehungsweise festgelegt („Aufgreifschwellen“). Im Einzelfall sollte der Auftraggeber vertieft prüfen, ob und inwieweit solche Aufgreifschwellen in seinem Anwendungsbereich angenommen wurden oder gelten.

Nach einem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs können die Mitbewerber verlangen, dass der Auftraggeber in die nähere Prüfung der Preisbildung eintritt, wenn ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Angebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig erscheint (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16). Die vorzunehmende Preisaufklärung sollte sich unter Berücksichtigung dieses Grundsatzurteils nicht auf die Einholung einer pauschalen Bestätigung des betroffenen Bieters beschränken, die Angebotspreise seien angemessen und auskömmlich. Vielmehr ist eine qualifizierte Preisprüfung vorzunehmen, die insbesondere deren Schutzzweck berücksichtigt, auch das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung zu wahren. Insoweit ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen, dass unangemessen niedrige Angebotspreise gesteigerte Risiken bergen. Nach dem Grundsatzurteil des BGH können sich diese in vielfältiger Weise verwirklichen, zum Beispiel:

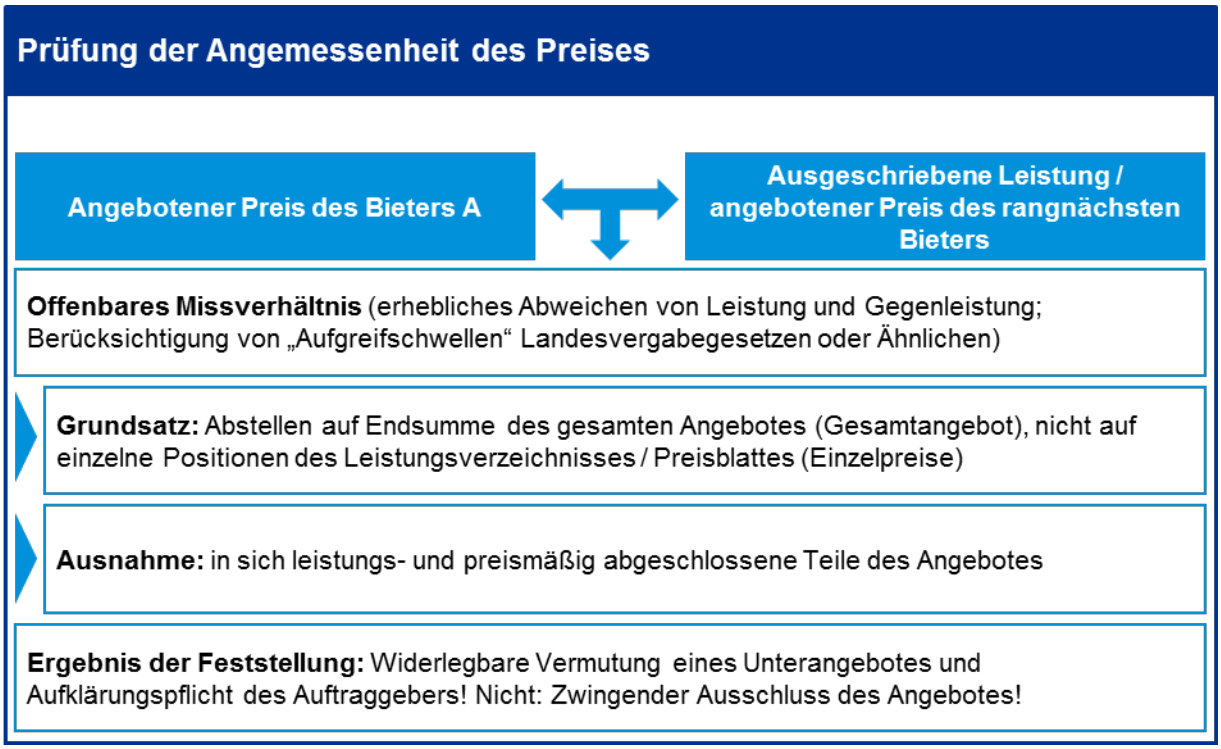
- Auftragnehmer kann infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen.
- Auftragnehmer könnte in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen, sich des Auftrages so unaufwendig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet.

Der Auftraggeber sollte diese Aspekte bei der Preisaufklärung entsprechend berücksichtigen. Kann der betroffene Bieter seine ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preise aber rechtmäßig erklären und die Gründe für seine Preisbildung eindeutig und transparent machen, kann aber auch ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot zulässig sein. Dies mit der Folge, dass ein solches Angebot nicht ausgeschlossen werden darf.

Zu Dokumentations- und Beweiszwecken ist die Durchführung der Aufklärung (Aufklärungsverlangen und Stellungnahme des betroffenen Bieters hierzu) in Textform zu dokumentieren. Für die Aufklärung durch den Bieter ist diesem eine angemessene Frist zu gewähren. In der Praxis kann für den Auftraggeber die Ausrichtung des Aufklärungsverlangens anhand konkreter Positionen des Angebotes

/ Preisblattes hilfreich sein, aus denen der ungewöhnlich niedrig erscheinende Gesamtpreis mutmaßlich resultiert.

Anhand der im Rahmen der Aufklärung vom betroffenen Bieter eingereichten Unterlagen hat der Auftraggeber zu prüfen, ob danach die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten zufriedenstellend aufgeklärt sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, darf der Auftraggeber den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.



Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über das Angebot, insbesondere im Zusammenhang mit den angebotenen Preisen nach den vorstehenden Maßstäben verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise (insbesondere über eine etwaige Aufklärung mit den betroffenen Bietern und über das Ergebnis, einschließlich Begründung der anschließenden Wertungsentscheidung des Auftraggebers) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

3.5.1.3. Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Erst im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes kommt – für die nach den drei vorstehend dargestellten Wertungsstufen im Wettbewerb verbliebenen Angebote – die in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegte Bewertungsmethode, gegebenenfalls nebst zugehöriger Leistungsbewertung gemäß Leistungsbewertungsmatrix zum Tragen (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt demgemäß nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis auf der Grundlage einer Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die in den Vergabeunterlagen durch Bewertungsmethode gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, insbesondere in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Zuschlagskriterien, Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes, insbesondere der Leistungsbewertung nach einer Leistungsbewertungsmatrix (insbesondere über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. Bei B-Kriterien mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung bedarf es im Rahmen der Leistungsbewertung einer besonders sorgfältigen Begründung und einer entsprechenden Dokumentation durch den Auftraggeber.

Wichtiger Hinweis:

An der Zuschlagsentscheidung sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken.

3.5.2. *Verhandlungen*

Für den Fall, dass nach den oben beschriebenen Maßgaben keine Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebot erfolgt, tritt der Auftraggeber nach der vorbeschriebenen Prüfung und Wertung der Erstangebote in die Verhandlungen ein. Eine Verhandlungsrunde besteht aus einem oder mehreren Verhandlungsgesprächen, die einzeln mit allen Bietern geführt werden, soweit keine Abschichtung stattgefunden hat. Innerhalb eines Verhandlungsverfahrens kann es zu einer oder mehreren Verhandlungsrunden kommen. Zum Abschluss einer Verhandlungsrunde werden regelmäßig entweder Folgeangebote eingeholt und / oder Verhandlungsergebnisse verbindlich schriftlich fixiert (ein beispielhafter Ablauf einer Verhandlungsrunde findet sich in Kapitel F.8.).

Der Auftraggeber verhandelt im Rahmen einer Verhandlungsrunde mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Dabei darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. Um die Flexibilität für die Verhandlungen zu wahren, sollte der Auftraggeber daher mit der Festlegung von Mindestanforderungen zurückhaltend sein und grundsätzlich nur alternativlose Leistungsanforderungen und Funktionalitäten als Mindestanforderung im Sinne von der vorgenannten Vorschriften festlegen. Im Rahmen der

Verhandlungen kann gegebenenfalls mehrfach sowohl über Leistungen als auch über Preise verhandelt werden.

Vor allem in komplexen und lang laufenden Verhandlungsverfahren kann es sinnvoll sein, protokollierte Verhandlungsergebnisse unmittelbar am Ende der Verhandlungsergebnisse von allen Verhandlungsbeteiligten durch Unterschrift bestätigen zu lassen oder zumindest im Anschluss an die Verhandlungsbeteiligten an die Verhandlungsbeteiligten zu übermitteln. Dabei können die Bieter aufgefordert werden, zum Beispiel bestimmte Angebotsteile auf Grundlage des protokollierten Verhandlungsergebnisses zu überarbeiten. Die Veranlassung einer derartigen Überarbeitung von Angebotsteilen muss nicht zwingend als formale Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgen, sondern kann auch informell, beispielsweise zur Vorbereitung eines weiteren Verhandlungsgesprächs, von Bietern verlangt werden. Wenn der Auftraggeber hier die Verbindlichkeit der Überarbeitung sicherstellen möchte, kann er die Unterzeichnung solcher Dokumente verlangen. Aus Gründen der Gleichbehandlung sind allen Bietern gleiche Fristen für Überarbeitungen zu setzen.

Der Auftraggeber hat bei den Verhandlungen sicherzustellen, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleichbehandelt werden. Insbesondere hat sich der Auftraggeber jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen zu enthalten, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Der Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt werden.

Bieter, deren Angebote nicht im Rahmen einer „Abschichtung“ (phasenweises Verhandlungsverfahren) ausgeschieden sind, sind in Textform nach § 126b BGB über etwaige Änderungen der Leistungsbeschreibung, insbesondere der technischen Anforderungen oder anderer Bestandteile der Vergabeunterlagen zu unterrichten, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien betreffen. Im Anschluss an solche Änderungen hat der Auftraggeber den Bietern ausreichend Zeit zu gewähren, um ihre Angebote zu ändern und gegebenenfalls überarbeitete Angebote einzureichen.

Wenn der Auftraggeber ein phasenweises Verhandlungsverfahren mit „Abschichtung“ vorgesehen hat, erfolgt die Abschichtung in der Regel bereits vor der Verhandlungsrunde anhand der eingereichten Erstangebote (gegebenenfalls Folgeangebote). Diese Bieter sind unter Angabe von Gründen über ihr Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren zu informieren. Gleiches gilt für Bieter, deren Angebote zum Beispiel aus formalen Gründen auszuschließen sind.

Die Verhandlungen sollten so lange geführt werden, bis die letzte Verhandlungsrunde die Möglichkeit zur Einholung endgültiger zuschlagsreifer Angebote eröffnet hat.

3.5.3. *Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot*

Wenn der Auftraggeber beabsichtigt, die Verhandlungen abzuschließen, so unterrichtet er die verbleibenden Bieter und legt eine einheitliche Frist für die Einreichung neuer oder überarbeiteter Angebote (Folgeangebote oder endgültige Angebote) fest. Dabei ist jeweils eindeutig anzugeben, ob es sich (lediglich) um ein Folgeangebot oder das endgültige Angebot handelt.

Die Aufforderung zur Abgabe von Folgeangeboten und endgültigen Angeboten enthält regelmäßig die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, das Aktenzeichen und möglicherweise ein Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen. Weiterhin sollte der Aufbau der gegebenenfalls aktualisierten Vergabeunterlagen in einer Übersicht dargestellt werden und die Angebotsfrist sowie die Stelle, bei der das Angebot oder die angeforderten Unterlagen einzureichen sind, benannt werden. Gegebenenfalls sind in der Aufforderung zur Abgabe von Folgeangeboten und endgültigen Angeboten auch Angaben zum weiteren Verfahrensablauf mitzuteilen, insbesondere wenn sich dieser gegenüber den vorherigen Ankündigungen ändert.

Wenn der Auftraggeber ein phasenweises Verhandlungsverfahren mit „Abschichtung“ vorgesehen hat, werden nur noch die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter zum Folgeangebot beziehungsweise zum endgültigen Angebot aufgefordert.

Nach Abschluss der letzten Verhandlungsrunde erfolgt als sogenannter „last call“ die Aufforderung zum endgültigen Angebot an die bis dahin im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter („best and final offer“ – BAFO).

3.5.4. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist für Folgeangebote und das endgültige Angebot können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Der konkrete Ablauf der Behandlung von Bieterfragen ist bereits bei der Behandlung von Bieterfragen vor den Erstangeboten dargestellt, auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

3.5.5. *Behandlung und Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Folgeangebote und endgültigen Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen.

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern.

Die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Folgeangebote und endgültigen Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

3.5.6. *Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote*

Im Anschluss an die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Das konkrete Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Folgeangebote und insbesondere des endgültigen Angebotes wird auch die durch die vom Auftraggeber gewählte Gestaltung des Ablaufs des Verhandlungsverfahrens bestimmt. Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers bei der Prüfung und Wertung der Angebote und bei den Verhandlungen bestimmt sich demgemäß nach den vom Auftraggeber im Rahmen des Designs, insbesondere bei der Erstellung der Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

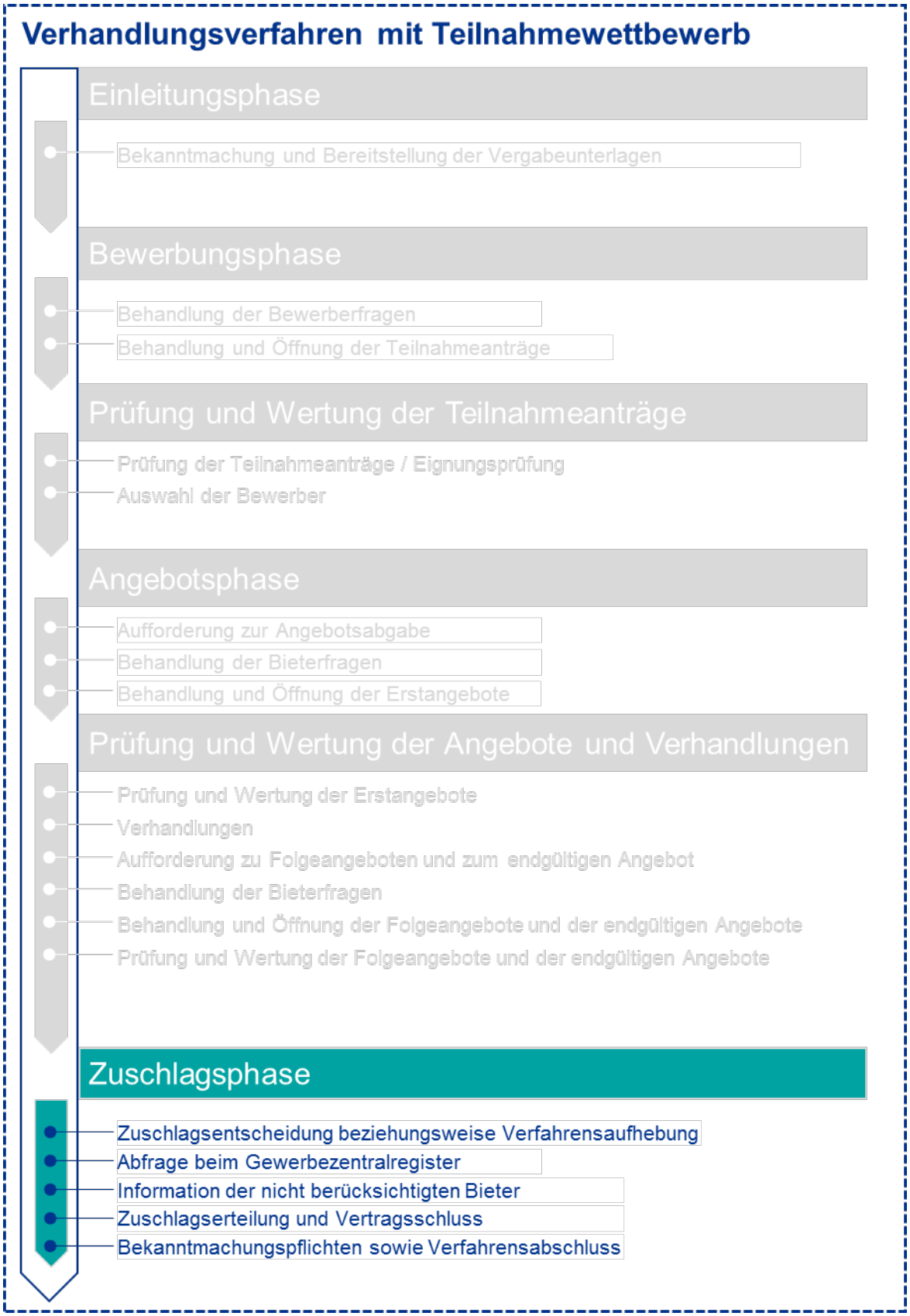
Spätestens hinsichtlich der endgültigen Angebote erfolgt die Prüfung und Wertung der gemäß dem in der Praxis grundsätzlich angewandten 4-stufigen Wertungssystem:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung, bereits im Teilnahmewettbewerb durchgeführt)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt dabei die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 56, 57 VgV. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die im Verhandlungsverfahren bereits im Teilnahmewettbewerb vorgenommenen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote im Verhandlungsverfahren nur bei Änderungen oder neuen Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 60 VgV. Erst auf der 4. Stufe erfolgt, unter den danach in der Wertung verbliebenen Angeboten, die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes, anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Der konkrete Ablauf der formalen Prüfung, Prüfung der Angemessenheit des Preises sowie die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung ist bereits bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote dargestellt, auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

3.6. Zuschlagsphase



3.6.1. *Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung*

Im Regelfall endet das Vergabeverfahren mit einer Zuschlagsentscheidung. Voraussetzung dafür ist, dass nach Abschluss der Prüfungs- / Wertungsphase mindestens ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, das auch zu einem wirtschaftlichen Ergebnis des Vergabeverfahrens führt.

3.6.1.1. Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung

Sofern der Auftraggeber im Verhandlungsverfahren den Zuschlag auf ein Erstangebot erteilen will, ohne in Verhandlungen eingetreten zu sein, ist dies nur möglich, wenn dieses Vorgehen in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung mitgeteilt wurde (§ 17 Abs. 9 VgV). Dieser Aspekt ist je nach Verfahrenslage zu prüfen.

Vor Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber zudem von den Bietern, die eine Unterauftragsvergabe an Dritte vorsehen und deren Angebote in die engere Wahl kommen, verlangen, noch nicht aufgelistete Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel dieser Unterauftragnehmer zur Verfügung stehen (sogenannte Mittelbereitstellungserklärung). Er muss dann auch die Einreichung entsprechender Angaben fordern, um das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen prüfen zu können (§ 36 Abs. 1 VgV).

Der öffentliche Auftraggeber überprüft in jedem Fall vor der Erteilung des Zuschlages, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen. Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe verlangt der öffentliche Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe kann der öffentliche Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der öffentliche Auftraggeber kann dem Bewerber oder Bieter dafür eine Frist setzen (§ 36 Abs. 5 VgV).

3.6.1.2. Zuschlagsentscheidung

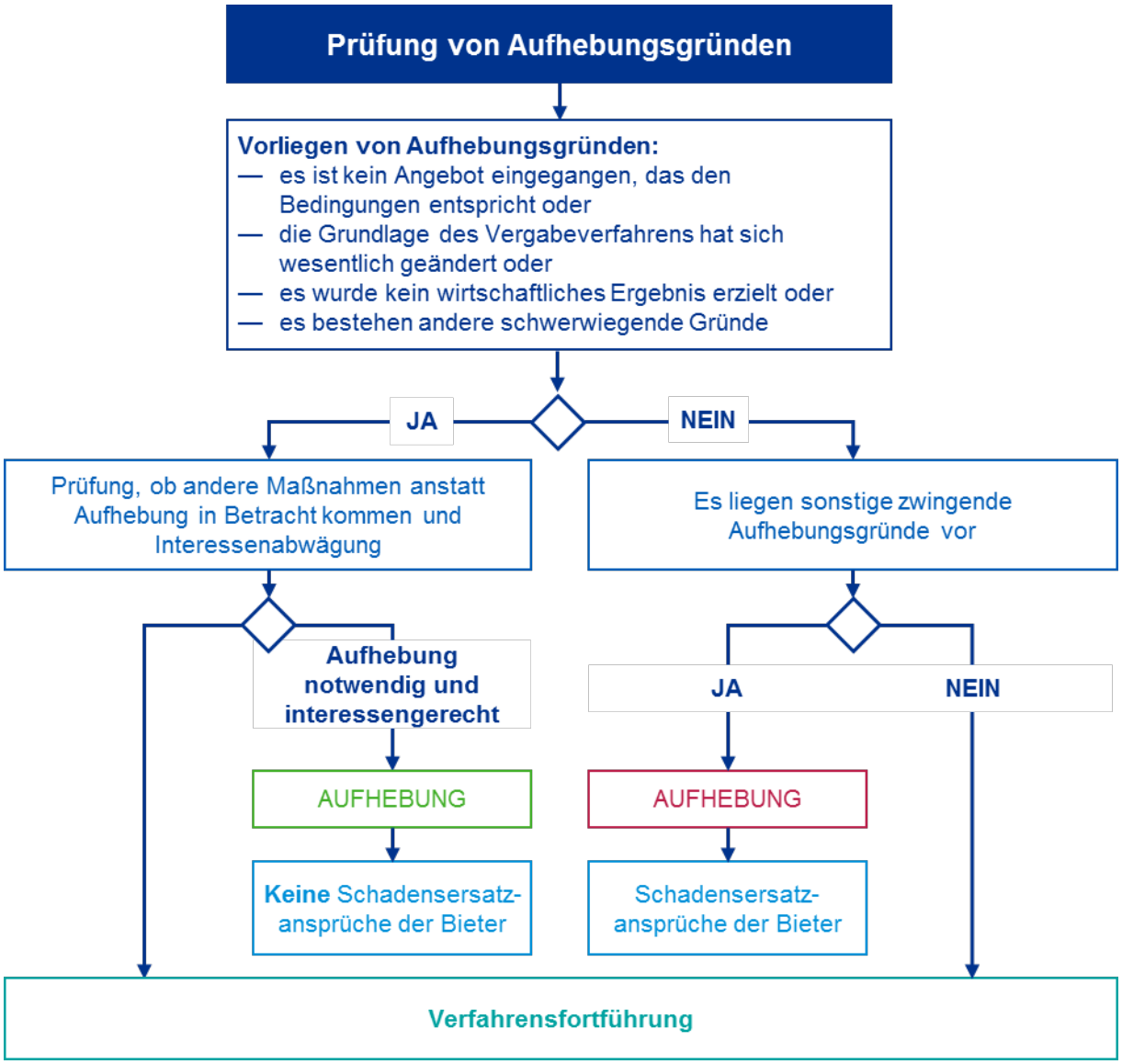
Nach Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen der Prüfungs- / Wertungsphase ist die Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Sowohl die Grundlagen für die Zuschlagsentscheidung als auch die Gründe der Nichtberücksichtigung der restlichen Bewerber und Bieter sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. An der Entscheidung über den Zuschlag sollen nach § 58 Abs. 5 VgV in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken (Mitzeichnung ist erforderlich).

Sofern demgegenüber keine zuschlagsfähigen Angebote vorliegen oder andere Aufhebungsgründe zutreffen, so ist das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Regelung des § 63 VgV ganz oder losweise aufzuheben.

3.6.1.3. Aufhebung

Nach § 63 VgV kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den in der Norm genannten und eng begrenzten Tatbeständen durch eine rechtmäßige Aufhebung beenden. Grundsätzlich gilt, dass Auftraggeber Vergabeverfahren nicht willkürlich aufheben dürfen. Ein „Auslaufen“ eines Vergabeverfahrens ohne einen für die Bieter erkennbaren Abschluss und dementsprechende Information durch den Auftraggeber ist nicht zulässig. Der früheste Zeitpunkt einer möglichen Aufhebung ist unmittelbar nach erfolgter Bekanntmachung des Vergabeverfahrens oder Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick über Aufhebungsgründe und -modalitäten:



Diese Aufhebungsvoraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen. Allerdings darf der Auftraggeber auch dann, wenn keine der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, das Verfahren aufheben. Er ist also nicht gezwungen, den Zuschlag zu erteilen. Ein sonstiger zwingender Aufhebungsgrund kann beispielsweise bestehen, wenn aufgrund fehlerhafter Planungen bereits ursprünglich nicht verfügbare Haushaltsmittel für den Auftrag endgültig verweigert werden. Ohne das Vorliegen einer gesetzlichen Aufhebungsvoraussetzung können Bewerber oder Bieter jedoch unter Umständen erfolgreich Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Es ist zwischen einer Vollaufhebung und einer Teilaufhebung zu unterscheiden. Damit bei losweisen Vergaben nicht alle Beschaffungsmaßnahmen betroffen sind, ist grundsätzlich eine Teilaufhebung für das betreffende Los möglich.

Wichtiger Hinweis:

Nach der zugrunde liegenden Norm ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines Aufhebungstatbestandes nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben. Der Auftraggeber besitzt somit einen Ermessensspielraum und muss bei der Entscheidung auch die Interessen der Bewerber und Bieter berücksichtigen und eine Interessensabwägung vornehmen. Vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber daher eine Interessenabwägung vornehmen und prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind. Der Auftraggeber ist dazu angehalten, alles Mögliche zu tun, um eine Aufhebung zu vermeiden. So soll insbesondere angestrebt werden, etwaige Verfahrensfehler, die während des Vergabeverfahrens auftreten, zu beheben. Eine Beseitigung von Verfahrensfehlern - gegebenenfalls mittels einer berichtigenden Bekanntmachung der veränderten Bedingungen (Formular: Berichtigung - Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angabe) - erfordert nicht unbedingt eine vorherige Aufhebung.

Nach der Entscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber den Bewerbern oder Bietern unverzüglich die Gründe für seine Entscheidung mitzuteilen, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten. Diese Mitteilung kann formfrei erfolgen, muss auf Antrag eines Bewerbers oder Bieters jedoch in Textform (gemäß § 126b BGB) übermittelt werden. Aus Dokumentationsgründen sollte jedoch von vornherein die Textform gewählt werden.

3.6.2. *Abfrage beim Gewerbezentralregister*

Das MiLoG trifft in § 19 MiLoG Regelungen zum Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage sind Auftraggeber verpflichtet, Bieter vor dem Zuschlag hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des MiLoG zu überprüfen (Eigenerklärung ist zu verlangen). Darüber hinaus muss bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO eingeholt werden (auch „MiLoG-Abfrage“ genannt).

Diese Auskunft sollte im Sinne eines zügigen Abschlusses des Vergabeverfahrens unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung beim zuständigen Bundesamt für Justiz angefordert werden. Sofern der Bieter ausweislich der Gewerbezentralregisterauskunft mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden ist, soll dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Vor einer Entscheidung über den etwaigen Ausschluss ist dem Bieter eine Gelegenheit einzuräumen, sich zu dem Sachverhalt zu äußern. Aus Dokumentationsgründen sollte die Anhörung des Bieters in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Bei der zu treffenden Entscheidung über den Ausschluss auf Grundlage der Ausführungen eines Bieters ist es naheliegend, dass der Auftraggeber sich an den Grundsätzen der Selbstreinigung gemäß § 125 GWB orientiert.

Tipp für die Praxis:

Sofern die Gewerbezentralregisterauskunft im schriftlichen Verfahren eingeholt wird, kann dies zu gegebenenfalls nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Daher empfiehlt es sich, dass der Auftraggeber die Möglichkeit nutzt, Gewerbezentralregisterauskünfte im deutlich schnelleren elektronischen Verfahren beim Bundesamt für Justiz einzuholen. Dazu bedarf es – soweit noch nicht vorhanden – der Einrichtung eines elektronischen Zugangs. Die Beantragung eines elektronischen Zugangs beim Bundesamt für Justiz sollte bereits vor oder in der Frühphase des Vergabeverfahrens erfolgen. Weitere Informationen sind von der Webseite des Bundesamtes der Justiz zu beziehen (siehe https:// www.bundesjustizamt.de).

Der Auftraggeber kann bereits in den Bewerbungsbedingungen von den Bewerbern / Bietern Eigenerklärungen über das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 98c AufenthG, § 19 MiLoG, § 21 AEntG und § 21 SchwarzArbG und über das Vorliegen entsprechender Einträge im Gewerbezentralregister verlangen. Auf diese Weise erhält der Auftraggeber bereits bei der Eignungsprüfung eine Indikation über das Vorliegen solcher Ausschlusstatbestände. Von der vorstehend dargestellten Abfragepflicht beim Gewerbezentralregister für den zum Zuschlag vorgesehenen Bieter befreit eine solche Eigenerklärung den Auftraggeber jedoch nicht.

Wichtiger Hinweis:

Neben der Abfrage beim Gewerbezentralregister sind bei Vergabeverfahren von Landesbehörden beziehungsweise öffentlichen Auftraggebern der Länder gegebenenfalls auch nach dem Vergaberecht des jeweiligen Bundeslandes notwendige Abfragen beim Korruptionsregister des betreffenden Bundeslandes zu beachten.

Zudem werden öffentliche Auftraggeber ab Aufnahme des Betriebs des neuen Wettbewerbsregisters nach Maßgabe des WRegG verpflichtet sein, vor Erteilung des Zuschlages beim Wettbewerbsregister elektronisch abzufragen, ob das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll, eingetragen ist.

3.6.3. *Information der nicht berücksichtigten Bieter*

3.6.3.1. Informations- und Wartepflicht

Im Rahmen der Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB muss der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung an alle Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, ein Informationsschreiben übermitteln. Dies gilt auch für Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist. Diese Information muss unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung und in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Die Ablehnungsbegründung muss auf die im Einzelfall tragenden Gründe eingehen.

3.6.3.2. Inhalt des Informationsschreibens

Das Informationsschreiben muss mindestens folgende Informationen beinhalten:

- Angabe des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll

- Individueller und begründeter Ablehnungsgrund
- Frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Hinsichtlich des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, genügt die Angabe des Namens (notwendig ist also nicht die Angabe der Adresse etc.).

3.6.3.3. Bemessung der Wartefrist

Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information geschlossen werden. Wird die Information per Telefax oder auf elektronischem Weg (zum Beispiel über ein E-Vergabe-System oder per E-Mail) übermittelt, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage.

Die Frist der 15 Kalendertage beziehungsweise zehn Kalendertage beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Tipp für die Praxis:

Auf Grundlage einschlägiger Rechtsprechung sollen bei der Bemessung der Frist vom Versand des Informationsschreibens bis zum frühestens Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu verzeichnende Feiertage, insbesondere wenn innerhalb der Frist mehrere Feiertage liegen, Berücksichtigung finden, sodass die Mindestfrist im Idealfall um die Anzahl der Feiertage verlängert wird. Dies dient zur Vermeidung von Risiken, die entstehen können, wenn dem Bieter zur Prüfung und Bewertung des Informationsschreibens faktisch nur wenige Werktage verbleiben.

Weiterhin kommt es zwar auf den Tag des Zugangs des Informationsschreibens beim betroffenen Bieter nicht an, jedoch muss der Auftraggeber nachweisen können, dass er das Schreiben versandt hat. Dies ist in der Vergabeakte zu dokumentieren.

3.6.3.4. Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes

Die Ausführlichkeit der Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes hängt vom Einzelfall ab, beispielsweise von der Komplexität der Bewertungsmethode.

Die Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes muss jedenfalls auf die konkreten im Einzelfall tragenden Gründe eingehen. Ein bloßer allgemeiner Hinweis darauf, dass das Angebot ausgeschlossen werden musste oder nicht das wirtschaftlichste gewesen ist, genügt im Regelfall den Anforderungen an die zu übermittelnden Inhalte gemäß der Informationspflicht nicht, auch wenn die Begründung grundsätzlich knapp ausfallen kann.

Folgende Grundsätze sollte man bei der Angabe von Gründen für die vorgesehene Nichtberücksichtigung beachten:

- Es sind vollständige Informationen und somit alle Gründe für die vorgesehene Nichtberücksichtigung anzugeben. Ist ein Angebot beispielsweise sowohl verspätet als auch in Form eines Nebenangebotes eingegangen, obwohl Nebenangebote nicht zugelassen wurden, so liegen zwei Gründe für die Nichtberücksichtigung vor (ein Ausschluss muss nach § 57 Abs. 1 Nr. 1, 6 VgV erfolgen), die mitgeteilt werden sollten.
- Sofern ein Bieter nicht zu berücksichtigen ist, weil er nicht das wirtschaftlichste Angebot eingereicht hat, sollten – je nach der anzuwendenden Bewertungsmethode – konkretisierende Informationen mitgeteilt werden. Ist über den Zuschlag auf Grundlage des günstigsten Preises beziehungsweise der niedrigsten Kosten zu entscheiden, so ist empfehlenswert,
- dem Bieter mitzuteilen, welchen Rang das Angebot in der Rangfolge der Preise beziehungsweise der Kosten belegt hat. Erfolgt die Zuschlagserteilung auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, ob sein Angebot anhand eines teureren Preises oder anhand niedrigerer Leistungspunkte als der Zuschlagskandidat oder aus beiden Gründen nicht berücksichtigt werden kann, gegebenenfalls ergänzt um die jeweilige Rangfolge.
- Insgesamt sollen die Informationen aussagekräftig und für den Bieter nachvollziehbar sein.
- Allen Bietern, die nicht berücksichtigt werden, sollen aus Gründen der Gleichbehandlung die sie betreffenden Informationen in gleichartiger Ausgestaltung und Ausführlichkeit sowie zum gleichen Zeitpunkt übermittelt werden.

Darüber hinausgehende Informationen werden regelmäßig nicht erforderlich sein. Insbesondere ist eine Angabe von konkreten Leistungspunktzahlen nicht notwendig. Konkrete Informationen über das Angebot, das den Zuschlag erhalten soll, sollen nicht mitgeteilt werden, da der Auftraggeber die Vertraulichkeit von Informationen aus dem Angebot des Zuschlagskandidaten zu wahren hat, was insbesondere die Preisangaben betrifft.

Ein ähnlicher Maßstab kann grundsätzlich für die Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Teilnahmeantrages angelegt werden.

Hinweis zu Abweichungen bei sicherheitsrelevanten Beschaffungen:

I*m Fall sicherheitsrelevanter Aufträge können Auftraggeber beschließen, bestimmte Informationen über die Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung nicht mitzuteilen, soweit die Offenlegung den Gesetzesvollzug behindert, dem öffentlichen Interesse, insbesondere Verteidigungs- oder Sicherheitsinteressen, zuwiderläuft, berechtigte geschäftliche Interessen von Unternehmen schädigt oder den lauteren Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigen könnte. Ein solcher Wegfall der Mitteilung bestimmter Informationen ist im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung zu prüfen und zu begründen sowie in der Vergabeakte zu dokumentieren.*

3.6.3.5. Adressaten des Informationsschreibens

Adressaten des Informationsschreibens sind alle Bieter, das heißt Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt haben. Darunter fällt beispielsweise auch das Angebot eines Bieters, das bereits deshalb ausgeschlossen werden musste, weil es verspätet eingegangen war.

Daneben sind auch Bewerber Adressaten des Informationsschreibens, denen bis dato noch keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde. Um den Kreis von Adressaten in der Zuschlagsphase klein zu halten sowie aus Transparenzgründen, empfiehlt es sich, ausgeschiedenen Bewerbern bereits nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbes eine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zu übermitteln.

Eine Übermittlung des Informationsschreibens an den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, ist nicht vorgeschrieben, kann aber sinnvoll sein, damit dieser Bieter bereits Vorkehrungen für die Aufnahme der Leistungserbringung treffen kann. Erfolgt eine solche Benachrichtigung, so ist darauf zu achten, dass klarstellend nur die voraussichtliche Zuschlags- beziehungsweise Auftragserteilung angekündigt wird. Es darf nicht der Eindruck erweckt werden, die Vorankündigung sei bereits das eigentliche Zuschlagschreiben.

3.6.3.6. Konsequenzen einer Nichtbeachtung der Informations- und Wartepflicht

Erfolgt die Information nicht oder nur unvollständig beziehungsweise nicht gegenüber allen notwendigen Adressaten oder wird die Wartefrist nicht eingehalten und trotzdem der Zuschlag erteilt, so hat dies gravierende Folgen. Denn ein erteilter öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen die Vorschriften zur Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB verstoßen hat und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Die Unwirksamkeit kann nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrages beziehungsweise nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union geltend gemacht worden ist, längstens jedoch innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss.

Zur Vermeidung vorgenannter Risiken sollte der Auftraggeber bei Abfassung und Versand des Informationsschreibens ein hohes Maß an Sorgfalt walten lassen.

3.6.3.7. Ergänzende Informationspflichten und Informationspflicht auf Antrag

Unabhängig von der vorstehend dargestellten gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflicht nach § 134 GWB gegenüber nicht berücksichtigten Bietern und Bewerbern, bestehen nach § 62 VgV ergänzende Informationspflichten gegenüber Bewerbern und Bietern. Daneben können Bieter und Bewerber gezielt weitergehende Informationen über die Gründe der Nichtberücksichtigung vom Auftraggeber verlangen.

Der Auftraggeber muss jedem Bieter und jedem Bewerber unverzüglich und ohne gesonderte Aufforderung seine Entscheidungen über

- den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder
- die Zuschlagserteilung

mitteilen. Es empfiehlt sich, diese Informationen in das Informationsschreiben nach § 134 GWB aufzunehmen (soweit hier überhaupt ein zusätzlicher Gehalt an Informationen zu verzeichnen ist). Eine Information nach § 62 Abs. 1 VgV kann aber das Informationsschreiben nach § 134 GWB nicht ersetzen.

Weiterhin muss der Auftraggeber in der Zuschlagsphase auf Verlangen eines Bewerbers oder Bieters diesen unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrages in Textform (gemäß § 126b BGB),

- jeden nicht erfolgreichen Bewerber über die Gründe für die Ablehnung seines Teilnahmeantrages (1)
- jeden nicht erfolgreichen Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebotes (2) und
- über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes (3) sowie
- den Namen des erfolgreichen Bieters (4)

informieren.

Die Informationsaspekte (2) und (4) werden bereits mit dem Informationsschreiben nach § 134 GWB abgedeckt. Demgegenüber stellen nur die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes noch eine zusätzliche Information dar. Der Spielraum für solche Informationen über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ist allerdings aus Gründen des Vertraulichkeitsschutzes und des fairen Wettbewerbes nur sehr klein. Man wird hier kaum weiter gehen können, als etwa dem nicht erfolgreichen Bieter in allgemeiner Form mitzuteilen, in welchen Leistungsbereichen (zum Beispiel Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen) der Zuschlagskandidat besser abgeschnitten hat als der nicht erfolgreiche Bieter. Aufgrund des Vertraulichkeitsschutzes gemäß § 5 VgV, der die vertraulichen Aspekte des Angebotes des Zuschlagskandidaten regelt, ist insbesondere hinsichtlich etwaiger Preisinformationen größte Zurückhaltung geboten.

Bei der Darstellung der Gründe für die Ablehnung eines Teilnahmeantrages (1) kann man sich hinsichtlich Ausführlichkeit und Substanz an den Ausführungen zur Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes orientieren (siehe Kapitel D.3.6.3.4.).

Der öffentliche Auftraggeber ist im Übrigen nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern (a), dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen (b), den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden (c) oder den lauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde (d). Insbesondere die genannten Aspekte (c) und (d) sprechen dafür, dass der Auftraggeber bei der antragsgemäßen Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ein hohes Maß an Zurückhaltung walten lässt.

3.6.4. *Zuschlagserteilung und Vertragsschluss*

3.6.4.1. Übermittlung Zuschlagsschreiben

Nach Ablauf der Wartefrist ist im nächsten Schritt der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Zum Vertragsschluss muss der Auftraggeber dem ausgewählten Bieter ein Zuschlagsschreiben übermitteln. In dem Zuschlagsschreiben ist dem Bieter mitzuteilen, dass der Zuschlag erteilt wird und das Angebot des Bieters angenommen wird. Dabei ist in der VgV – anders als ausdrücklich an diversen anderen Stellen bezüglich der Kommunikation – nicht die Textform (§ 126b BGB), allerdings auch keine andere spezifische Form (zum Beispiel die Schriftform), vorgesehen. Insofern ist von einer Wahlfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Übermittlungsform auszugehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Zuschlagsschreibens achten.

Mit Zugang des Zuschlagsschreibens beim Bieter kommt der Vertrag zustande. Dabei gelten die Grundsätze zum Vertragsschluss nach dem BGB. Das Zuschlagsschreiben muss daher dem Bieter rechtzeitig vor Ablauf der Zuschlagsfrist und vor allem noch innerhalb der Angebotsbindefrist zugehen. Daneben darf die Annahme des Angebotes im Zuschlagsschreiben nicht an Bedingungen geknüpft sein oder eine Änderung des Angebotes oder der Vertragsunterlagen enthalten.

Soll die festgelegte Zuschlagsfrist aus wichtigen Gründen verlängert werden, so ist das Einverständnis der zu diesem Zeitpunkt noch im Vergabeverfahren befindlichen Bieter einzuholen. Es kann auch nur die Zustimmung derjenigen Bieter eingeholt werden, die noch eine Chance auf eine Zuschlagserteilung haben. Bei dieser Gelegenheit sind die Bieter auch aufzufordern, einer Verlängerung der Angebotsbindefrist zuzustimmen, soweit deren Fristende vor dem Ende der verlängerten Zuschlagsfrist liegt.

3.6.4.2. Erstellung der Vertragsurkunde

Nach Übermittlung des Zuschlagsschreibens wird zur Verfahrensdokumentation regelmäßig eine Vertragsurkunde ausgefertigt. Der Inhalt dieser Vertragsurkunde ergibt sich im Wesentlichen aus den Vertragsunterlagen (die Bestandteil der Vergabeunterlagen waren) und dem Angebot. Bei kleineren Beschaffungen kann auf die Ausfertigung einer gesonderten Vertragsurkunde verzichtet werden. Der Vertragsinhalt ergibt sich dann etwa aus der Leistungsbeschreibung, der VOL/B und dem Angebot.

Die Vertragsunterlagen – beispielsweise die bereits weitestgehend vorausgefüllten EVB-IT Vertragsformulare – sind im Wege einer Konsolidierung mit den notwendigen Informationen aus dem Angebot zu vervollständigen. Der Vertragsinhalt ist bereits mit Zuschlagserteilung und Übermittlung des Zuschlagsschreibens wirksam festgelegt und darf im Zuge der Erstellung der Vertragsurkunde nicht geändert werden.

3.6.4.3. Unterzeichnung der Vertragsurkunde

Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Vertragspartner dient der Beweissicherung und trägt zur Rechtssicherheit bei. Der Auftraggeber übermittelt dem Auftragnehmer beispielsweise zwei Vertragsurkunden, von denen eine bereits von der Auftraggeberseite gezeichnet ist und beim Auftragnehmer verbleibt, während der Auftragnehmer die andere nach Unterzeichnung an den Auftraggeber zurücksendet.

Zu Dokumentationszwecken sollten der abzulegenden Vertragsurkunde alle Vertragsanlagen beigefügt werden.

3.6.5. *Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss*

3.6.5.1. Vergabebekanntmachung und Statistikmeldungen

Der Auftraggeber muss spätestens 30 Tage nach der Vergabe eines öffentlichen Auftrages – also nach der Auftragserteilung mittels Übermittlung des Zuschlagsschreibens – oder nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Vergabebekanntmachung mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union übermitteln (Formular: Bekanntmachung vergebener Aufträge - Ergebnisse des Vergabeverfahrens).

Bei Abschluss einer Rahmenvereinbarung bezieht sich die Bekanntmachung vergebener Aufträge nur auf die abgeschlossene Rahmenvereinbarung. Für die auf ihrer Grundlage vergebenen Einzelaufträge ist keine Bekanntmachung vergebener Aufträge erforderlich.

Daneben sieht die VergStatVO für den Auftraggeber bestimmte Pflichten zur Übermittlung von statistikrelevanten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vor, die zu beachten sind.

3.6.5.2. Abschluss des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren ist in der Regel mit der Auftragserteilung durch Übermittlung des Zuschlagsschreibens beendet. Bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern wirkt das Vergabeverfahren jedoch noch fort, soweit nach den Regelungen der Rahmenvereinbarung mittels erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Unternehmen, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind, also sogenannten Miniwettbewerben, Einzelaufträge vergeben werden. Auch diese Vergaben von Einzelaufträgen unterliegen dann noch den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen (siehe Kapitel E.1.2.).

Die Vertragsunterlagen sind mit Abschluss des Vergabeverfahrens an die für die Vertragsverwaltung zuständige Stelle zu übermitteln.

3.6.5.3. Aufbewahrung der Unterlagen

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist die Vergabeakte auf Vollständigkeit zu prüfen und zu archivieren.

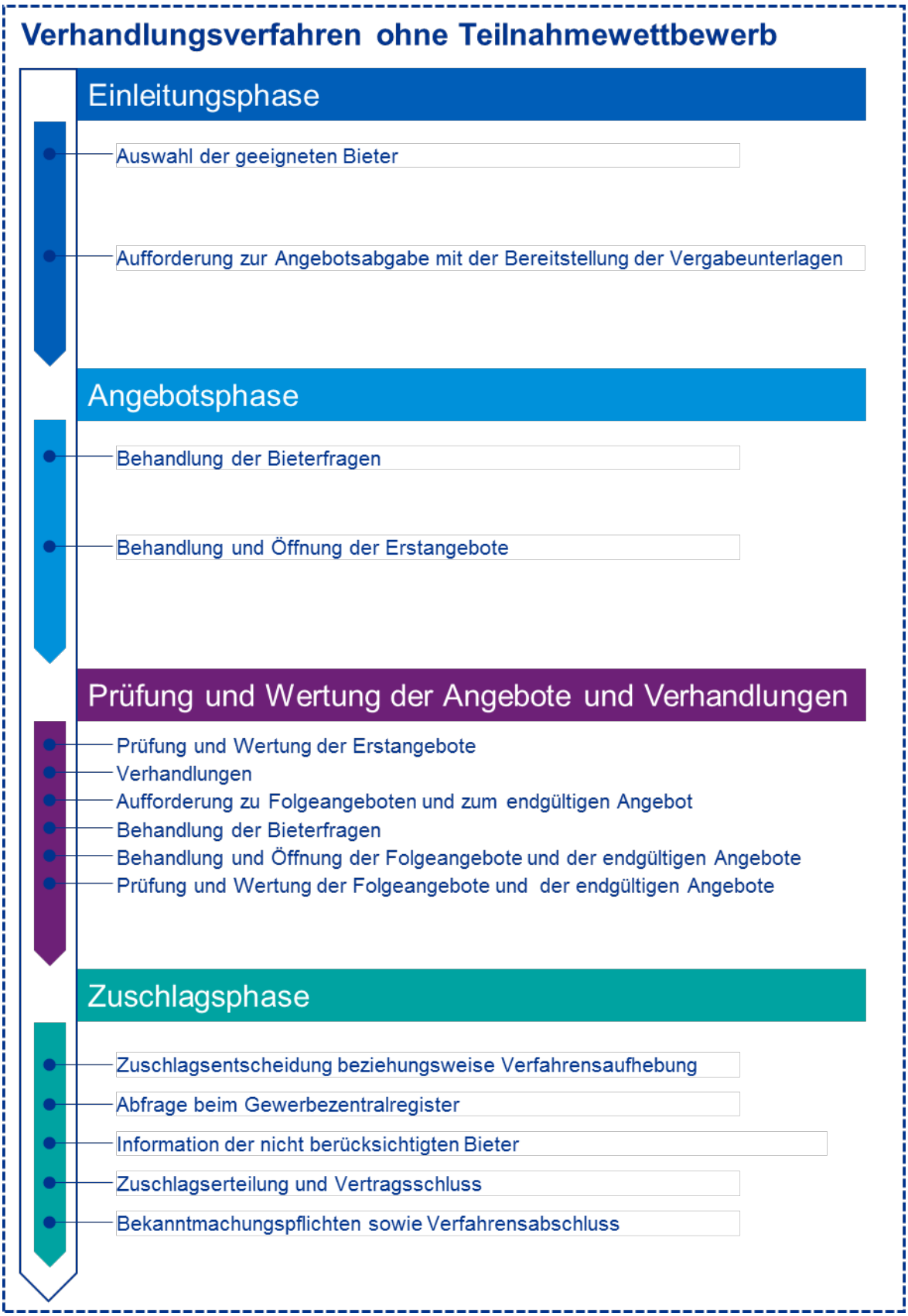
Die gesamte Verfahrensdokumentation, der Vergabevermerk, die Teilnahmeanträge sowie die Angebote und ihre Anlagen sind gemäß § 8 Abs. 4 VgV bis zum Ende der Laufzeit des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung aufzubewahren, mindestens jedoch für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages. Gleiches gilt für Kopien aller abgeschlossenen Verträge, die mindestens einen Auftragswert in Höhe von einer Million Euro haben.

Gegebenenfalls müssen die Vergabeunterlagen sowie die gesamte Vergabeakte mit deren Anlagen entsprechend den für den Auftraggeber geltenden Aufbewahrungsvorschriften und -fristen noch länger als die vorgenannte dem Vergaberecht entstammende Frist aufbewahrt werden.

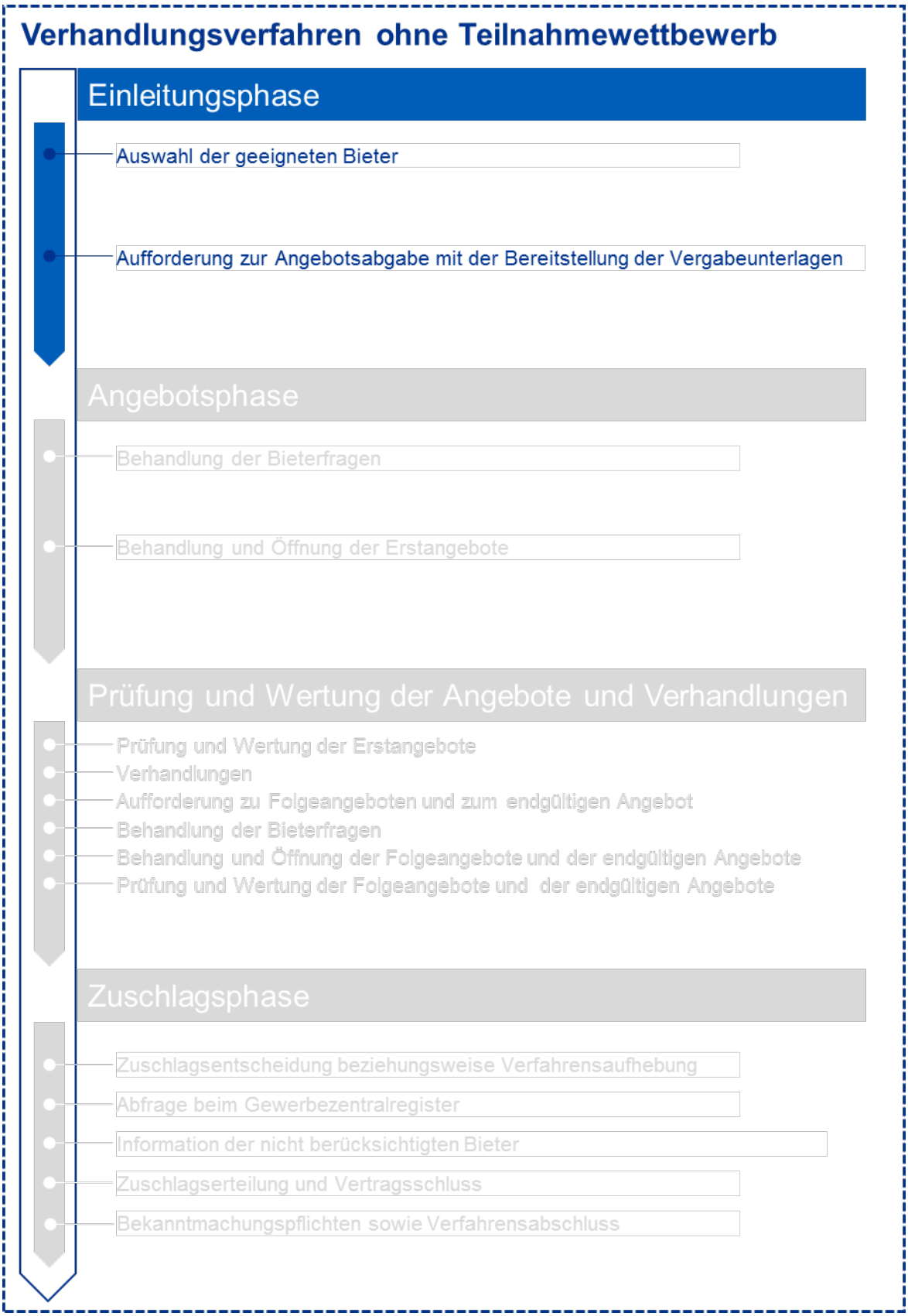
Wichtig ist dies unter anderem auch zum Zweck einer etwaigen Prüfung der vergaberechtlichen Relevanz späterer Vertragsänderungen, weil dann die ursprünglichen Vergabeunterlagen regelmäßig nochmals geprüft werden müssen (siehe Kapitel E.2.1.1.1.).

Die Angebote einschließlich ihrer Anlagen sowie die Dokumentation über Öffnung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote sind im Übrigen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

4. Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb



4.1. Einleitungsphase



4.1.1. *Auswahl der geeigneten Bieter*

Die Auswahl der geeigneten Unternehmen ist abhängig von den dieser Verfahrensart zu Grunde liegenden Ausnahmetatbeständen (zum Beispiel nach vorheriger Aufhebung eines offenen oder nicht offenen Vergabeverfahrens; hierbei sind gegebenenfalls alle geeigneten Unternehmen einzubeziehen, die form- und fristgerechte Angebote abgegeben haben). Diese in § 14 Abs. 4 VgV aufgeführten Ausnahmetatbestände sind abschließend. Die Begründung der Anwendung dieser Verfahrensart ist zu dokumentieren.

Der Auftraggeber hat grundsätzlich zwei Möglichkeiten im Hinblick auf die Feststellung der Eignung. Zum einen kann die Eignung – wie beim Offenen Verfahren – nach Angebotsabgabe im Rahmen einer Wertungsstufe geprüft werden. Im Regelfall erfolgt aber die Feststellung der Eignung bereits im Vorfeld der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Es werden dann nur geeignete Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert und die Eignungsprüfung im Rahmen der Angebotswertung entfällt.

Im Rahmen der Eignungsprüfung prüft der Auftraggebers das Vorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB und, ob und inwieweit die am Vergabeverfahren zu beteiligenden Unternehmen fachkundig und leistungsfähig (geeignet) sind. Die Ausschlussgründe in diesem Sinne sind teilweise zwingend (ohne Ermessen für den Auftraggeber, § 123 GWB), teilweise fakultativ (Kann-Ausschluss mit Ermessensentscheidung für den Auftraggeber, § 124 GWB). Hier hat der Auftraggeber den entsprechenden Katalog der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB sowie die Regelungen zur Selbstreinigung (§§ 125, 126 GWB) zu beachten.

Im Übrigen sind für die Eignungsprüfung die dahingehenden Vorgaben, namentlich die Festlegungen zu den Eignungskriterien, maßgeblich. Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Planung und eines ordnungsgemäßen Designs der Beschaffung hat der Auftraggeber entsprechende Eignungskriterien festgelegt und definiert, die ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Die Erwägungen zur Feststellung der Eignung sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

Wichtig ist, dass bei der Auswahl von Unternehmen die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere Gleichbehandlungsgrundsatz und Nichtdiskriminierung, zu beachten sind.

4.1.2. *Aufforderung zur Angebotsabgabe mit der Bereitstellung der Vergabeunterlagen*

Bei einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erfolgt keine öffentliche Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen, sondern unmittelbar eine Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten an die vom Auftraggeber ausgewählten Unternehmen.

Sofern nicht ein Ausnahmetatbestand vorliegt, der ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit nur einem Unternehmen gestattet, darf die vom Auftraggeber vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber gemäß § 51 Abs. 2 VgV nicht niedriger als drei sein. In jedem Fall muss die vorgesehene Mindestzahl ausreichend hoch sein, sodass der Wettbewerb gewährleistet ist.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe sowie die Übersendung der Vergabeunterlagen erfolgt im Regelfall mit Hilfe elektronischer Mittel (beispielsweise per Mail oder einer E-Vergabeplattform). Eine Ausnahme mit der Möglichkeit, Vergabeunterlagen auf einem anderen geeigneten Weg zu übermitteln, bilden die in § 41 Abs. 2 VgV geregelten technischen Gründe, wenn zum Beispiel Dateiformate zur Beschreibung der Leistung beziehungsweise der Angebote zum Einsatz kommen, die nicht mit allgemein verfügbaren oder verbreiteten Programmen verarbeitet werden können. Die Angebotsfrist ist in diesem Fall um fünf Tage zu verlängern, sofern nicht ein Fall hinreichend begründeter Dringlichkeit (gemäß § 17 Abs. 8 VgV) besteht.

Auch erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit und ein damit verbundener abweichender Zugang zu den Vergabeunterlagen bilden (gemäß § 41 Abs. 3 VgV) Ausnahmen und erfordern – sofern es sich nicht ausschließlich um die Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung handelt oder der oben genannten Dringlichkeit besteht – eine Angebotsfristverlängerung.

Tipp für die Praxis:

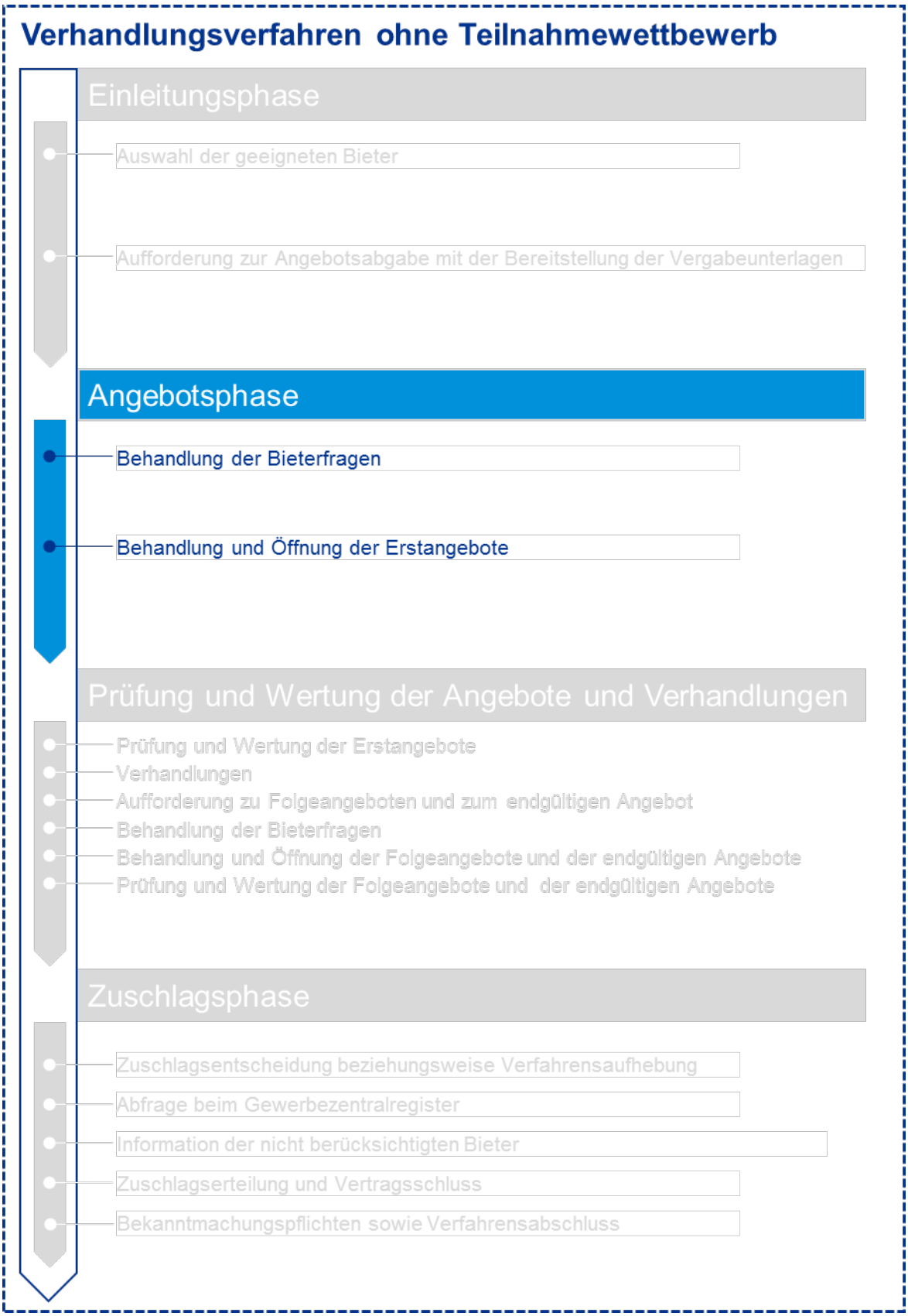
Eine Besonderheit liegt im möglichen Vorgehensansatz, bei dem bereits vor Abgabe der ersten (verbindlichen oder indikativen) Angebote Gespräche mit Bietern geführt werden. Dabei erhalten die Bieter zunächst alle Vergabeunterlagen. Jedoch wird dann im zweiten Schritt statt einer Angebotsabgabe mit allen Bietern ein Gespräch geführt, in welchem die Anforderungen mündlich weiter erläutert werden und Bieter – anstatt wie sonst im schriftlichen Verfahren – die Gelegenheit erhalten, Fragen zur Leistungsbeschreibung oder anderen Unterlagen zu stellen. Im Rahmen der Vorgespräche wird dann versucht, solche Fragen aufzuklären und zu beantworten. Diese Vorgespräche entbinden den Auftraggeber nicht von der vor dem Vergabeverfahren grundsätzlich durchzuführenden Marktsichtung.

Bei dieser Vorgehensweise sollte darauf geachtet werden, dass im Rahmen der Vorgespräche nicht stark differierende Informationen an verschiedene Bieter übermittelt werden und dadurch eine Wettbewerbsverzerrung entsteht. Um dies zu vermeiden, muss in solchen Vorgesprächen klar differenziert werden, ob bieterspezifisch ein Austausch über Anforderungen und Vorgaben des Auftraggebers oder über den Lösungsansatz des Bieters erfolgt. Alle allgemeingültigen Informationen zu Anforderungen und Vorgaben des Auftraggebers im Rahmen der Vergabeunterlagen müssen nach Abschluss aller Vorgespräche gesammelt und schriftlich an alle Bieter verteilt werden, um einen gleichen Informationsstand und eine neutrale Wettbewerbssituation herzustellen.

Diese Vorgehensweise kann vor allem dann sinnvoll sein, wenn man die Vergabeunterlagen für in hohem Maße erläuterungsbedürftig erachtet.

Ein Vorteil dieses Vorgehens besteht darin, dass auf diesem Wege die Qualität der Erstangebote auf ein hohes Niveau gebracht werden kann. Wegen der noch nicht vorliegenden Angebote kann es zu der nachteiligen Situation kommen, dass solche Vorgespräche stark durch fragende Bieter geprägt werden und der Auftraggeber die Gespräche nicht so leicht und zielgerichtet steuern kann, als wenn ihm bereits ein ausgewertetes schriftliches Angebot vorliegen würde.

4.2. Angebotsphase



4.2.1. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sind unverzüglich zu erteilen und müssen im Verhandlungsverfahren bei rechtzeitiger Anforderung durch die Bieter spätestens sechs Tage (beziehungsweise vier Tage bei aufgrund von Dringlichkeit beschleunigten Verfahren) vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden, andernfalls ist die Angebotsfrist zu verlängern. Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bieter Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen (gemäß den Grundsätzen der Kommunikation nach §§ 9 ff. VgV) mit elektronischen Mitteln (in Textform) gestellt und allen Bietern gleichzeitig mit elektronischen Mitteln (in Textform) – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bieterfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die VgV sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bieterfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bieterfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Angebotsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Angebotsfrist ebenfalls zu verlängern.

4.2.2. *Behandlung und Öffnung der Erstangebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

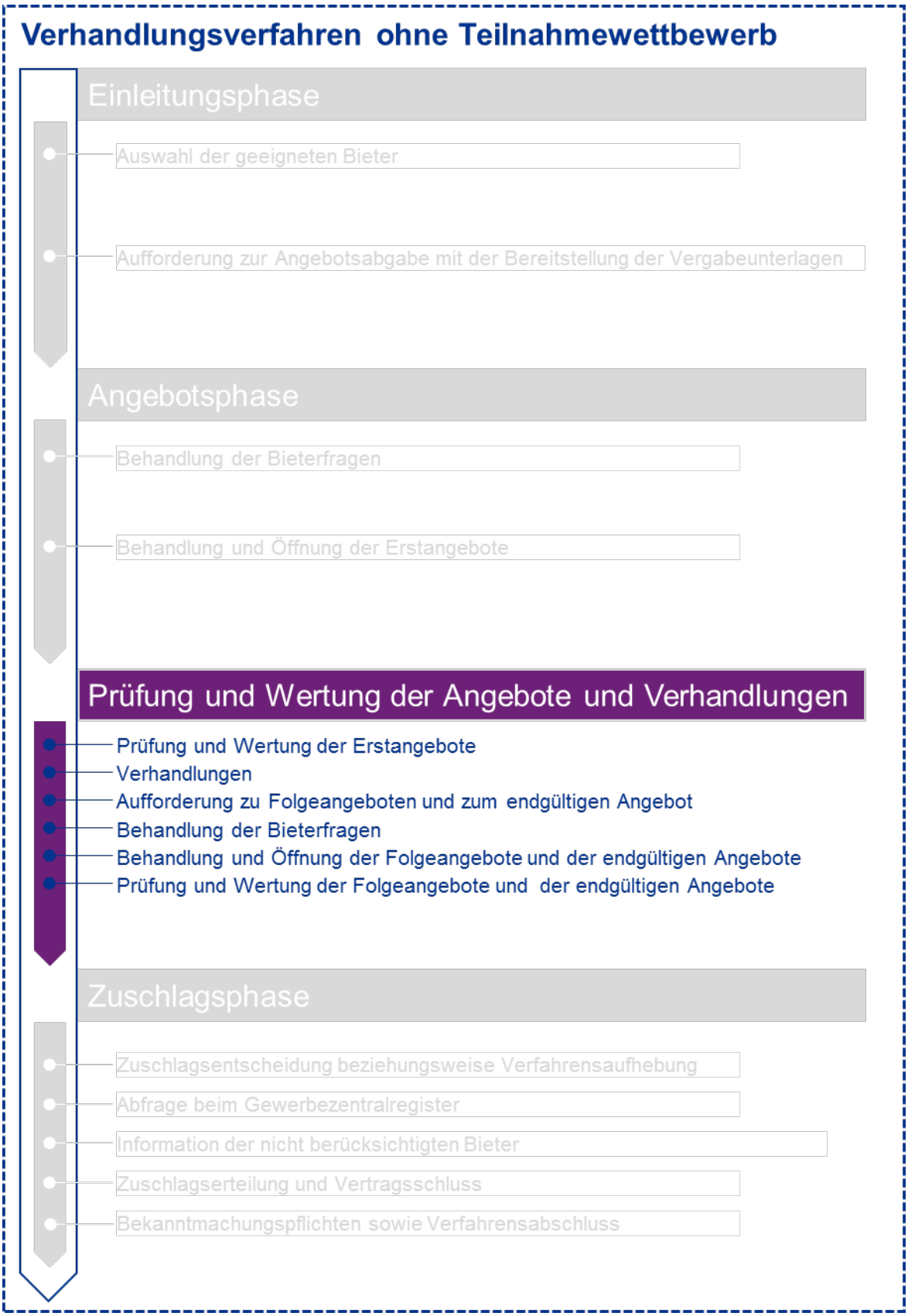
Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen.

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern.

Die Öffnung der Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

4.3. Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen



Im Anschluss an die Öffnung der Erstangebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Das konkrete Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote und etwaiger Folgeangebote sowie insbesondere des endgültigen Angebotes wird auch durch die vom Auftraggeber gewählte Gestaltung des Ablaufs des Verhandlungsverfahrens bestimmt. Insoweit ist zunächst als wesentlicher Unterschied des Verhandlungsverfahrens zum offenen und nicht offenen Verfahren zu beachten, dass das Nachverhandlungsverbot im Verhandlungsverfahren nicht gilt. Der Auftraggeber ist im Verhandlungsverfahren also berechtigt, über den Angebotsinhalt mit den Bietern zu verhandeln. Gleichwohl muss aber auch im Verhandlungsverfahren jedes Angebot den vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen genügen.

Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers bei der Prüfung und Wertung der Angebote und bei den Verhandlungen bestimmt sich demgemäß nach den vom Auftraggeber im Rahmen des Designs, insbesondere bei der Erstellung der Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

Gemäß § 17 Abs. 11 VgV kann der Auftraggeber den Auftrag auf der Grundlage der Erstangebote vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich in der Aufforderung zur Interessensbestätigung diese Möglichkeit vorbehalten hat.

Hat der Auftraggeber hingegen keinen Vorbehalt der Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote vorgesehen und zieht er einen solchen vorgesehenen Vorbehalt im Vergabeverfahren tatsächlich nicht, bestehen keinen vergaberechtlichen Detailregelungen zum Ablauf des weiteren Vergabeverfahrens zwischen Erstangebot, Folgeangeboten und dem endgültigen Angebot. Der Auftraggeber hat insoweit Gestaltungsspielräume hinsichtlich des Ablaufs des weiteren Vergabeverfahrens, wobei stets die Vergabegrundsätze in jedem Stadium des Vergabeverfahrens zu beachten sind.

So kann der Auftraggeber zum Beispiel vorsehen, dass die Erstangebote zunächst nur indikative (unverbindliche) Angebote sind. Daneben besteht die Möglichkeit, das Erstangebot zunächst als reines Leistungsangebot anzufordern und erst nach Durchführung einer Verhandlungsrunde auch ein Preisangebot zu verlangen. Macht der Auftraggeber von solchen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch, kommt allerdings keine Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote in Betracht, weil diese Erstangebote dann gerade nicht verbindlich beziehungsweise nicht vollständig hinsichtlich der notwendigen Bestandteile (Preise) und damit nicht zuschlagsfähig sind.

Tipp für die Praxis:

Falls dies für sinnvoll erachtet wird, können zunächst indikative (unverbindliche) Angebote eingeholt, ausgewertet und gegebenenfalls erörtert werden. Etwaige allgemeingültige Ergebnisse müssen im Anschluss als Modifizierung der Vergabeunterlagen oder als deren Ergänzung an alle Unternehmen, mit denen verhandelt werden soll, übersandt werden.

Dieses Vorgehen erscheint vor allem dann sinnvoll, wenn noch größere Lücken in der Leistungsbeschreibung beziehungsweise Unsicherheiten bezüglich einer Machbarkeit der geforderten Leistung – insbesondere hinsichtlich der A-Kriterien – oder der Akzeptanz der Vertragsbedingungen bestehen. Mit indikativen Angeboten soll Bietern größere Flexibilität bei der Angebotserstellung

eingeräumt werden. Hiermit sollte auch das Einräumen von Spielräumen in der Leistungsbeschreibung oder bei der Beantwortung von Fragen des Kriterienkataloges korrespondieren.

Bieter erhalten dabei beispielsweise die Möglichkeit, bei bestimmten Anforderungen, die aus ihrer Sicht unpräzise beschrieben sind, Angaben zu fehlenden Informationen zu machen. Ebenso ist es denkbar, dass Bieter schwer oder nur teuer umsetzbare Anforderungen identifizieren und Alternativen dazu vorschlagen. Nicht zuletzt können Bieter etwaige Gegenvorstellungen zum Vertrag vorbringen. Aufgrund der Tatsache, dass die einzureichenden Angebote noch unverbindlichen Charakter haben, kann auch die Situation vermieden werden, dass Bieter sich an einer Erstangebotsabgabe gehindert sehen, weil zu viele vertragliche Hürden und Risiken identifiziert werden. Auf Grundlage der Angaben, die verschiedene Bieter machen, kann der Auftraggeber die Vergabeunterlagen einschließlich der Leistungsbeschreibung und des Vertrages noch einmal kritisch prüfen und gegebenenfalls anpassen.

Erst nach Anpassung der Vergabeunterlagen erfolgt dann ein Aufruf zur Abgabe verbindlicher Angebote.

Der Vorteil dieser Vorgehensmethode ist, dass der Auftraggeber in dieser Anfangsphase möglichst flexibel agieren und gleichzeitig eine möglichst breite Marktansprache sicherstellen kann. Als Nachteil dieser Methode muss festgestellt werden, dass mit der ersten Angebotsphase gegebenenfalls Zeit verloren geht. Zudem kann eine Neigung dazu bestehen, die Leistungsbeschreibung und andere Dokumente nicht so weitgehend wie möglich zu spezifizieren, weil man glaubt, die Inhalte im Dialog mit den Bietern im Rahmen der indikativen Angebotsphase weiter klären und konkretisieren zu können, obwohl dies dem Auftraggeber auch eigenständig möglich wäre. Ebenso kann ein Risiko dahingehend bestehen, dass Bieter das indikative Angebot aufgrund der Unverbindlichkeit nicht vollständig beziehungsweise nicht in der notwendigen Güte und „Preisschärfe“ bearbeiten.

Soweit phasenweise Verhandlungen („Abschichtung“) vorgesehen sind, kann eine Abschichtung von Angeboten allerdings erst nach Einholung verbindlicher Angebote erfolgen. Gleiches gilt für den Ausschluss von Angeboten wegen Nichterfüllung von A-Kriterien.

Der Auftraggeber kann zudem die Verhandlungen auch in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen abwickeln, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern („Abschichtung“). Voraussetzung dafür ist, dass er hierauf in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen hingewiesen hat.

Wichtiger Hinweis:

In der Schlussphase des Vergabefahrens müssen noch so viele Angebote vorliegen, dass der Wettbewerb gewährleistet ist, sofern ursprünglich eine ausreichende Anzahl von Angeboten oder geeigneten Bietern vorhanden war.

Diese Besonderheiten des Verhandlungsverfahrens vorausgeschickt, geht die nachstehende Darstellung in folgender Reihenfolge auf die einzelnen Aspekte der Prüfung und Wertung von Angeboten und der Verhandlungen ein:

- Prüfung und Wertung der Erstangebote

- Verhandlungen
- Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot
- Behandlung der Bieterfragen
- Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote
- Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote

4.3.1. *Prüfung und Wertung der Erstangebote*

Hat der Auftraggeber einen Vorbehalt der Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote gemäß § 17 Abs. 11 VgV in der Aufforderung zur Interessenbestätigung aufgenommen und will er diesen Vorbehalt im Vergabeverfahren dann tatsächlich ziehen, folgt die Prüfung und Wertung der Erstangebote gemäß dem in der Praxis grundsätzlich angewandten 4-stufigen Wertungssystem:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt dabei die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 56, 57 VgV. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in der Regel bereits zuvor (in der Einleitungsphase) vorgenommen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote im Verhandlungsverfahren nur bei Änderungen oder neuen Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 60 VgV. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angeboten die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Hat der Auftraggeber

- hingegen keinen Vorbehalt der Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote vorgesehen
- oder zieht er einen solchen vorgesehenen Vorbehalt im Vergabeverfahren tatsächlich nicht,
- oder hat er das Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote unter Berücksichtigung der Vergabevorschriften, insbesondere der Vergabegrundsätze in den Vergabeunterlagen entsprechend geregelt,

kann das vorbeschriebene 4-stufigen Wertungssystem möglicherweise nicht vollständig bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote angewendet werden zum Beispiel, wenn

- keine abschließende formale Prüfung auf Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen erfolgen kann, weil die Erstangebote nach der Verfahrensgestaltung des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen gar nicht verbindlich sein mussten,
- oder keine Prüfung der Angemessenheit der Preise und keine Feststellung des (vorläufig) wirtschaftlichsten Angebotes möglich ist, weil noch gar keine Preisangebote mit dem Erstangebot verlangt wurden.

Im Folgenden wird dennoch das vollständige 4-stufige Wertungssystem im Einzelnen dargestellt. Ob und inwieweit dies im Einzelfall tatsächlich auf die Erstangebote anwendet wird, bestimmt sich nach den rechtmäßigen Vorgaben des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen.

4.3.1.1. Formale Prüfung der Angebote

Bei der formalen Prüfung prüft der Auftraggeber die Angebote auf Rechtzeitigkeit, Vollständigkeit und Übereinstimmung mit den Vorgaben der Vergabeunterlagen beziehungsweise veröffentlichten Bekanntmachung. Danach sind von der Angebotswertung zwingend auszuschließen:

- Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn der Bieter hat dies nicht zu vertreten
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen, oder
- nicht zugelassene Nebenangebote

Damit an sich vielversprechende Bieter nicht wegen lediglich geringfügiger formaler Fehler ausgeschlossen werden müssen, kann der Auftraggeber Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen (insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise) nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Das Nachforderungsrecht darf jedoch nicht zum Austausch von Unterlagen genutzt werden, denn die Nachforderung bereits vorliegender, jedoch inhaltlich unzureichender Unterlagen ist nicht zulässig.

Die Entscheidung, ob er Unterlagen nachfordert, steht im Ermessen des Auftraggebers. Im Rahmen der Ermessensentscheidung muss darüber entschieden werden, ob nachgefordert wird, was nachgefordert wird und in welcher Frist nachzuliefern ist. Sowohl eine nach den obigen Ausführungen fehlerhafte Nachforderung von Unterlagen als auch eine danach fehlerhaft unterlassene Nachforderung kann dazu führen, dass die Vergabeentscheidung des Auftraggebers von Bietern angegriffen wird. Die Gründe für die Entscheidung sind im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Der Auftraggeber kann die Nachforderung von Unterlagen bereits in der Aufforderung zur Interessensbestätitung oder in den Vergabeunterlagen ausschließen.

4.3.1.2. Prüfung der Angemessenheit des Preises

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Preises geht es um den richtigen Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten.

Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, hat der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung zu verlangen. Ein automatischer Ausschlussgrund für solche Angebote besteht also gerade nicht (Grundsatz „Aufklärung vor Ausschluss“). Konkret treffen den Auftraggeber im Rahmen dieser Aufklärung folgende Pflichten:

Der Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebotes und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen des Bieters. Die Prüfung kann insbesondere betreffen:

- die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung
- die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt
- die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung
- die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften
- oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen

Kann der Auftraggeber nach dieser Prüfung die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.

Stellt der Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Angebot abzulehnen, wenn der Bieter nicht fristgemäß nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Der Auftraggeber hat die Ablehnung in diesem Fall der Europäischen Kommission mitzuteilen.

Anlass für eine Preisaufklärung geben zunächst Angebote mit auffälligen Preisdifferenzen zu eingegangenen Konkurrenzangeboten, wobei grundsätzlich der Gesamtpreis der Angebote maßgeblich ist. In Rechtsprechung und Landesvergabegesetzen werden teilweise prozentuale Preisabstände der Angebote zum nächsthöheren Angebot angenommen beziehungsweise festgelegt („Aufgreifschwellen“). Im Einzelfall sollte der Auftraggeber vertieft prüfen, ob und inwieweit solche Aufgreifschwellen in seinem Anwendungsbereich angenommen wurden oder gelten.

Nach einem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs können die Mitbewerber verlangen, dass der Auftraggeber in die nähere Prüfung der Preisbildung eintritt, wenn ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Angebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen,

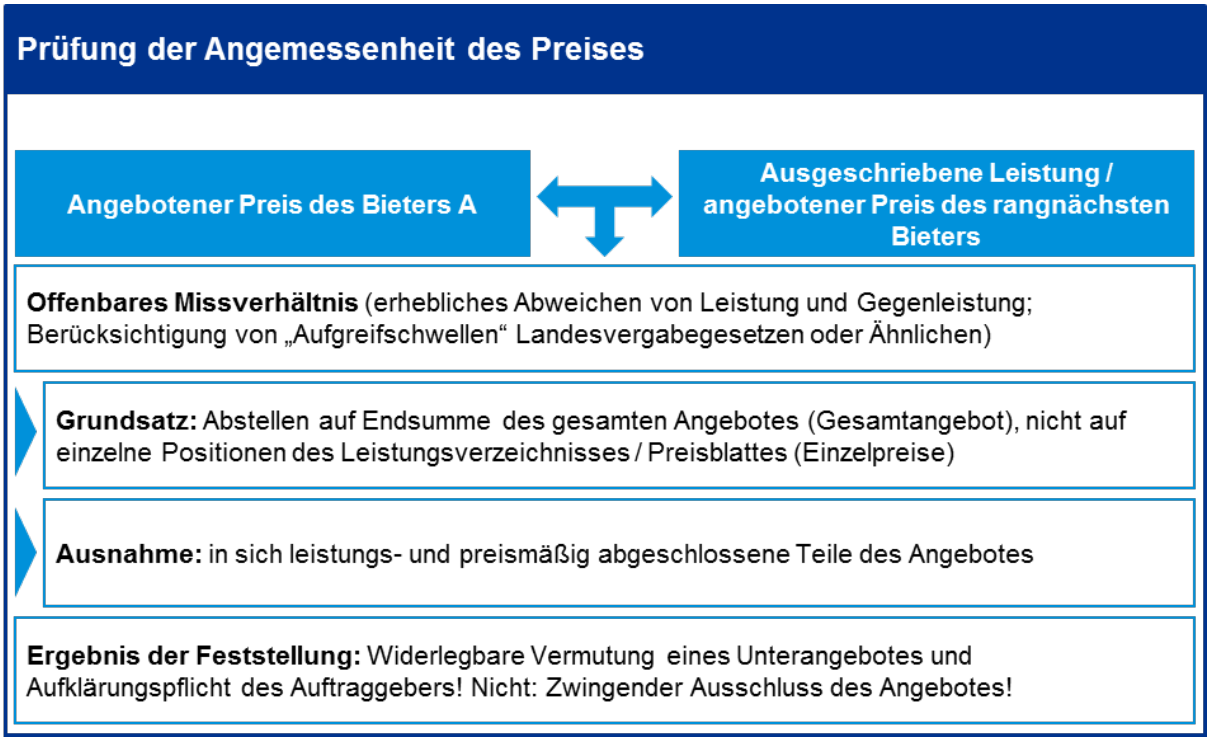
ungewöhnlich niedrig erscheint (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16). Die vorzunehmende Preisaufklärung sollte sich unter Berücksichtigung dieses Grundsatzurteils nicht auf die Einholung einer pauschalen Bestätigung des betroffenen Bieters beschränken, die Angebotspreise seien angemessen und auskömmlich. Vielmehr ist eine qualifizierte Preisprüfung vorzunehmen, die insbesondere deren Schutzzweck berücksichtigt, auch das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung zu wahren. Insoweit ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen, dass unangemessen niedrige Angebotspreise gesteigerte Risiken bergen. Nach dem Grundsatzurteil des BGH können sich diese in vielfältiger Weise verwirklichen, zum Beispiel:

- Auftragnehmer kann infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen.
- Auftragnehmer könnte in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen, sich des Auftrages so unaufwendig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet.

Der Auftraggeber sollte diese Aspekte bei der Preisaufklärung entsprechend berücksichtigen. Kann der betroffene Bieter seine ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preise aber rechtmäßig erklären und die Gründe für seine Preisbildung eindeutig und transparent machen, kann aber auch ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot zulässig sein. Dies mit der Folge, dass ein solches Angebot nicht ausgeschlossen werden darf.

Zu Dokumentations- und Beweiszwecken ist die Durchführung der Aufklärung (Aufklärungsverlangen und Stellungnahme des betroffenen Bieters hierzu) in Textform zu dokumentieren. Für die Aufklärung durch den Bieter ist diesem eine angemessene Frist zu gewähren. In der Praxis kann für den Auftraggeber die Ausrichtung des Aufklärungsverlangens anhand konkreter Positionen des Angebotes / Preisblattes hilfreich sein, aus denen der ungewöhnlich niedrig erscheinende Gesamtpreis mutmaßlich resultiert.

Anhand der im Rahmen der Aufklärung vom betroffenen Bieter eingereichten Unterlagen hat der Auftraggeber zu prüfen, ob danach die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten zufriedenstellend aufgeklärt sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, darf der Auftraggeber den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.



Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über das Angebot, insbesondere im Zusammenhang mit den angebotenen Preisen nach den vorstehenden Maßstäben verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise (insbesondere über eine etwaige Aufklärung mit den betroffenen Bietern und über das Ergebnis, einschließlich Begründung der anschließenden Wertungsentscheidung des Auftraggebers) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

4.3.1.3. Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Erst im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes kommt – für die nach den drei vorstehend dargestellten Wertungsstufen im Wettbewerb verbliebenen Angebote – die in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegte Bewertungsmethode, gegebenenfalls nebst zugehöriger Leistungsbewertung gemäß Leistungsbewertungsmatrix zum Tragen (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt demgemäß nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis auf der Grundlage einer Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die in den Vergabeunterlagen durch Bewertungsmethode gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, insbesondere in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Zuschlagskriterien, Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes, insbesondere der Leistungsbewertung nach einer Leistungsbewertungsmatrix (insbesondere über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. Bei B-Kriterien mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung bedarf es im Rahmen der Leistungsbewertung einer besonders sorgfältigen Begründung und einer entsprechenden Dokumentation durch den Auftraggeber.

Wichtiger Hinweis:

An der Zuschlagsentscheidung sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken.

4.3.2. *Verhandlungen*

Für den Fall, dass nach den oben beschriebenen Maßgaben keine Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote erfolgt, tritt der Auftraggeber nach der vorbeschriebenen Prüfung und Wertung der Erstangebote in die Verhandlungen ein. Eine Verhandlungsrunde besteht aus mehreren Verhandlungsgesprächen mit jeweils verschiedenen Bietern. Innerhalb eines Verhandlungsverfahrens kann es zu einer oder mehreren Verhandlungsrunden kommen. Zum Abschluss einer Verhandlungsrunde werden regelmäßig entweder Folgeangebote eingeholt und / oder Verhandlungsergebnisse verbindlich schriftlich fixiert (ein beispielhafter Ablauf einer Verhandlungsrunde findet sich in Kapitel F.8.).

Der Auftraggeber verhandelt im Rahmen einer Verhandlungsrunde mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Dabei darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. Um die Flexibilität für die Verhandlungen zu wahren, sollte der Auftraggeber daher mit der Festlegung von Mindestanforderungen zurückhaltend sein und grundsätzlich nur alternativlose Leistungsanforderungen und Funktionalitäten als Mindestanforderung im Sinne von der vorgenannten Vorschriften festlegen. Im Rahmen der Verhandlungen kann gegebenenfalls mehrfach sowohl über Leistungen als auch über Preise verhandelt werden.

Vor allem in komplexen und lang laufenden Verhandlungsverfahren kann es sinnvoll sein, protokollierte Verhandlungsergebnisse unmittelbar am Ende der Verhandlungsergebnisse von allen Verhandlungsbeteiligten durch Unterschrift bestätigen zu lassen oder zumindest im Anschluss an die Verhandlungsbeteiligten an die Verhandlungsbeteiligten zu übermitteln. Dabei können die Bieter aufgefordert werden, zum Beispiel bestimmte Angebotsteile auf Grundlage des protokollierten Verhandlungsergebnisses zu überarbeiten. Die Veranlassung einer derartigen Überarbeitung von Angebotsteilen muss nicht zwingend als formale Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgen, sondern kann auch informell, beispielsweise zur Vorbereitung eines weiteren Verhandlungsgesprächs, von Bietern verlangt werden. Wenn der Auftraggeber hier die Verbindlichkeit der Überarbeitung sicherstellen möchte, kann er die Unterzeichnung solcher Dokumente verlangen. Aus Gründen der Gleichbehandlung sind allen Bietern gleiche Fristen für Überarbeitungen zu setzen.

Der Auftraggeber hat bei den Verhandlungen sicherzustellen, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleichbehandelt werden. Insbesondere hat sich der Auftraggeber jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen zu enthalten, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Der Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemeinen, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmten Informationen erteilt werden.

Bieter, deren Angebote nicht im Rahmen einer „Abschichtung“ (phasenweises Verhandlungsverfahren) ausgeschieden sind, sind in Textform nach § 126b BGB über etwaige Änderungen der Leistungsbeschreibung, insbesondere der technischen Anforderungen oder anderer Bestandteile der Vergabeunterlagen zu unterrichten, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien betreffen. Im Anschluss an solche Änderungen hat der Auftraggeber den Bietern ausreichend Zeit gewähren, um ihre Angebote zu ändern und gegebenenfalls überarbeitete Angebote einzureichen.

Wenn der Auftraggeber ein phasenweises Verhandlungsverfahren mit „Abschichtung“ vorgesehen hat, erfolgt die Abschichtung in der Regel bereits vor der Verhandlungsrunde anhand der eingereichten Erstangebote (gegebenenfalls Folgeangebote). Diese Bieter sind unter Angabe von Gründen über ihr Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren zu informieren. Gleiches gilt für Bieter, deren Angebote zum Beispiel aus formalen Gründen auszuschließen sind.

Die Verhandlungen sollten so lange geführt werden, bis die letzte Verhandlungsrunde die Möglichkeit zur Einholung endgültiger zuschlagsreifer Angebote eröffnet hat.

4.3.3. *Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot*

Wenn der Auftraggeber beabsichtigt, die Verhandlungen abzuschließen, so unterrichtet er die verbleibenden Bieter und legt eine einheitliche Frist für die Einreichung neuer oder überarbeiteter Angebote (Folgeangebote oder endgültige Angebote) fest. Dabei ist jeweils eindeutig anzugeben, ob es sich (lediglich) um ein Folgenangebot oder das endgültige Angebot handelt.

Die Aufforderung zur Abgabe von Folgeangeboten und endgültigen Angeboten enthält regelmäßig die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, das Aktenzeichen und möglicherweise ein Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen. Weiterhin sollte der Aufbau der gegebenenfalls aktualisierten Vergabeunterlagen in einer Übersicht dargestellt werden und die Angebotsfrist sowie die Stelle, bei der das Angebot oder die angeforderten Unterlagen einzureichen sind, benannt werden. Gegebenenfalls sind in der Aufforderung zur Abgabe von Folgeangeboten und endgültigen Angeboten auch Angaben zum weiteren Verfahrensablauf mitzuteilen, insbesondere wenn sich dieser gegenüber den vorherigen Ankündigungen ändert.

Wenn der Auftraggeber ein phasenweises Verhandlungsverfahren mit „Abschichtung“ vorgesehen hat, werden nur noch die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter zum Folgeangebot beziehungsweise zum endgültigen Angebot aufgefordert.

Nach Abschluss der letzten Verhandlungsrunde erfolgt als sogenannter „last call“ die Aufforderung zum endgültigen Angebot an die bis dahin im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter („best and final offer“ – BAFO).

4.3.4. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist für Folgeangebote und das endgültige Angebot können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Der konkrete Ablauf der Behandlung von Bieterfragen ist bereits bei der Behandlung von Bieterfragen vor den Erstangeboten dargestellt, auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

4.3.5. *Behandlung und Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Folgeangebote und endgültigen Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen.

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern.

Die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Folgeangebote und endgültigen Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

4.3.6. *Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote*

Im Anschluss an die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Das konkrete Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Folgeangebote und insbesondere des endgültigen Angebotes wird auch die durch die vom Auftraggeber gewählte Gestaltung des Ablaufs des Verhandlungsverfahrens bestimmt. Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers bei der Prüfung und Wertung der Angebote und bei den Verhandlungen bestimmt sich demgemäß nach den vom Auftraggeber im Rahmen des Designs, insbesondere bei der Erstellung der Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

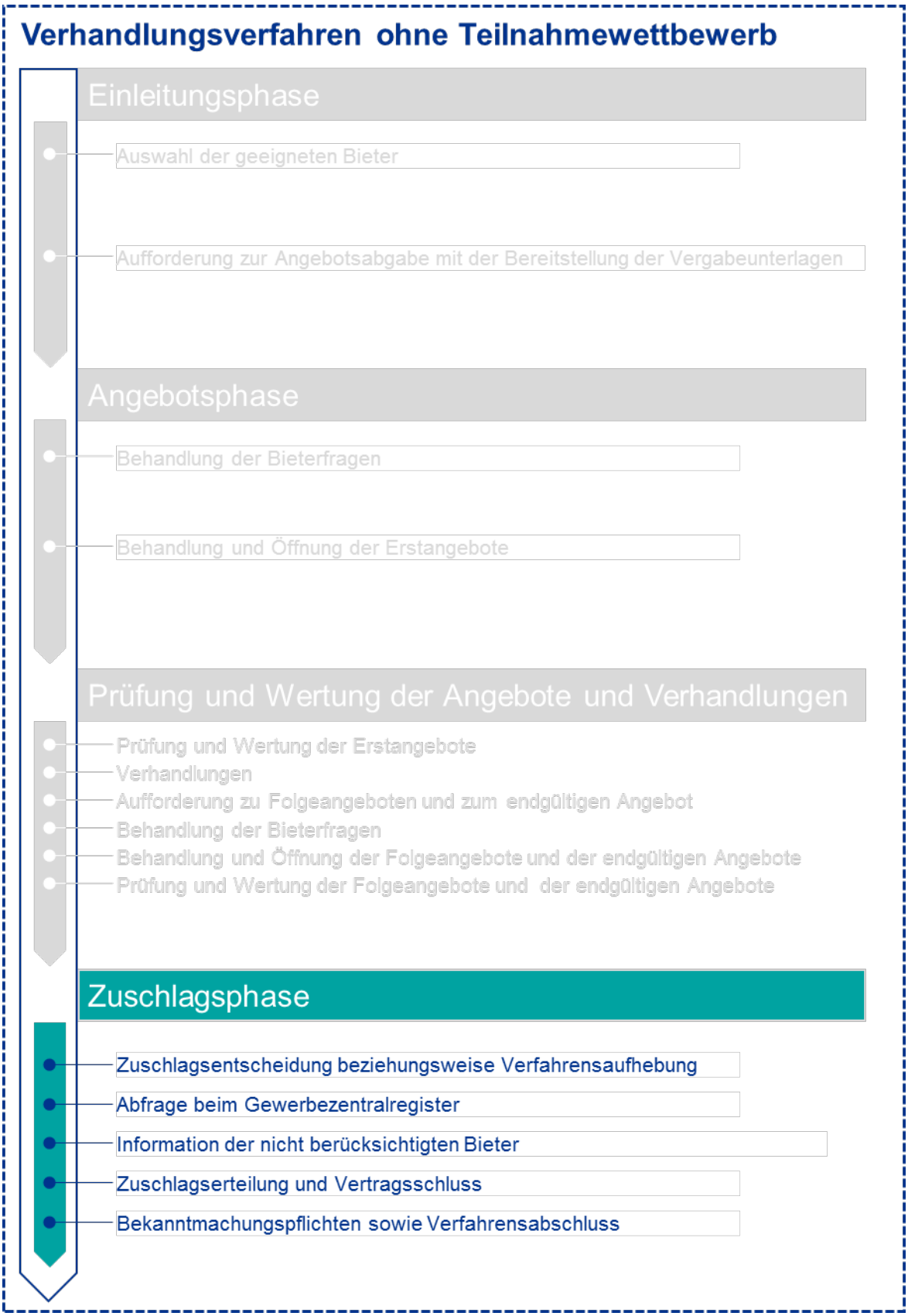
Spätestens hinsichtlich der endgültigen Angebote erfolgt die Prüfung und Wertung der gemäß dem in der Praxis grundsätzlich angewandten 4-stufigen Wertungssystem:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt dabei die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 56, 57 VgV. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb bereits in der Einleitungsphase vorgenommen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote im Verhandlungsverfahren nur bei Änderungen oder neuen Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 60 VgV. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angeboten die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Der konkrete Ablauf der formalen Prüfung, Prüfung der Angemessenheit des Preises sowie die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung ist bereits bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote dargestellt, auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

4.4. Zuschlagsphase



4.4.1. *Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung*

Im Regelfall endet das Vergabeverfahren mit einer Zuschlagsentscheidung. Voraussetzung dafür ist, dass nach Abschluss der Prüfungs- / Wertungsphase mindestens ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, das auch zu einem wirtschaftlichen Ergebnis des Vergabeverfahrens führt.

4.4.1.1. Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung

Sofern ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt und der betreffende Bieter die – gegebenenfalls auf Anforderung des Auftraggebers – nachzuweisende Eignung zunächst nur mit der Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) vorläufig belegt hatte, muss der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung diesen Bieter auffordern, die nach §§ 44 bis 49 VgV gemäß Aufforderung zur Interesssensbestätigung beziehungsweise den Vergabeunterlagen geforderten Unterlagen beizubringen (sofern dies nicht bereits während des Vergabeverfahrens erfolgt ist). Dies sollte in Textform (gemäß § 126b BGB) und mit einer Festlegung einer angemessenen Frist geschehen. Die beigebrachten Unterlagen sind zu prüfen. Unter bestimmten Voraussetzungen müssen Bieter keine Unterlagen beibringen (§ 50 Abs. 3 VgV).

Vor Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber zudem von den Bietern, die eine Unterauftragsvergabe an Dritte vorsehen und deren Angebote in die engere Wahl kommen, verlangen, noch nicht aufgelistete Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel dieser Unterauftragnehmer zur Verfügung stehen (sogenannte Mittelbereitstellungserklärung). Er muss dann auch die Einreichung entsprechender Angaben fordern, um das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen prüfen zu können (§ 36 Abs. 1 VgV).

Der öffentliche Auftraggeber überprüft in jedem Fall vor der Erteilung des Zuschlages, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen. Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe verlangt der öffentliche Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe kann der öffentliche Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der öffentliche Auftraggeber kann dem Bewerber oder Bieter dafür eine Frist setzen (§ 36 Abs. 5 VgV).

Sofern der Auftraggeber im Verhandlungsverfahren den Zuschlag auf ein Erstangebot erteilen will, ohne in Verhandlungen eingetreten zu sein, ist dies nur möglich, wenn dieses Vorgehen in der Aufforderung zur Interessensbestätigung mitgeteilt wurde (§ 17 Abs. 9 VgV). Dieser Aspekt ist je nach Verfahrenslage zu prüfen.

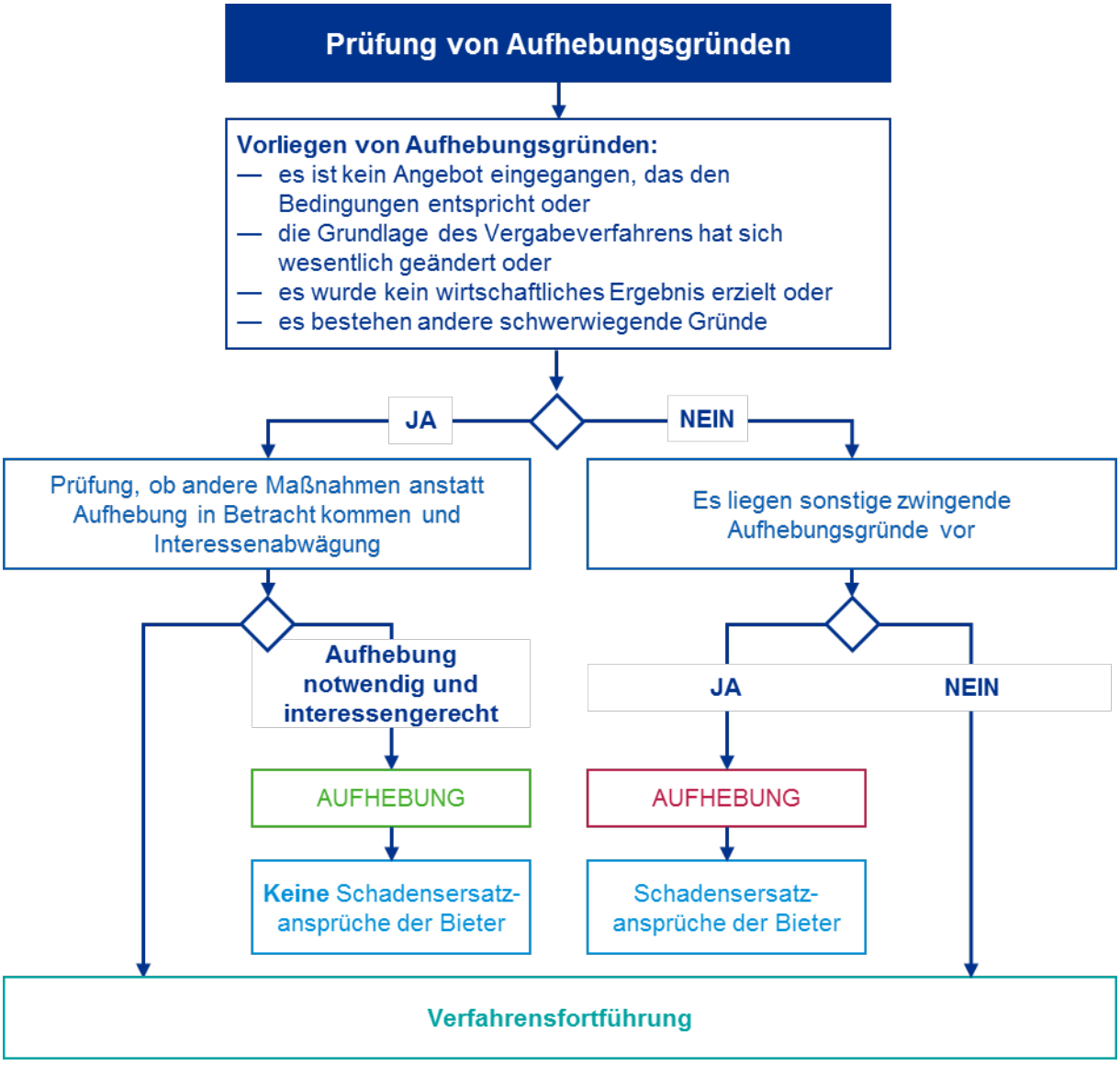
4.4.1.2. Zuschlagsentscheidung

Nach Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen der Prüfungs- / Wertungsphase ist die Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Sowohl die Grundlagen für die Zuschlagsentscheidung als auch die Gründe der Nichtberücksichtigung der restlichen Bieter sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. An der Entscheidung über den Zuschlag sollen nach § 58 Abs. 5 VgV in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken (Mitzeichnung ist erforderlich).

Sofern demgegenüber keine zuschlagsfähigen Angebote vorliegen oder andere Aufhebungsgründe zutreffen, ist das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Regelung des § 63 VgV ganz oder losweise aufzuheben.

4.4.1.3. Aufhebung

Nach § 63 VgV kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den in der Norm genannten und eng begrenzten Tatbeständen durch eine rechtmäßige Aufhebung beenden. Grundsätzlich gilt, dass Auftraggeber Vergabeverfahren nicht willkürlich aufheben dürfen. Ein „Auslaufen“ eines Vergabeverfahrens ohne einen für die Bieter erkennbaren Abschluss und dementsprechende Information durch den Auftraggeber ist nicht zulässig. Der früheste Zeitpunkt einer möglichen Aufhebung ist unmittelbar nach erfolgter Bekanntmachung des Vergabeverfahrens oder Aufforderung zur Angebotsabgabe.



Diese Aufhebungsvoraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen. Allerdings darf der Auftraggeber auch dann, wenn keine der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, das Verfahren aufheben. Er ist also nicht gezwungen, den Zuschlag zu erteilen. Ein sonstiger zwingender Aufhebungsgrund kann beispielsweise bestehen, wenn aufgrund fehlerhafter Planungen bereits ursprünglich nicht verfügbare Haushaltsmittel für den Auftrag endgültig verweigert werden. Ohne das Vorliegen einer gesetzlichen Aufhebungsvoraussetzung können Bieter jedoch unter Umständen erfolgreich Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Es ist zwischen einer Vollaufhebung und einer Teilaufhebung zu unterscheiden. Damit bei losweisen Vergaben nicht alle Beschaffungsmaßnahmen betroffen sind, ist grundsätzlich eine Teilaufhebung für das betreffende Los möglich.

Wichtiger Hinweis:

Nach der zugrunde liegenden Norm ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines Aufhebungstatbestandes nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben. Der Auftraggeber besitzt somit einen Ermessensspielraum und muss bei der Entscheidung auch die Interessen der Bieter berücksichtigen. Vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber daher eine Interessenabwägung vornehmen und prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind. Der Auftraggeber ist dazu angehalten, alles Mögliche zu tun, um eine Aufhebung zu vermeiden. So soll insbesondere angestrebt werden etwaige Verfahrensfehler, die während des Vergabeverfahrens auftreten, zu beheben. Eine Beseitigung von Verfahrensfehlern - gegebenenfalls mittels einer berichtigenden Bekanntmachung der veränderten Bedingungen (Formular: Berichtigung - Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angabe) - erfordert nicht unbedingt eine vorherige Aufhebung.

Nach der Entscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber den Bietern unverzüglich die Gründe für seine Entscheidung mitzuteilen, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten. Diese Mitteilung kann formfrei erfolgen, muss auf Antrag eines Bieters jedoch in Textform (gemäß § 126b BGB) übermittelt werden. Aus Dokumentationsgründen sollte jedoch von vornherein die Textform gewählt werden.

4.4.2. *Abfrage beim Gewerbezentralregister*

Das MiLoG trifft in § 19 MiLoG Regelungen zum Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage sind Auftraggeber verpflichtet, Bieter vor dem Zuschlag hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des MiLoG zu überprüfen (Eigenerklärung ist zu verlangen). Darüber hinaus muss bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO eingeholt werden (auch „MiLoG-Abfrage“ genannt).

Diese Auskunft sollte im Sinne eines zügigen Abschlusses des Vergabeverfahrens unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung beim zuständigen Bundesamt für Justiz angefordert werden. Sofern der Bieter ausweislich der Gewerbezentralregisterauskunft mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden ist, soll dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Vor einer Entscheidung über den etwaigen Ausschluss ist dem Bieter eine Gelegenheit einzuräumen, sich zu dem Sachverhalt zu äußern. Aus Dokumentationsgründen sollte die Anhörung des Bieters in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Bei der zu treffenden Entscheidung über den Ausschluss auf Grundlage der Ausführungen eines Bieters ist es naheliegend, dass der Auftraggeber sich an den Grundsätzen der Selbstreinigung gemäß § 125 GWB orientiert.

Tipp für die Praxis:

Sofern die Gewerbezentralregisterauskunft im schriftlichen Verfahren eingeholt wird, kann dies zu gegebenenfalls nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Daher empfiehlt es sich, dass der Auftraggeber die Möglichkeit nutzt, Gewerbezentralregisterauskünfte im deutlich schnelleren elektronischen Verfahren beim Bundesamt für Justiz einzuholen. Dazu bedarf es – soweit noch nicht vorhanden – der Einrichtung eines elektronischen Zugangs. Die Beantragung eines elektronischen Zugangs beim Bundesamt für Justiz sollte bereits vor oder in der Frühphase des Vergabeverfahrens erfolgen. Weitere Informationen sind von der Webseite des Bundesamtes der Justiz zu beziehen (siehe https:// www.bundesjustizamt.de).

Der Auftraggeber kann bereits in den Bewerbungsbedingungen von den Bewerbern / Bietern Eigenerklärungen über das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 98c AufenthG, § 19 MiLoG, § 21 AEntG und § 21 SchwarzArbG und über das Vorliegen entsprechender Einträge im Gewerbezentralregister verlangen. Auf diese Weise erhält der Auftraggeber bereits bei der Eignungsprüfung eine Indikation über das Vorliegen solcher Ausschlusstatbestände. Von der vorstehend dargestellten Abfragepflicht beim Gewerbezentralregister für den zum Zuschlag vorgesehenen Bieter befreit eine solche Eigenerklärung den Auftraggeber jedoch nicht.

Wichtiger Hinweis:

Neben der Abfrage beim Gewerbezentralregister sind bei Vergabeverfahren von Landesbehörden beziehungsweise öffentlichen Auftraggebern der Länder gegebenenfalls auch nach dem Vergaberecht des jeweiligen Bundeslandes notwendige Abfragen beim Korruptionsregister des betreffenden Bundeslandes zu beachten.

Zudem werden öffentliche Auftraggeber ab Aufnahme des Betriebs des neuen Wettbewerbsregisters nach Maßgabe des WRegG verpflichtet sein, vor Erteilung des Zuschlages beim Wettbewerbsregister elektronisch abzufragen, ob das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll, eingetragen ist.

4.4.3. *Information der nicht berücksichtigten Bieter*

4.4.3.1. Informations- und Wartepflicht

Im Rahmen der Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB muss der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung an alle Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, ein Informationsschreiben übermitteln. Diese Information muss unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung und in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Die Ablehnungsbegründung muss auf die im Einzelfall tragenden Gründe eingehen.

Die Informations- und Wartepflicht entfällt gemäß § 134 Abs. 3 GWB in Fällen, in denen das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wegen besonderer Dringlichkeit gerechtfertigt ist.

4.4.3.2. Inhalt des Informationsschreibens

Das Informationsschreiben muss mindestens folgende Informationen beinhalten:

- Angabe des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll
- Individueller und begründeter Ablehnungsgrund
- Frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Hinsichtlich des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, genügt die Angabe des Namens (notwendig ist also nicht die Angabe der Adresse etc.).

4.4.3.3. Bemessung der Wartefrist

Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information geschlossen werden. Wird die Information per Telefax oder auf elektronischem Weg (zum Beispiel über ein E-Vergabe-System oder per E-Mail) übermittelt, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage.

Die Frist der 15 Kalendertage beziehungsweise zehn Kalendertage beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Tipp für die Praxis:

Auf Grundlage einschlägiger Rechtsprechung sollen bei der Bemessung der Frist vom Versand des Informationsschreibens bis zum frühestens Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu verzeichnende Feiertage, insbesondere wenn innerhalb der Frist mehrere Feiertage liegen, Berücksichtigung finden, sodass die Mindestfrist im Idealfall um die Anzahl der Feiertage verlängert wird. Dies dient zur Vermeidung von Risiken, die entstehen können, wenn dem Bieter zur Prüfung und Bewertung des Informationsschreibens faktisch nur wenige Werktage verbleiben.

Weiterhin kommt es zwar auf den Tag des Zugangs des Informationsschreibens beim betroffenen Bieter nicht an, jedoch muss der Auftraggeber nachweisen können, dass er das Schreiben versandt hat. Dies ist in der Vergabeakte zu dokumentieren.

4.4.3.4. Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes

Die Ausführlichkeit der Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes hängt vom Einzelfall ab, beispielsweise von der Komplexität der Bewertungsmethode.

Die Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes muss jedenfalls auf die konkreten im Einzelfall tragenden Gründe eingehen. Ein bloßer allgemeiner Hinweis darauf, dass das Angebot ausgeschlossen werden musste oder nicht das wirtschaftlichste gewesen ist, genügt im Regelfall den Anforderungen an die zu übermittelnden Inhalte gemäß der Informationspflicht nicht, auch wenn die Begründung grundsätzlich knapp ausfallen kann.

Folgende Grundsätze sollte man bei der Angabe von Gründen für die vorgesehene Nichtberücksichtigung beachten:

- Es sind vollständige Informationen und somit alle Gründe für die vorgesehene Nichtberücksichtigung anzugeben. Ist ein Angebot beispielsweise sowohl verspätet als auch in Form eines Nebenangebotes eingegangen, obwohl Nebenangebote nicht zugelassen wurden, so liegen zwei Gründe für die Nichtberücksichtigung vor (ein Ausschluss muss nach § 57 Abs. 1 Nr. 1, 6 VgV erfolgen), die mitgeteilt werden sollten.
- Sofern ein Bieter nicht zu berücksichtigen ist, weil er nicht das wirtschaftlichste Angebot eingereicht hat, sollten – je nach der anzuwendenden Bewertungsmethode – konkretisierende Informationen mitgeteilt werden. Ist über den Zuschlag auf Grundlage des günstigsten Preises beziehungsweise der niedrigsten Kosten zu entscheiden, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, welchen Rang das Angebot in der Rangfolge der Preise beziehungsweise der Kosten belegt hat. Erfolgt die Zuschlagserteilung auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, ob sein Angebot anhand eines teureren Preises oder anhand niedrigerer Leistungspunkte als der Zuschlagskandidat oder aus beiden Gründen nicht berücksichtigt werden kann, gegebenenfalls ergänzt um die jeweilige Rangfolge.
- Insgesamt sollen die Informationen aussagekräftig und für den Bieter nachvollziehbar sein.
- Allen Bietern, die nicht berücksichtigt werden, sollen aus Gründen der Gleichbehandlung die sie betreffenden Informationen in gleichartiger Ausgestaltung und Ausführlichkeit sowie zum gleichen Zeitpunkt übermittelt werden.

Darüber hinausgehende Informationen werden regelmäßig nicht erforderlich sein. Insbesondere ist eine Angabe von konkreten Leistungspunktzahlen nicht notwendig. Konkrete Informationen über das Angebot, das den Zuschlag erhalten soll, sollen nicht mitgeteilt werden, da der Auftraggeber die Vertraulichkeit von Informationen aus dem Angebot des Zuschlagskandidaten zu wahren hat, was insbesondere die Preisangaben betrifft.

Ein ähnlicher Maßstab kann grundsätzlich für die Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Teilnahmeantrages angelegt werden.

Hinweis zu Abweichungen bei sicherheitsrelevanten Beschaffungen:

Im Fall sicherheitsrelevanter Aufträge können Auftraggeber beschließen, bestimmte Informationen über die Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung nicht mitzuteilen, soweit die Offenlegung den Gesetzesvollzug behindert, dem öffentlichen Interesse, insbesondere Verteidigungs- oder Sicherheitsinteressen, zuwiderläuft, berechtigte geschäftliche Interessen von Unternehmen schädigt oder den lauteren Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigen könnte. Ein solcher Wegfall der Mitteilung bestimmter Informationen ist im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung zu prüfen und zu begründen sowie in der Vergabeakte zu dokumentieren.

4.4.3.5. Adressaten des Informationsschreibens

Adressaten des Informationsschreibens sind alle Bieter, das heißt Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt haben. Darunter fällt beispielsweise auch

das Angebot eines Bieters, das bereits deshalb ausgeschlossen werden musste, weil es verspätet eingegangen war.

Eine Übermittlung des Informationsschreibens an den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, ist nicht vorgeschrieben, kann aber sinnvoll sein, damit dieser Bieter bereits Vorkehrungen für die Aufnahme der Leistungserbringung treffen kann. Erfolgt eine solche Benachrichtigung, so ist darauf zu achten, dass klarstellend nur die voraussichtliche Zuschlags- beziehungsweise Auftragserteilung angekündigt wird. Es darf nicht der Eindruck erweckt werden, die Vorankündigung sei bereits das eigentliche Zuschlagschreiben.

4.4.3.6. Konsequenzen einer Nichtbeachtung der Informations- und Wartepflicht

Erfolgt die Information nicht oder nur unvollständig beziehungsweise nicht gegenüber allen notwendigen Adressaten oder wird die Wartefrist nicht eingehalten und trotzdem der Zuschlag erteilt, so hat dies gravierende Folgen. Denn ein erteilter öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen die Vorschriften zur Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB verstoßen hat und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Die Unwirksamkeit kann nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrages beziehungsweise nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union geltend gemacht worden ist, längstens jedoch innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss.

Zur Vermeidung vorgenannter Risiken sollte der Auftraggeber bei Abfassung und Versand des Informationsschreibens ein hohes Maß an Sorgfalt walten lassen.

4.4.3.7. Ergänzende Informationspflichten und Informationspflicht auf Antrag

Unabhängig von der vorstehend dargestellten gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflicht nach § 134 GWB gegenüber nicht berücksichtigten Bietern, bestehen nach § 62 VgV ergänzende Informationspflichten gegenüber Bietern. Daneben können Bieter gezielt weitergehende Informationen über die Gründe der Nichtberücksichtigung vom Auftraggeber verlangen.

Der Auftraggeber muss jedem Bieter unverzüglich und ohne gesonderte Aufforderung seine Entscheidungen über

- den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder
- die Zuschlagserteilung

mitteilen. Es empfiehlt sich, diese Informationen in das Informationsschreiben nach § 134 GWB aufzunehmen (soweit hier überhaupt ein zusätzlicher Gehalt an Informationen zu verzeichnen ist). Eine Information nach § 62 Abs. 1 VgV kann aber das Informationsschreiben nach § 134 GWB nicht ersetzen.

Weiterhin muss der Auftraggeber in der Zuschlagsphase auf Verlangen eines Bieters diesen unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrages in Textform (gemäß § 126b BGB),

- jeden nicht erfolgreichen Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebotes (1) und
- über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes (2) sowie

- den Namen des erfolgreichen Bieters (3)

informieren. Die Informationsaspekte (1) und (3) werden bereits mit dem Informationsschreiben nach § 134 GWB abgedeckt. Demgegenüber stellen nur die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes noch eine zusätzliche Information dar. Der Spielraum für solche Informationen über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ist allerdings aus Gründen des Vertraulichkeitsschutzes und des fairen Wettbewerbes nur sehr klein. Man wird hier kaum weiter gehen können, als etwa dem nicht erfolgreichen Bieter in allgemeiner Form mitzuteilen, in welchen Leistungsbereichen (zum Beispiel Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen) der Zuschlagskandidat besser abgeschnitten hat als der nicht erfolgreiche Bieter. Aufgrund des Vertraulichkeitsschutzes gemäß § 5 VgV, der die vertraulichen Aspekte des Angebotes des Zuschlagskandidaten regelt, ist insbesondere hinsichtlich etwaiger Preisinformationen größte Zurückhaltung geboten.

Der öffentliche Auftraggeber ist im Übrigen nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern (a), dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen (b), den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden (c) oder den lauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde (d). Insbesondere die genannten Aspekte (c) und (d) sprechen dafür, dass der Auftraggeber bei der antragsgemäßen Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ein hohes Maß an Zurückhaltung walten lässt.

4.4.4. *Zuschlagserteilung und Vertragsschluss*

4.4.4.1. Übermittlung Zuschlagsschreiben

Nach Ablauf der Wartefrist ist im nächsten Schritt der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Zum Vertragsschluss muss der Auftraggeber dem ausgewählten Bieter ein Zuschlagsschreiben übermitteln. In dem Zuschlagsschreiben ist dem Bieter mitzuteilen, dass der Zuschlag erteilt wird und das Angebot des Bieters angenommen wird. Dabei ist in der VgV – anders als ausdrücklich an diversen anderen Stellen bezüglich der Kommunikation – nicht die Textform (§ 126b BGB), allerdings auch keine andere spezifische Form (zum Beispiel die Schriftform), vorgesehen. Insofern ist von einer Wahlfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Übermittlungsform auszugehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Zuschlagsschreibens achten.

Mit Zugang des Zuschlagsschreibens beim Bieter kommt der Vertrag zustande. Dabei gelten die Grundsätze zum Vertragsschluss nach dem BGB. Das Zuschlagsschreiben muss daher dem Bieter rechtzeitig vor Ablauf der Zuschlagsfrist und vor allem noch innerhalb der Angebotsbindefrist zugehen. Daneben darf die Annahme des Angebotes im Zuschlagsschreiben nicht an Bedingungen geknüpft sein oder eine Änderung des Angebotes oder der Vertragsunterlagen enthalten.

Soll die festgelegte Zuschlagsfrist aus wichtigen Gründen verlängert werden, so ist das Einverständnis der zu diesem Zeitpunkt noch im Vergabeverfahren befindlichen Bieter einzuholen. Es kann auch nur die Zustimmung derjenigen Bieter eingeholt werden, die noch eine Chance auf eine Zuschlagserteilung haben. Bei dieser Gelegenheit sind die Bieter auch aufzufordern, einer Verlängerung der

Angebotsbindefrist zuzustimmen, soweit deren Fristende vor dem Ende der verlängerten Zuschlagsfrist liegt.

4.4.4.2. Erstellung der Vertragsurkunde

Nach Übermittlung des Zuschlagsschreibens wird zur Verfahrensdokumentation regelmäßig eine Vertragsurkunde ausgefertigt. Der Inhalt dieser Vertragsurkunde ergibt sich im Wesentlichen aus den Vertragsunterlagen (die Bestandteil der Vergabeunterlagen waren) und dem Angebot. Bei kleineren Beschaffungen kann auf die Ausfertigung einer gesonderten Vertragsurkunde verzichtet werden. Der Vertragsinhalt ergibt sich dann etwa aus der Leistungsbeschreibung, der VOL/B und dem Angebot.

Die Vertragsunterlagen – beispielsweise die bereits weitestgehend vorausgefüllten EVB-IT Vertragsformulare – sind im Wege einer Konsolidierung mit den notwendigen Informationen aus dem Angebot zu vervollständigen. Der Vertragsinhalt ist bereits mit Zuschlagserteilung und Übermittlung des Zuschlagsschreibens wirksam festgelegt und darf im Zuge der Erstellung der Vertragsurkunde nicht geändert werden.

4.4.4.3. Unterzeichnung der Vertragsurkunde

Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Vertragspartner dient der Beweissicherung und trägt zur Rechtssicherheit bei. Der Auftraggeber übermittelt dem Auftragnehmer beispielsweise zwei Vertragsurkunden, von denen eine bereits von der Auftraggeberseite gezeichnet ist und beim Auftragnehmer verbleibt, während der Auftragnehmer die andere nach Unterzeichnung an den Auftraggeber zurücksendet.

Zu Dokumentationszwecken sollten der abzulegenden Vertragsurkunde alle Vertragsanlagen beigefügt werden.

4.4.5. *Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss*

4.4.5.1. Vergabebekanntmachung und Statistikmeldungen

Der Auftraggeber muss spätestens 30 Tage nach der Vergabe eines öffentlichen Auftrages – also nach der Auftragserteilung mittels Übermittlung des Zuschlagsschreibens – oder nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Vergabebekanntmachung mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union übermitteln (Formular: Bekanntmachung vergebener Aufträge - Ergebnisse des Vergabeverfahrens).

Bei Abschluss einer Rahmenvereinbarung bezieht sich die Bekanntmachung vergebener Aufträge nur auf die abgeschlossene Rahmenvereinbarung. Für die auf ihrer Grundlage vergebenen Einzelaufträge ist keine Bekanntmachung vergebener Aufträge erforderlich.

Daneben sieht die VergStatVO für den Auftraggeber bestimmte Pflichten zur Übermittlung von statistikrelevanten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vor, die zu beachten sind.

4.4.5.2. Abschluss des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren ist in der Regel mit der Auftragserteilung durch Übermittlung des Zuschlagsschreibens beendet. Bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern wirkt das

Vergabeverfahren jedoch noch fort, soweit nach den Regelungen der Rahmenvereinbarung mittels erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Unternehmen, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind, also sogenannten Miniwettbewerben, Einzelaufträge vergeben werden. Auch diese Vergaben von Einzelaufträgen unterliegen dann noch den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen (siehe Kapitel E.1.2.).

Die Vertragsunterlagen sind mit Abschluss des Vergabeverfahrens an die für die Vertragsverwaltung zuständige Stelle zu übermitteln.

4.4.5.3. Aufbewahrung der Unterlagen

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist die Vergabeakte auf Vollständigkeit zu prüfen und zu archivieren. Die gesamte Verfahrensdokumentation, der Vergabevermerk sowie die Angebote und ihre Anlagen sind gemäß § 8 Abs. 4 VgV bis zum Ende der Laufzeit des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung aufzubewahren, mindestens jedoch für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages. Gleiches gilt für Kopien aller abgeschlossenen Verträge, die mindestens einen Auftragswert in Höhe von einer Million Euro haben.

Gegebenenfalls müssen die Vergabeunterlagen sowie die gesamte Vergabeakte mit deren Anlagen entsprechend den für den Auftraggeber geltenden Aufbewahrungsvorschriften und -fristen noch länger als die vorgenannte dem Vergaberecht entstammende Frist aufbewahrt werden.

Wichtig ist dies unter anderem auch zum Zweck einer etwaigen Prüfung der vergaberechtlichen Relevanz späterer Vertragsänderungen, weil dann die ursprünglichen Vergabeunterlagen regelmäßig nochmals geprüft werden müssen (siehe Kapitel E.2.1.1.1.).

Die Angebote einschließlich ihrer Anlagen sowie die Dokumentation über Öffnung und Wertung der Angebote sind im Übrigen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

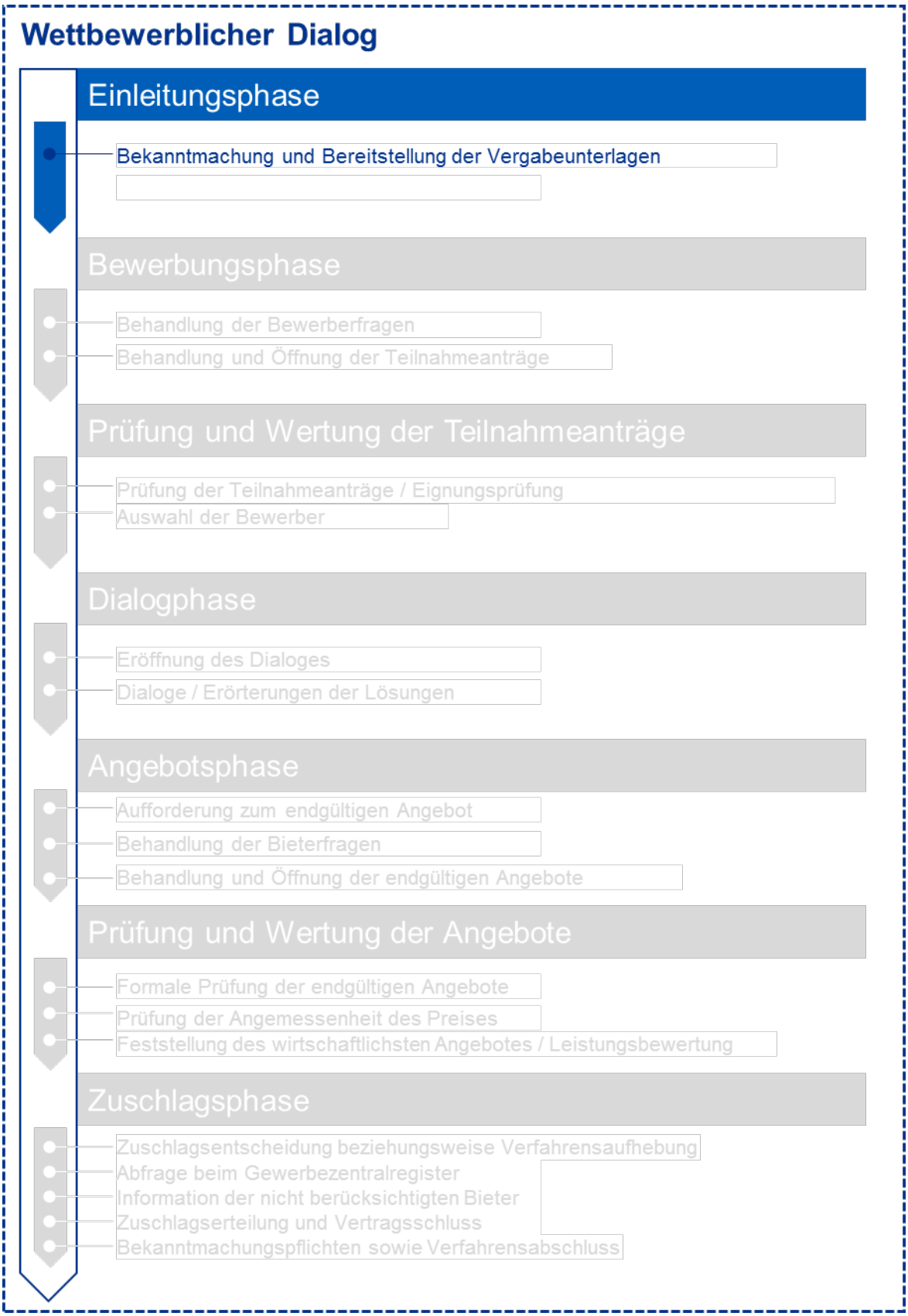
5. Wettbewerblicher Dialog

Der wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge mit dem Ziel der Ermittlung und Festlegung der Mittel, mit denen die Bedürfnisse des Auftraggebers am besten erfüllt werden können. Nach einem Teilnahmewettbewerb eröffnet der Auftraggeber mit den ausgewählten Unternehmen einen Dialog zur Erörterung aller Aspekte der Auftragsvergabe.

Wesentliches Merkmal des wettbewerblichen Dialoges ist die Durchführung einer Dialogphase im Rahmen des Vergabeverfahrens, und zwar vor der eigentlichen Aufforderung zur Angebotsabgabe und vor der Angebotsabgabe. In der Dialogphase erörtert der Auftraggeber mit den am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen Lösungen und Lösungsvorschläge und bewertet diese.

Der prozessuale Ablauf in verfahrensmäßiger Hinsicht entspricht in weiten Teilen dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, wobei die Dialogphase die Verhandlungen ersetzt.

5.1. Einleitungsphase



5.1.1. *Bekanntmachung*

Nachdem Planung und Design des wettbewerblichen Dialoges abgeschlossen und die Vergabeunterlagen fertiggestellt sind, erfolgt die Bekanntmachung des wettbewerblichen Dialoges.

Die Auftragsbekanntmachung beziehungsweise die Veröffentlichung der Bekanntmachung europaweiter Vergabeverfahren ist in §§ 37, 40 VgV geregelt.

Darin teilen öffentliche Auftraggeber ihre Absicht, einen Auftrag zu vergeben beziehungsweise eine Rahmenvereinbarung abzuschließen in einer Auftragsbekanntmachung mit. Die Auftragsbekanntmachung wird nach dem Muster gemäß Anhang II der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 erstellt. Es ist darauf zu achten, dass die Auftragsbekanntmachung alle vorgeschriebenen Inhalte umfasst. So regelt beispielsweise § 122 Abs. 4 GWB, dass Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind.

Bekanntmachungen müssen dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union elektronisch übermittelt werden. Der Tag der Absendung muss durch den öffentlichen Auftraggeber nachgewiesen werden können.

Zur Erstellung und Übermittlung der Bekanntmachung kann ein elektronisches Formular auf der Internetseite der Europäischen Union „eNotices-Formulare für das öffentliche Auftragswesen“ genutzt werden.

Für den Zugang zu eNotices muss einmalig ein Benutzerkonto eingerichtet werden. Die Zugangsrechte müssen behördenintern organisatorisch geregelt werden.

Das Auftragsbekanntmachungsformular ist vereinheitlicht und gilt für alle EU-weiten Vergabe- und Verfahrensarten für Lieferungen, Leistungen und Bauleistungen. Innerhalb dieses Formulars ist die jeweils zu vergebene Lieferung und / oder Leistung einer standardisierten Nummer zuzuordnen – der sogenannten CPV-Nummer. Der Katalog des Common Procurement Vocabulary (CPV) dient dem Zweck, dass bei europaweiten Vergabeverfahren die zu vergebende Leistung in allen EU-Staaten gleichermaßen beschrieben und verständlich ist.

Bekanntmachungen europaweiter Verfahren dürfen auch auf nationaler Ebene (beispielsweise auf www.bund.de oder diversen länderspezifischen Vergabeplattformen) veröffentlicht werden.

Wichtiger Hinweis:

Die Veröffentlichung europaweiter Verfahren auf nationaler Ebene darf frühestens 48 Stunden nach Bestätigung des Eingangs der Bekanntmachung durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union erfolgen. Bekanntmachungen auf nationaler Ebene dürfen zudem keine zusätzlichen Informationen zur EU-weiten Bekanntmachung enthalten.

Tipp für die Praxis:

Beim Einsatz von E-Vergabesystemen zur Vorbereitung und Durchführung von EU-weiten Vergabeverfahren kann die EU-Bekanntmachung in der Regel automatisch aus den dort erfassten Verfahrensangaben generiert und vom E-Vergabesystem an das Amt für Veröffentlichungen der

Europäischen Union übermittelt werden. Auch die Übermittlung an nationale Vergabeplattformen kann durch die Systeme unter Einhaltung der Wartefrist automatisiert erfolgen.

Die entsprechende Funktionalität beziehungsweise gegebenenfalls vorzunehmende Konfigurationen sind jedoch abhängig vom jeweiligen E-Vergabesystem und somit individuell zu prüfen.

5.1.2. *Bereitstellung der Vergabeunterlagen*

Die Bereitstellung der Vergabeunterlagen europaweiter Vergabeverfahren ist in § 41 VgV geregelt.

Die Vergabeunterlagen müssen vom Bieter über eine elektronische Adresse unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Das heißt der öffentliche Auftraggeber hat die Unterlagen auf einer Webseite (zum Beispiel dem Webauftritt des Auftraggebers oder einer Vergabeplattform) – ohne Registrierungs- und Anmeldezwang – zum direkten Download bereitzustellen. Bewerber beziehungsweise Bieter dürfen nicht dazu aufgefordert werden, die Vergabeunterlagen per Mail beim Auftraggeber abzurufen.

Wichtiger Hinweis:

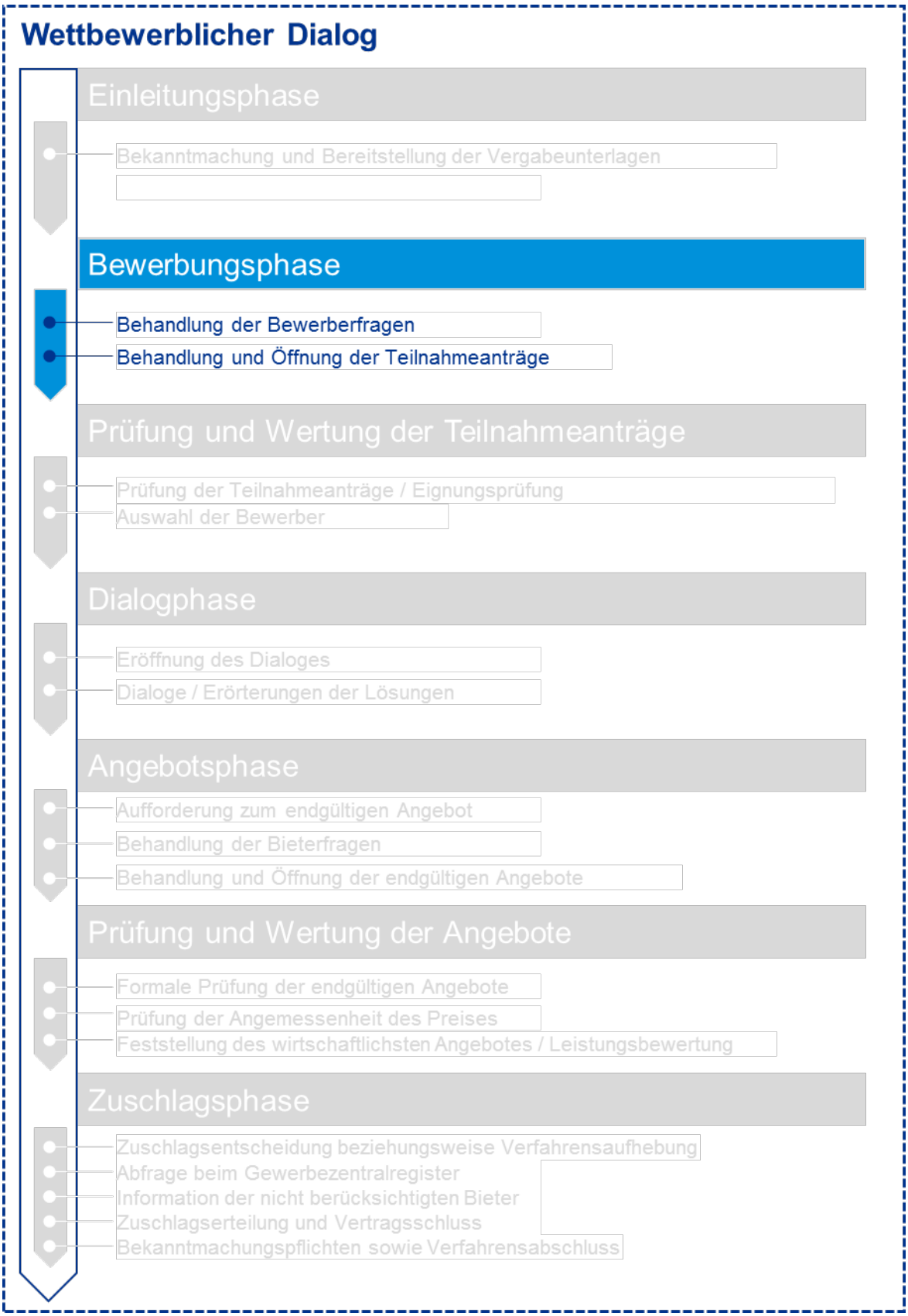
Aufgrund des Wortlauts von § 41 Abs. 1 VgV („vollständig“) in Verbindung mit § 29 VgV („Vergabeunterlagen“) sollte der Auftraggeber davon ausgehen, dass eine „vollständige“ Bereitstellung der Vergabeunterlagen auch bei Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb bereits zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung eine Bereitstellung auch folgender Unterlagen und Informationen für den Leistungswettbewerb umfasst: Bewerbungsbedingungen, Leistungsbeschreibung, Vertragsbedingungen, Ausgestaltung der Zuschlagskriterien.

Die elektronische Adresse (Internetadresse) ist in der EU-Bekanntmachung anzugeben.

Ausnahme bilden die in § 41 Abs. 2 VgV geregelten technischen Gründe, wenn zum Beispiel Dateiformate zur Beschreibung der Leistung beziehungsweise der Angebote zum Einsatz kommen, die nicht mit allgemein verfügbaren oder verbreiteten Programmen verarbeitet werden können. Die Angebotsfrist ist in diesem Fall um fünf Tage zu verlängern.

Auch erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit und ein damit verbundener abweichender Zugang zu den Vergabeunterlagen bilden (gemäß § 41 Abs. 3 VgV) Ausnahmen und erfordern – sofern es sich nicht ausschließlich um die Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung handelt – eine Angebotsfristverlängerung.

5.2. Bewerbungsphase



5.2.1. *Behandlung der Bewerberfragen*

Innerhalb der Teilnahmefrist können die Bewerber zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sind unverzüglich zu erteilen und sollten im wettbewerblichen Dialog bei rechtzeitiger Anforderung durch die Bewerber - orientiert an den Fristen für die Angebotsphase - spätestens sechs Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist erteilt werden, andernfalls sollte die Teilnahmefrist verlängert werden. Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bewerber Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen (gemäß den Grundsätzen der Kommunikation nach §§ 9 ff. VgV) mit elektronischen Mitteln (in Textform) gestellt und allen Bewerbern gleichzeitig mit elektronischen Mitteln (in Textform) – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform - beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen, die Teilnahmeanträge, die Interessensbestätigung oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bewerberfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die VgV sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bewerberfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bewerberfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Teilnahmeantragsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Teilnahmeantragsfrist ebenfalls zu verlängern.

5.2.2. *Behandlung und Öffnung der Teilnahmeanträge*

Elektronisch übermittelte Teilnahmeanträge sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Teilnahmeanträge sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Teilnahmeanträge sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Teilnahmeanträge erst nach Ablauf der Teilnahmefrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Teilnahmeanträge sollte von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Teilnahmefrist durchgeführt werden.

Die Öffnung der Teilnahmeanträge ist in Textform zu dokumentieren. Die Teilnahmeanträge sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

5.3. Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge

5.3.1. *Prüfung der Teilnahmeanträge / Eignungsprüfung*

Im Anschluss an die Öffnung der Teilnahmeanträge hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen der Eignungsprüfung zugrunde zu legen.

Im Rahmen der Eignungsprüfung prüft der Auftraggebers das Vorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB und, ob und inwieweit die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen fachkundig und leistungsfähig (geeignet) sind.

Die Ausschlussgründe in diesem Sinne sind teilweise zwingend (ohne Ermessen für den Auftraggeber, § 123 GWB), teilweise fakultativ (Kann-Ausschluss mit Ermessensentscheidung für den Auftraggeber, § 124 GWB). Hier hat der Auftraggeber den entsprechenden Katalog der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB sowie die Regelungen zur Selbstreinigung (§§ 125, 126 GWB) zu beachten.

Im Übrigen sind für die Eignungsprüfung die dahingehenden Vorgaben, namentlich die Festlegungen zu den Eignungskriterien, in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung (gegebenenfalls in einer Eignungsbewertungsmatrix) maßgeblich. Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Planung und eines ordnungsgemäßen Designs der Beschaffung hat der Auftraggeber entsprechende Eignungskriterien festgelegt und definiert, die ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über deren Eignung verlangen.

5.3.2. *Auswahl der Bewerber*

Der Auftraggeber wählt die Bewerber zur Abgabe eines Angebotes aus, bei denen keine Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB vorliegen und die die Eignungskriterien (am besten) erfüllen. Die Vorgaben für die Auswahlentscheidung (zum Beispiel Eignungsbewertungsmatrix und Mindest- / Höchstzahl der auszuwählenden Bewerber) hat der Auftraggeber bereits in der Planung und im Design einer Beschaffung rechtmäßig in den Vergabeunterlagen festgelegt und definiert.

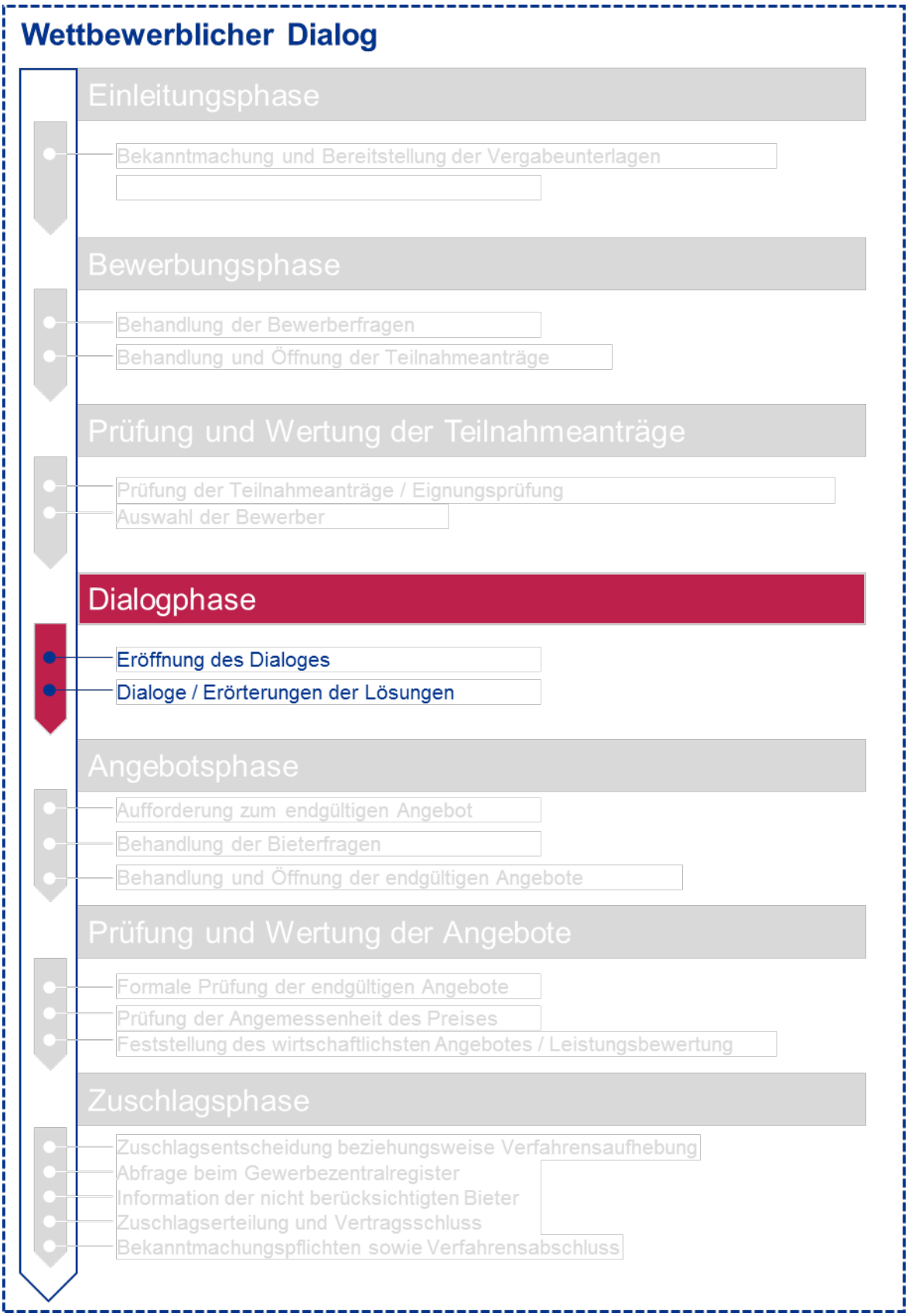
Für die der am besten geeigneten Bewerber erfolgt demgemäß nach einer Bewertung des Auftraggebers auf der Grundlage einer Eignungsbewertungsmatrix, ob und inwieweit der Bewerber die in den Vergabeunterlagen durch Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix vorgegebenen Eignungsanforderungen erfüllt.

Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, in der Auftragsbekanntmachung und in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Der Auftraggeber hat die Bewerber, die nicht ausgewählt werden und damit im Teilnahmewettbewerb ausscheiden, über die Gründe für die Ablehnung ihres Teilnahmeantrages zu unterrichten (§ 62 Abs. 2 VgV, § 134 Abs. 1 S. 2 GWB).

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Eignungsprüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe, einschließlich etwaiger Begründungen für Ermessensentscheidungen, und über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich deren Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

5.4. Dialogphase



5.4.1. *Eröffnung des Dialoges*

Nur mit den vom Auftraggeber im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Unternehmen eröffnet der Auftraggeber den Dialog. Die Aufforderung zur Teilnahme am Dialog enthält regelmäßig die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, das Aktenzeichen und möglicherweise ein Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen. Weiterhin sollte der Aufbau der Vergabeunterlagen in einer Übersicht dargestellt werden und die Angebotsfrist sowie die Stelle, bei der etwaige Lösungsvorschläge oder die angeforderten Unterlagen einzureichen sind, benannt werden. Beim wettbewerblichen Dialog ist in der Aufforderung zur Teilnahme am Dialog auch der konkrete weitere Verfahrensablauf vom Auftraggeber anzugeben. Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers im Vergabeverfahren bestimmt sich dann nach den vom Auftraggeber aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

5.4.2. *Dialoge / Erörterungen der Lösungen*

Der eröffnete Dialog dient dazu, dass der Auftraggeber ermittelt und festlegt, wie seine Bedürfnisse und Anforderungen am besten erfüllt werden können. Dabei kann er mit den ausgewählten Unternehmen alle Aspekte des Auftrages erörtern.

Eine Dialogrunde besteht grundsätzlich aus mehreren Dialoggesprächen mit jeweils verschiedenen Bietern. Innerhalb eines wettbewerblichen Dialoges kann es zu einer oder mehreren Dialogrunden kommen. Die Dialogrunden können auf der Grundlage von Lösungsvorschlägen der Bieter geführt werden, zu denen der Auftraggeber vor jeder Dialogrunde auffordert und die die Bieter vor jeder Dialogrunde einreichen. Das konkrete Vorgehen kann sich in diesem Fall orientieren am Verhandlungsverfahren, das heißt an folgenden prozessualen Schritten:

- Aufforderung zur Abgabe von Lösungsvorschlägen
- Behandlung und Öffnung von Lösungsvorschlägen
- Prüfung und Wertung von Lösungsvorschlägen

Die Prüfung und Wertung eingereichter Lösungsvorschläge hat der Auftraggeber gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Das konkrete Vorgehen bei der Prüfung und Wertung eingereichter Lösungsvorschläge wird auch die durch die vom Auftraggeber gewählte Gestaltung des Ablaufs des Dialoges bestimmt. Der Auftraggeber ist im wettbewerblichen Dialog berechtigt, über die Inhalte eingereichter Lösungsvorschläge mit den Bietern zu erörtern und zu verändern. Gleichwohl muss aber auch im wettbewerblichen Dialog jeder Lösungsvorschlag den vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen genügen.

Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers bei der Prüfung und Wertung eingereichter Lösungsvorschläge und bei den Dialogrunden bestimmt sich demgemäß nach den vom Auftraggeber im Rahmen des Designs, insbesondere bei der Erstellung der Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf. Vergaberechtliche Detailregelungen zum Ablauf des Vergabeverfahrens zwischen einzelnen Dialogrunden und eingereichten Lösungsvorschlägen bestehen nicht. Der Auftraggeber hat insoweit Gestaltungsspielräume hinsichtlich des Ablaufs des weiteren

Vergabeverfahrens, wobei stets die Vergabegrundsätze in jedem Stadium des Vergabeverfahrens zu beachten sind. Bei der Prüfung und Wertung von Lösungsvorschlägen sollte sich der Auftraggeber an dem 4-stufigen Wertungssystem, das für die Prüfung und Wertung der Angebote angewendet wird, orientieren.

Der Auftraggeber kann vorsehen, dass der Dialog in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen geführt wird (phasenweiser Dialog), sofern er darauf in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen hingewiesen hat. In jeder Dialogphase kann die Zahl der zu erörternden Lösungen anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien verringert werden („Abschichtung“). Der Auftraggeber hat die Unternehmen zu informieren, wenn deren Lösungen nicht für die folgende Dialogphase vorgesehen sind.

Wichtiger Hinweis:

In der Schlussphase müssen noch so viele Lösungen vorliegen, dass der Wettbewerb gewährleistet ist, sofern ursprünglich eine ausreichende Anzahl von Lösungen oder geeigneten Bietern vorhanden war.

Der Auftraggeber erörtert im Rahmen einer Dialogrunde mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Lösungsvorschläge, mit dem Ziel zu ermitteln und festzulegen, wie die Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers am besten erfüllt werden können. Dabei darf der gesamte Inhalt der Lösungsvorschläge erörtert werden.

Vor allem in komplexen und lang laufenden Dialogrunden kann es sinnvoll sein, protokollierte Dialogergebnisse unmittelbar am Ende der Dialogrunde von allen Dialogbeteiligten durch Unterschrift bestätigen zu lassen oder zumindest im Anschluss an die Dialogbeteiligten zu übermitteln. Dabei können die Bieter aufgefordert werden, zum Beispiel bestimmte Teile der Lösungsvorschläge auf Grundlage des protokollierten Dialogergebnisses zu überarbeiten. Die Veranlassung einer derartigen Überarbeitung von Teilen der Lösungsvorschläge muss nicht zwingend als formale Aufforderung zur Überarbeitung erfolgen, sondern kann auch informell, beispielsweise zur Vorbereitung eines weiteren Dialoggesprächs, von Bietern verlangt werden. Wenn der Auftraggeber hier die Verbindlichkeit der Überarbeitung sicherstellen möchte, kann er die Unterzeichnung solcher Dokumente verlangen. Aus Gründen der Gleichbehandlung sind allen Bieter gleiche Fristen für Überarbeitungen zu setzen.

Der Auftraggeber hat bei den Dialogrunden sicherzustellen, dass alle Bieter bei den Dialogrunden gleichbehandelt werden.

Der Auftraggeber hat dafür zu sorgen, dass alle Unternehmen bei dem Dialog gleichbehandelt werden. Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines Unternehmens darf der Auftraggeber nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Unternehmen weitergeben und nur im Rahmen des jeweiligen Vergabeverfahrens verwenden. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmten Informationen erteilt werden.

Bieter, deren Lösungen / Lösungsvorschläge nicht im Rahmen einer „Abschichtung“ (phasenweiser Dialog) ausgeschieden sind, sind in Textform nach § 126b BGB über etwaige Änderungen der Bedürfnisse und Anforderungen, insbesondere der technischen Anforderungen oder anderer Bestandteile der Vergabeunterlagen zu unterrichten. Im Anschluss an solche Änderungen hat der

Auftraggeber den Bietern ausreichend Zeit gewähren, um ihre Lösungsvorschläge zu ändern und gegebenenfalls überarbeitete Lösungsvorschläge einzureichen.

Wenn der Auftraggeber einen phasenweisen Dialog mit „Abschichtung“ vorgesehen hat, erfolgt die Abschichtung in der Regel bereits vor der Dialogrunde anhand der eingereichten Lösungsvorschläge. Diese Bieter sind unter Angabe von Gründen über ihr Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren zu informieren. Gleiches gilt für Bieter, deren Lösungsvorschläge zum Beispiel aus formalen Gründen auszuschließen sind.

Der Dialog sollte so lange geführt werden, bis die letzte Dialogrunde die Möglichkeit zur Einholung endgültiger zuschlagsreifer Angebote eröffnet hat. Demgemäß schließt der Auftraggeber den Dialog ab, wenn er die Lösungen ermittelt hat, mit denen die Bedürfnisse und Anforderungen an die zu beschaffende Leistung befriedigt werden können. Die im Verfahren verbliebenen Teilnehmer sind hierüber zu informieren. Der Abschluss des Dialoges kann dazu führen, dass eine oder mehrere Lösungen für die Befriedigung der Bedürfnisse und Anforderungen in Frage kommen. Liegen jedoch keine tauglichen Lösungen vor, kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren zu diesem Zeitpunkt auch beenden. Der Auftraggeber besitzt in diesem Fall („Prognoseentscheidung“) einen relativ breiten Beurteilungsspielraum. Die Entscheidung und deren Begründung sind zu dokumentieren.

Wichtiger Hinweis:

Der Auftraggeber kann Prämien oder Zahlungen an die Teilnehmer am Dialog vorsehen.

5.5. Angebotsphase

5.5.1. *Aufforderung zum endgültigen Angebot*

Nach Abschluss des Dialoges hat der Auftraggeber die Unternehmen aufzufordern, auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ihr endgültiges Angebot vorzulegen.

Nur die im Verfahren verbliebenen Unternehmen werden vom Auftraggeber zur Abgabe endgültiger Angebote aufgefordert. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält regelmäßig die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, das Aktenzeichen und möglicherweise ein Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen. Weiterhin sollte der Aufbau der Vergabeunterlagen in einer Übersicht dargestellt werden und die Angebotsfrist sowie die Stelle, bei der das Angebot oder die angeforderten Unterlagen einzureichen sind, benannt werden. Beim wettbewerblichen Dialog ist in der Aufforderung zur Angebotsabgabe auch der konkrete weitere Verfahrensablauf vom Auftraggeber anzugeben. Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers im Vergabeverfahren bestimmt sich dann nach den vom Auftraggeber aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

Zur Sicherstellung der erforderlichen Vergleichbarkeit der zu erwartenden Angebote bedarf die Erstellung der Aufforderung zum endgültigen Angebot nebst der entsprechenden Vergabeunterlagen besonderer Sorgfalt.

5.5.2. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sind unverzüglich zu erteilen und müssen im wettbewerblichen Dialog bei rechtzeitiger Anforderung durch die Bieter spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden, andernfalls ist die Angebotsfrist zu verlängern. Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bieter Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen (gemäß den Grundsätzen der Kommunikation nach §§ 9 ff. VgV) mit elektronischen Mitteln (in Textform) gestellt und allen Bietern gleichzeitig mit elektronischen Mitteln (in Textform) – beispielsweise per Mail oder über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bieterfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die VgV sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bieterfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bieterfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Angebotsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Angebotsfrist ebenfalls zu verlängern.

5.5.3. *Behandlung und Öffnung der endgültigen Angebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

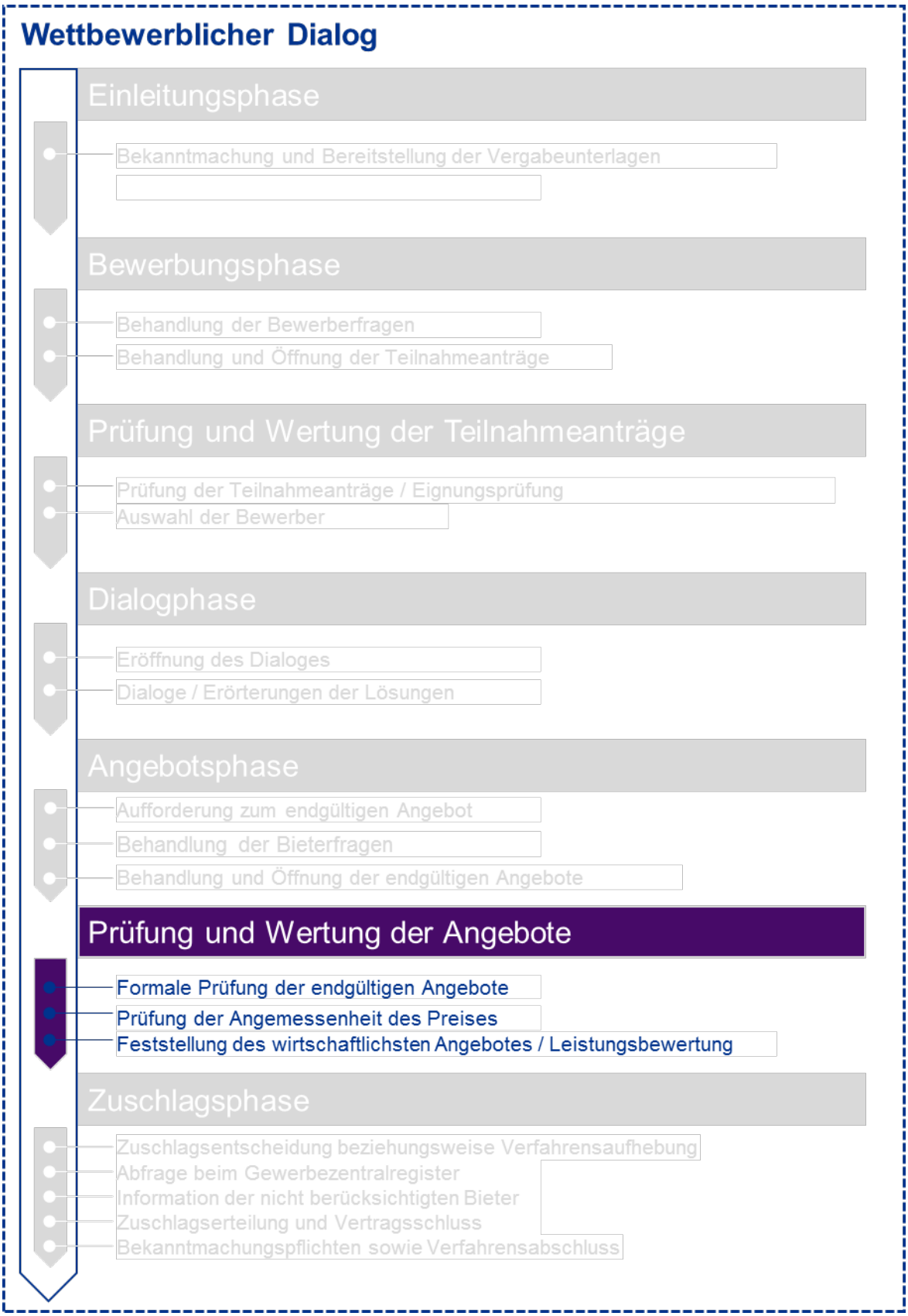
Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen.

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern.

Die Öffnung der Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

5.6. Prüfung und Wertung der Angebote



Im Anschluss an die Öffnung der Angebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Dabei wird in der Praxis grundsätzlich von einem 4-stufigen Wertungssystem ausgegangen:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung, bereits im Teilnahmewettbewerb durchgeführt)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 56, 57 VgV. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die im wettbewerblichen Dialog bereits im Teilnahmewettbewerb vorgenommen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote im wettbewerblichen Dialog nur bei Änderungen oder neuen Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 60 VgV. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angebote die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die nachstehende Darstellung geht in der Reihenfolge des vorstehend erläuterten 4-stufigen Wertungssystems auf die einzelnen Wertungsstufen (mit Ausnahme der Eignungsprüfung) ein.

5.6.1. *Formale Prüfung der endgültigen Angebote*

Bei der formalen Prüfung prüft der Auftraggeber die Angebote auf Vollständigkeit und fachliche sowie rechnerische Richtigkeit. Maßgeblich sind hierfür insbesondere die Vorgaben in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung. Zudem umfasst die formale Prüfung die Prüfung auf das Vorliegen von Ausschlussgründen. Danach sind von der Angebotswertung zwingend auszuschließen:

- Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn der Bieter hat dies nicht zu vertreten
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen
- oder nicht zugelassene Nebenangebote

Hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, so berücksichtigt er nur die Nebenangebote, die die von ihm in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Damit an sich vielversprechende Bieter nicht wegen lediglich geringfügiger formaler Fehler ausgeschlossen werden müssen, kann der Auftraggeber Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen (insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise) nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Das Nachforderungsrecht darf jedoch nicht zum Austausch von Unterlagen genutzt werden, denn die Nachforderung bereits vorliegender, jedoch inhaltlich unzureichender Unterlagen ist nicht zulässig (siehe zum Thema Nachforderung im Einzelnen Kapitel F.7.).

Grundsätzlich nicht nachgefordert werden dürfen leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen. Es sei denn, es handelt sich um Preisangaben für unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb beeinträchtigen.

Die Entscheidung, ob er Unterlagen nachfordert, steht im Ermessen des Auftraggebers. Im Rahmen der Ermessensentscheidung muss darüber entschieden werden, ob nachgefordert wird, was nachgefordert wird und in welcher Frist nachzuliefern ist. Sowohl eine nach den obigen Ausführungen fehlerhafte Nachforderung von Unterlagen als auch eine danach fehlerhaft unterlassene Nachforderung kann dazu führen, dass die Vergabeentscheidung des Auftraggebers von Bietern angegriffen wird.

Der Auftraggeber kann die Nachforderung von Unterlagen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen ausschließen.

Der Auftraggeber kann im Übrigen Klarstellungen und Ergänzungen zu diesen Angeboten verlangen. Diese Klarstellungen oder Ergänzungen dürfen nicht dazu führen, dass wesentliche Bestandteile des Angebotes oder des Auftrages einschließlich der in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen festgelegten Bedürfnisse und Anforderungen grundlegend geändert werden, wenn dadurch der Wettbewerb verzerrt wird oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der formalen Prüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe und für die Entscheidung über die Vornahme oder das Absehen von Nachforderungen) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

5.6.2. *Prüfung der Angemessenheit des Preises*

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Preises geht es um den richtigen Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten.

Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, hat der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung zu verlangen. Ein automatischer Ausschlussgrund für solche Angebote besteht also gerade nicht (Grundsatz „Aufklärung vor Ausschluss“). Konkret treffen den Auftraggeber im Rahmen dieser Aufklärung folgende Pflichten:

Der Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebotes und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen des Bieters. Die Prüfung kann insbesondere betreffen:

- die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung
- die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt
- die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung
- die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften
- oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen

Kann der Auftraggeber nach dieser Prüfung die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.

Stellt der Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Angebot abzulehnen, wenn der Bieter nicht fristgemäß nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Der Auftraggeber hat die Ablehnung in diesem Fall der Europäischen Kommission mitzuteilen.

Anlass für eine Preisaufklärung geben zunächst Angebote mit auffälligen Preisdifferenzen zu eingegangenen Konkurrenzangeboten, wobei grundsätzlich der Gesamtpreis der Angebote maßgeblich ist. In Rechtsprechung und Landesvergabegesetzen werden teilweise prozentuale Preisabstände der Angebote zum nächsthöheren Angebot angenommen beziehungsweise festgelegt („Aufgreifschwellen“). Im Einzelfall sollte der Auftraggeber vertieft prüfen, ob und inwieweit solche Aufgreifschwellen in seinem Anwendungsbereich angenommen wurden oder gelten.

Nach einem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs können die Mitbewerber verlangen, dass der Auftraggeber in die nähere Prüfung der Preisbildung eintritt, wenn ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Angebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig erscheint (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16). Die vorzunehmende Preisaufklärung sollte sich unter Berücksichtigung dieses Grundsatzurteils nicht auf die Einholung einer pauschalen Bestätigung des betroffenen Bieters beschränken, die Angebotspreise seien angemessen und auskömmlich. Vielmehr ist eine qualifizierte Preisprüfung vorzunehmen, die insbesondere deren Schutzzweck berücksichtigt, auch das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung zu wahren. Insoweit ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen, dass unangemessen niedrige Angebotspreise gesteigerte Risiken bergen. Nach dem Grundsatzurteil des BGH können sich diese in vielfältiger Weise verwirklichen, zum Beispiel:

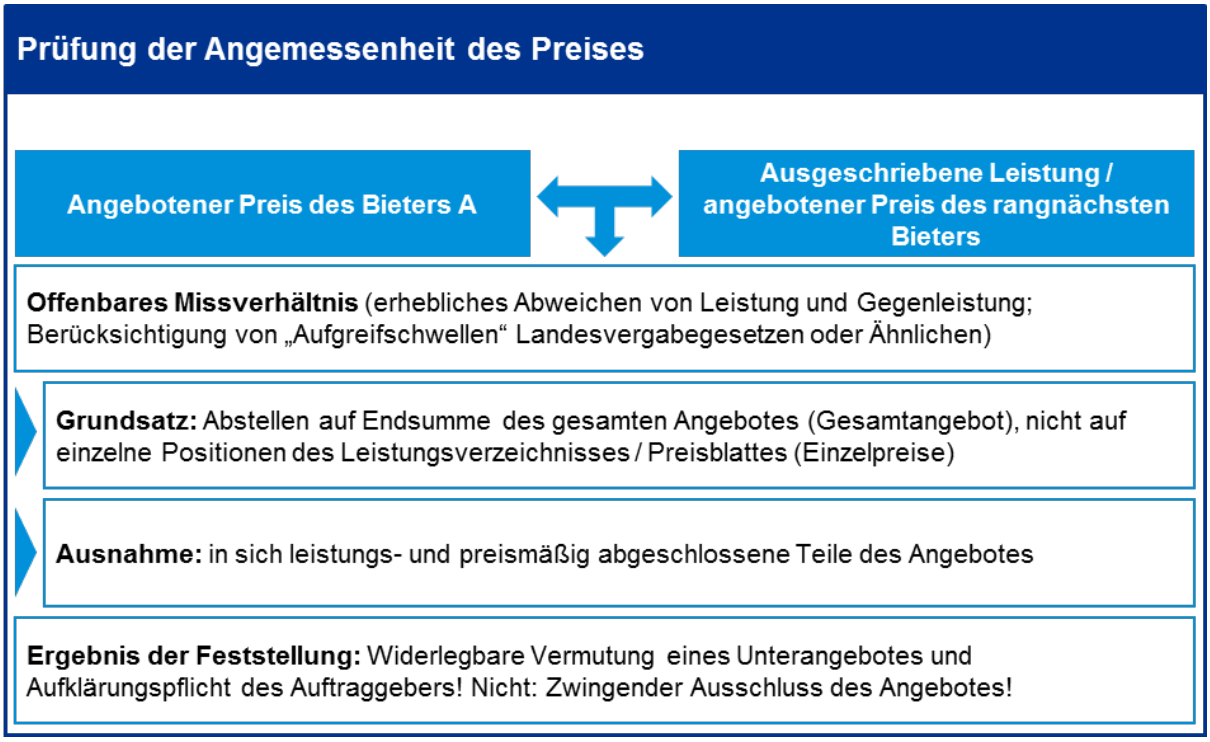
- Auftragnehmer kann infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen.

- Auftragnehmer könnte in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen, sich des Auftrages so unaufwendig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet.

Der Auftraggeber sollte diese Aspekte bei der Preisaufklärung entsprechend berücksichtigen. Kann der betroffene Bieter seine ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preise aber rechtmäßig erklären und die Gründe für seine Preisbildung eindeutig und transparent machen, kann aber auch ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot zulässig sein. Dies mit der Folge, dass ein solches Angebot nicht ausgeschlossen werden darf.

Zu Dokumentations- und Beweiszwecken ist die Durchführung der Aufklärung (Aufklärungsverlangen und Stellungnahme des betroffenen Bieters hierzu) in Textform zu dokumentieren. Für die Aufklärung durch den Bieter ist diesem eine angemessene Frist zu gewähren. In der Praxis kann für den Auftraggeber die Ausrichtung des Aufklärungsverlangens anhand konkreter Positionen des Angebotes / Preisblattes hilfreich sein, aus denen der ungewöhnlich niedrig erscheinende Gesamtpreis mutmaßlich resultiert.

Anhand der im Rahmen der Aufklärung vom betroffenen Bieter eingereichten Unterlagen hat der Auftraggeber zu prüfen, ob danach die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten zufriedenstellend aufgeklärt sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, darf der Auftraggeber den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.



Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über das Angebot, insbesondere im Zusammenhang mit den angebotenen Preisen nach den vorstehenden Maßstäben verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise (insbesondere über eine etwaige Aufklärung mit den betroffenen Bietern und über das Ergebnis, einschließlich Begründung der anschließenden Wertungsentscheidung des Auftraggebers) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren

5.6.3. *Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung*

Erst im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes kommt – für die nach den drei vorstehend dargestellten Wertungsstufen im Wettbewerb verbliebenen Angebote – die in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegte Bewertungsmethode, gegebenenfalls nebst zugehöriger Leistungsbewertung gemäß Leistungsbewertungsmatrix zum Tragen (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt demgemäß nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis auf der Grundlage einer Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die in den Vergabeunterlagen durch Bewertungsmethode gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, insbesondere in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Zuschlagskriterien, Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

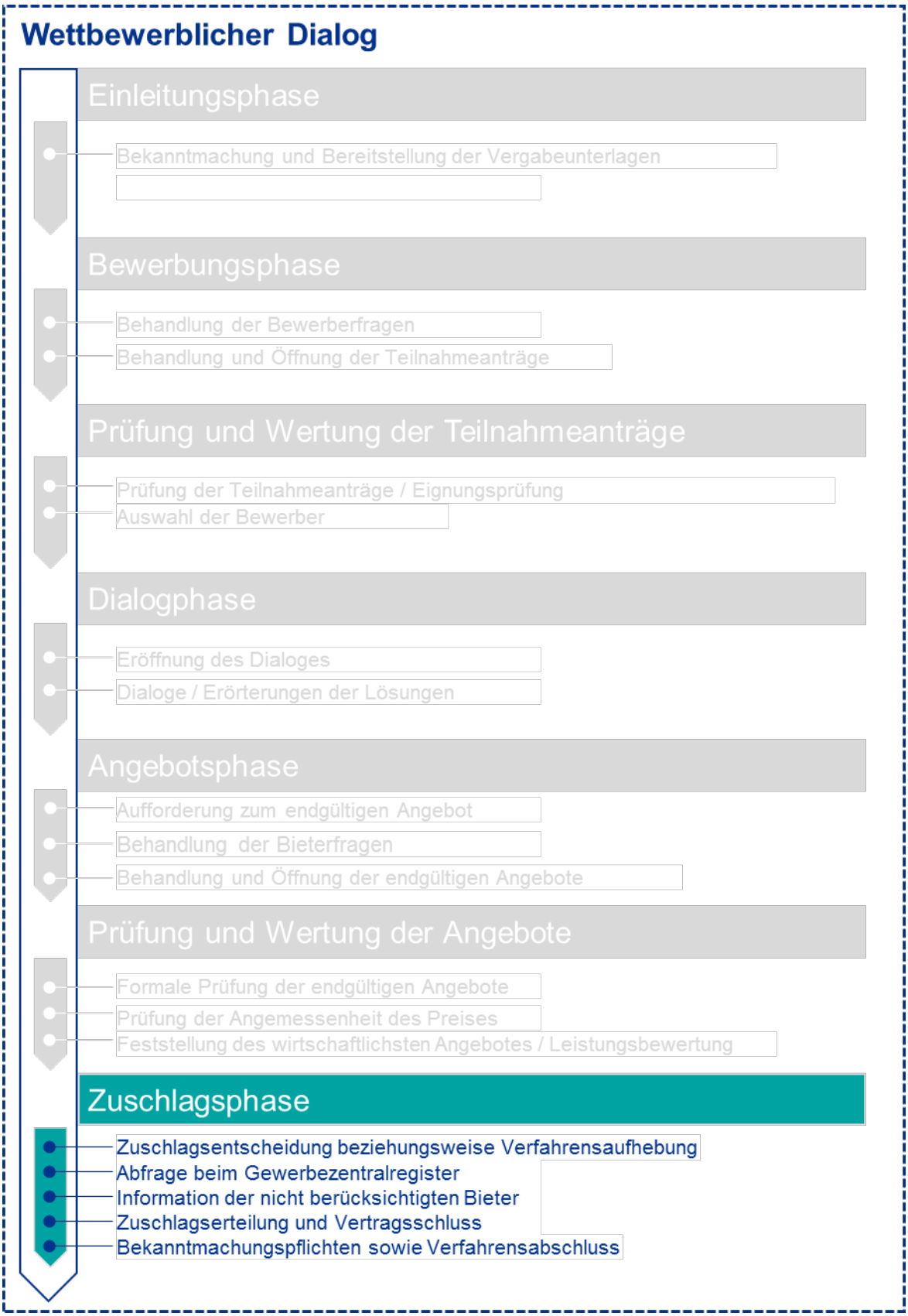
Der Auftraggeber kann mit dem Unternehmen, dessen Angebot als das wirtschaftlichste ermittelt wurde, mit dem Ziel Verhandlungen führen, im Angebot enthaltene finanzielle Zusagen oder andere Bedingungen zu bestätigen, die in den Auftragsbedingungen abschließend festgelegt werden. Dies darf nicht dazu führen, dass wesentliche Bestandteile des Angebotes oder des Auftrages einschließlich der in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festgelegten Bedürfnisse und Anforderungen grundlegend geändert werden, der Wettbewerb verzerrt wird oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes, insbesondere der Leistungsbewertung nach einer Leistungsbewertungsmatrix (insbesondere über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. Bei B-Kriterien mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung bedarf es im Rahmen der Leistungsbewertung einer besonders sorgfältigen Begründung und eine entsprechenden Dokumentation durch den Auftraggeber.

Wichtiger Hinweis:

An der Zuschlagsentscheidung sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken.

5.7. Zuschlagsphase



5.7.1. *Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung*

Im Regelfall endet das Vergabeverfahren mit einer Zuschlagsentscheidung. Voraussetzung dafür ist, dass nach Abschluss der Prüfungs- / Wertungsphase mindestens ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, das auch zu einem wirtschaftlichen Ergebnis des Vergabeverfahrens führt.

5.7.1.1. Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung

Vor Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber von den Bietern, die eine Unterauftragsvergabe an Dritte vorsehen und deren Angebote in die engere Wahl kommen, verlangen, noch nicht aufgelistete Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel dieser Unterauftragnehmer zur Verfügung stehen (sogenannte Mittelbereitstellungserklärung). Er muss dann auch die Einreichung entsprechender Angaben fordern, um das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen prüfen zu können(§ 36 Abs. 1 VgV).

Der öffentliche Auftraggeber überprüft in jedem Fall vor der Erteilung des Zuschlages, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen. Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe verlangt der öffentliche Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe kann der öffentliche Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der öffentliche Auftraggeber kann dem Bewerber oder Bieter dafür eine Frist setzen (§ 36 Abs. 5 VgV).

5.7.1.2. Zuschlagsentscheidung

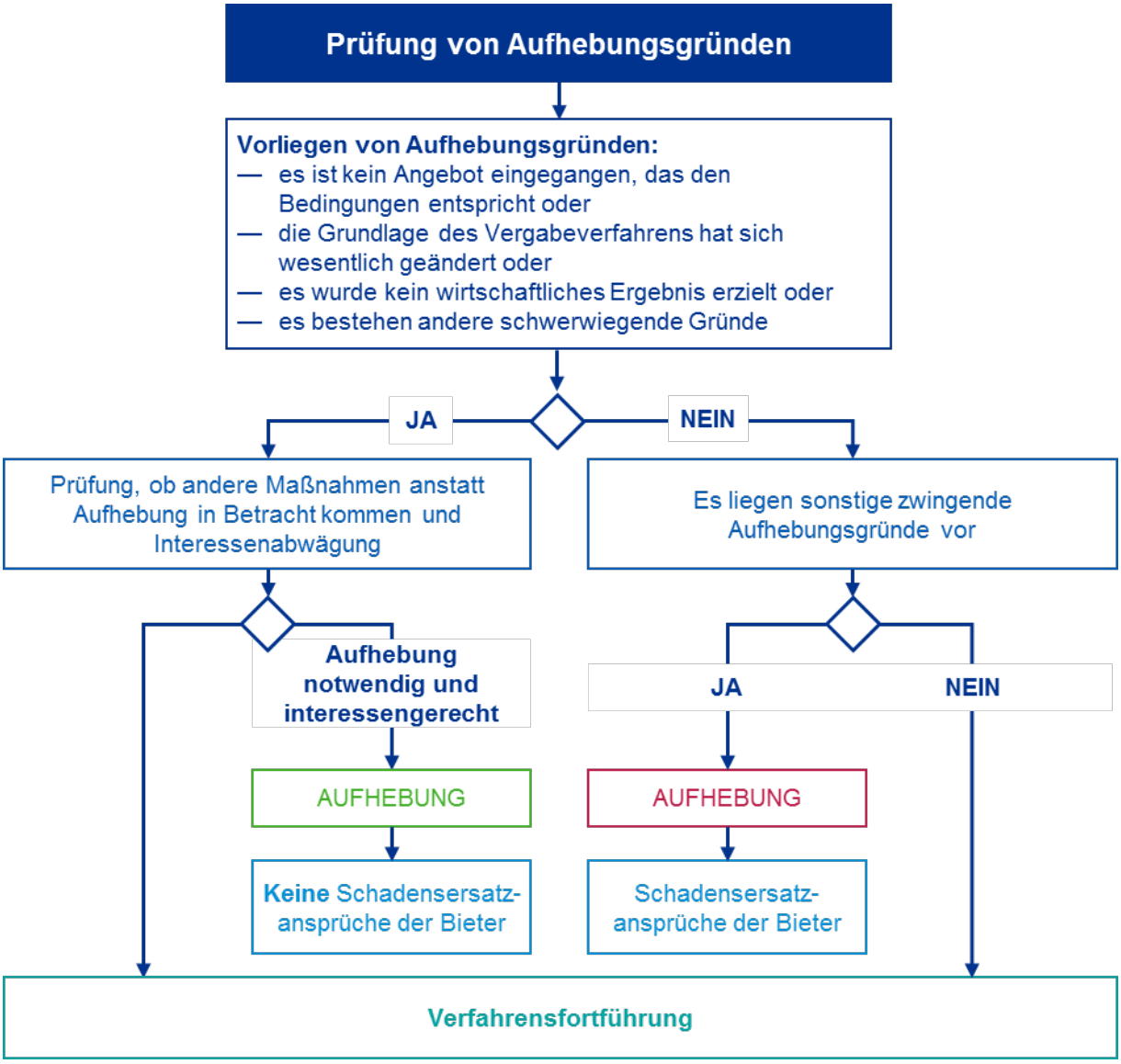
Nach Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen der Prüfungs- / Wertungsphase ist die Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Sowohl die Grundlagen für die Zuschlagsentscheidung als auch die Gründe der Nichtberücksichtigung der restlichen Bewerber und Bieter sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. An der Entscheidung über den Zuschlag sollen nach § 58 Abs. 5 VgV in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken (Mitzeichnung ist erforderlich).

Sofern demgegenüber keine zuschlagsfähigen Angebote vorliegen oder andere Aufhebungsgründe zutreffen, so ist das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Regelung des § 63 VgV ganz oder losweise aufzuheben.

5.7.1.3. Aufhebung

Nach § 63 VgV kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den in der Norm genannten und eng begrenzten Tatbeständen durch eine rechtmäßige Aufhebung beenden. Grundsätzlich gilt, dass Auftraggeber Vergabeverfahren nicht willkürlich aufheben dürfen. Ein „Auslaufen“ eines Vergabeverfahrens ohne einen für die Bieter erkennbaren Abschluss und dementsprechende Information durch den Auftraggeber ist nicht zulässig. Der früheste Zeitpunkt einer möglichen Aufhebung ist unmittelbar nach erfolgter Bekanntmachung des Vergabeverfahrens oder Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick über Aufhebungsgründe und -modalitäten:



Diese Aufhebungsvoraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen. Allerdings darf der Auftraggeber auch dann, wenn keine der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, das Verfahren aufheben. Er ist also nicht gezwungen, den Zuschlag zu erteilen. Ein sonstiger zwingender Aufhebungsgrund kann beispielsweise bestehen, wenn aufgrund fehlerhafter Planungen bereits ursprünglich nicht verfügbare Haushaltsmittel für den Auftrag endgültig verweigert werden. Ohne das Vorliegen einer gesetzlichen Aufhebungsvoraussetzung können Bewerber oder Bieter jedoch unter Umständen erfolgreich Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Es ist zwischen einer Vollaufhebung und einer Teilaufhebung zu unterscheiden. Damit bei losweisen Vergaben nicht alle Beschaffungsmaßnahmen betroffen sind, ist grundsätzlich eine Teilaufhebung für das betreffende Los möglich.

Wichtiger Hinweis:

Nach der zugrunde liegenden Norm ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines Aufhebungstatbestandes nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben. Der Auftraggeber besitzt somit einen Ermessensspielraum und muss bei der Entscheidung auch die Interessen der Bewerber und Bieter berücksichtigen. Vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber daher eine Interessenabwägung vornehmen und prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind. Der Auftraggeber ist dazu angehalten, alles Mögliche zu tun, um eine Aufhebung zu vermeiden. So soll insbesondere angestrebt werden, etwaige Verfahrensfehler, die während des Vergabeverfahrens auftreten, zu beheben. Eine Beseitigung von Verfahrensfehlern - gegebenenfalls mittels einer berichtigenden Bekanntmachung der veränderten Bedingungen (Formular: Berichtigung - Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angabe) - erfordert nicht unbedingt eine vorherige Aufhebung.

Nach der Entscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber den Bewerbern oder Bietern unverzüglich die Gründe für seine Entscheidung mitzuteilen, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten. Diese Mitteilung kann formfrei erfolgen, muss auf Antrag eines Bewerbers oder Bieters jedoch in Textform (gemäß § 126b BGB) übermittelt werden. Aus Dokumentationsgründen sollte jedoch von vornherein die Textform gewählt werden.

5.7.2. *Abfrage beim Gewerbezentralregister*

Das MiLoG trifft in § 19 MiLoG Regelungen zum Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage sind Auftraggeber verpflichtet, Bieter vor dem Zuschlag hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des MiLoG zu überprüfen (Eigenerklärung ist zu verlangen). Darüber hinaus muss bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO eingeholt werden (auch „MiLoG-Abfrage“ genannt).

Diese Auskunft sollte im Sinne eines zügigen Abschlusses des Vergabeverfahrens unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung beim zuständigen Bundesamt für Justiz angefordert werden. Sofern der Bieter ausweislich der Gewerbezentralregisterauskunft mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden ist, soll dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Vor einer Entscheidung über den etwaigen Ausschluss ist dem Bieter eine Gelegenheit einzuräumen, sich zu dem Sachverhalt zu äußern. Aus Dokumentationsgründen sollte die Anhörung des Bieters in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Bei der zu treffenden Entscheidung über den Ausschluss auf Grundlage der Ausführungen eines Bieters ist es naheliegend, dass der Auftraggeber sich an den Grundsätzen der Selbstreinigung gemäß § 125 GWB orientiert.

Tipp für die Praxis:

Sofern die Gewerbezentralregisterauskunft im schriftlichen Verfahren eingeholt wird, kann dies zu gegebenenfalls nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Daher empfiehlt es sich, dass der Auftraggeber die Möglichkeit nutzt, Gewerbezentralregisterauskünfte im deutlich schnelleren elektronischen Verfahren beim Bundesamt für Justiz einzuholen. Dazu bedarf es – soweit noch nicht vorhanden – der Einrichtung eines elektronischen Zugangs. Die Beantragung eines elektronischen Zugangs beim Bundesamt für Justiz sollte bereits vor oder in der Frühphase des Vergabeverfahrens erfolgen. Weitere Informationen sind von der Webseite des Bundesamtes der Justiz zu beziehen (siehe https:// www.bundesjustizamt.de).

Der Auftraggeber kann bereits in den Bewerbungsbedingungen von den Bewerbern / Bietern Eigenerklärungen über das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 98c AufenthG, § 19 MiLoG, § 21 AEntG und § 21 SchwarzArbG und über das Vorliegen entsprechender Einträge im Gewerbezentralregister verlangen. Auf diese Weise erhält der Auftraggeber bereits bei der Eignungsprüfung eine Indikation über das Vorliegen solcher Ausschlusstatbestände. Von der vorstehend dargestellten Abfragepflicht beim Gewerbezentralregister für den zum Zuschlag vorgesehenen Bieter befreit eine solche Eigenerklärung den Auftraggeber jedoch nicht.

Wichtiger Hinweis:

Neben der Abfrage beim Gewerbezentralregister sind bei Vergabeverfahren von Landesbehörden beziehungsweise öffentlichen Auftraggebern der Länder gegebenenfalls auch nach dem Vergaberecht des jeweiligen Bundeslandes notwendige Abfragen beim Korruptionsregister des betreffenden Bundeslandes zu beachten.

Zudem werden öffentliche Auftraggeber ab Aufnahme des Betriebs des neuen Wettbewerbsregisters nach Maßgabe des WRegG verpflichtet sein, vor Erteilung des Zuschlages beim Wettbewerbsregister elektronisch abzufragen, ob das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll, eingetragen ist.

5.7.3. *Information der nicht berücksichtigten Bieter*

5.7.3.1. Informations- und Wartepflicht

Im Rahmen der Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB muss der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung an alle Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, ein Informationsschreiben übermitteln. Dies gilt auch für Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist. Diese Information muss unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung und in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Die Ablehnungsbegründung muss auf die im Einzelfall tragenden Gründe eingehen.

5.7.3.2. Inhalt des Informationsschreibens

Das Informationsschreiben muss mindestens folgende Informationen beinhalten:

- Angabe des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll
- Individueller und begründeter Ablehnungsgrund
- Frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Hinsichtlich des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, genügt die Angabe des Namens (notwendig ist also nicht die Angabe der Adresse etc.).

5.7.3.3. Bemessung der Wartefrist

Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information geschlossen werden. Wird die Information per Telefax oder auf elektronischem Weg (zum Beispiel über ein E-Vergabe-System oder per E-Mail) übermittelt, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage.

Die Frist der 15 Kalendertage beziehungsweise zehn Kalendertage beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Tipp für die Praxis:

Auf Grundlage einschlägiger Rechtsprechung sollen bei der Bemessung der Frist vom Versand des Informationsschreibens bis zum frühestens Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu verzeichnende Feiertage, insbesondere wenn innerhalb der Frist mehrere Feiertage liegen, Berücksichtigung finden, sodass die Mindestfrist im Idealfall um die Anzahl der Feiertage verlängert wird. Dies dient zur Vermeidung von Risiken, die entstehen können, wenn dem Bieter zur Prüfung und Bewertung des Informationsschreibens faktisch nur wenige Werktage verbleiben.

Weiterhin kommt es zwar auf den Tag des Zugangs des Informationsschreibens beim betroffenen Bieter nicht an, jedoch muss der Auftraggeber nachweisen können, dass er das Schreiben versandt hat. Dies ist in der Vergabeakte zu dokumentieren.

5.7.3.4. Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebots

Die Ausführlichkeit der Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes hängt vom Einzelfall ab, beispielsweise von der Komplexität der Bewertungsmethode.

Die Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes muss jedenfalls auf die konkreten im Einzelfall tragenden Gründe eingehen. Ein bloßer allgemeiner Hinweis darauf, dass das Angebot ausgeschlossen werden musste oder nicht das wirtschaftlichste gewesen ist, genügt im Regelfall den Anforderungen an die zu übermittelnden Inhalte gemäß der Informationspflicht nicht, auch wenn die Begründung grundsätzlich knapp ausfallen kann.

Folgende Grundsätze sollte man bei der Angabe von Gründen für die vorgesehene Nichtberücksichtigung beachten:

- Es sind vollständige Informationen und somit alle Gründe für die vorgesehene Nichtberücksichtigung anzugeben. Ist ein Angebot beispielsweise sowohl verspätet als auch in Form eines Nebenangebotes eingegangen, obwohl Nebenangebote nicht zugelassen wurden, so liegen zwei Gründe für die Nichtberücksichtigung vor (ein Ausschluss muss nach § 57 Abs. 1 Nr. 1, 6 VgV erfolgen), die mitgeteilt werden sollten.
- Sofern ein Bieter nicht zu berücksichtigen ist, weil er nicht das wirtschaftlichste Angebot eingereicht hat, sollten – je nach der anzuwendenden Bewertungsmethode – konkretisierende Informationen mitgeteilt werden. Ist über den Zuschlag auf Grundlage des günstigsten Preises beziehungsweise der niedrigsten Kosten zu entscheiden, so ist empfehlenswert,

  dem Bieter mitzuteilen, welchen Rang das Angebot in der Rangfolge der Preise beziehungsweise der Kosten belegt hat. Erfolgt die Zuschlagserteilung auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, ob sein Angebot anhand eines teureren Preises oder anhand niedrigerer Leistungspunkte als der Zuschlagskandidat oder aus beiden Gründen nicht berücksichtigt werden kann, gegebenenfalls ergänzt um die jeweilige Rangfolge.
- Insgesamt sollen die Informationen aussagekräftig und für den Bieter nachvollziehbar sein.
- Allen Bietern, die nicht berücksichtigt werden, sollen aus Gründen der Gleichbehandlung die sie betreffenden Informationen in gleichartiger Ausgestaltung und Ausführlichkeit sowie zum gleichen Zeitpunkt übermittelt werden.

Darüber hinausgehende Informationen werden regelmäßig nicht erforderlich sein. Insbesondere ist eine Angabe von konkreten Leistungspunktzahlen nicht notwendig. Konkrete Informationen über das Angebot, das den Zuschlag erhalten soll, sollen nicht mitgeteilt werden, da der Auftraggeber die Vertraulichkeit von Informationen aus dem Angebot des Zuschlagskandidaten zu wahren hat, was insbesondere die Preisangaben betrifft.

Ein ähnlicher Maßstab kann grundsätzlich für die Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Teilnahmeantrages angelegt werden.

Hinweis zu Abweichungen bei sicherheitsrelevanten Beschaffungen:

Im Fall sicherheitsrelevanter Aufträge können Auftraggeber beschließen, bestimmte Informationen über die Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung nicht mitzuteilen, soweit die Offenlegung den Gesetzesvollzug behindert, dem öffentlichen Interesse, insbesondere Verteidigungs- oder Sicherheitsinteressen, zuwiderläuft, berechtigte geschäftliche Interessen von Unternehmen schädigt oder den lauteren Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigen könnte. Ein solcher Wegfall der Mitteilung bestimmter Informationen ist im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung zu prüfen und zu begründen sowie in der Vergabeakte zu dokumentieren.

5.7.3.5. Adressaten des Informationsschreibens

Adressaten des Informationsschreibens sind alle Bieter, das heißt Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt haben. Darunter fällt beispielsweise auch

das Angebot eines Bieters, das bereits deshalb ausgeschlossen werden musste, weil es verspätet eingegangen war.

Daneben sind auch Bewerber Adressaten des Informationsschreibens, denen bis dato noch keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde. Um den Kreis von Adressaten in der Zuschlagsphase klein zu halten sowie aus Transparenzgründen, empfiehlt es sich, ausgeschiedenen Bewerbern bereits nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbes eine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zu übermitteln. Unternehmen, deren Lösungen für die folgende Dialogphase nicht vorgesehen werden, sind sowieso hierüber zu informieren.

Eine Übermittlung des Informationsschreibens an den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, ist nicht vorgeschrieben, kann aber sinnvoll sein, damit dieser Bieter bereits Vorkehrungen für die Aufnahme der Leistungserbringung treffen kann. Erfolgt eine solche Benachrichtigung, so ist darauf zu achten, dass klarstellend nur die voraussichtliche Zuschlags- beziehungsweise Auftragserteilung angekündigt wird. Es darf nicht der Eindruck erweckt werden, die Vorankündigung sei bereits das eigentliche Zuschlagschreiben.

5.7.3.6. Konsequenzen einer Nichtbeachtung der Informations- und Wartepflicht

Erfolgt die Information nicht oder nur unvollständig beziehungsweise nicht gegenüber allen notwendigen Adressaten oder wird die Wartefrist nicht eingehalten und trotzdem der Zuschlag erteilt, so hat dies gravierende Folgen.

Denn ein erteilter öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen die Vorschriften zur Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB verstoßen hat und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Die Unwirksamkeit kann nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrages beziehungsweise nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union geltend gemacht worden ist, längstens jedoch innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss.

Zur Vermeidung vorgenannter Risiken sollte der Auftraggeber bei Abfassung und Versand des Informationsschreibens ein hohes Maß an Sorgfalt walten lassen.

5.7.3.7. Ergänzende Informationspflichten und Informationspflicht auf Antrag

Unabhängig von der vorstehend dargestellten gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflicht nach § 134 GWB gegenüber nicht berücksichtigten Bietern und Bewerbern, bestehen nach § 62 VgV ergänzende Informationspflichten gegenüber Bewerbern und Bietern. Daneben können Bieter und Bewerber gezielt weitergehende Informationen über die Gründe der Nichtberücksichtigung vom Auftraggeber verlangen.

Der Auftraggeber muss jedem Bieter und jedem Bewerber unverzüglich und ohne gesonderte Aufforderung seine Entscheidungen über

- den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder
- die Zuschlagserteilung

mitteilen. Es empfiehlt sich, diese Informationen in das Informationsschreiben nach § 134 GWB aufzunehmen (soweit hier überhaupt ein zusätzlicher Gehalt an Informationen zu verzeichnen ist). Eine Information nach § 62 Abs. 1 VgV kann aber das Informationsschreiben nach § 134 GWB nicht ersetzen.

Weiterhin muss der Auftraggeber in der Zuschlagsphase auf Verlangen eines Bewerbers oder Bieters diesen unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrages in Textform (gemäß § 126b BGB),

- jeden nicht erfolgreichen Bewerber über die Gründe für die Ablehnung seines Teilnahmeantrages (1)
- jeden nicht erfolgreichen Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebotes (2) und
- über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes (3) sowie
- den Namen des erfolgreichen Bieters (4)

informieren. Die Informationsaspekte (2) und (4) werden bereits mit dem Informationsschreiben nach § 134 GWB abgedeckt. Demgegenüber stellen nur die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes noch eine zusätzliche Information dar. Der Spielraum für solche Informationen über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ist allerdings aus Gründen des Vertraulichkeitsschutzes und des fairen Wettbewerbes nur sehr klein. Man wird hier kaum weiter gehen können, als etwa dem nicht erfolgreichen Bieter in allgemeiner Form mitzuteilen, in welchen Leistungsbereichen (zum Beispiel Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen) der Zuschlagskandidat besser abgeschnitten hat als der nicht erfolgreiche Bieter. Aufgrund des Vertraulichkeitsschutzes gemäß § 5 VgV, der die vertraulichen Aspekte des Angebotes des Zuschlagskandidaten regelt, ist insbesondere hinsichtlich etwaiger Preisinformationen größte Zurückhaltung geboten.

Bei der Darstellung der Gründe für die Ablehnung eines Teilnahmeantrages (1) kann man sich hinsichtlich Ausführlichkeit und Substanz an den Ausführungen zur Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes orientieren (siehe Kapitel D.5.7.3.4.).

Der öffentliche Auftraggeber ist im Übrigen nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern (a), dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen (b), den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden (c) oder den lauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde (d). Insbesondere die genannten Aspekte (c) und (d) sprechen dafür, dass der Auftraggeber bei der antragsgemäßen Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ein hohes Maß an Zurückhaltung walten lässt.

5.7.4. *Zuschlagserteilung und Vertragsschluss*

5.7.4.1. Übermittlung Zuschlagsschreiben

Nach Ablauf der Wartefrist ist im nächsten Schritt der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Zum Vertragsschluss muss der Auftraggeber dem ausgewählten Bieter ein Zuschlagsschreiben übermitteln. In dem Zuschlagsschreiben ist dem Bieter mitzuteilen, dass der Zuschlag erteilt wird und

das Angebot des Bieters angenommen wird. Dabei ist in der VgV – anders als ausdrücklich an diversen anderen Stellen bezüglich der Kommunikation – nicht die Textform (§ 126b BGB), allerdings auch keine andere spezifische Form (zum Beispiel die Schriftform), vorgesehen. Insofern ist von einer Wahlfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Übermittlungsform auszugehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Zuschlagsschreibens achten.

Mit Zugang des Zuschlagsschreibens beim Bieter kommt der Vertrag zustande. Dabei gelten die Grundsätze zum Vertragsschluss nach dem BGB. Das Zuschlagsschreiben muss daher dem Bieter rechtzeitig vor Ablauf der Zuschlagsfrist und vor allem noch innerhalb der Angebotsbindefrist zugehen. Daneben darf die Annahme des Angebotes im Zuschlagsschreiben nicht an Bedingungen geknüpft sein oder eine Änderung des Angebotes oder der Vertragsunterlagen enthalten.

Soll die festgelegte Zuschlagsfrist aus wichtigen Gründen verlängert werden, so ist das Einverständnis der zu diesem Zeitpunkt noch im Vergabeverfahren befindlichen Bieter einzuholen. Es kann auch nur die Zustimmung derjenigen Bieter eingeholt werden, die noch eine Chance auf eine Zuschlagserteilung haben. Bei dieser Gelegenheit sind die Bieter auch aufzufordern, einer Verlängerung der Angebotsbindefrist zuzustimmen, soweit deren Fristende vor dem Ende der verlängerten Zuschlagsfrist liegt.

5.7.4.2. Erstellung der Vertragsurkunde

Nach Übermittlung des Zuschlagsschreibens wird zur Verfahrensdokumentation regelmäßig eine Vertragsurkunde ausgefertigt. Der Inhalt dieser Vertragsurkunde ergibt sich im Wesentlichen aus den Vertragsunterlagen (die Bestandteil der Vergabeunterlagen waren) und dem Angebot.

Die Vertragsunterlagen – beispielsweise die bereits weitestgehend vorausgefüllten EVB-IT Vertragsformulare – sind im Wege einer Konsolidierung mit den notwendigen Informationen aus dem Angebot zu vervollständigen. Der Vertragsinhalt ist bereits mit Zuschlagserteilung und Übermittlung des Zuschlagsschreibens wirksam festgelegt und darf im Zuge der Erstellung der Vertragsurkunde nicht geändert werden.

5.7.4.3. Unterzeichnung der Vertragsurkunde

Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Vertragspartner dient der Beweissicherung und trägt zur Rechtssicherheit bei. Der Auftraggeber übermittelt dem Auftragnehmer beispielsweise zwei Vertragsurkunden, von denen eine bereits von der Auftraggeberseite gezeichnet ist und beim Auftragnehmer verbleibt, während der Auftragnehmer die andere nach Unterzeichnung an den Auftraggeber zurücksendet.

Zu Dokumentationszwecken sollten der abzulegenden Vertragsurkunde alle Vertragsanlagen beigefügt werden.

5.7.5. *Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss*

5.7.5.1. Vergabebekanntmachung und Statistikmeldungen

Der Auftraggeber muss spätestens 30 Tage nach der Vergabe eines öffentlichen Auftrages – also nach der Auftragserteilung mittels Übermittlung des Zuschlagsschreibens – oder nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Vergabebekanntmachung mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens an

das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union übermitteln (Formular: Bekanntmachung vergebener Aufträge - Ergebnisse des Vergabeverfahrens).

Bei Abschluss einer Rahmenvereinbarung bezieht sich die Bekanntmachung vergebener Aufträge nur auf die abgeschlossene Rahmenvereinbarung. Für die auf ihrer Grundlage vergebenen Einzelaufträge ist keine Bekanntmachung vergebener Aufträge erforderlich.

Daneben sieht die VergStatVO für den Auftraggeber bestimmte Pflichten zur Übermittlung von statistikrelevanten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vor, die zu beachten sind.

5.7.5.2. Abschluss des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren ist in der Regel mit der Auftragserteilung durch Übermittlung des Zuschlagsschreibens beendet. Bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern wirkt das Vergabeverfahren jedoch noch fort, soweit nach den Regelungen der Rahmenvereinbarung mittels erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Unternehmen, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind, also sogenannten Miniwettbewerben, Einzelaufträge vergeben werden. Auch diese Vergaben von Einzelaufträgen unterliegen dann noch den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen (siehe Kapitel E.1.2.).

Die Vertragsunterlagen sind mit Abschluss des Vergabeverfahrens an die für die Vertragsverwaltung zuständige Stelle zu übermitteln.

5.7.5.3. Aufbewahrung der Unterlagen

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist die Vergabeakte auf Vollständigkeit zu prüfen und zu archivieren.

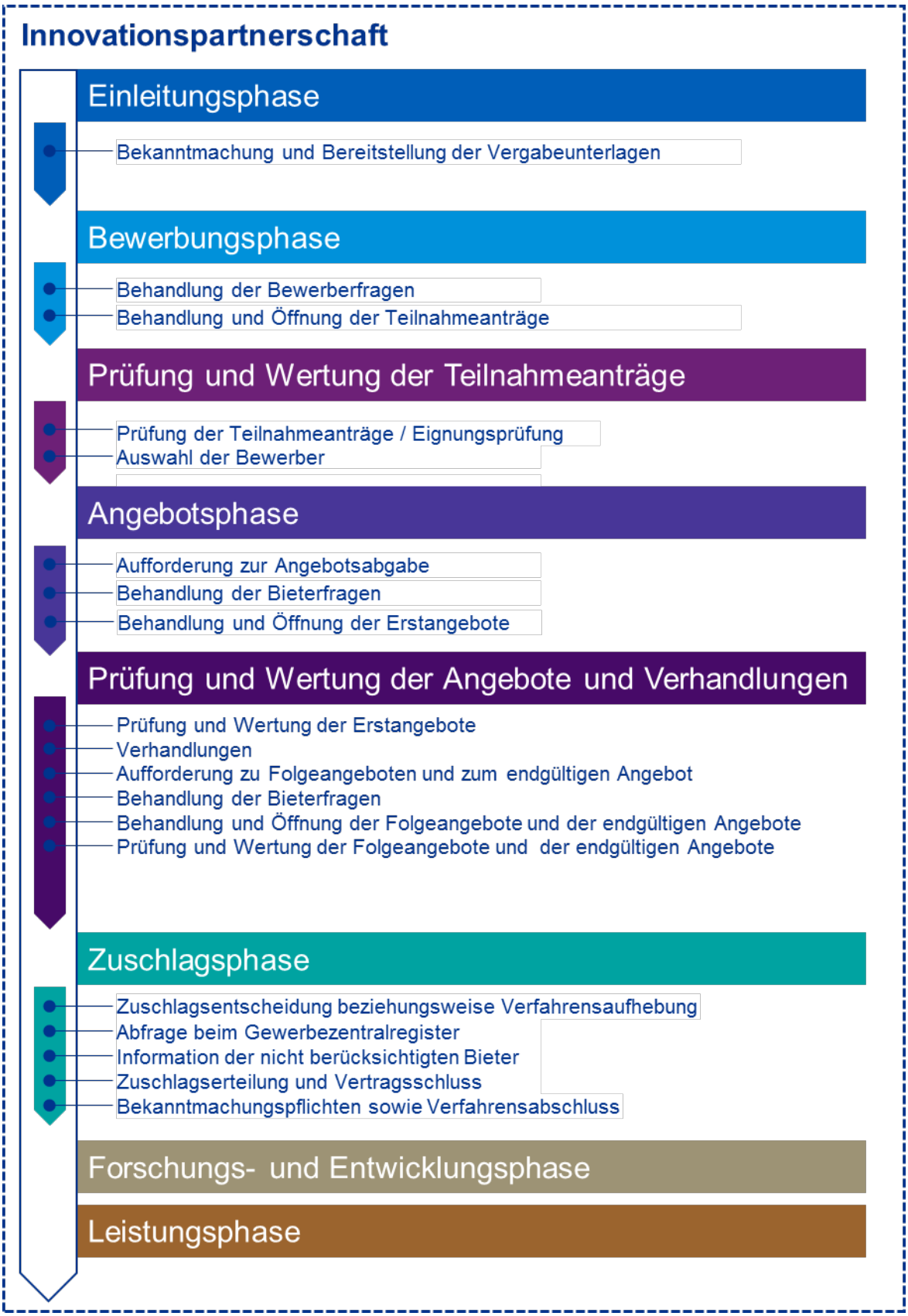
Die gesamte Verfahrensdokumentation, der Vergabevermerk, die Teilnahmeanträge sowie die Angebote und ihre Anlagen sind gemäß § 8 Abs. 4 VgV bis zum Ende der Laufzeit des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung aufzubewahren, mindestens jedoch für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages. Gleiches gilt für Kopien aller abgeschlossenen Verträge, die mindestens einen Auftragswert in Höhe von einer Million Euro haben.

Gegebenenfalls müssen die Vergabeunterlagen sowie die gesamte Vergabeakte mit deren Anlagen entsprechend den für den Auftraggeber geltenden Aufbewahrungsvorschriften und -fristen noch länger als die vorgenannte dem Vergaberecht entstammende Frist aufbewahrt werden.

Wichtig ist dies unter anderem auch zum Zweck einer etwaigen Prüfung der vergaberechtlichen Relevanz späterer Vertragsänderungen, weil dann die ursprünglichen Vergabeunterlagen regelmäßig nochmals geprüft werden müssen (siehe Kapitel E.2.1.1.1.).

Die Angebote einschließlich ihrer Anlagen sowie die Dokumentation über Öffnung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote sind im Übrigen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

6. Innovationspartnerschaft



Innovationspartnerschaften verfolgen insbesondere das Ziel der Entwicklung innovativer, noch nicht auf dem Markt verfügbarer Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen und deren anschließenden Erwerb durch den Auftraggeber. Dem Auftraggeber wird die Möglichkeit gegeben, innovative Lösungen und Leistungen langfristig im Rahmen einer „Partnerschaft“ zu entwickeln beziehungsweise entwickeln zu lassen und das Ergebnis der Entwicklung ohne erneutes Vergabeverfahren zu erwerben.

Die Innovationspartnerschaft ist von der sogenannten vorkommerziellen Auftragsvergabe (precommercial procurement, PCP) zu unterscheiden. Beide Instrumente befassen sich mit der Aufgabe, innovative Leistungen oder Produkte einzukaufen. PCP beschreibt dabei allein die Möglichkeit eines weitgehend dem Vergabeprozess vorgelagerten prototypischen Vorgehens. Sobald und soweit die prototypische Vorgehensweise verlassen wird, mündet dieses Vorgehen in einer dem Vergaberecht unterliegenden Maßnahmenkette, um die in dieser Phase entwickelten Produkte oder Leistungen großflächig einzukaufen.

Wesentliches Merkmal einer Innovationspartnerschaft ist der Abschluss eines zweistufigen Vertrages, der auf der ersten Stufe die Entwicklung (Forschungs- und Entwicklungsphase, die die Herstellung von Prototypen oder die Entwicklung der Dienstleistung umfasst) und auf der zweiten Stufe den anschließenden Erwerb der daraus hervorgehenden Leistungen (Leistungsphase, in der die aus der Partnerschaft hervorgegangene Leistung erbracht wird) umfasst. Die Phasen sind durch die Festlegung von Zwischenzielen zu untergliedern, bei deren Erreichen die Zahlung der Vergütung in angemessenen Teilbeträgen vereinbart wird. Der Auftraggeber hat sicherzustellen, dass die Struktur der Partnerschaft und insbesondere die Dauer und der Wert der einzelnen Phasen den Innovationsgrad der vorgeschlagenen Lösung und der Abfolge der Forschungs- und Innovationstätigkeiten widerspiegeln. Der geschätzte Wert der Liefer- oder Dienstleistung darf in Bezug auf die für ihre Entwicklung erforderlichen Investitionen nicht unverhältnismäßig sein.

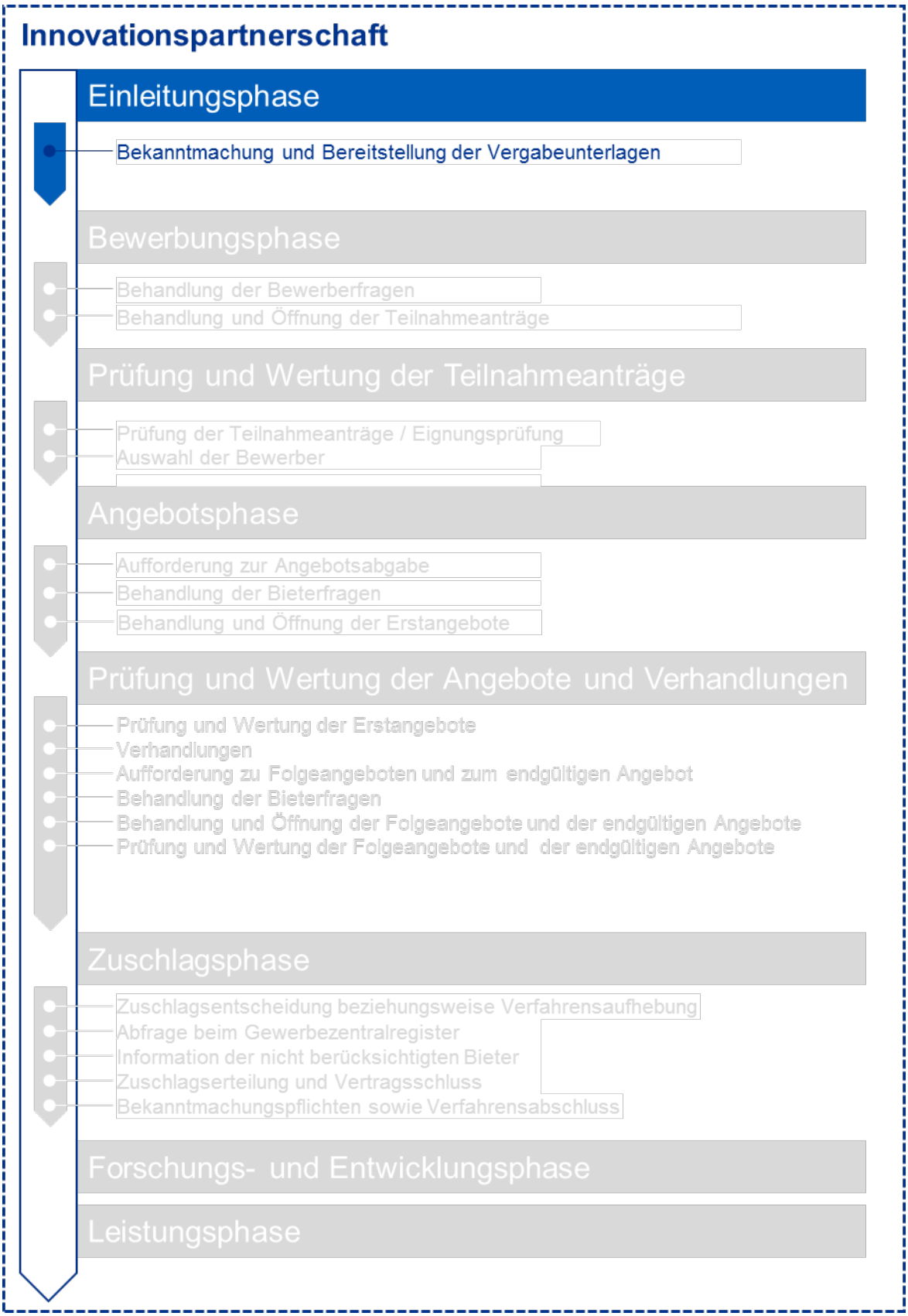
Der prozessuale Ablauf in verfahrensmäßiger Hinsicht entspricht bis zum Abschluss dieses zweistufigen Vertrages und damit der Beauftragung der Entwicklungsleistung dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb.

Der Auftraggeber kann eine Innovationspartnerschaft mit einem Partner oder mit mehreren Partnern eingehen, die getrennte Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten durchführen.

Auf der Grundlage der Zwischenziele kann der Auftraggeber am Ende jedes Entwicklungsabschnitts entscheiden, ob er die Innovationspartnerschaft beendet oder, im Fall einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern, die Zahl der Partner durch die Kündigung einzelner Verträge reduziert, sofern der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen darauf hingewiesen hat, dass diese Möglichkeiten bestehen und unter welchen Umständen davon Gebrauch gemacht werden kann.

Nach Abschluss der Forschungs- und Entwicklungsphase ist der Auftraggeber zum anschließenden Erwerb der innovativen Liefer- oder Dienstleistung nur dann verpflichtet, wenn das bei Eingehung der Innovationspartnerschaft festgelegte Leistungsniveau und die Kostenobergrenze eingehalten werden.

6.1. Einleitungsphase



6.1.1. *Bekanntmachung*

Nachdem Planung und Design der Innovationspartnerschaft abgeschlossen und die Vergabeunterlagen fertiggestellt sind, erfolgt die Bekanntmachung der Innovationspartnerschaft.

Die Auftragsbekanntmachung beziehungsweise die Veröffentlichung der Bekanntmachung europaweiter Vergabeverfahren ist in §§ 37, 40 VgV geregelt.

Darin teilen öffentliche Auftraggeber ihre Absicht, einen Auftrag zu vergeben beziehungsweise eine Rahmenvereinbarung abzuschließen in einer Auftragsbekanntmachung mit. Die Auftragsbekanntmachung wird nach dem Muster gemäß Anhang II der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 erstellt. Es ist darauf zu achten, dass die Auftragsbekanntmachung alle vorgeschriebenen Inhalte umfasst. So regelt beispielsweise § 122 Abs. 4 GWB, dass Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind.

Bekanntmachungen müssen dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union elektronisch übermittelt werden. Der Tag der Absendung muss durch den öffentlichen Auftraggeber nachgewiesen werden können.

Zur Erstellung und Übermittlung der Bekanntmachung kann ein elektronisches Formular auf der Internetseite der Europäischen Union „eNotices-Formulare für das öffentliche Auftragswesen“ genutzt werden.

Für den Zugang zu eNotices muss einmalig ein Benutzerkonto eingerichtet werden. Die Zugangsrechte müssen behördenintern organisatorisch geregelt werden.

Das Auftragsbekanntmachungsformular ist vereinheitlicht und gilt für alle EU-weiten Vergabe- und Verfahrensarten für Lieferungen, Leistungen und Bauleistungen. Innerhalb dieses Formulars ist die jeweils zu vergebene Lieferung und / oder Leistung einer standardisierten Nummer zuzuordnen – der sogenannten CPV-Nummer. Der Katalog des Common Procurement Vocabulary (CPV) dient dem Zweck, dass bei europaweiten Vergabeverfahren die zu vergebende Leistung in allen EU-Staaten gleichermaßen beschrieben und verständlich ist.

Bekanntmachungen europaweiter Verfahren dürfen auch auf nationaler Ebene (beispielsweise auf www.bund.de oder diversen länderspezifischen Vergabeplattformen) veröffentlicht werden.

Wichtiger Hinweis:

Die Veröffentlichung europaweiter Verfahren auf nationaler Ebene darf frühestens 48 Stunden nach Bestätigung des Eingangs der Bekanntmachung durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union erfolgen. Bekanntmachungen auf nationaler Ebene dürfen zudem keine zusätzlichen Informationen zur EU-weiten Bekanntmachung enthalten.

Tipp für die Praxis:

Beim Einsatz von E-Vergabesystemen zur Vorbereitung und Durchführung von EU-weiten Vergabeverfahren kann die EU-Bekanntmachung in der Regel automatisch aus den dort erfassten Verfahrensangaben generiert und vom E-Vergabesystem an das Amt für Veröffentlichungen der

Europäischen Union übermittelt werden. Auch die Übermittlung an nationale Vergabeplattformen kann durch die Systeme unter Einhaltung der Wartefrist automatisiert erfolgen.

Die entsprechende Funktionalität beziehungsweise gegebenenfalls vorzunehmende Konfigurationen sind jedoch abhängig vom jeweiligen E-Vergabesystem und somit individuell zu prüfen.

6.1.2. *Bereitstellung der Vergabeunterlagen*

Die Bereitstellung der Vergabeunterlagen europaweiter Vergabeverfahren ist in § 41 VgV geregelt.

Die Vergabeunterlagen müssen vom Bieter über eine elektronische Adresse unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Das heißt der öffentliche Auftraggeber hat die Unterlagen auf einer Webseite (zum Beispiel dem Webauftritt des Auftraggebers oder einer Vergabeplattform) – ohne Registrierungs- und Anmeldezwang – zum direkten Download bereitzustellen. Bewerber beziehungsweise Bieter dürfen nicht dazu aufgefordert werden, die Vergabeunterlagen per Mail beim Auftraggeber abzurufen.

Wichtiger Hinweis:

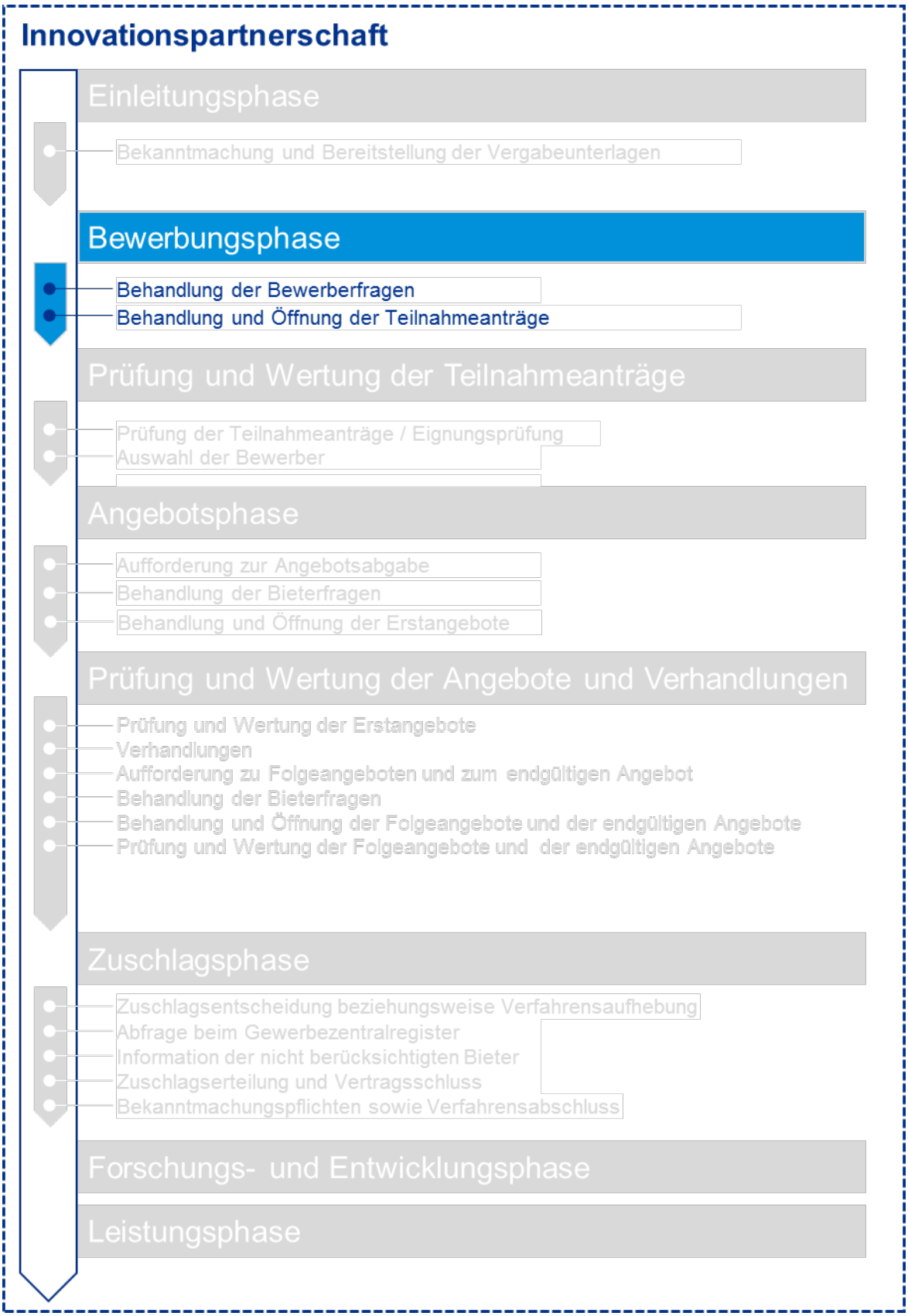
Aufgrund des Wortlauts von § 41 Abs. 1 VgV („vollständig“) in Verbindung mit § 29 VgV („Vergabeunterlagen“) sollte der Auftraggeber davon ausgehen, dass eine „vollständige“ Bereitstellung der Vergabeunterlagen auch bei Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb bereits zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung eine Bereitstellung auch folgender Unterlagen und Informationen für den Leistungswettbewerb umfasst: Bewerbungsbedingungen, Leistungsbeschreibung, Vertragsbedingungen, Ausgestaltung der Zuschlagskriterien.

Die elektronische Adresse (Internetadresse) ist in der EU-Bekanntmachung anzugeben.

Ausnahme bilden die in § 41 Abs. 2 VgV geregelten technischen Gründe, wenn zum Beispiel Dateiformate zur Beschreibung der Leistung beziehungsweise der Angebote zum Einsatz kommen, die nicht mit allgemein verfügbaren oder verbreiteten Programmen verarbeitet werden können. Die Angebotsfrist ist in diesem Fall um fünf Tage zu verlängern.

Auch erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit und ein damit verbundener abweichender Zugang zu den Vergabeunterlagen bilden (gemäß § 41 Abs. 3 VgV) Ausnahmen und erfordern – sofern es sich nicht ausschließlich um die Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung handelt – eine Angebotsfristverlängerung.

6.2. Bewerbungsphase



6.2.1. *Behandlung der Bewerberfragen*

Innerhalb der Teilnahmefrist können die Bewerber zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sind unverzüglich zu erteilen und sollten in der Innovationspartnerschaft bei rechtzeitiger Anforderung durch die Bewerber – orientiert an den Fristen für die Angebotsphase – spätestens sechs Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist erteilt werden, andernfalls sollte die Teilnahmefrist verlängert werden. Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bewerber Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen (gemäß den Grundsätzen der Kommunikation nach §§ 9 ff. VgV) mit elektronischen Mitteln (in Textform) gestellt und allen Bewerbern gleichzeitig mit elektronischen Mitteln (in Textform) – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen, die Teilnahmeanträge, die Interessensbestätigung oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bewerberfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die VgV sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bewerberfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bewerberfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Teilnahmeantragsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Teilnahmeantragsfrist ebenfalls zu verlängern.

6.2.2. *Behandlung und Öffnung der Teilnahmeanträge*

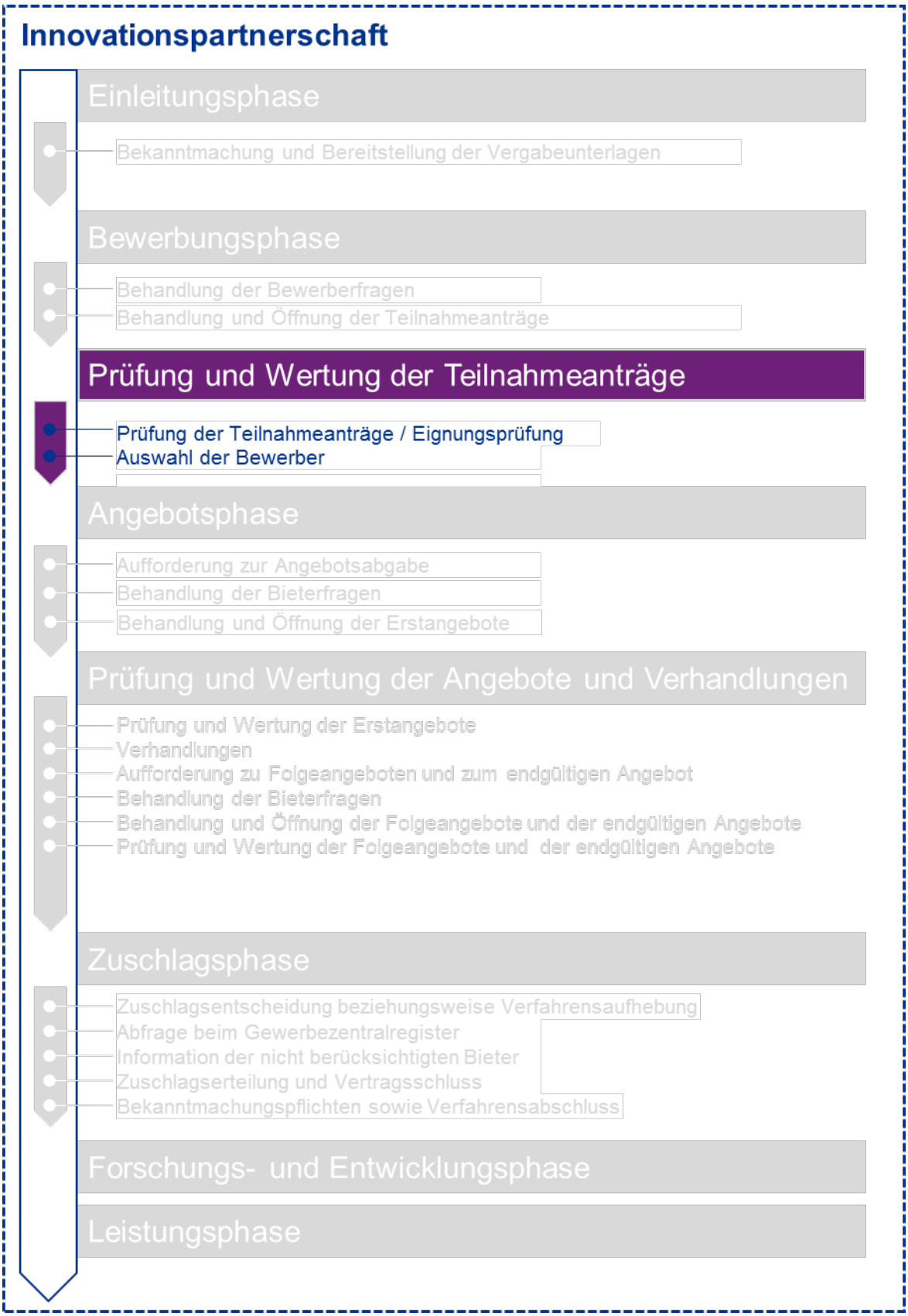
Elektronisch übermittelte Teilnahmeanträge sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Teilnahmeanträge sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Teilnahmeanträge sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Teilnahmeanträge erst nach Ablauf der Teilnahmefrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Teilnahmeanträge sollte von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Teilnahmefrist durchgeführt werden.

Die Öffnung der Teilnahmeanträge ist in Textform zu dokumentieren. Die Teilnahmeanträge sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

6.3. Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge



6.3.1. *Prüfung der Teilnahmeanträge / Eignungsprüfung*

Im Anschluss an die Öffnung der Teilnahmeanträge hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen der Eignungsprüfung zugrunde zu legen.

Im Rahmen der Eignungsprüfung prüft der Auftraggebers das Vorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB und, ob und inwieweit die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen fachkundig und leistungsfähig (geeignet) sind.

Die Ausschlussgründe in diesem Sinne sind teilweise zwingend (ohne Ermessen für den Auftraggeber, § 123 GWB), teilweise fakultativ (Kann-Ausschluss mit Ermessensentscheidung für den Auftraggeber, § 124 GWB). Hier hat der Auftraggeber den entsprechenden Katalog der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB sowie die Regelungen zur Selbstreinigung (§§ 125, 126 GWB) zu beachten.

Im Übrigen sind für die Eignungsprüfung die dahingehenden Vorgaben, namentlich die Festlegungen zu den Eignungskriterien, in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung (gegebenenfalls in einer Eignungsbewertungsmatrix) maßgeblich. Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Planung und eines ordnungsgemäßen Designs der Beschaffung hat der Auftraggeber entsprechende Eignungskriterien festgelegt und definiert, die ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Bei der Innovationspartnerschaft sind zudem Eignungskriterien vorzugeben und bei der Eignungsprüfung anzuwenden, die die Fähigkeiten der Unternehmen auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung sowie die Ausarbeitung und Umsetzung innovativer Lösungen betreffen.

Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über deren Eignung verlangen.

6.3.2. *Auswahl der Bewerber*

Der Auftraggeber wählt die Bewerber zur Abgabe eines Angebotes aus, bei denen keine Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB vorliegen und die die Eignungskriterien (am besten) erfüllen. Die Vorgaben für die Auswahlentscheidung (zum Beispiel Eignungsbewertungsmatrix und Mindest- / Höchstzahl der auszuwählenden Bewerber) hat der Auftraggeber bereits in der Planung und im Design einer Beschaffung rechtmäßig in den Vergabeunterlagen festgelegt und definiert.

Für die der am besten geeigneten Bewerber erfolgt demgemäß nach einer Bewertung des Auftraggebers auf der Grundlage einer Eignungsbewertungsmatrix, ob und inwieweit der Bewerber die in den Vergabeunterlagen durch Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix vorgegebenen Eignungsanforderungen erfüllt.

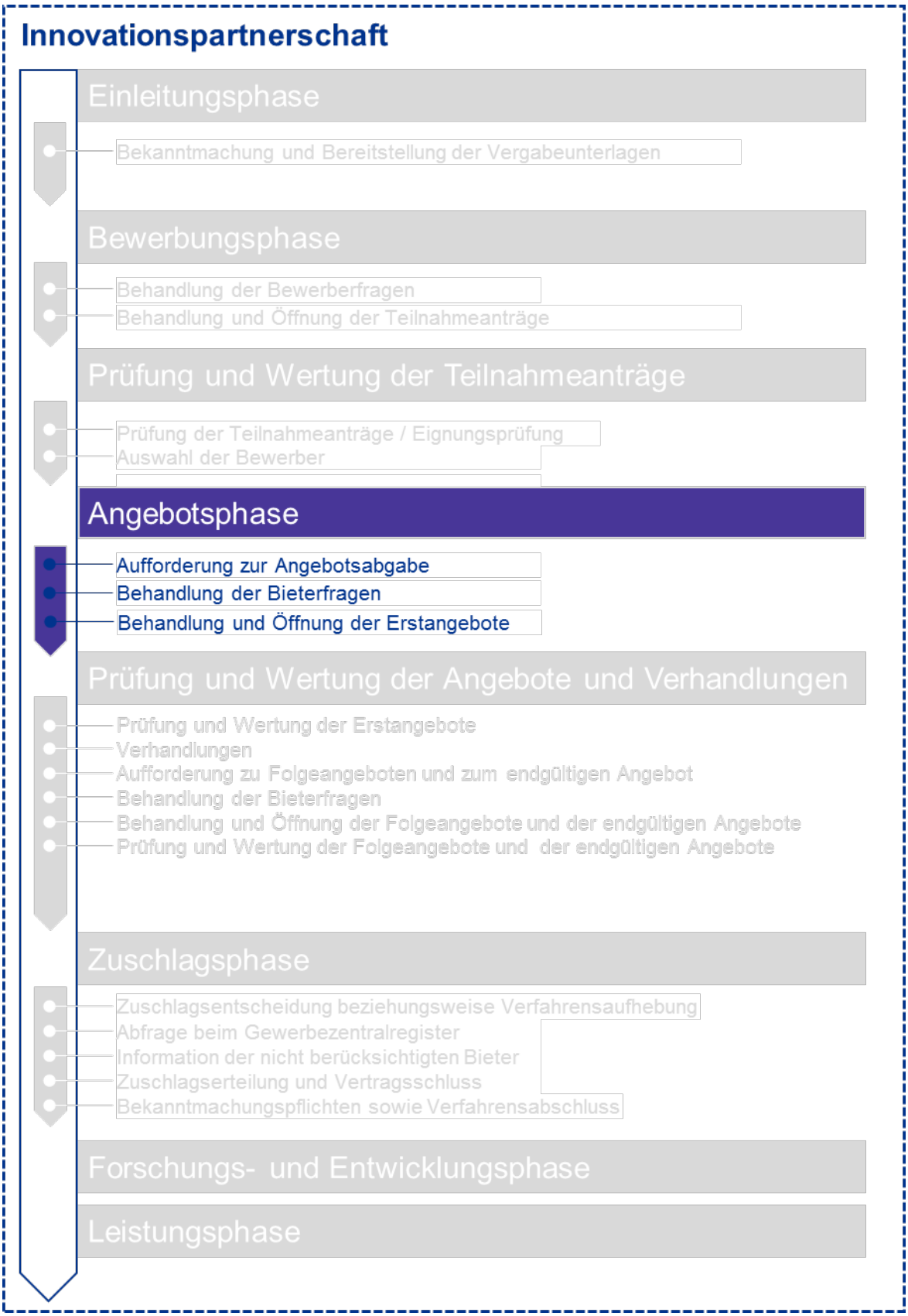
Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, in der Auftragsbekanntmachung und in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder

sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Der Auftraggeber hat die Bewerber, die nicht ausgewählt werden und damit im Teilnahmewettbewerb ausscheiden, über die Gründe für die Ablehnung ihres Teilnahmeantrag s zu unterrichten (§ 62 Abs. 2 VgV, § 134 Abs. 1 S. 2 GWB).

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Eignungsprüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe, einschließlich etwaiger Begründungen für Ermessensentscheidungen, und über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich deren Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

6.4. Angebotsphase



6.4.1. *Aufforderung zur Angebotsabgabe*

Nur die vom Auftraggeber im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Unternehmen werden vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält regelmäßig die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, das Aktenzeichen und möglicherweise ein Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen. Weiterhin sollte der Aufbau der Vergabeunterlagen in einer Übersicht dargestellt werden und die Angebotsfrist sowie die Stelle, bei der das Angebot oder die angeforderten Unterlagen einzureichen sind, benannt werden. Bei der Innovationspartnerschaft ist in der Aufforderung zur Angebotsabgabe auch der konkrete weitere Verfahrensablauf vom Auftraggeber anzugeben. Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers im Vergabeverfahren bestimmt sich dann nach den vom Auftraggeber aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

6.4.2. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sind unverzüglich zu erteilen und müssen in der Innovationspartnerschaft bei rechtzeitiger Anforderung durch die Bieter spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden, andernfalls ist die Angebotsfrist zu verlängern. Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bieter Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen (gemäß den Grundsätzen der Kommunikation nach §§ 9 ff. VgV) mit elektronischen Mitteln (in Textform) gestellt und allen Bietern gleichzeitig mit elektronischen Mitteln (in Textform) – beispielsweise per Mail oder über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bieterfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die VgV sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bieterfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bieterfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Angebotsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Angebotsfrist ebenfalls zu verlängern.

6.4.3. *Behandlung und Öffnung der Erstangebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

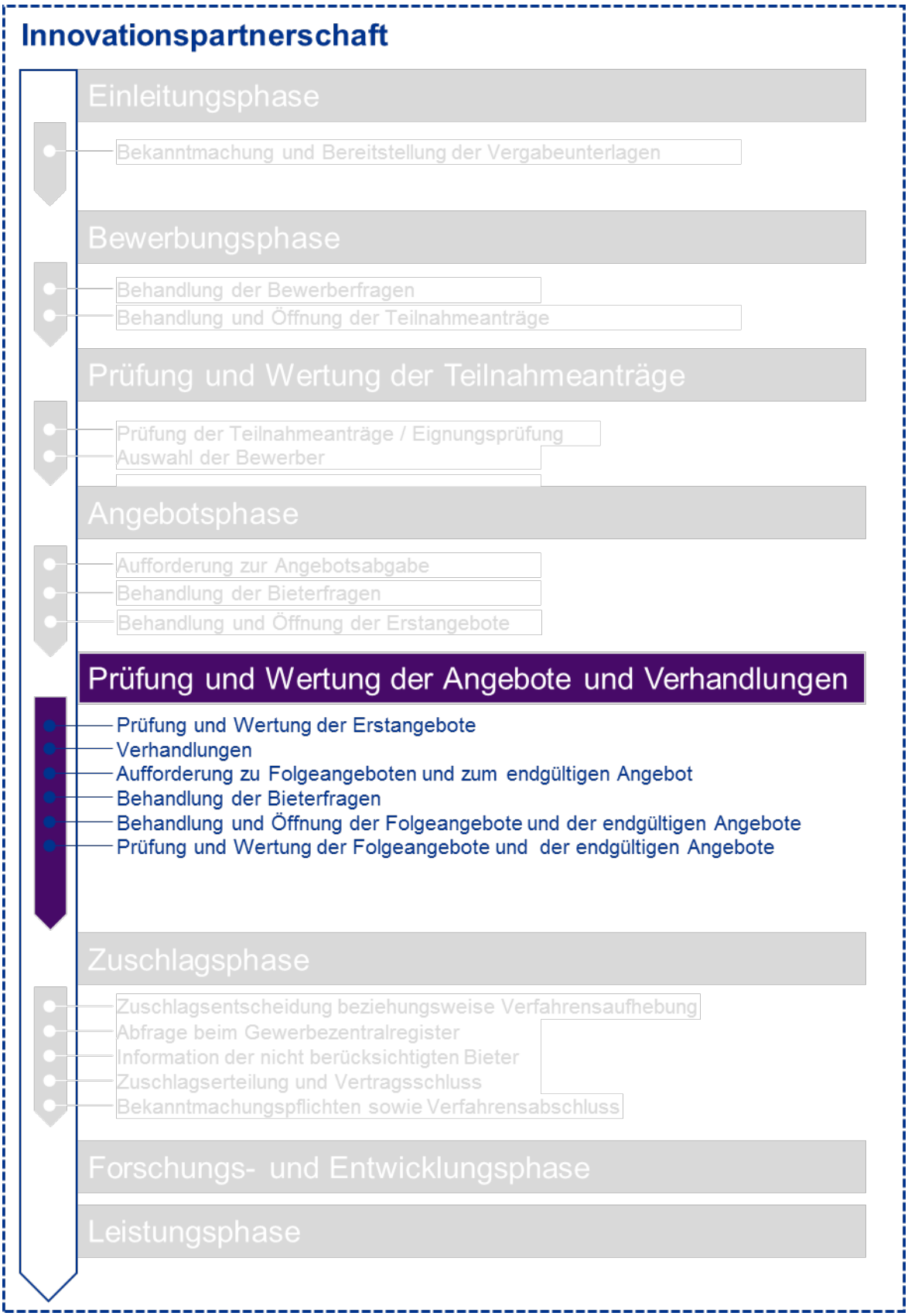
Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen.

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern.

Die Öffnung der Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

6.5. Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen



Im Anschluss an die Öffnung der Erstangebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Das konkrete Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote und etwaiger Folgeangebote sowie insbesondere des endgültigen Angebotes wird auch die durch die vom Auftraggeber gewählte Gestaltung des Ablaufs des Verfahrens bestimmt. Insoweit ist zunächst als wesentlicher Unterschied der Innovationspartnerschaft zum offenen und nicht offenen Verfahren zu beachten, dass das Nachverhandlungsverbot bei der Innovationspartnerschaft nicht gilt. Der Auftraggeber ist bei der Innovationspartnerschaft also berechtigt, über den Angebotsinhalt mit den Bietern zu verhandeln. Gleichwohl muss aber auch bei der Innovationspartnerschaft jedes Angebot den vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen genügen.

Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers bei der Prüfung und Wertung der Angebote und bei den Verhandlungen bestimmt sich demgemäß nach den vom Auftraggeber im Rahmen des Designs, insbesondere bei der Erstellung der Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

Vergaberechtliche Detailregelungen zum Ablauf des weiteren Vergabeverfahrens zwischen Erstangebot, Folgeangeboten und dem endgültigen Angebot bestehen nicht. Der Auftraggeber hat insoweit Gestaltungsspielräume hinsichtlich des Ablaufs des weiteren Vergabeverfahrens, wobei stets die Vergabegrundsätze in jedem Stadium des Vergabeverfahrens zu beachten sind.

So kann der Auftraggeber zum Beispiel vorsehen, dass die Erstangebote zunächst nur indikative (unverbindliche) Angebote sind. Daneben besteht die Möglichkeit, das Erstangebot zunächst als reines Leistungsangebot abzufordern und erst nach Durchführung einer Verhandlungsrunde auch ein Preisangebot zu verlangen.

Tipp für die Praxis:

Falls dies für sinnvoll erachtet wird, können zunächst indikative (unverbindliche) Angebote eingeholt, ausgewertet und gegebenenfalls erörtert werden. Etwaige allgemeingültige Ergebnisse müssen im Anschluss als Modifizierung der Vergabeunterlagen oder als deren Ergänzung an alle Unternehmen, mit denen verhandelt werden soll, übersandt werden.

Dieses Vorgehen erscheint vor allem dann sinnvoll, wenn noch größere Lücken in der Leistungsbeschreibung beziehungsweise Unsicherheiten bezüglich einer Machbarkeit der geforderten Leistung – insbesondere hinsichtlich der A-Kriterien – oder der Akzeptanz der Vertragsbedingungen bestehen. Mit indikativen Angeboten soll Bietern größere Flexibilität bei der Angebotserstellung eingeräumt werden. Hiermit sollte auch das Einräumen von Spielräumen in der Leistungsbeschreibung oder bei der Beantwortung von Fragen des Kriterienkataloges korrespondieren.

Bieter erhalten dabei beispielsweise die Möglichkeit, bei bestimmten Anforderungen, die aus ihrer Sicht unpräzise beschrieben sind, Angaben zu fehlenden Informationen zu machen. Ebenso ist es denkbar, dass Bieter schwer oder nur teuer umsetzbare Anforderungen identifizieren und Alternativen dazu vorschlagen. Nicht zuletzt können Bieter etwaige Gegenvorstellungen zum Vertrag vorbringen. Aufgrund der Tatsache, dass die einzureichenden Angebote noch unverbindlichen Charakter haben, kann auch die Situation vermieden werden, dass Bieter sich an einer Erstangebotsabgabe gehindert sehen, weil zu viele vertragliche Hürden und Risiken identifiziert werden. Auf Grundlage der Angaben,

die verschiedene Bieter machen, kann der Auftraggeber die Vergabeunterlagen einschließlich der Leistungsbeschreibung und des Vertrages noch einmal kritisch prüfen und gegebenenfalls anpassen.

Erst nach Anpassung der Vergabeunterlagen erfolgt dann ein Aufruf zur Abgabe verbindlicher Angebote.

Der Vorteil dieser Vorgehensmethode ist, dass der Auftraggeber in dieser Anfangsphase möglichst flexibel agieren und gleichzeitig eine möglichst breite Marktansprache sicherstellen kann. Als Nachteil dieser Methode muss festgestellt werden, dass mit der ersten Angebotsphase gegebenenfalls Zeit verloren geht. Zudem kann eine Neigung dazu bestehen, die Leistungsbeschreibung und andere Dokumente nicht so weitgehend wie möglich zu spezifizieren, weil man glaubt, die Inhalte im Dialog mit den Bietern im Rahmen der indikativen Angebotsphase weiter klären und konkretisieren zu können, obwohl dies dem Auftraggeber auch eigenständig möglich wäre. Ebenso kann ein Risiko dahingehend bestehen, dass Bieter das indikative Angebot aufgrund der Unverbindlichkeit nicht vollständig beziehungsweise nicht in der notwendigen Güte und „Preisschärfe" bearbeiten.

Soweit phasenweise Verhandlungen („Abschichtung") vorgesehen sind, kann eine Abschichtung von Angeboten allerdings erst nach Einholung verbindlicher Angebote erfolgen. Gleiches gilt für den Ausschluss von Angeboten wegen Nichterfüllung von A-Kriterien.

Der Auftraggeber kann zudem die Verhandlungen auch in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen abwickeln, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern („Abschichtung"). Voraussetzung dafür ist, dass er hierauf in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen hingewiesen hat.

Wichtiger Hinweis:

In der Schlussphase des Vergabefahrens müssen noch so viele Angebote vorliegen, dass der Wettbewerb gewährleistet ist, sofern ursprünglich eine ausreichende Anzahl von Angeboten oder geeigneten Bietern vorhanden war.

Diese Besonderheiten der Innovationspartnerschaft vorausgeschickt, geht die nachstehende Darstellung in folgender Reihenfolge auf die einzelnen Aspekte der Prüfung und Wertung von Angeboten und der Verhandlungen ein:

- Prüfung und Wertung der Erstangebote
- Verhandlungen
- Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot
- Behandlung der Bieterfragen
- Behandlung und Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote
- Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote

6.5.1. *Prüfung und Wertung der Erstangebote*

Grundsätzlich erfolgt die Prüfung und Wertung der Erstangebote gemäß dem in der Praxis grundsätzlich angewandten 4-stufigen Wertungssystem:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung, bereits im Teilnahmewettbewerb durchgeführt)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt dabei die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 56, 57 VgV. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die bei der Innovationspartnerschaft bereits im Teilnahmewettbewerb vorgenommen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote bei der Innovationpartnerschaft nur bei Änderungen oder neuen Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 60 VgV. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angebote die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Hat der Auftraggeber das Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote unter Berücksichtigung der Vergabevorschriften, insbesondere der Vergabegrundsätze in den Vergabeunterlagen entsprechend geregelt, kann das vorbeschriebene 4-stufigen Wertungssystem aber möglicherweise nicht vollständig bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote angewendet werden zum Beispiel, wenn

- keine abschließende formale Prüfung auf Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen erfolgen kann, weil die Erstangebote nach der Verfahrensgestaltung des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen gar nicht verbindlich sein mussten,
- oder keine Prüfung der Angemessenheit der Preise und keine Feststellung des (vorläufig) wirtschaftlichsten Angebotes möglich ist, weil noch gar keine Preisangebote mit dem Erstangebot verlangt wurden.

Im Folgenden wird dennoch das vollständige 4-stufige Wertungssystem im Einzelnen dargestellt. Ob und inwieweit dies im Einzelfall tatsächlich auf die Erstangebote angewendet wird, bestimmt sich nach den rechtmäßigen Vorgaben des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen.

6.5.1.1. Formale Prüfung der Angebote

Bei der formalen Prüfung prüft der Auftraggeber die Angebote auf Vollständigkeit und fachliche sowie rechnerische Richtigkeit. Maßgeblich sind hierfür insbesondere die Vorgaben in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung. Zudem umfasst die formale Prüfung die Prüfung auf das Vorliegen von Ausschlussgründen. Danach sind von der Angebotswertung zwingend auszuschließen:

- Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn der Bieter hat dies nicht zu vertreten
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen,
- oder nicht zugelassene Nebenangebote

Hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, so berücksichtigt er nur die Nebenangebote, die die von ihm in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Damit an sich vielversprechende Bieter nicht wegen lediglich geringfügiger formaler Fehler ausgeschlossen werden müssen, kann der Auftraggeber Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen (insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise) nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Das Nachforderungsrecht darf jedoch nicht zum Austausch von Unterlagen genutzt werden, denn die Nachforderung bereits vorliegender, jedoch inhaltlich unzureichender Unterlagen ist nicht zulässig (siehe zum Thema Nachforderung im Einzelnen Kapitel F.7.).

Grundsätzlich nicht nachgefordert werden dürfen leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen. Es sei denn, es handelt sich um Preisangaben für unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb beeinträchtigen.

Die Entscheidung, ob er Unterlagen nachfordert, steht im Ermessen des Auftraggebers. Im Rahmen der Ermessensentscheidung muss darüber entschieden werden, ob nachgefordert wird, was nachgefordert wird und in welcher Frist nachzuliefern ist. Sowohl eine nach den obigen Ausführungen fehlerhafte Nachforderung von Unterlagen als auch eine danach fehlerhaft unterlassene Nachforderung kann dazu führen, dass die Vergabeentscheidung des Auftraggebers von Bietern angegriffen wird.

Der Auftraggeber kann die Nachforderung von Unterlagen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen ausschließen.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der formalen Prüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe und für die Entscheidung über die Vornahme oder das Absehen von Nachforderungen) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

6.5.1.2. Prüfung der Angemessenheit des Preises

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Preises geht es um den richtigen Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten.

Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, hat der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung zu verlangen. Ein automatischer Ausschlussgrund für solche Angebote besteht also gerade nicht (Grundsatz „Aufklärung vor Ausschluss“). Konkret treffen den Auftraggeber im Rahmen dieser Aufklärung folgende Pflichten:

Der Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebotes und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen des Bieters. Die Prüfung kann insbesondere betreffen:

- die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung
- die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt
- die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung
- die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften
- oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen

Kann der Auftraggeber nach dieser Prüfung die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.

Stellt der Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Angebot abzulehnen, wenn der Bieter nicht fristgemäß nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Der Auftraggeber hat die Ablehnung in diesem Fall der Europäischen Kommission mitzuteilen.

Anlass für eine Preisaufklärung geben zunächst Angebote mit auffälligen Preisdifferenzen zu eingegangenen Konkurrenzangeboten, wobei grundsätzlich der Gesamtpreis der Angebote maßgeblich ist. In Rechtsprechung und Landesvergabegesetzen werden teilweise prozentuale Preisabstände der Angebote zum nächsthöheren Angebot angenommen beziehungsweise festgelegt („Aufgreifschwellen“). Im Einzelfall sollte der Auftraggeber vertieft prüfen, ob und inwieweit solche Aufgreifschwellen in seinem Anwendungsbereich angenommen wurden oder gelten.

Nach einem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs können die Mitbewerber verlangen, dass der Auftraggeber in die nähere Prüfung der Preisbildung eintritt, wenn ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Angebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig erscheint (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16). Die vorzunehmende Preisaufklärung sollte sich unter Berücksichtigung dieses Grundsatzurteils nicht auf die Einholung einer pauschalen Bestätigung des betroffenen Bieters beschränken, die Angebotspreise seien angemessen

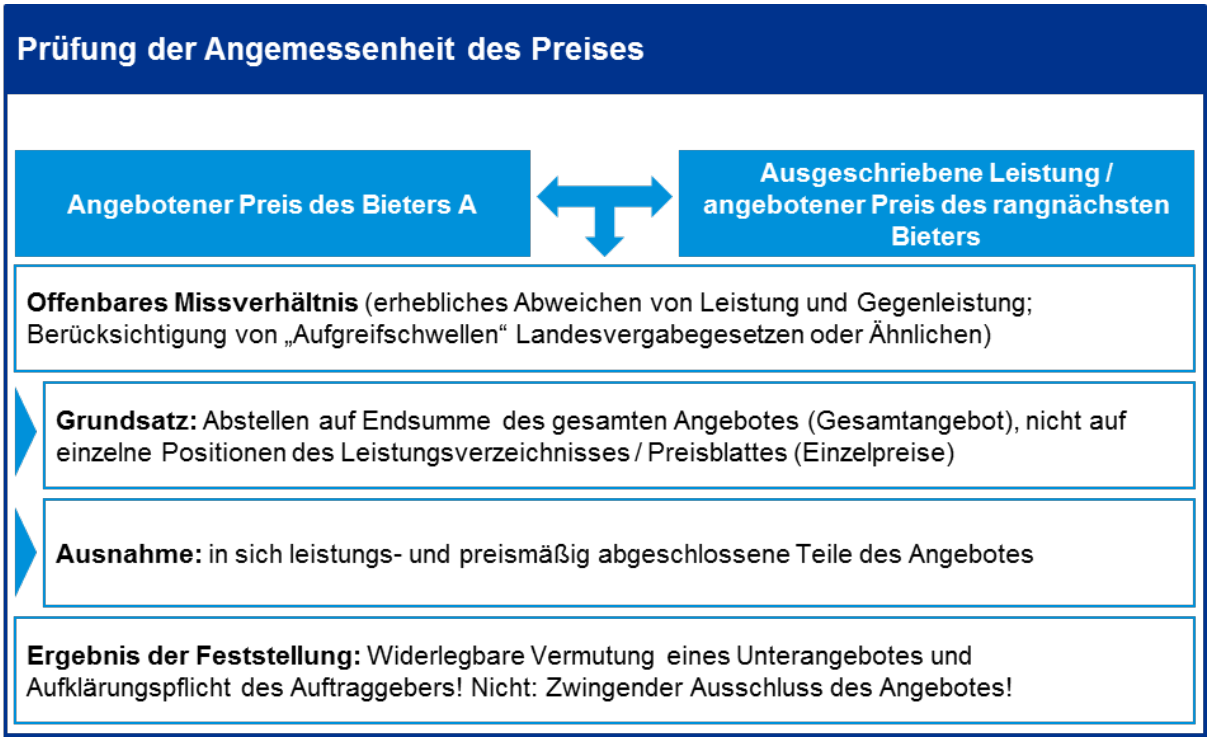
und auskömmlich. Vielmehr ist eine qualifizierte Preisprüfung vorzunehmen, die insbesondere deren Schutzzweck berücksichtigt, auch das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung zu wahren. Insoweit ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen, dass unangemessen niedrige Angebotspreise gesteigerte Risiken bergen. Nach dem Grundsatzurteil des BGH können sich diese in vielfältiger Weise verwirklichen, zum Beispiel:

- Auftragnehmer kann infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen.
- Auftragnehmer könnte in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen, sich des Auftrages so unaufwendig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet.

Der Auftraggeber sollte diese Aspekte bei der Preisaufklärung entsprechend berücksichtigen. Kann der betroffene Bieter seine ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preise aber rechtmäßig erklären und die Gründe für seine Preisbildung eindeutig und transparent machen, kann aber auch ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot zulässig sein. Dies mit der Folge, dass ein solches Angebot nicht ausgeschlossen werden darf.

Zu Dokumentations- und Beweiszwecken ist die Durchführung der Aufklärung (Aufklärungsverlangen und Stellungnahme des betroffenen Bieters hierzu) in Textform zu dokumentieren. Für die Aufklärung durch den Bieter ist diesem eine angemessene Frist zu gewähren. In der Praxis kann für den Auftraggeber die Ausrichtung des Aufklärungsverlangens anhand konkreter Positionen des Angebotes / Preisblattes hilfreich sein, aus denen der ungewöhnlich niedrig erscheinende Gesamtpreis mutmaßlich resultiert.

Anhand der im Rahmen der Aufklärung vom betroffenen Bieter eingereichten Unterlagen hat der Auftraggeber zu prüfen, ob danach die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten zufriedenstellend aufgeklärt sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, darf der Auftraggeber den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.



Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über das Angebot, insbesondere im Zusammenhang mit den angebotenen Preisen nach den vorstehenden Maßstäben verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise (insbesondere über eine etwaige Aufklärung mit den betroffenen Bietern und über das Ergebnis, einschließlich Begründung der anschließenden Wertungsentscheidung des Auftraggebers) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

6.5.1.3. Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Erst im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes kommt – für die nach den drei vorstehend dargestellten Wertungsstufen im Wettbewerb verbliebenen Angebote – die in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegte Bewertungsmethode, gegebenenfalls nebst zugehöriger Leistungsbewertung gemäß Leistungsbewertungsmatrix zum Tragen (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt demgemäß nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis auf der Grundlage einer Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die in den Vergabeunterlagen durch Bewertungsmethode gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, insbesondere in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Zuschlagskriterien, Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes, insbesondere der Leistungsbewertung nach einer Leistungsbewertungsmatrix (insbesondere über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. Bei B-Kriterien mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung bedarf es im Rahmen der Leistungsbewertung einer besonders sorgfältigen Begründung und eine entsprechenden Dokumentation durch den Auftraggeber.

Wichtiger Hinweis:

An der Zuschlagsentscheidung sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken.

6.5.2. *Verhandlungen*

Auf der Grundlage der Prüfung und Wertung der Erstangebote tritt der Auftraggeber in die Verhandlungen ein. Eine Verhandlungsrunde besteht aus mehreren Verhandlungsgesprächen mit jeweils verschiedenen Bietern. Innerhalb der Verhandlungen kann es zu einer oder mehreren Verhandlungsrunden kommen. Zum Abschluss einer Verhandlungsrunde werden regelmäßig entweder Folgeangebote eingeholt und / oder Verhandlungsergebnisse verbindlich schriftlich fixiert (ein beispielhafter Ablauf einer Verhandlungsrunde findet sich in Kapitel F.8.).

Der Auftraggeber verhandelt im Rahmen einer Verhandlungsrunde mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Dabei darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. Um die Flexibilität für die Verhandlungen zu wahren, sollte der Auftraggeber daher mit der Festlegung von Mindestanforderungen zurückhaltend sein und grundsätzlich nur alternativlose Leistungsanforderungen und Funktionalitäten als Mindestanforderung im Sinne von der vorgenannten Vorschriften festlegen. Im Rahmen der Verhandlungen kann gegebenenfalls mehrfach sowohl über Leistungen als auch über Preise verhandelt werden.

Vor allem in komplexen und lang laufenden Vergabeverfahren kann es sinnvoll sein, protokollierte Verhandlungsergebnisse unmittelbar am Ende der Verhandlungsergebnisse von allen Verhandlungsbeteiligten durch Unterschrift bestätigen zu lassen oder zumindest im Anschluss an die Verhandlungsbeteiligten an die Verhandlungsbeteiligten zu übermitteln. Dabei können die Bieter aufgefordert werden, zum Beispiel bestimmte Angebotsteile auf Grundlage des protokollierten Verhandlungsergebnisses zu überarbeiten. Die Veranlassung einer derartigen Überarbeitung von Angebotsteilen muss nicht zwingend als formale Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgen, sondern kann auch informell, beispielsweise zur Vorbereitung eines weiteren Verhandlungsgesprächs, von Bietern verlangt werden. Wenn der Auftraggeber hier die Verbindlichkeit der Überarbeitung sicherstellen möchte, kann er die Unterzeichnung solcher Dokumente verlangen. Aus Gründen der Gleichbehandlung sind allen Bieter gleiche Fristen für Überarbeitungen zu setzen.

Der Auftraggeber hat bei den Verhandlungen sicherzustellen, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleichbehandelt werden. Insbesondere hat sich der Auftraggeber jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen zu enthalten, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Der Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmten Informationen erteilt werden.

Bieter, deren Angebote nicht im Rahmen einer „Abschichtung“ (phasenweises Verhandlungsverfahren) ausgeschieden sind, sind in Textform nach § 126b BGB über etwaige Änderungen der Leistungsbeschreibung, insbesondere der technischen Anforderungen oder anderer Bestandteile der Vergabeunterlagen zu unterrichten, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien betreffen. Im Anschluss an solche Änderungen hat der Auftraggeber den Bietern ausreichend Zeit gewähren, um ihre Angebote zu ändern und gegebenenfalls überarbeitete Angebote einzureichen.

Wenn der Auftraggeber ein phasenweises Verhandlungsverfahren mit „Abschichtung“ vorgesehen hat, erfolgt die Abschichtung in der Regel bereits vor der Verhandlungsrunde anhand der eingereichten Erstangebote (gegebenenfalls Folgeangebote). Diese Bieter sind unter Angabe von Gründen über ihr Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren zu informieren. Gleiches gilt für Bieter, deren Angebote zum Beispiel aus formalen Gründen auszuschließen sind.

Die Verhandlungen sollten so lange geführt werden, bis die letzte Verhandlungsrunde die Möglichkeit zur Einholung endgültiger zuschlagsreifer Angebote eröffnet hat.

6.5.3. *Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot*

Wenn der Auftraggeber beabsichtigt, die Verhandlungen abzuschließen, so unterrichtet er die verbleibenden Bieter und legt eine einheitliche Frist für die Einreichung neuer oder überarbeiteter Angebote (Folgeangebote oder endgültige Angebote) fest. Dabei ist jeweils eindeutig anzugeben, ob es sich (lediglich) um ein Folgenangebot oder das endgültige Angebot handelt.

Die Aufforderung zur Abgabe von Folgeangeboten und endgültigen Angeboten enthält regelmäßig die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, das Aktenzeichen und möglicherweise ein Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen. Weiterhin sollte der Aufbau der gegebenenfalls aktualisierten Vergabeunterlagen in einer Übersicht dargestellt werden und die Angebotsfrist sowie die Stelle, bei der das Angebot oder die angeforderten Unterlagen einzureichen sind, benannt werden. Gegebenenfalls sind in der Aufforderung zur Abgabe von Folgeangeboten und endgültigen Angeboten auch Angaben zum weiteren Verfahrensablauf mitzuteilen, insbesondere wenn sich dieser gegenüber den vorherigen Ankündigungen ändert.

Wenn der Auftraggeber phasenweise Verhandlungen mit „Abschichtung“ vorgesehen hat, werden nur noch die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter zum Folgeangebot beziehungsweise zum endgültigen Angebot aufgefordert.

Nach Abschluss der letzten Verhandlungsrunde erfolgt als sogenannter „last call“ die Aufforderung zum endgültigen Angebot an die bis dahin im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter („best and final offer“ – BAFO).

6.5.4. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist für Folgeangebote und das endgültige Angebot können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Der konkrete Ablauf der Behandlung von Bieterfragen ist bereits bei der Behandlung von Bieterfragen vor den Erstangeboten dargestellt, auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

6.5.5. *Behandlung und Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 54 VgV auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 55 VgV vom Inhalt der Folgeangebote und endgültigen Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen.

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern.

Die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Folgeangebote und endgültigen Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

6.5.6. *Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote*

Im Anschluss an die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Das konkrete Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Folgeangebote und insbesondere des endgültigen Angebotes wird auch die durch die vom Auftraggeber gewählte Gestaltung des Ablaufs des Vergabeverfahrens bestimmt. Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers bei der Prüfung und Wertung der Angebote und bei den Verhandlungen bestimmt sich demgemäß nach den vom Auftraggeber im Rahmen des Designs, insbesondere bei der Erstellung der Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

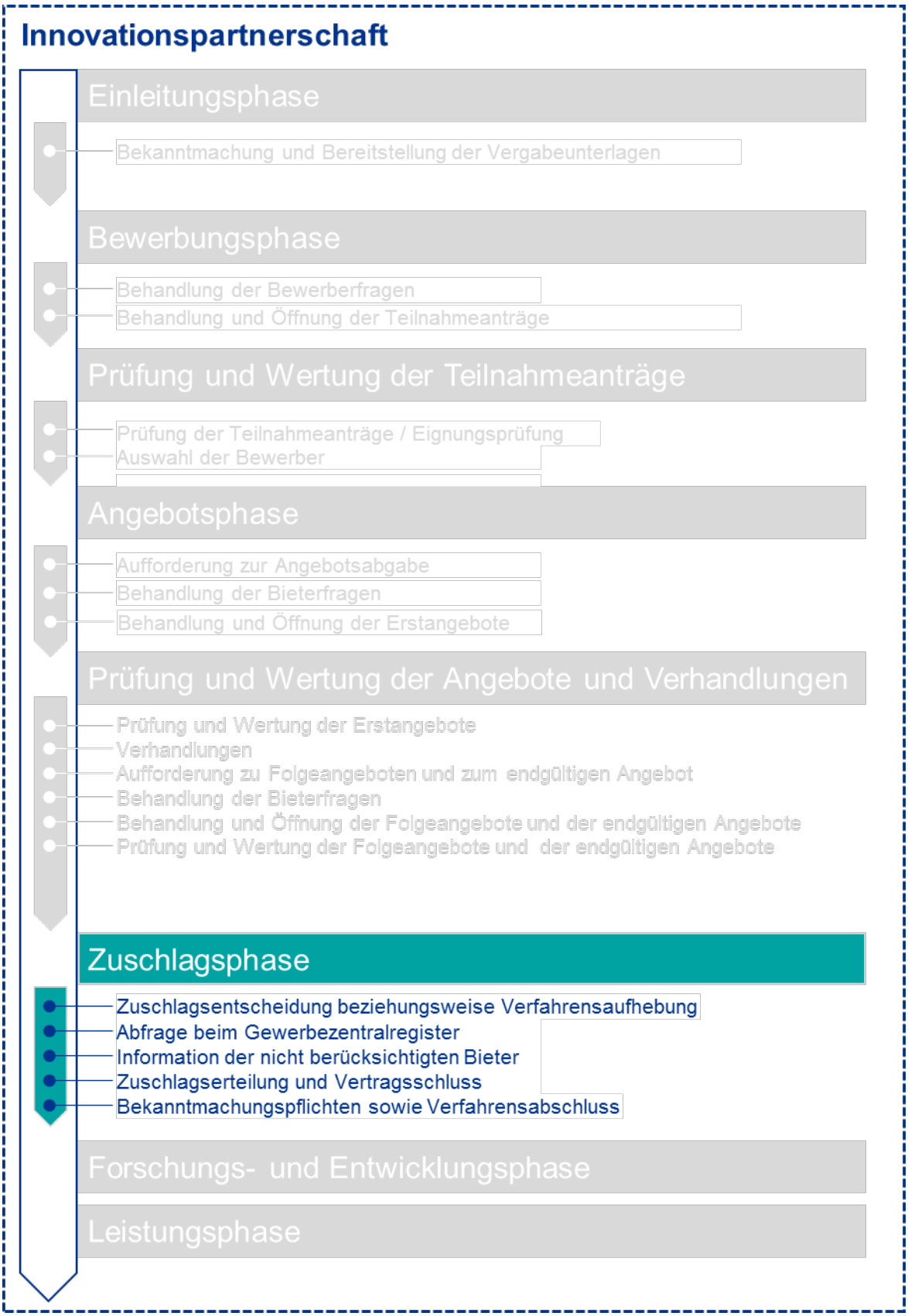
Spätestens hinsichtlich der endgültigen Angebote erfolgt die Prüfung und Wertung der gemäß dem in der Praxis grundsätzlich angewandten 4-stufigen Wertungssystem:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung, bereits im Teilnahmewettbewerb durchgeführt)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt dabei die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 56, 57 VgV. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die bei der Innovationspartnerschaft bereits im Teilnahmewettbewerb vorgenommenen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote bei der Innovationspartnerschaft nur bei Änderungen oder neue Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 60 VgV. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angebote die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Der konkrete Ablauf der formalen Prüfung, Prüfung der Angemessenheit des Preises sowie die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung ist bereits bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote dargestellt, auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

6.6. Zuschlagsphase



6.6.1. *Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung*

Im Regelfall endet das Vergabeverfahren mit einer Zuschlagsentscheidung. Voraussetzung dafür ist, dass nach Abschluss der Prüfungs- / Wertungsphase mindestens ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, das auch zu einem wirtschaftlichen Ergebnis des Vergabeverfahrens führt.

6.6.1.1. Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung

Vor Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber von den Bietern, die eine Unterauftragsvergabe an Dritte vorsehen und deren Angebote in die engere Wahl kommen, verlangen, noch nicht aufgelistete Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel dieser Unterauftragnehmer zur Verfügung stehen (sogenannte Mittelbereitstellungserklärung). Er muss dann auch die Einreichung entsprechender Angaben fordern, um das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen prüfen zu können(§ 36 Abs. 1 VgV).

Der öffentliche Auftraggeber überprüft in jedem Fall vor der Erteilung des Zuschlages, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen. Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe verlangt der öffentliche Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe kann der öffentliche Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der öffentliche Auftraggeber kann dem Bewerber oder Bieter dafür eine Frist setzen (§ 36 Abs. 5 VgV).

6.6.1.2. Zuschlagsentscheidung

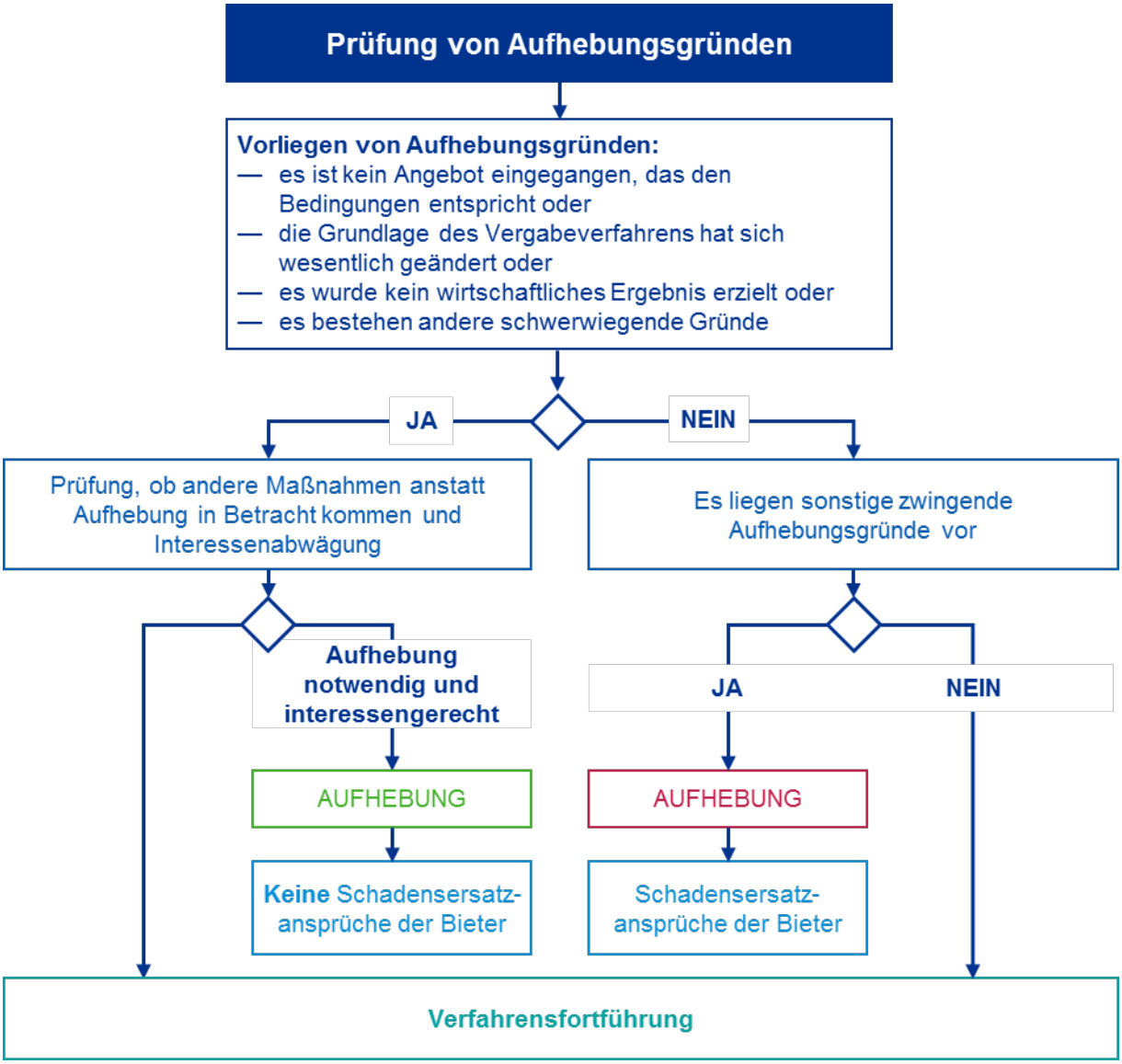
Nach Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen der Prüfungs- / Wertungsphase ist die Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Sowohl die Grundlagen für die Zuschlagsentscheidung als auch die Gründe der Nichtberücksichtigung der restlichen Bewerber und Bieter sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. An der Entscheidung über den Zuschlag sollen nach § 58 Abs. 5 VgV in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken (Mitzeichnung ist erforderlich).

Sofern demgegenüber keine zuschlagsfähigen Angebote vorliegen oder andere Aufhebungsgründe zutreffen, so ist das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Regelung des § 63 VgV ganz oder losweise aufzuheben.

6.6.1.3. Aufhebung

Nach § 63 VgV kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den in der Norm genannten und eng begrenzten Tatbeständen durch eine rechtmäßige Aufhebung beenden. Grundsätzlich gilt, dass Auftraggeber Vergabeverfahren nicht willkürlich aufheben dürfen. Ein „Auslaufen“ eines Vergabeverfahrens ohne einen für die Bieter erkennbaren Abschluss und dementsprechende Information durch den Auftraggeber ist nicht zulässig. Der früheste Zeitpunkt einer möglichen Aufhebung ist unmittelbar nach erfolgter Bekanntmachung des Vergabeverfahrens oder Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick über Aufhebungsgründe und -modalitäten:



Diese Aufhebungsvoraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen. Allerdings darf der Auftraggeber auch dann, wenn keine der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, das Verfahren aufheben. Er ist also nicht gezwungen, den Zuschlag zu erteilen. Ein sonstiger zwingender Aufhebungsgrund kann beispielsweise bestehen, wenn aufgrund fehlerhafter Planungen bereits ursprünglich nicht verfügbare Haushaltsmittel für den Auftrag endgültig verweigert werden. Ohne das Vorliegen einer gesetzlichen Aufhebungsvoraussetzung können Bewerber oder Bieter jedoch unter Umständen erfolgreich Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Es ist zwischen einer Vollaufhebung und einer Teilaufhebung zu unterscheiden. Damit bei losweisen Vergaben nicht alle Beschaffungsmaßnahmen betroffen sind, ist grundsätzlich eine Teilaufhebung für das betreffende Los möglich.

Wichtiger Hinweis:

Nach der zugrunde liegenden Norm ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines Aufhebungstatbestandes nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben. Der Auftraggeber besitzt somit einen Ermessensspielraum und muss bei der Entscheidung auch die Interessen der Bewerber und Bieter berücksichtigen. Vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber daher eine Interessenabwägung vornehmen und prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind. Der Auftraggeber ist dazu angehalten, alles Mögliche zu tun, um eine Aufhebung zu vermeiden. So soll insbesondere angestrebt werden, etwaige Verfahrensfehler, die während des Vergabeverfahrens auftreten, zu beheben. Eine Beseitigung von Verfahrensfehlern – gegebenenfalls mittels einer berichtigenden Bekanntmachung der veränderten Bedingungen (Formular: Berichtigung – Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angabe) – erfordert nicht unbedingt eine vorherige Aufhebung.

Nach der Entscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber den Bewerbern oder Bietern unverzüglich die Gründe für seine Entscheidung mitzuteilen, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten. Diese Mitteilung kann formfrei erfolgen, muss auf Antrag eines Bewerbers oder Bieters jedoch in Textform (gemäß § 126b BGB) übermittelt werden. Aus Dokumentationsgründen sollte jedoch von vornherein die Textform gewählt werden.

6.6.2. *Abfrage beim Gewerbezentralregister*

Das MiLoG trifft in § 19 MiLoG Regelungen zum Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage sind Auftraggeber verpflichtet, Bieter vor dem Zuschlag hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des MiLoG zu überprüfen (Eigenerklärung ist zu verlangen). Darüber hinaus muss bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO eingeholt werden (auch „MiLoG-Abfrage“ genannt).

Diese Auskunft sollte im Sinne eines zügigen Abschlusses des Vergabeverfahrens unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung beim zuständigen Bundesamt für Justiz angefordert werden. Sofern der Bieter ausweislich der Gewerbezentralregisterauskunft mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden ist, soll dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Vor einer Entscheidung über den etwaigen Ausschluss ist dem Bieter eine Gelegenheit einzuräumen, sich zu dem Sachverhalt zu äußern. Aus Dokumentationsgründen sollte die Anhörung des Bieters in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Bei der zu treffenden Entscheidung über den Ausschluss auf Grundlage der Ausführungen eines Bieters ist es naheliegend, dass der Auftraggeber sich an den Grundsätzen der Selbstreinigung gemäß § 125 GWB orientiert.

Tipp für die Praxis:

Sofern die Gewerbezentralregisterauskunft im schriftlichen Verfahren eingeholt wird, kann dies zu gegebenenfalls nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Daher empfiehlt es sich, dass der Auftraggeber die Möglichkeit nutzt, Gewerbezentralregisterauskünfte im deutlich schnelleren elektronischen Verfahren beim Bundesamt für Justiz einzuholen. Dazu bedarf es – soweit noch nicht vorhanden – der Einrichtung eines elektronischen Zugangs. Die Beantragung eines elektronischen Zugangs beim Bundesamt für Justiz sollte bereits vor oder in der Frühphase des Vergabeverfahrens erfolgen. Weitere Informationen sind von der Webseite des Bundesamtes der Justiz zu beziehen (siehe https:// www.bundesjustizamt.de).

Der Auftraggeber kann bereits in den Bewerbungsbedingungen von den Bewerbern / Bietern Eigenerklärungen über das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 98c AufenthG, § 19 MiLoG, § 21 AEntG und § 21 SchwarzArbG und über das Vorliegen entsprechender Einträge im Gewerbezentralregister verlangen. Auf diese Weise erhält der Auftraggeber bereits bei der Eignungsprüfung eine Indikation über das Vorliegen solcher Ausschlusstatbestände. Von der vorstehend dargestellten Abfragepflicht beim Gewerbezentralregister für den zum Zuschlag vorgesehenen Bieter befreit eine solche Eigenerklärung den Auftraggeber jedoch nicht.

Wichtiger Hinweis:

Neben der Abfrage beim Gewerbezentralregister sind bei Vergabeverfahren von Landesbehörden beziehungsweise öffentlichen Auftraggebern der Länder gegebenenfalls auch nach dem Vergaberecht des jeweiligen Bundeslandes notwendige Abfragen beim Korruptionsregister des betreffenden Bundeslandes zu beachten.

Zudem werden öffentliche Auftraggeber ab Aufnahme des Betriebs des neuen Wettbewerbsregisters nach Maßgabe des WRegG verpflichtet sein, vor Erteilung des Zuschlages beim Wettbewerbsregister elektronisch abzufragen, ob das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll, eingetragen ist.

6.6.3. *Information der nicht berücksichtigten Bieter*

6.6.3.1. Informations- und Wartepflicht

Im Rahmen der Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB muss der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung an alle Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, ein Informationsschreiben übermitteln. Dies gilt auch für Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist. Diese Information muss unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung und in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Die Ablehnungsbegründung muss auf die im Einzelfall tragenden Gründe eingehen.

6.6.3.2. Inhalt des Informationsschreibens

Das Informationsschreiben muss mindestens folgende Informationen beinhalten:

- Angabe des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll

- Individueller und begründeter Ablehnungsgrund
- Frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Hinsichtlich des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, genügt die Angabe des Namens (notwendig ist also nicht die Angabe der Adresse etc.).

6.6.3.3. Bemessung der Wartefrist

Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information geschlossen werden. Wird die Information per Telefax oder auf elektronischem Weg (zum Beispiel über ein E-Vergabe-System oder per E-Mail) übermittelt, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage.

Die Frist der 15 Kalendertage beziehungsweise zehn Kalendertage beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Tipp für die Praxis:

Auf Grundlage einschlägiger Rechtsprechung sollen bei der Bemessung der Frist vom Versand des Informationsschreibens bis zum frühestens Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu verzeichnende Feiertage, insbesondere wenn innerhalb der Frist mehrere Feiertage liegen, Berücksichtigung finden, sodass die Mindestfrist im Idealfall um die Anzahl der Feiertage verlängert wird. Dies dient zur Vermeidung von Risiken, die entstehen können, wenn dem Bieter zur Prüfung und Bewertung des Informationsschreibens faktisch nur wenige Werktage verbleiben.

Weiterhin kommt es zwar auf den Tag des Zugangs des Informationsschreibens beim betroffenen Bieter nicht an, jedoch muss der Auftraggeber nachweisen können, dass er das Schreiben versandt hat. Dies ist in der Vergabeakte zu dokumentieren.

6.6.3.4. Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebots

Die Ausführlichkeit der Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes hängt vom Einzelfall ab, beispielsweise von der Komplexität der Bewertungsmethode.

Die Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes muss jedenfalls auf die konkreten im Einzelfall tragenden Gründe eingehen. Ein bloßer allgemeiner Hinweis darauf, dass das Angebot ausgeschlossen werden musste oder nicht das wirtschaftlichste gewesen ist, genügt im Regelfall den Anforderungen an die zu übermittelnden Inhalte gemäß der Informationspflicht nicht, auch wenn die Begründung grundsätzlich knapp ausfallen kann.

Folgende Grundsätze sollte man bei der Angabe von Gründen für die vorgesehene Nichtberücksichtigung beachten:

- Es sind vollständige Informationen und somit alle Gründe für die vorgesehene Nichtberücksichtigung anzugeben. Ist ein Angebot beispielsweise sowohl verspätet als auch in Form eines Nebenangebotes eingegangen, obwohl Nebenangebote nicht zugelassen wurden, so liegen zwei Gründe für die Nichtberücksichtigung vor (ein Ausschluss muss nach § 57 Abs. 1 Nr. 1, 6 VgV erfolgen), die mitgeteilt werden sollten.

- Sofern ein Bieter nicht zu berücksichtigen ist, weil er nicht das wirtschaftlichste Angebot eingereicht hat, sollten – je nach der anzuwendenden Bewertungsmethode – konkretisierende Informationen mitgeteilt werden.

  Ist über den Zuschlag auf Grundlage des günstigsten Preises beziehungsweise der niedrigsten Kosten zu entscheiden, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, welchen Rang das Angebot in der Rangfolge der Preise beziehungsweise der Kosten belegt hat. Erfolgt die Zuschlagserteilung auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, so ist es empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, ob sein Angebot anhand eines teureren Preises oder anhand niedrigerer Leistungspunkte als der Zuschlagskandidat oder aus beiden Gründen nicht berücksichtigt werden kann, gegebenenfalls ergänzt um die jeweilige Rangfolge.

- Insgesamt sollen die Informationen aussagekräftig und für den Bieter nachvollziehbar sein.

- Allen Bietern, die nicht berücksichtigt werden, sollen aus Gründen der Gleichbehandlung die sie betreffenden Informationen in gleichartiger Ausgestaltung und Ausführlichkeit sowie zum gleichen Zeitpunkt übermittelt werden.

Darüber hinausgehende Informationen werden regelmäßig nicht erforderlich sein. Insbesondere ist eine Angabe von konkreten Leistungspunktzahlen nicht notwendig. Konkrete Informationen über das Angebot, das den Zuschlag erhalten soll, sollen nicht mitgeteilt werden, da der Auftraggeber die Vertraulichkeit von Informationen aus dem Angebot des Zuschlagskandidaten zu wahren hat, was insbesondere die Preisangaben betrifft.

Ein ähnlicher Maßstab kann grundsätzlich für die Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Teilnahmeantrages angelegt werden.

Hinweis zu Abweichungen bei sicherheitsrelevanten Beschaffungen:

Im Fall sicherheitsrelevanter Aufträge können Auftraggeber beschließen, bestimmte Informationen über die Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung nicht mitzuteilen, soweit die Offenlegung den Gesetzesvollzug behindert, dem öffentlichen Interesse, insbesondere Verteidigungs- oder Sicherheitsinteressen, zuwiderläuft, berechtigte geschäftliche Interessen von Unternehmen schädigt oder den lauteren Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigen könnte. Ein solcher Wegfall der Mitteilung bestimmter Informationen ist im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung zu prüfen und zu begründen sowie in der Vergabeakte zu dokumentieren.

6.6.3.5. Adressaten des Informationsschreibens

Adressaten des Informationsschreibens sind alle Bieter, das heißt Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt haben. Darunter fällt beispielsweise auch das Angebot eines Bieters, das bereits deshalb ausgeschlossen werden musste, weil es verspätet eingegangen war.

Daneben sind auch Bewerber Adressaten des Informationsschreibens, denen bis dato noch keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde. Um den Kreis von Adressaten in der Zuschlagsphase klein zu halten sowie aus Transparenzgründen, empfiehlt es sich,

ausgeschiedenen Bewerbern bereits nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbes eine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zu übermitteln.

Eine Übermittlung des Informationsschreibens an den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, ist nicht vorgeschrieben, kann aber sinnvoll sein, damit dieser Bieter bereits Vorkehrungen für die Aufnahme der Leistungserbringung treffen kann. Erfolgt eine solche Benachrichtigung, so ist darauf zu achten, dass klarstellend nur die voraussichtliche Zuschlags- beziehungsweise Auftragserteilung angekündigt wird. Es darf nicht der Eindruck erweckt werden, die Vorankündigung sei bereits das eigentliche Zuschlagschreiben.

6.6.3.6. Konsequenzen einer Nichtbeachtung der Informations- und Wartepflicht

Erfolgt die Information nicht oder nur unvollständig beziehungsweise nicht gegenüber allen notwendigen Adressaten oder wird die Wartefrist nicht eingehalten und trotzdem der Zuschlag erteilt, so hat dies gravierende Folgen.

Denn ein erteilter öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen die Vorschriften zur Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB verstoßen hat und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Die Unwirksamkeit kann nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrages beziehungsweise nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union geltend gemacht worden ist, längstens jedoch innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss.

Zur Vermeidung vorgenannter Risiken sollte der Auftraggeber bei Abfassung und Versand des Informationsschreibens ein hohes Maß an Sorgfalt walten lassen.

6.6.3.7. Ergänzende Informationspflichten und Informationspflicht auf Antrag

Unabhängig von der vorstehend dargestellten gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflicht nach § 134 GWB gegenüber nicht berücksichtigten Bietern und Bewerbern, bestehen nach § 62 VgV ergänzende Informationspflichten gegenüber Bewerbern und Bietern. Daneben können Bieter und Bewerber gezielt weitergehende Informationen über die Gründe der Nichtberücksichtigung vom Auftraggeber verlangen.

Der Auftraggeber muss jedem Bieter und jedem Bewerber unverzüglich und ohne gesonderte Aufforderung seine Entscheidungen über

- den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder
- die Zuschlagserteilung

mitteilen.

Es empfiehlt sich, diese Informationen in das Informationsschreiben nach § 134 GWB aufzunehmen (soweit hier überhaupt ein zusätzlicher Gehalt an Informationen zu verzeichnen ist). Eine Information nach § 62 Abs. 1 VgV kann aber das Informationsschreiben nach § 134 GWB nicht ersetzen.

Weiterhin muss der Auftraggeber in der Zuschlagsphase auf Verlangen eines Bewerbers oder Bieters unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrages in Textform (gemäß § 126b BGB),

- jeden nicht erfolgreichen Bewerber über die Gründe für die Ablehnung seines Teilnahmeantrages (1)
- jeden nicht erfolgreichen Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebotes (2) und
- über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes (3) sowie
- den Namen des erfolgreichen Bieters (4)

informieren.

Die Informationsaspekte (2) und (4) werden bereits mit dem Informationsschreiben nach § 134 GWB abgedeckt. Demgegenüber stellen nur die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes noch eine zusätzliche Information dar. Der Spielraum für solche Informationen über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ist allerdings aus Gründen des Vertraulichkeitsschutzes und des fairen Wettbewerbes nur sehr klein. Man wird hier kaum weiter gehen können, als etwa dem nicht erfolgreichen Bieter in allgemeiner Form mitzuteilen, in welchen Leistungsbereichen (zum Beispiel Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen) der Zuschlagskandidat besser abgeschnitten hat als der nicht erfolgreiche Bieter. Aufgrund des Vertraulichkeitsschutzes gemäß § 5 VgV, der die vertraulichen Aspekte des Angebotes des Zuschlagskandidaten regelt, ist insbesondere hinsichtlich etwaiger Preisinformationen größte Zurückhaltung geboten.

Bei der Darstellung der Gründe für die Ablehnung eines Teilnahmeantrages (1) kann man sich hinsichtlich Ausführlichkeit und Substanz an den Ausführungen zur Begründung der vorgesehenen Nichtberücksichtigung eines Angebotes orientieren (siehe Kapitel D.6.6.3.4.).

Der öffentliche Auftraggeber ist im Übrigen nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern (a), dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen (b), den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden (c) oder den lauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde (d). Insbesondere die genannten Aspekte (c) und (d) sprechen dafür, dass der Auftraggeber bei der antragsgemäßen Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ein hohes Maß an Zurückhaltung walten lässt.

6.6.4. *Zuschlagserteilung und Vertragsschluss*

6.6.4.1. Übermittlung Zuschlagsschreiben

Nach Ablauf der Wartefrist ist im nächsten Schritt der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Zum Vertragsschluss muss der Auftraggeber dem ausgewählten Bieter ein Zuschlagsschreiben übermitteln. In dem Zuschlagsschreiben ist dem Bieter mitzuteilen, dass der Zuschlag erteilt wird und das Angebot des Bieters angenommen wird. Dabei ist in der VgV – anders als ausdrücklich an diversen anderen Stellen bezüglich der Kommunikation – nicht die Textform (§ 126b BGB), allerdings auch keine andere spezifische Form (zum Beispiel die Schriftform), vorgesehen. Insofern ist von einer Wahlfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Übermittlungsform auszugehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Zuschlagsschreibens achten.

Mit Zugang des Zuschlagsschreibens beim Bieter kommt der Vertrag zustande. Dabei gelten die Grundsätze zum Vertragsschluss nach dem BGB. Das Zuschlagsschreiben muss daher dem Bieter rechtzeitig vor Ablauf der Zuschlagsfrist und vor allem noch innerhalb der Angebotsbindefrist zugehen. Daneben darf die Annahme des Angebotes im Zuschlagsschreiben nicht an Bedingungen geknüpft sein oder eine Änderung des Angebotes oder der Vertragsunterlagen enthalten.

Soll die festgelegte Zuschlagsfrist aus wichtigen Gründen verlängert werden, so ist das Einverständnis der zu diesem Zeitpunkt noch im Vergabeverfahren befindlichen Bieter einzuholen. Es kann auch nur die Zustimmung derjenigen Bieter eingeholt werden, die noch eine Chance auf eine Zuschlagserteilung haben. Bei dieser Gelegenheit sind die Bieter auch aufzufordern, einer Verlängerung der Angebotsbindefrist zuzustimmen, soweit deren Fristende vor dem Ende der verlängerten Zuschlagsfrist liegt.

6.6.4.2. Erstellung der Vertragsurkunde

Nach Übermittlung des Zuschlagsschreibens wird zur Verfahrensdokumentation regelmäßig eine Vertragsurkunde ausgefertigt. Der Inhalt dieser Vertragsurkunde ergibt sich im Wesentlichen aus den Vertragsunterlagen (die Bestandteil der Vergabeunterlagen waren) und dem Angebot.

Die Vertragsunterlagen – beispielsweise die bereits weitestgehend vorausgefüllten EVB-IT Vertragsformulare – sind im Wege einer Konsolidierung mit den notwendigen Informationen aus dem Angebot zu vervollständigen. Der Vertragsinhalt ist bereits mit Zuschlagserteilung und Übermittlung des Zuschlagsschreibens wirksam festgelegt und darf im Zuge der Erstellung der Vertragsurkunde nicht geändert werden.

6.6.4.3. Unterzeichnung der Vertragsurkunde

Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Vertragspartner dient der Beweissicherung und trägt zur Rechtssicherheit bei. Der Auftraggeber übermittelt dem Auftragnehmer beispielsweise zwei Vertragsurkunden, von denen eine bereits von der Auftraggeberseite gezeichnet ist und beim Auftragnehmer verbleibt, während der Auftragnehmer die andere nach Unterzeichnung an den Auftraggeber zurücksendet.

Zu Dokumentationszwecken sollten der abzulegenden Vertragsurkunde alle Vertragsanlagen beigefügt werden.

6.6.5. *Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss*

6.6.5.1. Vergabebekanntmachung und Statistikmeldungen

Der Auftraggeber muss spätestens 30 Tage nach der Vergabe eines öffentlichen Auftrages – also nach der Auftragserteilung mittels Übermittlung des Zuschlagsschreibens – oder nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Vergabebekanntmachung mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union übermitteln (Formular: Bekanntmachung vergebener Aufträge – Ergebnisse des Vergabeverfahrens).

Bei Abschluss einer Rahmenvereinbarung bezieht sich die Bekanntmachung vergebener Aufträge nur auf die abgeschlossene Rahmenvereinbarung. Für die auf ihrer Grundlage vergebenen Einzelaufträge ist keine Bekanntmachung vergebener Aufträge erforderlich.

Daneben sieht die VergStatVO für den Auftraggeber bestimmte Pflichten zur Übermittlung von statistikrelevanten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vor, die zu beachten sind.

6.6.5.2. Abschluss des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren ist in der Regel mit der Auftragserteilung durch Übermittlung des Zuschlagsschreibens beendet. Bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern wirkt das Vergabeverfahren jedoch noch fort, soweit nach den Regelungen der Rahmenvereinbarung mittels eines erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Unternehmen, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind, also sogenannten Miniwettbewerben, Einzelaufträge vergeben werden. Auch diese Vergaben von Einzelaufträgen unterliegen dann noch den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen (siehe Kapitel E.1.2.).

Die Vertragsunterlagen sind mit Abschluss des Vergabeverfahrens an die für die Vertragsverwaltung zuständige Stelle zu übermitteln.

6.6.5.3. Aufbewahrung der Unterlagen

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist die Vergabeakte auf Vollständigkeit zu prüfen und zu archivieren.

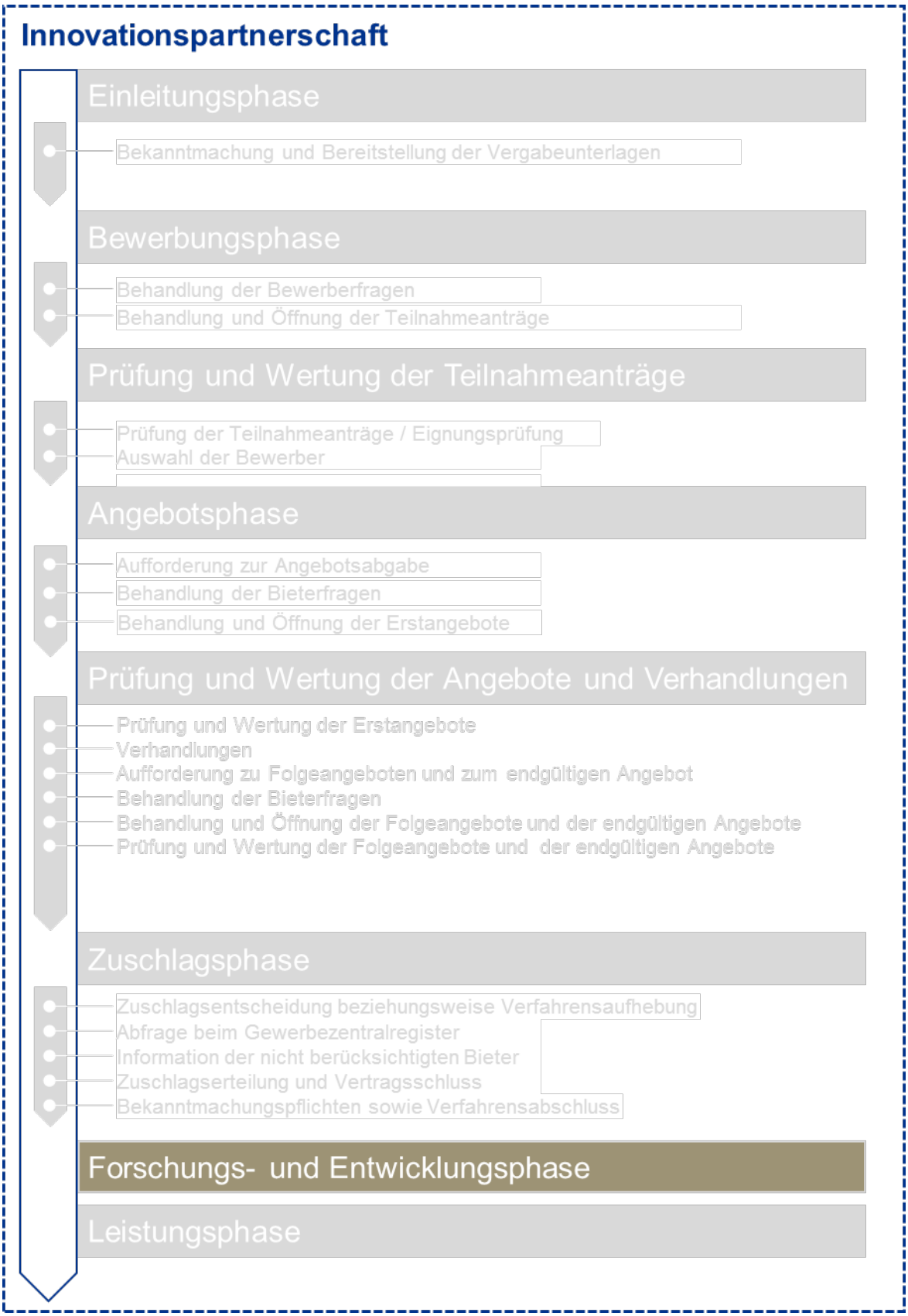
Die gesamte Verfahrensdokumentation, der Vergabevermerk, die Teilnahmeanträge sowie die Angebote und ihre Anlagen sind gemäß § 8 Abs. 4 VgV bis zum Ende der Laufzeit des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung aufzubewahren, mindestens jedoch für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages. Gleiches gilt für Kopien aller abgeschlossenen Verträge, die mindestens einen Auftragswert in Höhe von einer Million Euro haben.

Gegebenenfalls müssen die Vergabeunterlagen sowie die gesamte Vergabeakte mit deren Anlagen entsprechend der für den Auftraggeber geltenden Aufbewahrungsvorschriften und -fristen noch länger als die vorgenannte dem Vergaberecht entstammende Frist aufbewahrt werden.

Wichtig ist dies unter anderem auch zum Zweck einer etwaigen Prüfung der vergaberechtlichen Relevanz späterer Vertragsänderungen, weil dann die ursprünglichen Vergabeunterlagen regelmäßig nochmals geprüft werden müssen (siehe Kapitel E.2.1.1.1.).

Die Angebote einschließlich ihrer Anlagen sowie die Dokumentation über Öffnung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote sind im Übrigen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

6.7. Forschungs- und Entwicklungsphase



Die Forschungs- und Entwicklungsphase ist die erste Vertragsstufe der Innovationspartnerschaft, in die der Auftraggeber und sein(e) Innovationspartner nach Zuschlagserteilung eintreten. In dieser Phase entwickelt der oder die im Vergabeverfahren ausgewählte(n) Partner das vom Auftraggeber benötigte Produkt beziehungsweise die benötigte Dienstleistung. Der Auftraggeber stellt sicher, dass die Struktur der Partnerschaft und insbesondere die Dauer und der Wert der einzelnen Phasen den Innovationsgrad der vorgeschlagenen Lösung und der Abfolge der Forschungs- und Innovationstätigkeiten widerspiegeln.

Die Phase ist durch die Festlegung von Zwischenzielen zu untergliedern, bei deren Erreichen die Zahlung der Vergütung in angemessenen Teilbeträgen vereinbart wird. Auf der Grundlage der Zwischenziele kann der Auftraggeber am Ende jedes Entwicklungsabschnitts entscheiden, ob er die Innovationspartnerschaft beendet oder, im Fall einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern, die Zahl der Partner durch die Kündigung einzelner Verträge reduziert, sofern der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen darauf hingewiesen hat, dass diese Möglichkeiten bestehen und unter welchen Umständen davon Gebrauch gemacht werden kann. Zu den jeweiligen Zwischenzielen evaluiert der Auftraggeber den Stand der Entwicklung einschließlich Kostenentwicklungen.

Die Innovationspartnerschaft besteht in dieser Phase bereits in einem Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und einem oder mehreren Partnern. Die Beendigungsmöglichkeiten richten sich daher vorrangig nach dem Vertragsrecht, ohne besondere weitere vergaberechtliche Schranken.

Tipp für die Praxis:

Der Auftraggeber sollte darauf achten, dass er die Zwischenziele so bestimmt, dass sie ihm eine laufende Qualitätskontrolle und -sicherung während der Forschungs- und Entwicklungsphase ermöglichen. Bei einer solchen an dem jeweiligen Projektfortschritt orientierten Definition der Zwischenziele hat der Auftraggeber die Möglichkeit, auf die weitere Entwicklung rechtzeitig Einfluss zu nehmen.

Auf dieser Grundlage entscheidet der Auftraggeber am Ende des jeweiligen durch die Zwischenziele definierten Entwicklungsabschnitts, ob er die Innovationspartnerschaft beendet oder die Anzahl der Partner durch Kündigung einzelner Verträge reduziert. Dies ist nur dann möglich, wenn er diese Möglichkeit in den Vergabeunterlagen vorgesehen hat. In diesem Fall wendet der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen und vertraglich festgelegten Voraussetzungen an, unter denen die Kündigung Beendigung erfolgt. Im Fall der Beendigung der Innovationspartnerschaft mit einzelnen Partnern wendet der Auftraggeber die zuvor klar definierten Auswahlkriterien transparent und diskriminierungsfrei an. Die (Nicht-)Erreichung der Zwischenziele, die Weiterführung oder Beendigung der Innovationspartnerschaft und die entsprechenden Gründe sind zu dokumentieren.

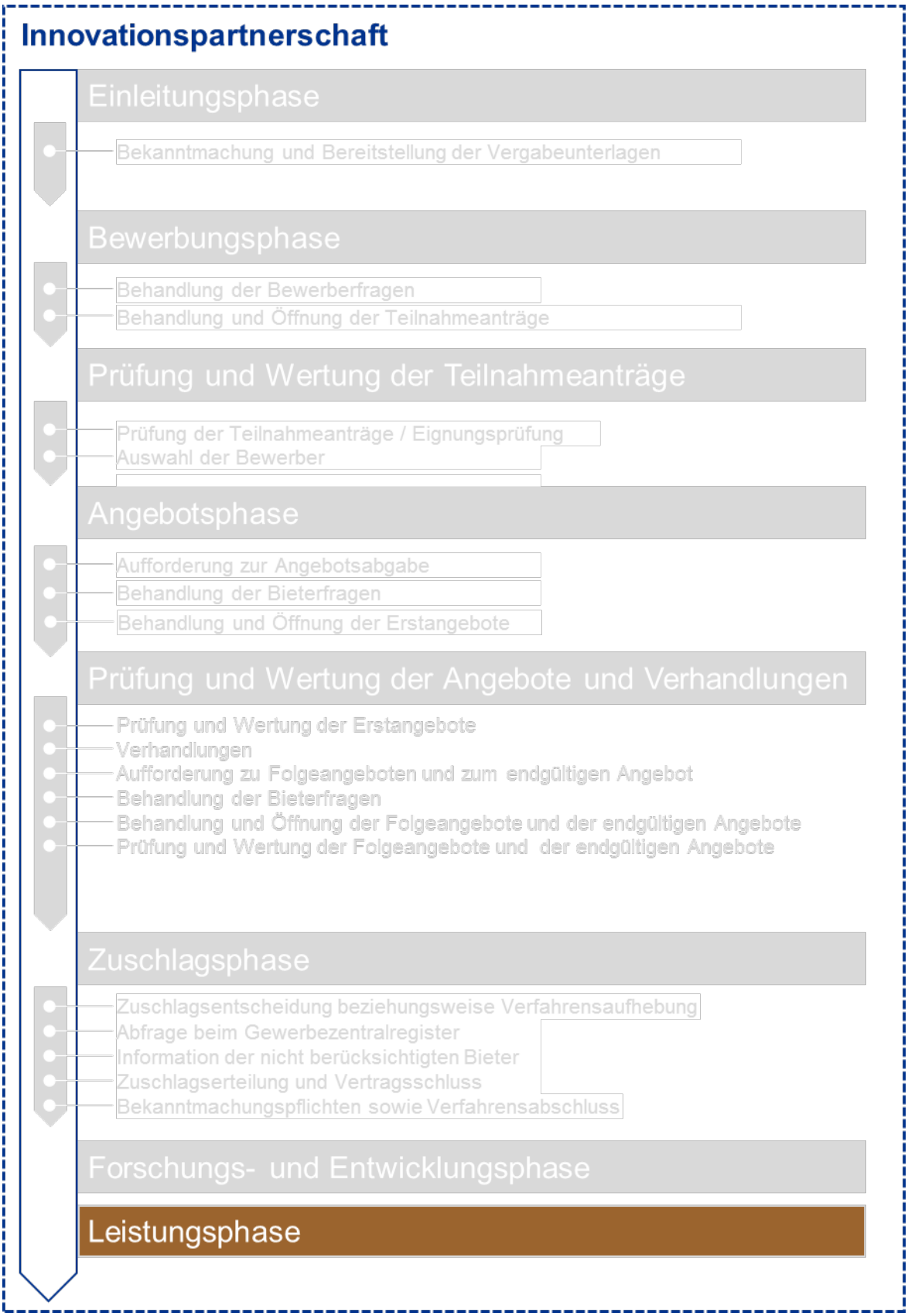
Die Beendigungsmöglichkeiten können im Rahmen des vertragsrechtlich Zulässigen grundsätzlich frei gestaltet werden. Dabei sollte der Auftraggeber aber darauf achten, dass ein hohes Beendigungsrisiko für die Partner Auswirkungen auf die Höhe der Angebotspreise im Vergabeverfahren und grundsätzlich für die Bereitschaft von Unternehmen zur Mitwirkung an der Innovationspartnerschaft haben kann. Auf jeden Fall sollte für die Unternehmen objektiv erkennbar sein, in welchen Fällen dem Auftraggeber ein Beendigungsrecht zusteht. Alternativ zur Beendigung der jeweiligen Zwischenziele kann grundsätzlich auch eine „stufenweise Beauftragung“ vorgesehen werden, sofern der Inhalt der einzelnen

Leistungsstufen nach Umfang und Voraussetzung hinreichend klar, genau und eindeutig im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB definiert ist.

Zur Erreichung der Zwischenziele zahlt der Auftraggeber zudem die jeweils festgelegte angemessene Teilvergütung, wenn er dies in den Vergabeunterlagen vorgesehen hat.

Eine knapp bemessene Aufwandsentschädigung ohne Gewinnanteil ist nicht angemessen. Die gesamten Entwicklungskosten müssen aber nicht abgedeckt werden, wenn diese durch die spätere Leistungsphase kompensiert werden. Die Vergütung für die Entwicklungsphase kann auch zum Gegenstand des Wettbewerbes im Vergabeverfahren gemacht werden.

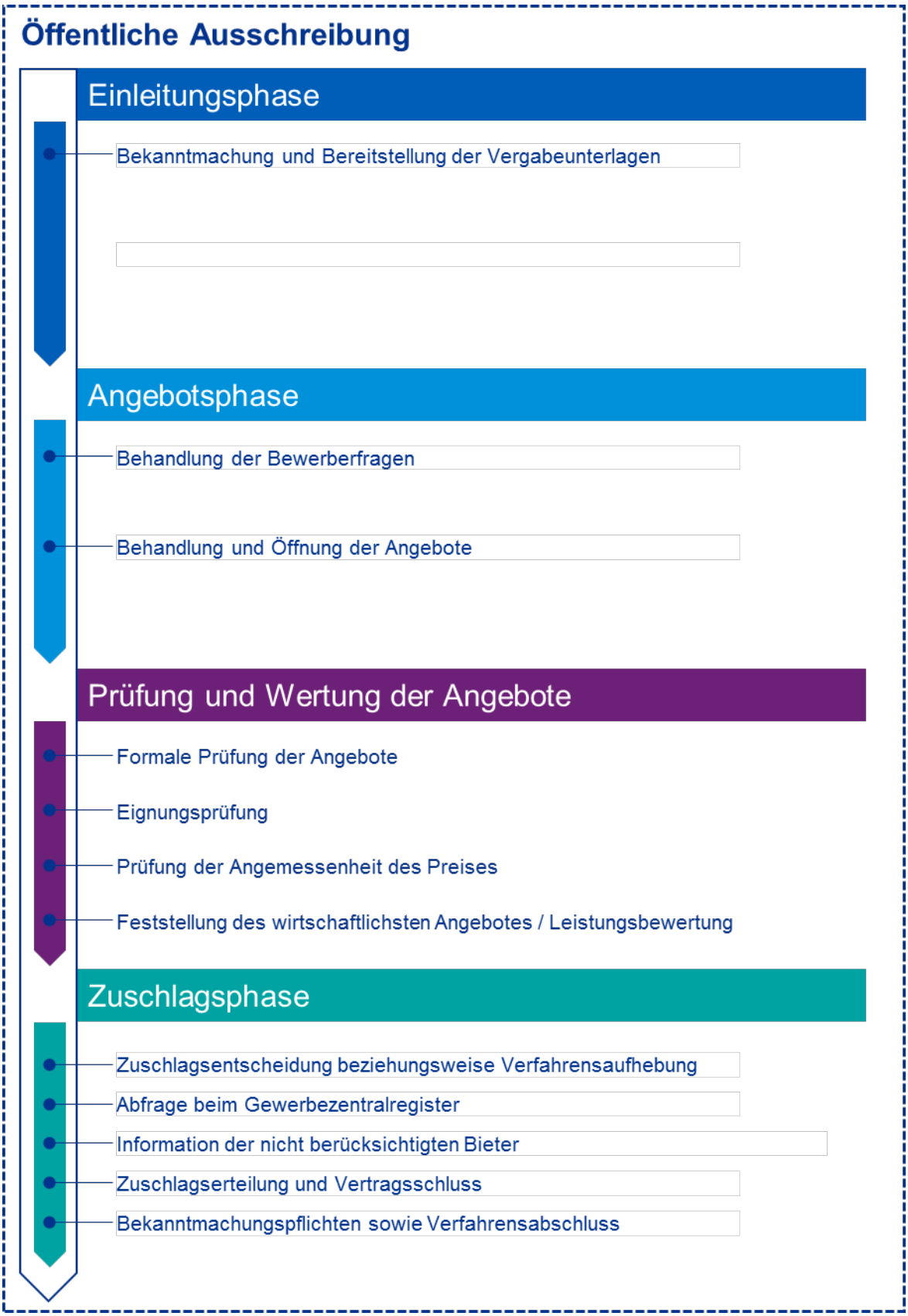
6.8. Leistungsphase



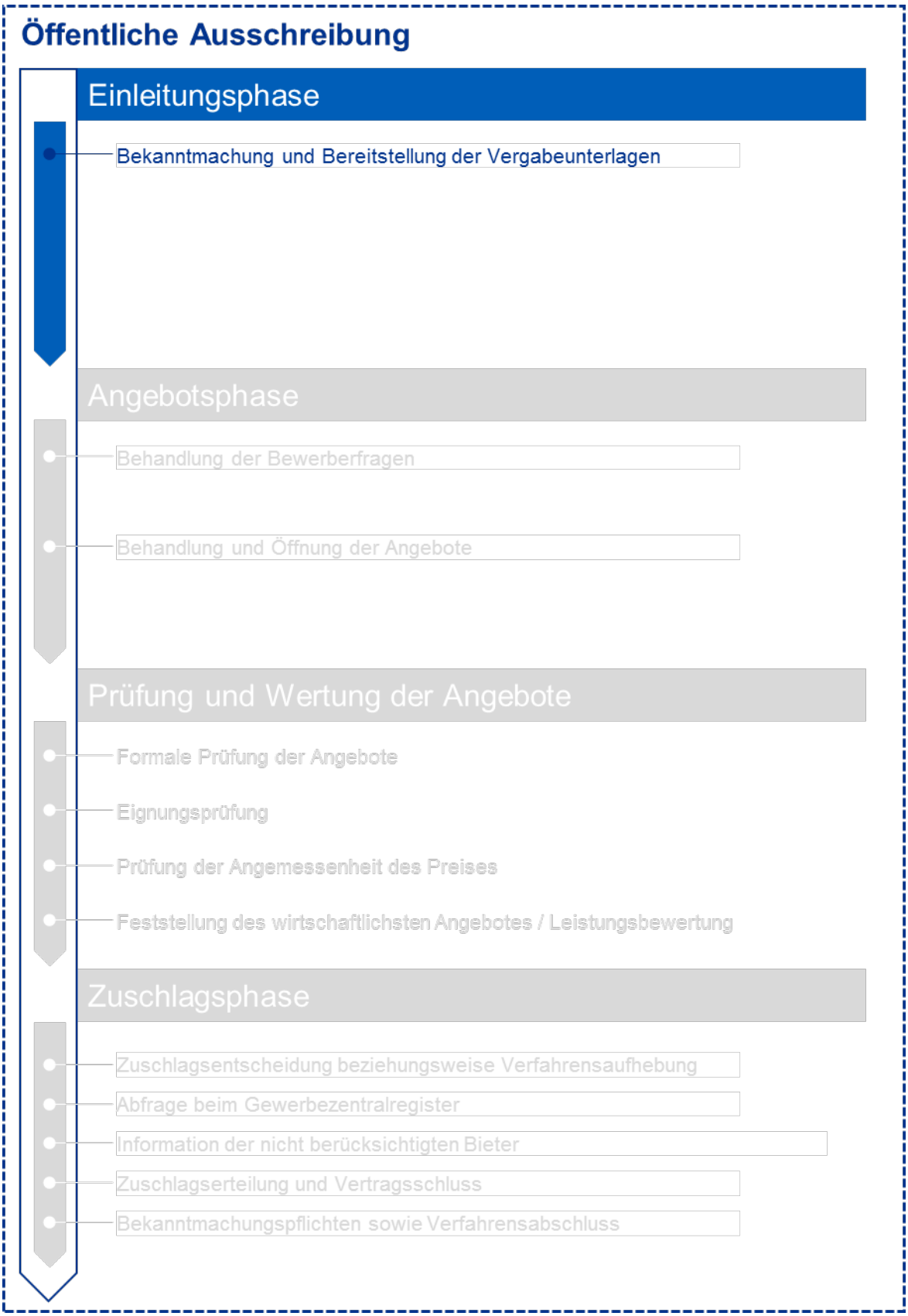
Nach Abschluss der Forschungs- und Entwicklungsphase entscheidet der Auftraggeber, ob er das in dieser Phase entwickelte Produkt beziehungsweise die entwickelte Dienstleistung erwirbt. Er ist zum Erwerb verpflichtet, wenn das bei Eingehung der Innovationspartnerschaft festgelegte Leistungsniveau und die Kostenobergrenze eingehalten werden. Ist dies nicht der Fall, hat der Auftraggeber dennoch die Möglichkeit des Erwerbes. Dabei hat er jedoch die selbst gesetzten Leistungs- und Kostenziele sowie die Grenzen der vergaberechtsrelevanten Auftragsänderung nach § 132 GWB zu beachten. Die Entscheidung über die Beauftragung und die Gründe sind zu dokumentieren.

In der Leistungsphase beauftragt der Auftraggeber den Innovationspartner auf der Grundlage der Entwicklungsleistung der Forschungs- und Entwicklungsphase mit der Erbringung der Dienstleistungen oder der Herstellung und Lieferung des Produktes. Ein neues Vergabeverfahren ist für diesen Erwerb nicht erforderlich.

7. Öffentliche Ausschreibung



7.1. Einleitungsphase



7.1.1. *Bekanntmachung*

Die Veröffentlichung von Auftragsbekanntmachungen nationaler Vergabeverfahren ist in § 28 UVgO geregelt.

Auftragsbekanntmachungen sind auf den Internetseiten des Auftraggebers oder anderen Internetportalen zu veröffentlichen. Sie müssen aber immer auch über die Suchfunktion des Portals www.bund.de ermittelt werden können. Zusätzlich können Bekanntmachungen in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften veröffentlicht werden.

Die Auftragsbekanntmachung nationaler Verfahren enthält mindestens die nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 bis 14 UVgO notwendigen Angaben (siehe auch Kapitel C.4.5.2.).

Gemäß § 38 UVgO kann der Auftraggeber dabei festlegen, ob die Unternehmen ihre Angebote in Textform nach § 126b BGB mithilfe elektronischer Mittel gemäß § 7 UVgO, auf dem Postweg, durch Telefax oder durch einen anderen geeigneten Weg oder durch Kombination dieser Mittel einzureichen haben. Dasselbe gilt für die sonstige Kommunikation nach § 7 UVgO.

7.1.2. *Bereitstellung der Vergabeunterlagen*

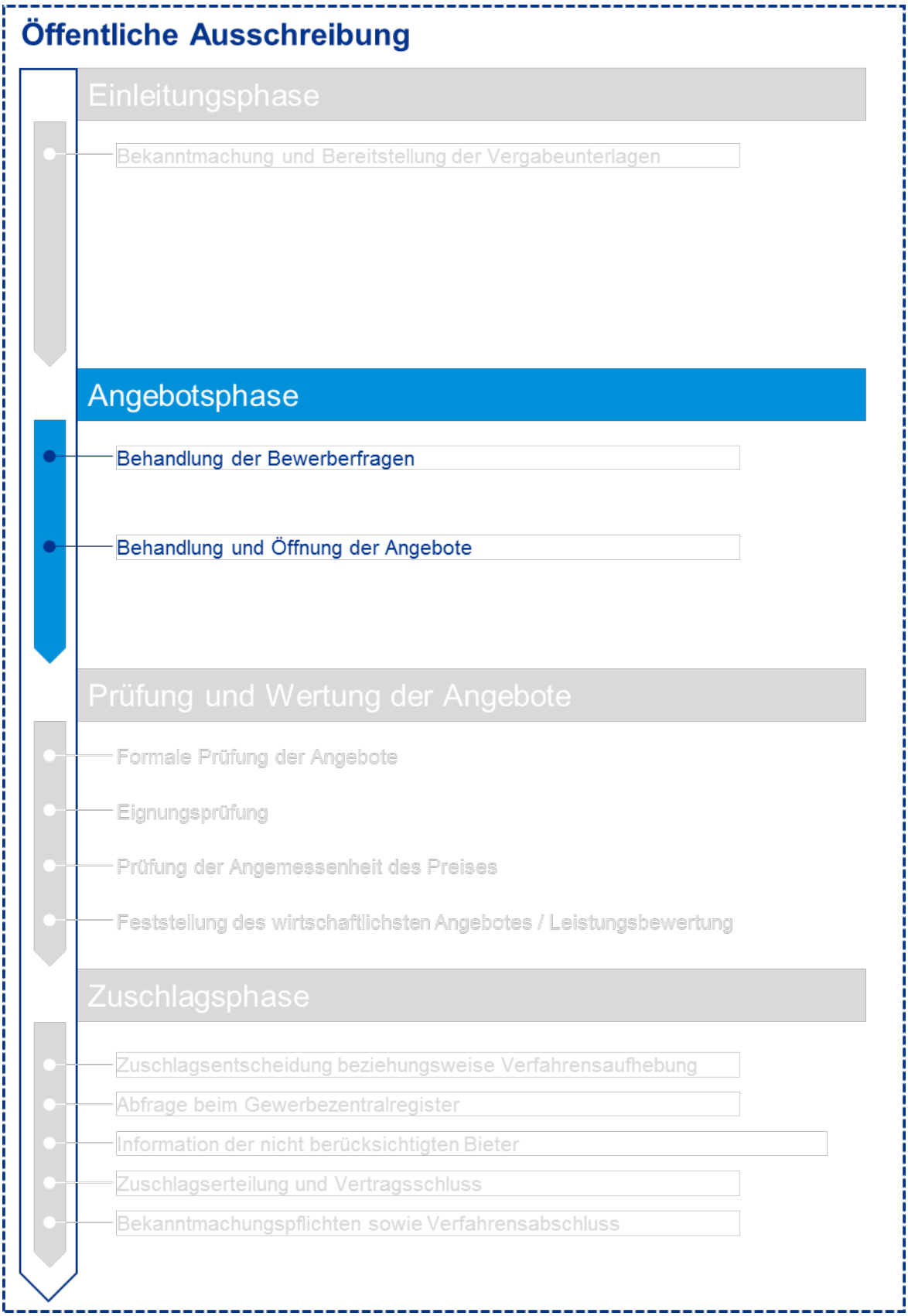
Die Bereitstellung der Vergabeunterlagen nationaler Vergabeverfahren ist in § 29 UVgO geregelt.

Die Vergabeunterlagen müssen vom Bieter über eine elektronische Adresse unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Das heißt der öffentliche Auftraggeber hat die Unterlagen auf einer Webseite (zum Beispiel dem Webauftritt des Auftraggebers oder einer Vergabeplattform) – ohne Registrierungs- und Anmeldezwang – zum direkten Download bereitzustellen. Bewerber beziehungsweise Bieter dürfen nicht dazu aufgefordert werden, die Vergabeunterlagen per Mail beim Auftraggeber abzurufen.

Die elektronische Adresse (Internetadresse) zum Abruf der Vergabeunterlagen ist in der Auftragsbekanntmachung anzugeben.

Ausnahmen, mit der Möglichkeit, die Vergabeunterlagen auf einem anderen geeigneten Weg zu übermitteln, bilden die in § 29 Abs. 2 UVgO geregelten technischen Gründe, wenn zum Beispiel Dateiformate zur Beschreibung der Leistung beziehungsweise der Angebote zum Einsatz kommen, die nicht mit allgemein verfügbaren oder verbreiteten Programmen verarbeitet werden können. Auch erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen bilden (gemäß § 29 Abs. 3 UVgO) Ausnahmen. Der Auftraggeber kann die Unterlagen in den genannten Fällen auf einem anderen geeigneten Weg übermitteln.

7.2. Angebotsphase



7.2.1. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist können die Bewerber zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sollten unverzüglich beziehungsweise so lange vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden, dass die Bewerber diese in ihrer Angebotserstellung berücksichtigen können. Bei Bedarf sollte die Angebotsfrist verlängert werden. Die UVgO sieht keine konkreten Fristen für den Auftraggeber zur Beantwortung der Fragen vor. Eine Orientierung bietet jedoch die 6-Tage-Frist im Bereich europaweiter Verfahren (nach § 20 Abs. 3 S. 1 VgV).

Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bewerber Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen, je nach Festlegung der Kommunikationsform gemäß § 38 UVgO, gestellt und allen Bewerbern gleichzeitig, je nach Festlegung der Kommunikationsform – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bewerberfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die UVgO sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bieterfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bieterfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Angebotsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Angebotsfrist ebenfalls zu verlängern.

7.2.2. *Behandlung und Öffnung der Angebote*

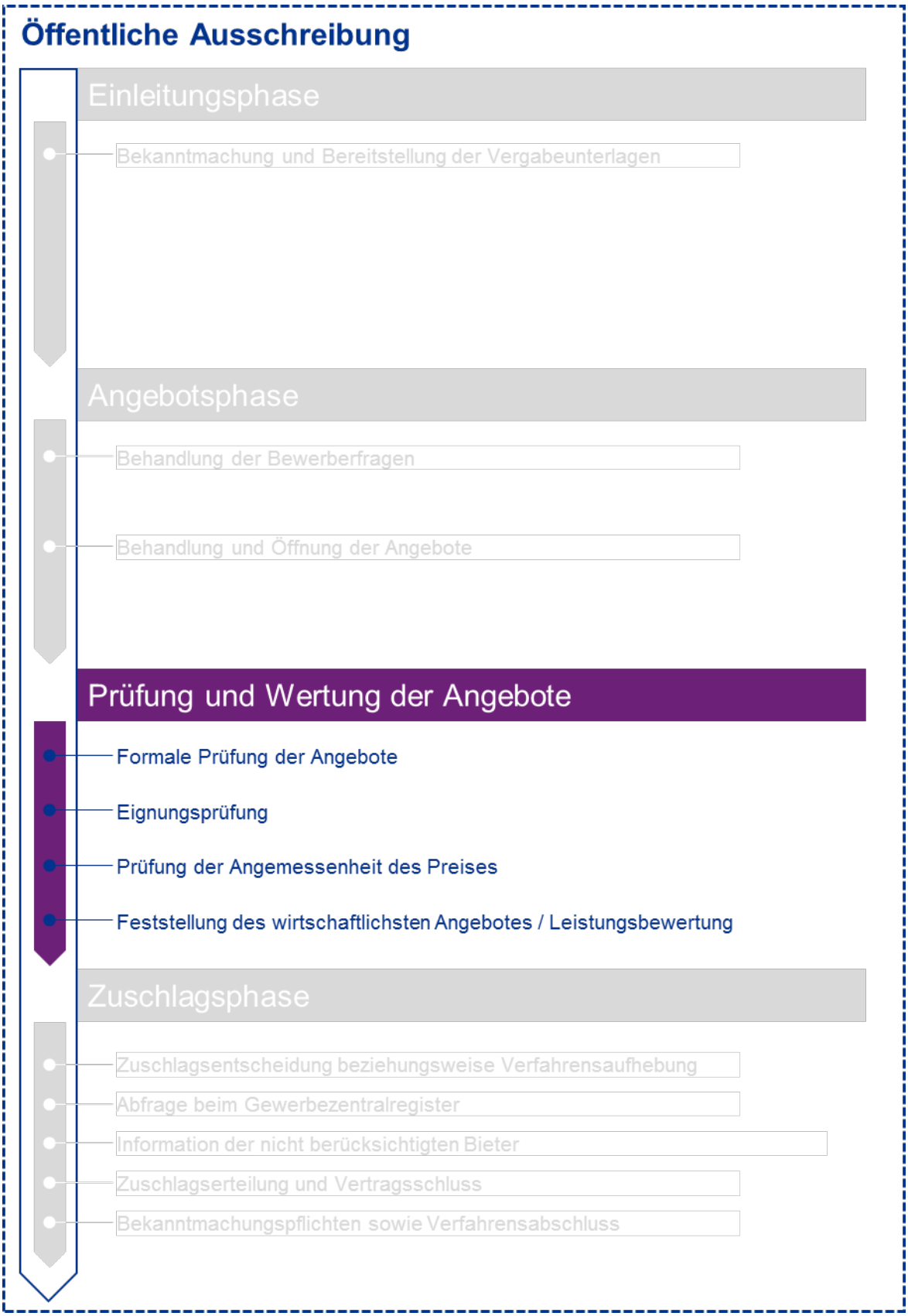
Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 39 UVgO auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 40 UVgO vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen (das Mitzeichnungserfordernis ist zu beachten).

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern. Die Öffnung der Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

7.3. Prüfung und Wertung der Angebote



Im Anschluss an die Öffnung der Angebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Dabei wird in der Praxis grundsätzlich von einem 4-stufigen Wertungssystem ausgegangen:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- 2. Stufe: Eignungsprüfung
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 41, 42 UVgO. Auf der 2. Stufe prüft nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 44 UVgO. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angebote die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die nachstehende Darstellung geht in der Reihenfolge des vorstehend erläuterten 4-stufigen Wertungssystems auf die einzelnen Wertungsstufen ein.

7.3.1. *Formale Prüfung der Angebote*

Bei der formalen Prüfung prüft der Auftraggeber die Angebote auf Vollständigkeit und fachliche Richtigkeit und rechnerische Richtigkeit. Maßgeblich sind hierfür insbesondere die Vorgaben in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung. Zudem umfasst die formale Prüfung die Prüfung auf das Vorliegen von Ausschlussgründen. Danach sind von der Angebotswertung zwingend auszuschließen:

- Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn der Bieter hat dies nicht zu vertreten
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen
- oder nicht zugelassene Nebenangebote

Hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, so berücksichtigt er nur die Nebenangebote, die die von ihm in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Damit an sich vielversprechende Bieter nicht wegen lediglich geringfügiger formaler Fehler ausgeschlossen werden müssen, kann der Auftraggeber Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen (insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise) nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Das Nachforderungsrecht darf jedoch nicht zum Austausch von Unterlagen genutzt werden, denn die Nachforderung bereits vorliegender, jedoch inhaltlich unzureichender Unterlagen ist nicht zulässig (siehe zum Thema Nachforderung im Einzelnen Kapitel F.7.).

Grundsätzlich nicht nachgefordert werden dürfen leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen. Es sei denn, es handelt sich um Preisangaben für unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb beeinträchtigen.

Die Entscheidung, ob er Unterlagen nachfordert, steht im Ermessen des Auftraggebers. Im Rahmen der Ermessensentscheidung muss darüber entschieden werden, ob nachgefordert wird, was nachgefordert wird und in welcher Frist nachzuliefern ist. Sowohl eine nach den obigen Ausführungen fehlerhafte Nachforderung von Unterlagen als auch eine danach fehlerhaft unterlassene Nachforderung kann dazu führen, dass die Vergabeentscheidung des Auftraggebers von Bietern angegriffen wird.

Der Auftraggeber kann die Nachforderung von Unterlagen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen ausschließen.

Der Auftraggeber darf von den Bietern nur Aufklärung über das Angebot verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der formalen Prüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe und für die Entscheidung über die Vornahme oder das Absehen von Nachforderungen) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

7.3.2. *Eignungsprüfung*

Im Rahmen der Eignungsprüfung prüft der Auftraggebers das Vorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB und, ob und inwieweit die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen fachkundig und leistungsfähig (geeignet) sind.

Die Ausschlussgründe in diesem Sinne sind teilweise zwingend (ohne Ermessen für den Auftraggeber, § 123 GWB), teilweise fakultativ (Kann-Ausschluss mit Ermessensentscheidung für den Auftraggeber, § 124 GWB). Hier hat der Auftraggeber den entsprechenden Katalog der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB sowie die Regelungen zur Selbstreinigung (§§ 125, 126 GWB) zu beachten. Gemäß § 31 Abs. 2 S. 5 UVgO findet § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die mangelhafte Vertragserfüllung weder zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages, noch zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben muss.

Im Übrigen sind für die Eignungsprüfung die dahingehenden Vorgaben, namentlich die Festlegungen zu den Eignungskriterien, in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung maßgeblich. Im

Rahmen einer ordnungsgemäßen Planung und eines ordnungsgemäßen Designs der Beschaffung hat der Auftraggeber entsprechende Eignungskriterien festgelegt und definiert, die ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über deren Eignung verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Eignungsprüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe, einschließlich etwaiger Begründungen für Ermessensentscheidungen) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

7.3.3. *Prüfung der Angemessenheit des Preises*

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Preises geht es um den richtigen Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten.

Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, hat der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung zu verlangen. Ein automatischer Ausschlussgrund für solche Angebote besteht also gerade nicht (Grundsatz „Aufklärung vor Ausschluss“). Konkret treffen den Auftraggeber im Rahmen dieser Aufklärung folgende Pflichten:

Der Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebotes und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen des Bieters. Die Prüfung kann insbesondere betreffen:

- die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung
- die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt
- die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung
- die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften
- oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen

Kann der Auftraggeber nach dieser Prüfung die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.

Stellt der Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Angebot abzulehnen, wenn der Bieter

nicht fristgemäß nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Der Auftraggeber hat die Ablehnung in diesem Fall der Europäischen Kommission mitzuteilen.

Anlass für eine Preisaufklärung geben zunächst Angebote mit auffälligen Preisdifferenzen zu eingegangenen Konkurrenzangeboten, wobei grundsätzlich der Gesamtpreis der Angebote maßgeblich ist. In Rechtsprechung und Landesvergabegesetzen werden teilweise prozentuale Preisabstände der Angebote zum nächsthöheren Angebot angenommen beziehungsweise festgelegt („Aufgreifschwellen“). Im Einzelfall sollte der Auftraggeber vertieft prüfen, ob und inwieweit solche Aufgreifschwellen in seinem Anwendungsbereich angenommen wurden oder gelten.

Nach einem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs können die Mitbewerber verlangen, dass der Auftraggeber in die nähere Prüfung der Preisbildung eintritt, wenn ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Angebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig erscheint (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16). Die vorzunehmende Preisaufklärung sollte sich unter Berücksichtigung dieses Grundsatzurteils nicht auf die Einholung einer pauschalen Bestätigung des betroffenen Bieters beschränken, die Angebotspreise seien angemessen und auskömmlich. Vielmehr ist eine qualifizierte Preisprüfung vorzunehmen, die insbesondere deren Schutzzweck berücksichtigt, auch das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung zu wahren. Insoweit ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen, dass unangemessen niedrige Angebotspreise gesteigerte Risiken bergen. Nach dem Grundsatzurteil des BGH können sich diese in vielfältiger Weise verwirklichen, zum Beispiel:

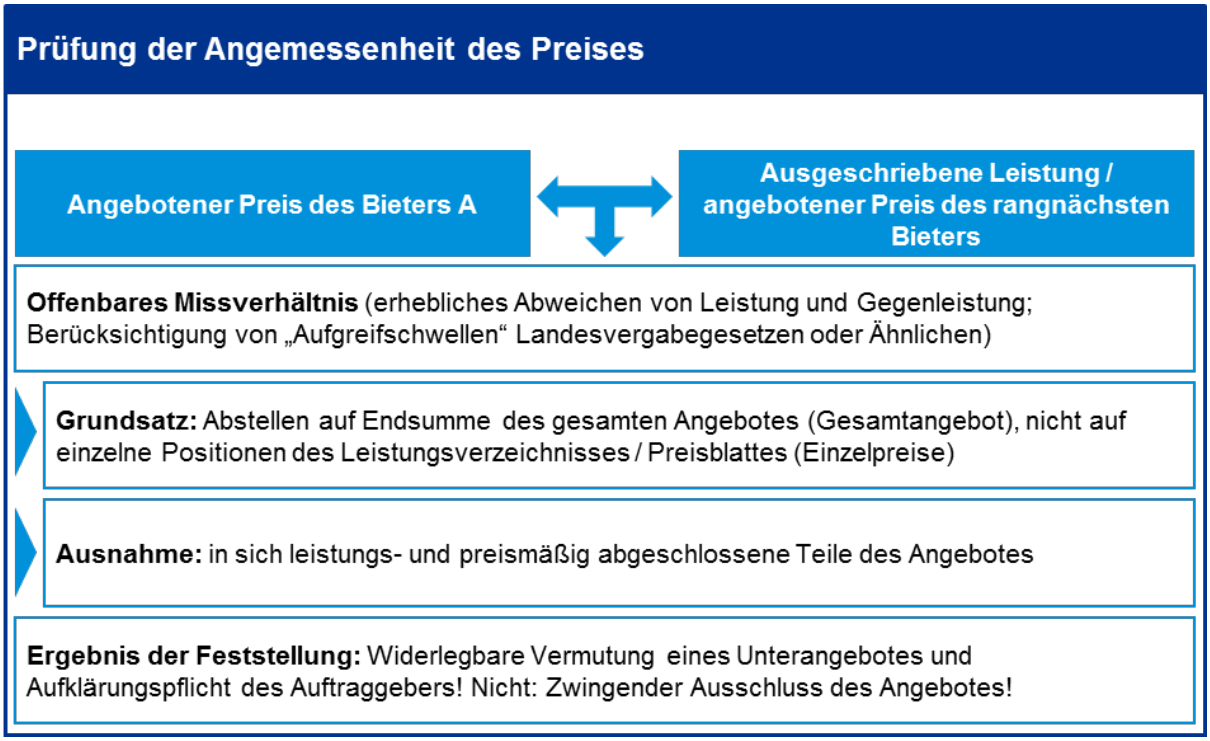
- Auftragnehmer kann infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen.
- Auftragnehmer könnte in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen, sich des Auftrages so unaufwendig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet.

Der Auftraggeber sollte diese Aspekte bei der Preisaufklärung entsprechend berücksichtigen. Kann der betroffene Bieter seine ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preise aber rechtmäßig erklären und die Gründe für seine Preisbildung eindeutig und transparent machen, kann aber auch ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot zulässig sein. Dies mit der Folge, dass ein solches Angebot nicht ausgeschlossen werden darf.

Zu Dokumentations- und Beweiszwecken ist die Durchführung der Aufklärung (Aufklärungsverlangen und Stellungnahme des betroffenen Bieters hierzu) in Textform zu dokumentieren. Für die Aufklärung durch den Bieter ist diesem eine angemessene Frist zu gewähren. In der Praxis kann für den Auftraggeber die Ausrichtung des Aufklärungsverlangens anhand konkreter Positionen des Angebotes / Preisblattes hilfreich sein, aus denen der ungewöhnlich niedrig erscheinende Gesamtpreis mutmaßlich resultiert.

Anhand der im Rahmen der Aufklärung vom betroffenen Bieter eingereichten Unterlagen hat der Auftraggeber zu prüfen, ob danach die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten zufriedenstellend aufgeklärt sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, darf der Auftraggeber den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung

des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.



Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über das Angebot, insbesondere im Zusammenhang mit den angebotenen Preisen nach den vorstehenden Maßstäben verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise (insbesondere über eine etwaige Aufklärung mit den betroffenen Bietern und über das Ergebnis, einschließlich Begründung der anschließenden Wertungsentscheidung des Auftraggebers) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

7.3.4. *Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung*

Erst im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes kommt – für die nach den drei vorstehend dargestellten Wertungsstufen im Wettbewerb verbliebenen Angebote – die in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegte Bewertungsmethode, gegebenenfalls nebst zugehöriger Leistungsbewertung gemäß Leistungsbewertungsmatrix zum Tragen (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt demgemäß nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis auf der Grundlage einer Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die in den Vergabeunterlagen durch Bewertungsmethode gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer

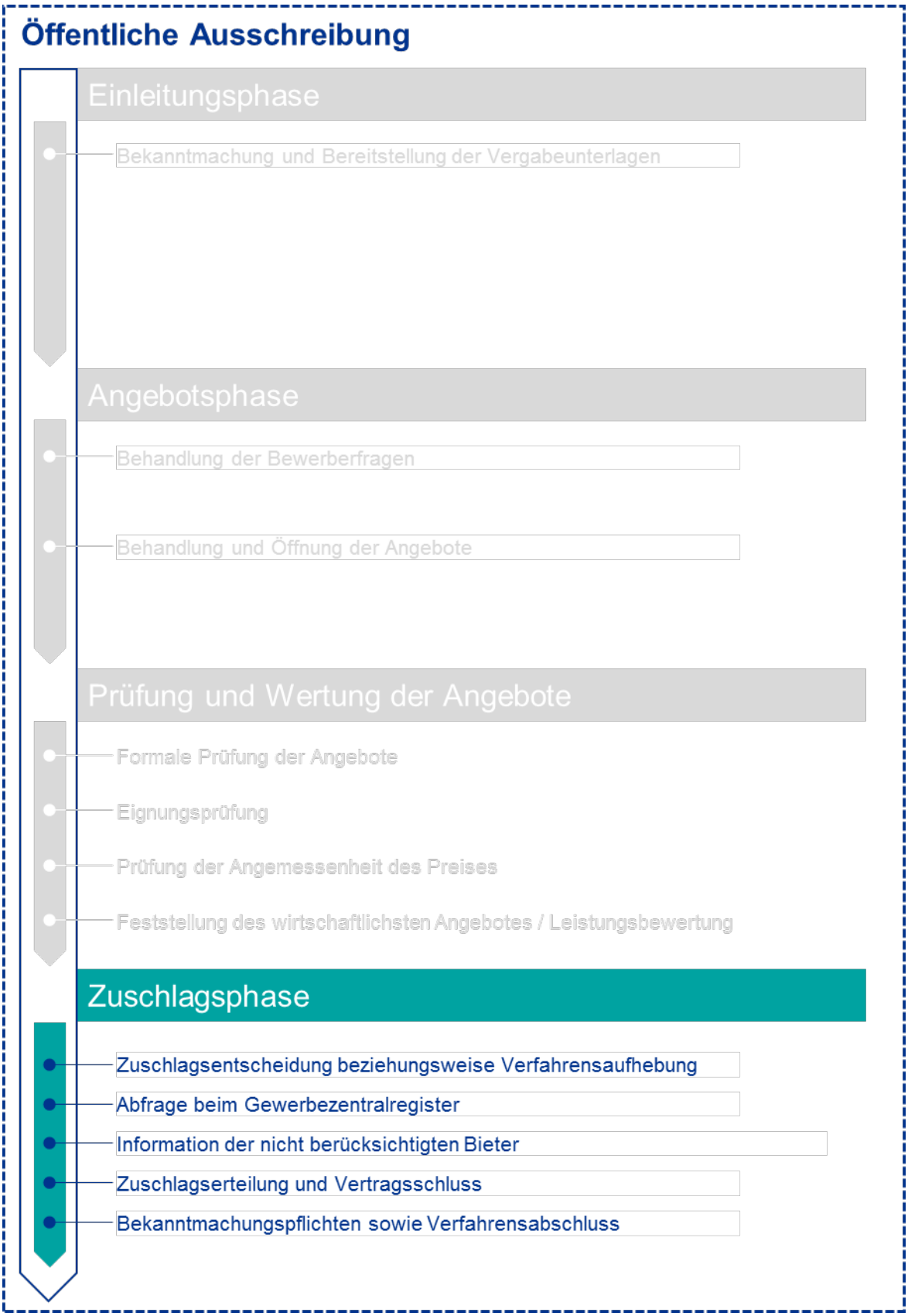
Beschaffung, insbesondere in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Zuschlagskriterien, Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes, insbesondere der Leistungsbewertung nach einer Leistungsbewertungsmatrix (insbesondere über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. Bei B-Kriterien mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung bedarf es im Rahmen der Leistungsbewertung einer besonders sorgfältigen Begründung und eine entsprechenden Dokumentation durch den Auftraggeber.

Wichtiger Hinweis:

An der Zuschlagsentscheidung sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers mitwirken.

7.4. Zuschlagsphase



7.4.1. *Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung*

Im Regelfall endet das Vergabeverfahren mit einer Zuschlagsentscheidung. Voraussetzung dafür ist, dass nach Abschluss der Prüfungs- / Wertungsphase mindestens ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, das auch zu einem wirtschaftlichen Ergebnis des Vergabeverfahrens führt.

7.4.1.1. Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung

Sofern ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt und der betreffende Bieter seine Eignung zunächst nur mit der Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) vorläufig belegt hatte, sollte der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung diesen Bieter auffordern, die nach §§ 33 ff. UVgO gemäß Auftragsbekanntmachung beziehungsweise den Vergabeunterlagen geforderten Unterlagen beizubringen (sofern dies nicht bereits während des Vergabeverfahrens erfolgt ist). Dies sollte in Textform (gemäß § 126b BGB) und mit einer Festlegung einer angemessenen Frist geschehen. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten. Die beigebrachten Unterlagen sind zu prüfen. Zwar schreibt die UVgO – anders als die VgV – eine solche Nachforderung beim Zuschlagskandidaten nicht verbindlich vor, spricht aber auch nur von einem vorläufigen Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen, der mittels der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung erfolgt.

Erhält der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung Kenntnis darüber, dass Gründe für einen zwingenden Ausschluss eines Unterauftragnehmers vorliegen, so verlangt der Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Betrifft die Kenntnis fakultative Ausschlussgründe, kann der Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der Auftraggeber setzt dem Bieter dafür eine Frist, die so zu bemessen ist, dass dem Auftraggeber durch die Verzögerung keine Nachteile entstehen. Ist dem Bewerber oder Bieter ein Wechsel des Unterauftragnehmers innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird das Angebot ausgeschlossen (§ 26 Abs. 5 UVgO).

7.4.1.2. Zuschlagsentscheidung

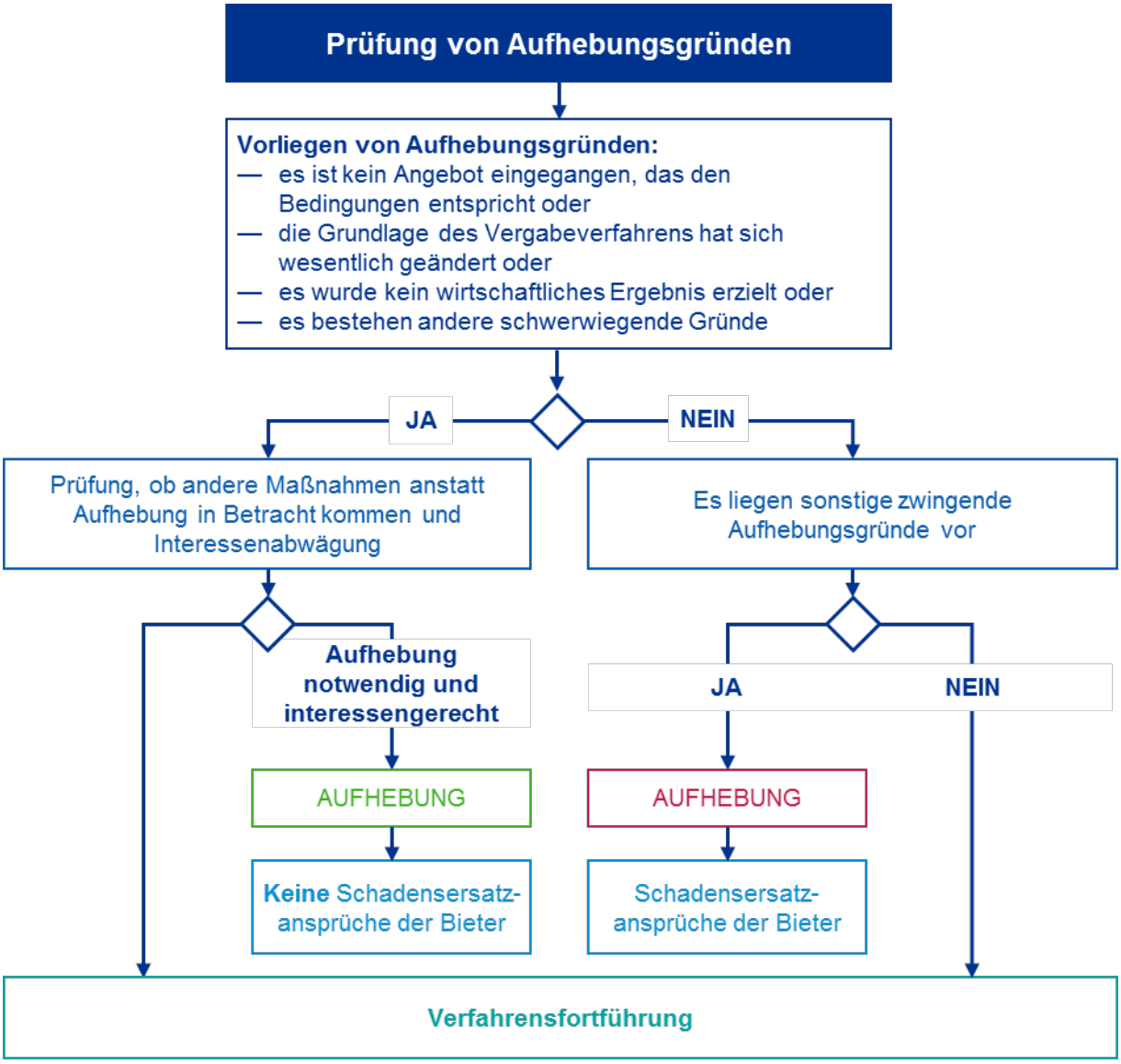
Nach Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen der Prüfungs- / Wertungsphase ist die Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Sowohl die Grundlagen für die Zuschlagsentscheidung als auch die Gründe der Nichtberücksichtigung der restlichen Bewerber und Bieter sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. An der Entscheidung über den Zuschlag sollen nach § 43 Abs. 8 UVgO in der Regel mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers mitwirken (Mitzeichnung ist erforderlich).

Sofern demgegenüber keine zuschlagsfähigen Angebote vorliegen oder andere Aufhebungsgründe zutreffen, so ist das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Regelung des § 48 UVgO ganz oder losweise aufzuheben.

7.4.1.3. Aufhebung

Nach § 48 UVgO kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den in der Norm genannten und eng begrenzten Tatbeständen durch eine rechtmäßige Aufhebung beenden. Grundsätzlich gilt, dass Auftraggeber Vergabeverfahren nicht willkürlich aufheben dürfen. Ein „Auslaufen“ eines Vergabeverfahrens ohne einen für die Bieter erkennbaren Abschluss und dementsprechende Information durch den Auftraggeber ist nicht zulässig. Der früheste Zeitpunkt einer möglichen Aufhebung ist unmittelbar nach erfolgter Bekanntmachung des Vergabeverfahrens oder Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick über Aufhebungsgründe und -modalitäten:



Diese Aufhebungsvoraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen. Allerdings darf der Auftraggeber auch dann, wenn keine der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, das Verfahren aufheben. Er ist also nicht gezwungen, den Zuschlag zu erteilen. Ein sonstiger zwingender Aufhebungsgrund kann beispielsweise bestehen, wenn aufgrund fehlerhafter Planungen bereits ursprünglich nicht verfügbare Haushaltsmittel für den Auftrag endgültig verweigert werden. Ohne das Vorliegen einer gesetzlichen Aufhebungsvoraussetzung können Bewerber oder Bieter jedoch unter Umständen erfolgreich Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Es ist zwischen einer Vollaufhebung und einer Teilaufhebung zu unterscheiden. Damit bei losweisen Vergaben nicht alle Beschaffungsmaßnahmen betroffen sind, ist grundsätzlich eine Teilaufhebung für das betreffende Los möglich.

Wichtiger Hinweis:

Nach der zugrunde liegenden Norm ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines Aufhebungstatbestandes nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben. Der Auftraggeber besitzt somit einen Ermessensspielraum und muss bei der Entscheidung auch die Interessen der Bieter berücksichtigen. Vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber daher eine Interessenabwägung vornehmen und prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind. Der Auftraggeber ist dazu angehalten, alles Mögliche zu tun, um eine Aufhebung zu vermeiden. So soll insbesondere angestrebt werden, etwaige Verfahrensfehler, die während des Vergabeverfahrens auftreten, zu beheben. Eine Beseitigung von Verfahrensfehlern erfordert nicht unbedingt eine vorherige Aufhebung.

Nach der Entscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber den Bietern unverzüglich seine Entscheidung mitzuteilen, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten. Diese Mitteilung kann formfrei erfolgen. Aus Dokumentationsgründen sollte jedoch von vornherein die Textform gewählt werden. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

7.4.2. *Abfrage beim Gewerbezentralregister*

Das MiLoG trifft in § 19 MiLoG Regelungen zum Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage sind Auftraggeber verpflichtet, Bieter vor dem Zuschlag hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des MiLoG zu überprüfen (Eigenerklärung ist zu verlangen). Darüber hinaus muss bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO eingeholt werden (auch „MiLoG-Abfrage“ genannt).

Diese Auskunft sollte im Sinne eines zügigen Abschlusses des Vergabeverfahrens unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung beim zuständigen Bundesamt für Justiz angefordert werden. Sofern der Bieter ausweislich der Gewerbezentralregisterauskunft mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden ist, soll dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Vor einer Entscheidung über den etwaigen Ausschluss ist dem Bieter eine Gelegenheit einzuräumen, sich zu dem Sachverhalt zu äußern. Aus Dokumentationsgründen sollte die Anhörung des Bieters in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Bei der zu treffenden Entscheidung über den Ausschluss auf Grundlage der Ausführungen eines Bieters ist es naheliegend, dass der Auftraggeber sich an den Grundsätzen der Selbstreinigung gemäß § 31 UVgO in Verbindung mit § 125 GWB orientiert.

Tipp für die Praxis:

Sofern die Gewerbezentralregisterauskunft im schriftlichen Verfahren eingeholt wird, kann dies zu gegebenenfalls nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Daher empfiehlt es sich, dass der Auftraggeber die Möglichkeit nutzt, Gewerbezentralregisterauskünfte im deutlich schnelleren elektronischen Verfahren beim Bundesamt für Justiz einzuholen. Dazu bedarf es – soweit noch nicht vorhanden – der Einrichtung eines elektronischen Zugangs. Die Beantragung eines elektronischen Zugangs beim Bundesamt für Justiz sollte bereits vor oder in der Frühphase des Vergabeverfahrens

erfolgen. Weitere Informationen sind von der Webseite des Bundesamtes der Justiz zu beziehen (siehe https:// www.bundesjustizamt.de).

Der Auftraggeber kann bereits in den Bewerbungsbedingungen von den Bewerbern / Bietern Eigenerklärungen über das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 98c AufenthG, § 19 MiLoG, § 21 AEntG und § 21 SchwarzArbG und über das Vorliegen entsprechender Einträge im Gewerbezentralregister verlangen. Auf diese Weise erhält der Auftraggeber bereits bei der Eignungsprüfung eine Indikation über das Vorliegen solcher Ausschlusstatbestände. Von der vorstehend dargestellten Abfragepflicht beim Gewerbezentralregister für den zum Zuschlag vorgesehenen Bieter befreit eine solche Eigenerklärung den Auftraggeber jedoch nicht.

Wichtiger Hinweis:

Neben der Abfrage beim Gewerbezentralregister sind bei Vergabeverfahren von Landesbehörden beziehungsweise öffentlichen Auftraggebern der Länder gegebenenfalls auch nach dem Vergaberecht des jeweiligen Bundeslandes notwendige Abfragen beim Korruptionsregister des betreffenden Bundeslandes zu beachten.

Zudem werden öffentliche Auftraggeber ab Aufnahme des Betriebes des neuen Wettbewerbsregisters nach Maßgabe des WRegG verpflichtet sein, vor Erteilung des Zuschlages beim Wettbewerbsregister elektronisch abzufragen, ob das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll, eingetragen ist.

7.4.3. *Information der nicht berücksichtigten Bieter*

7.4.3.1. Informationspflicht nach Zuschlagserteilung

Im Rahmen der Informationspflicht nach § 46 UVgO muss der Auftraggeber jeden Bieter unverzüglich über die erfolgte Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung informieren. Diese Information muss unverzüglich nach der Zuschlagserteilung erfolgen.

Das Informationsschreiben muss nur Informationen über den Ausgang der öffentlichen Ausschreibung enthalten. Weitergehende Informationen (zum Beispiel Angabe des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll oder der Ablehnungsgrund) sind nicht erforderlich. Eine spezielle Form für das Informationsschreiben ist nicht vorgesehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Informationsschreibens achten. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

Adressaten des Informationsschreibens sind alle Bieter, das heißt Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt haben.

Darunter fällt beispielsweise auch das Angebot eines Bieters, das bereits deshalb ausgeschlossen werden musste, weil es verspätet eingegangen war.

7.4.3.2. Informationspflicht auf Antrag

Unabhängig von der vorstehend dargestellten gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflicht nach § 46 Abs. 1 S. 1 UVgO gegenüber nicht berücksichtigten Bietern, besteht nach § 46 Abs. 1 S. 2 UVgO

eine ergänzende Informationspflicht gegenüber Bietern, die weitergehende Information vom Auftraggeber verlangen.

Der Auftraggeber unterrichtet auf Verlangen eines Bieters unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrages, diesen nicht berücksichtigten Bieter über

- die wesentlichen Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes (1) und
- die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes (2) sowie
- den Namen des erfolgreichen Bieters (3).

Hinsichtlich des erfolgreichen Bieters (3) genügt die Angabe des Namens (notwendig ist also nicht die Angabe der Adresse etc.).

Die Ausführlichkeit der Begründung der Ablehnung eines Angebotes hängt vom Einzelfall ab, beispielsweise von der Komplexität der Bewertungsmethode. Die Begründung der Ablehnung eines Angebotes (1) muss jedenfalls auf die konkreten im Einzelfall tragenden Gründe eingehen. Ein bloßer allgemeiner Hinweis darauf, dass das Angebot ausgeschlossen werden musste oder nicht das wirtschaftlichste gewesen ist, genügt im Regelfall den Anforderungen an die zu übermittelnden Inhalte gemäß der Informationspflicht auf Antrag nicht, auch wenn die Begründung grundsätzlich knapp ausfallen kann.

Folgende Grundsätze sollte man bei der Angabe von Gründen für die Ablehnung eines Angebotes beachten:

- Es sind vollständige Informationen und somit alle Gründe für die Ablehnung des Angebotes anzugeben. Ist ein Angebot beispielsweise sowohl verspätet als auch in Form eines Nebenangebotes eingegangen, obwohl Nebenangebote nicht zugelassen wurden, so liegen zwei Gründe für Ablehnung des Angebotes vor, die mitgeteilt werden sollten.
- Sofern das Angebot des Bieters abzulehnen ist, weil es sich nicht um das wirtschaftlichste Angebot handelt, sollten – je nach der anzuwendenden Bewertungsmethode – konkretisierende Informationen mitgeteilt werden.
- Ist über den Zuschlag auf Grundlage des günstigsten Preises beziehungsweise der niedrigsten Kosten zu entscheiden, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, welchen Rang das Angebot in der Rangfolge der Preise beziehungsweise der Kosten belegt hat. Erfolgt die Zuschlagserteilung auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, ob sein Angebot anhand eines teureren Preises oder anhand niedrigerer Leistungspunkte als der Zuschlagskandidat oder aus beiden Gründen ausgeschlossen werden muss, gegebenenfalls ergänzt um die jeweilige Rangfolge.
- Insgesamt sollen die Informationen aussagekräftig und für den Bieter nachvollziehbar sein.

Darüber hinaus gehende Informationen zur Ablehnung des Angebotes werden regelmäßig nicht erforderlich sein. Insbesondere ist eine Angabe von konkreten Leistungspunktzahlen nicht notwendig.

Weiterhin sind die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitzuteilen. Der Spielraum für solche Informationen über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ist allerdings aus Gründen des Vertraulichkeitsschutzes und des fairen Wettbewerbes nur sehr klein. Man wird hier kaum weiter gehen können, als etwa dem nicht erfolgreichen Bieter in allgemeiner Form mitzuteilen, in welchen Leistungsbereichen (zum Beispiel Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen) der

Zuschlagskandidat besser abgeschnitten hat als der nicht erfolgreiche Bieter. Aufgrund des Vertraulichkeitsschutzes gemäß § 3 UVgO, der die vertraulichen Aspekte des Angebotes des Zuschlagskandidaten regelt, ist insbesondere hinsichtlich etwaiger Preisinformationen größte Zurückhaltung geboten.

Der öffentliche Auftraggeber ist im Übrigen nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern (a), dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen (b), den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden (c) oder den lauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde (d). Insbesondere die genannten Aspekte (c) und (d) sprechen dafür, dass der Auftraggeber bei der antragsgemäßen Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ein hohes Maß an Zurückhaltung walten lässt.

7.4.4. *Zuschlagserteilung und Vertragsschluss*

7.4.4.1. Übermittlung Zuschlagsschreiben

Zum Vertragsschluss muss der Auftraggeber dem ausgewählten Bieter ein Zuschlagsschreiben übermitteln. In dem Zuschlagsschreiben ist dem Bieter mitzuteilen, dass der Zuschlag erteilt wird und das Angebot des Bieters angenommen wird. Dabei ist in der UVgO keine spezifische Form (zum Beispiel die Textform), vorgesehen. Insofern ist von einer Wahlfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Übermittlungsform auszugehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Zuschlagsschreibens achten. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

Mit Zugang des Zuschlagsschreibens beim Bieter kommt der Vertrag zustande. Dabei gelten die Grundsätze zum Vertragsschluss nach dem BGB. Das Zuschlagsschreiben muss daher dem Bieter rechtzeitig vor Ablauf der Zuschlagsfrist und vor allem noch innerhalb der Angebotsbindefrist zugehen. Daneben darf die Annahme des Angebotes im Zuschlagsschreiben nicht an Bedingungen geknüpft sein oder eine Änderung des Angebotes oder der Vertragsunterlagen enthalten.

Soll die festgelegte Zuschlagsfrist aus wichtigen Gründen verlängert werden, so ist das Einverständnis der zu diesem Zeitpunkt noch im Vergabeverfahren befindlichen Bieter einzuholen. Es kann auch nur die Zustimmung derjenigen Bieter eingeholt werden, die noch eine Chance auf eine Zuschlagserteilung haben. Bei dieser Gelegenheit sind die Bieter auch aufzufordern, einer Verlängerung der Angebotsbindefrist zuzustimmen, soweit deren Fristende vor dem Ende der verlängerten Zuschlagsfrist liegt.

7.4.4.2. Erstellung der Vertragsurkunde

Nach Übermittlung des Zuschlagsschreibens wird zur Verfahrensdokumentation regelmäßig eine Vertragsurkunde ausgefertigt. Der Inhalt dieser Vertragsurkunde ergibt sich im Wesentlichen aus den Vertragsunterlagen (die Bestandteil der Vergabeunterlagen waren) und dem Angebot. Bei kleineren Beschaffungen kann auf die Ausfertigung einer gesonderten Vertragsurkunde verzichtet werden. Der Vertragsinhalt ergibt sich dann etwa aus der Leistungsbeschreibung, der VOL/B und dem Angebot.

Die Vertragsunterlagen – beispielsweise die bereits weitestgehend vorausgefüllten EVB-IT Vertragsformulare – sind im Wege einer Konsolidierung mit den notwendigen Informationen aus dem

Angebot zu vervollständigen. Der Vertragsinhalt ist bereits mit Zuschlagserteilung und Übermittlung des Zuschlagsschreibens wirksam festgelegt und darf im Zuge der Erstellung der Vertragsurkunde nicht geändert werden.

7.4.4.3. Unterzeichnung der Vertragsurkunde

Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Vertragspartner dient der Beweissicherung und trägt zur Rechtssicherheit bei. Der Auftraggeber übermittelt dem Auftragnehmer beispielsweise zwei Vertragsurkunden, von denen eine bereits von der Auftraggeberseite gezeichnet ist und beim Auftragnehmer verbleibt, während der Auftragnehmer die andere nach Unterzeichnung an den Auftraggeber zurücksendet.

Zu Dokumentationszwecken sollten der abzulegenden Vertragsurkunde alle Vertragsanlagen beigefügt werden.

7.4.5. *Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss*

7.4.5.1. Statistikmeldungen

Bei einer Öffentlichen Ausschreibung bestehen außer der gemäß VergStatVO vom Auftraggeber zu beachtenden Pflichten zur Übermittlung von statistikrelevanten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, keine Bekanntmachungs-, Melde- und Berichtspflichten.

7.4.5.2. Abschluss des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren ist in der Regel mit der Auftragserteilung durch Übermittlung des Zuschlagsschreibens beendet. Bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern wirkt das Vergabeverfahren jedoch noch fort, soweit nach den Regelungen der Rahmenvereinbarung mittels eines erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Unternehmen, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind, also sogenannten Miniwettbewerben, Einzelaufträge vergeben werden (Die UVgO sieht dies zwar in § 15 UVgO nicht explizit vor, jedoch können solche Regelungen für „Miniwettbewerbe“ in die Bewerbungsbedingungen aufgenommen werden). Auch diese Vergaben von Einzelaufträgen unterliegen dann noch den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen (siehe Kapitel E.1.2.).

Die Vertragsunterlagen sind mit Abschluss des Vergabeverfahrens an die für die Vertragsverwaltung zuständige Stelle zu übermitteln.

7.4.5.3. Aufbewahrung der Unterlagen

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist die Vergabeakte auf Vollständigkeit zu prüfen und zu archivieren.

Die gesamte Verfahrensdokumentation sowie die Angebote und ihre Anlagen sind gemäß § 6 Abs. 2 UVgO mindestens für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages aufzubewahren.

Gegebenenfalls müssen die Vergabeunterlagen sowie die gesamte Vergabeakte mit deren Anlagen entsprechend der für den Auftraggeber geltenden Aufbewahrungsvorschriften und -fristen noch länger als die vorgenannte dem Vergaberecht entstammende Frist aufbewahrt werden.

Wichtig ist dies unter anderem auch zum Zweck einer etwaigen Prüfung der vergaberechtlichen Relevanz späterer Vertragsänderungen, weil dann die ursprünglichen Vergabeunterlagen regelmäßig nochmals geprüft werden müssen (siehe Kapitel E.2.1.1.1.).

Die Angebote einschließlich ihrer Anlagen sowie die Dokumentation über Öffnung und Wertung der Angebote sind im Übrigen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

8. Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb

8.1. Einleitungsphase

8.1.1. *Bekanntmachung*

Die Veröffentlichung von Auftragsbekanntmachungen nationaler Vergabeverfahren ist in § 28 UVgO geregelt.

Auftragsbekanntmachungen sind auf den Internetseiten des Auftraggebers oder anderen Internetportalen zu veröffentlichen. Sie müssen aber immer auch über die Suchfunktion des Portals www.bund.de ermittelt werden können. Zusätzlich können Bekanntmachungen in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften veröffentlicht werden.

Die Auftragsbekanntmachung nationaler Verfahren enthält mindestens die nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 bis 14 UVgO notwendigen Angaben (siehe Kapitel C.4.5.2.).

Gemäß § 38 UVgO kann der Auftraggeber dabei festlegen, ob die Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote in Textform nach § 126b BGB mithilfe elektronischer Mittel gemäß § 7 UVgO, auf dem Postweg, durch Telefax oder durch einen anderen geeigneten Weg oder durch Kombination dieser Mittel einzureichen haben. Dasselbe gilt für die sonstige Kommunikation nach § 7 UVgO.

8.1.2. *Bereitstellung der Vergabeunterlagen*

Die Bereitstellung der Vergabeunterlagen nationaler Vergabeverfahren ist in § 29 UVgO geregelt.

Die Vergabeunterlagen müssen vom Bieter über eine elektronische Adresse unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Das heißt der öffentliche Auftraggeber hat die Unterlagen auf einer Webseite (zum Beispiel dem Webauftritt des Auftraggebers oder einer Vergabeplattform) – ohne Registrierungs- und Anmeldezwang – zum direkten Download bereitzustellen. Bewerber beziehungsweise Bieter dürfen nicht dazu aufgefordert werden, die Vergabeunterlagen per Mail beim Auftraggeber abzurufen.

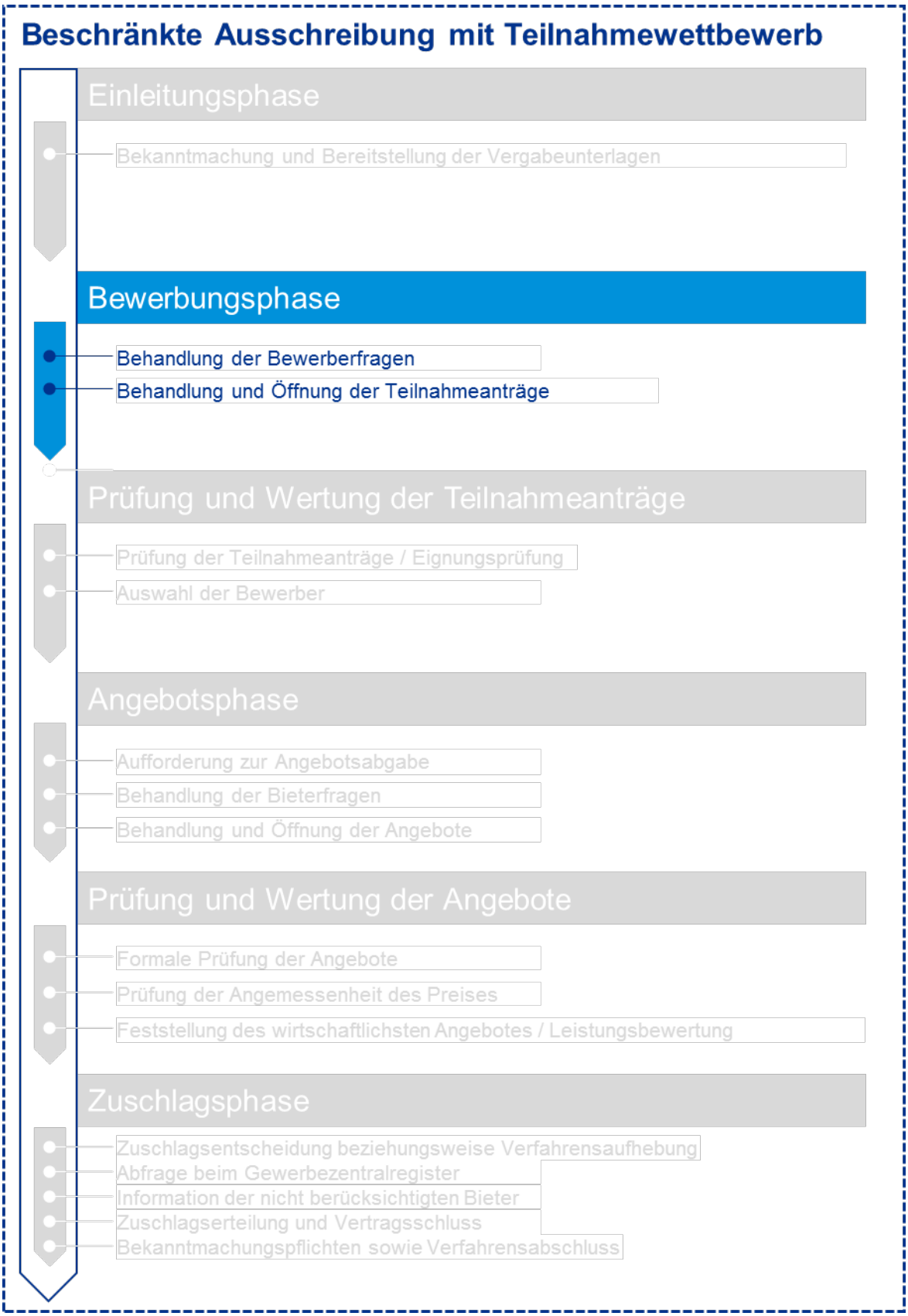
Die elektronische Adresse (Internetadresse) zum Abruf der Vergabeunterlagen ist in der Auftragsbekanntmachung anzugeben.

Ausnahmen, mit der Möglichkeit, die Vergabeunterlagen auf einem anderen geeigneten Weg zu übermitteln, bilden die in § 29 Abs. 2 UVgO geregelten technischen Gründe, wenn zum Beispiel Dateiformate zur Beschreibung der Leistung beziehungsweise der Angebote zum Einsatz kommen, die nicht mit allgemein verfügbaren oder verbreiteten Programmen verarbeitet werden können. Auch erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen bilden (nach § 29 Abs. 3 UVgO) Ausnahmen. Der Auftraggeber kann die Unterlagen in den genannten Fällen auf einem anderen geeigneten Weg übermitteln.

Wichtiger Hinweis:

Aufgrund des Wortlauts von § 41 Abs. 1 VgV („vollständig“) in Verbindung mit § 29 VgV („Vergabeunterlagen“) sollte der Auftraggeber davon ausgehen, dass eine „vollständige“ Bereitstellung der Vergabeunterlagen auch bei Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb bereits zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung eine Bereitstellung auch folgender Unterlagen und Informationen für den Leistungswettbewerb umfasst: Bewerbungsbedingungen, Leistungsbeschreibung, Vertragsbedingungen, Ausgestaltung der Zuschlagskriterien.

8.2. Bewerbungsphase



8.2.1. *Behandlung der Bewerberfragen*

Innerhalb der Teilnahmefrist können die Bewerber zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sollten unverzüglich beziehungsweise so lange vor Ablauf der Teilnahmefrist erteilt werden, dass die Bewerber diese in ihrer Erstellung des Teilnahmeantrages berücksichtigen können. Die UVgO sieht keine konkreten Fristen für den Auftraggeber zur Beantwortung der Fragen vor. Eine Orientierung bietet jedoch die 6-Tage-Frist im Bereich europaweiter Verfahren (nach § 20 Abs. 3 S. 1 VgV). Gegebenenfalls sollte die Teilnahmefrist verlängert werden.

Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bewerber Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen, je nach Festlegung der Kommunikationsform gemäß § 38 UVgO, gestellt und allen Bewerbern gleichzeitig, je nach Festlegung der Kommunikationsform – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen, die Teilnahmeanträge oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bewerberfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die UVgO sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bewerberfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bewerberfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Teilnahmeantragsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Teilnahmeantragsfrist ebenfalls zu verlängern.

8.2.2. *Behandlung und Öffnung der Teilnahmeanträge*

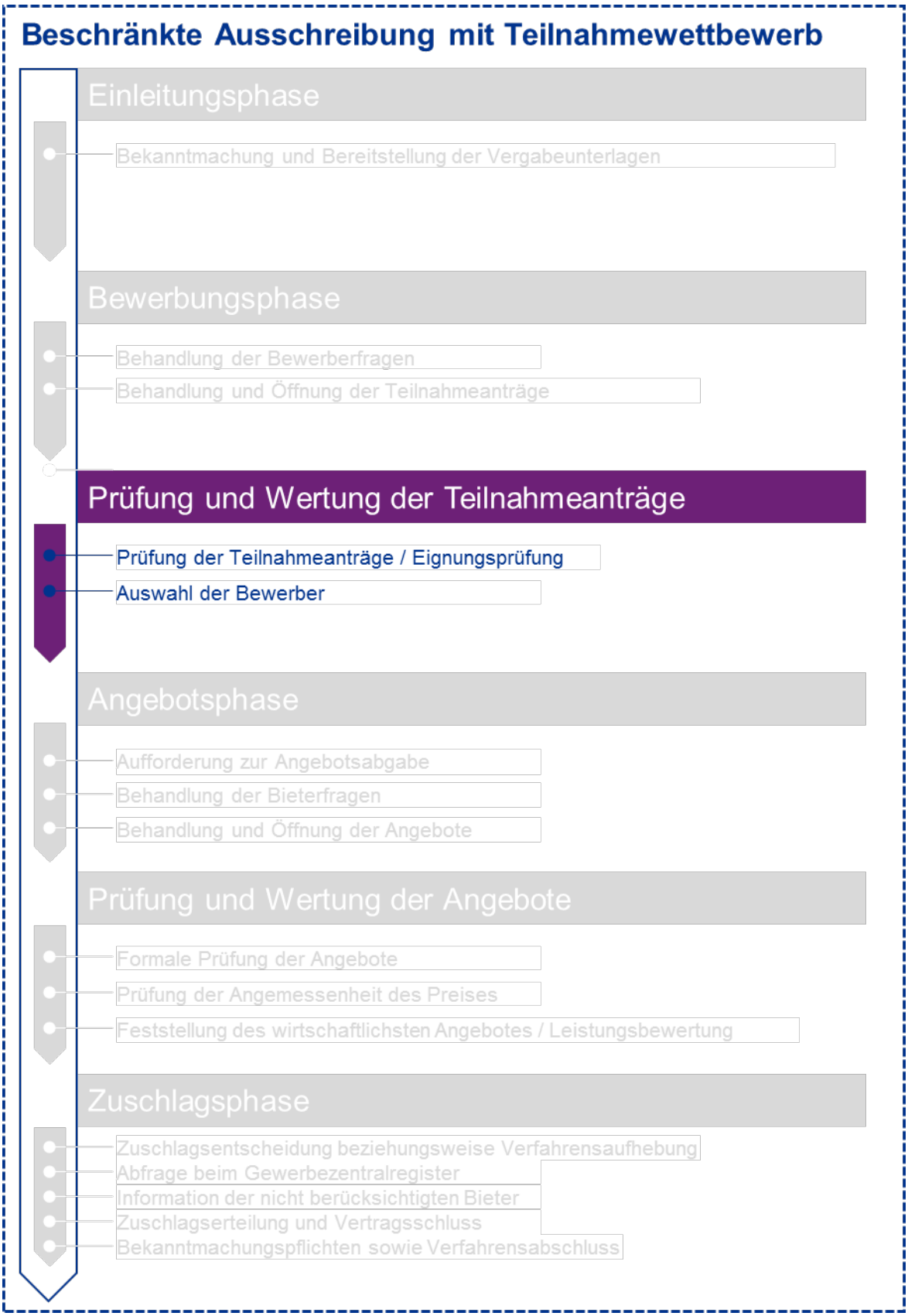
Elektronisch übermittelte Teilnahmeanträge sind nach § 39 UVgO auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Teilnahmeanträge sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Teilnahmeanträge sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 40 UVgO vom Inhalt der Teilnahmeanträge erst nach Ablauf der Teilnahmefrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Teilnahmeanträge sollte von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Teilnahmefrist durchgeführt werden.

Die Öffnung der Teilnahmeanträge ist in Textform zu dokumentieren. Die Teilnahmeanträge sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

8.3. Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge



8.3.1. *Prüfung der Teilnahmeanträge / Eignungsprüfung*

Im Anschluss an die Öffnung der Teilnahmeanträge hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen der Eignungsprüfung zugrunde zu legen.

Im Rahmen der Eignungsprüfung prüft der Auftraggebers das Vorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB und, ob und inwieweit die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen fachkundig und leistungsfähig (geeignet) sind.

Die Ausschlussgründe in diesem Sinne sind teilweise zwingend (ohne Ermessen für den Auftraggeber, § 123 GWB), teilweise fakultativ (Kann-Ausschluss mit Ermessensentscheidung für den Auftraggeber, § 124 GWB). Hier hat der Auftraggeber den entsprechenden Katalog der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB sowie die Regelungen zur Selbstreinigung (§§ 125, 126 GWB) zu beachten. Gemäß § 31 Abs. 2 S. 5 UVgO findet § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die mangelhafte Vertragserfüllung weder zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages, noch zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben muss.

Im Übrigen sind für die Eignungsprüfung die dahingehenden Vorgaben, namentlich die Festlegungen zu den Eignungskriterien, in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung (gegebenenfalls in einer Eignungsbewertungsmatrix) maßgeblich. Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Planung und eines ordnungsgemäßen Designs der Beschaffung hat der Auftraggeber entsprechende Eignungskriterien festgelegt und definiert, die ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über deren Eignung verlangen.

8.3.2. *Auswahl der Bewerber*

Der Auftraggeber wählt die Bewerber zur Abgabe eines Angebotes aus, bei denen keine Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB vorliegen und die die Eignungskriterien (am besten) erfüllen. Die Vorgaben für die Auswahlentscheidung (zum Beispiel Eignungsbewertungsmatrix und Mindest- / Höchstzahl der auszuwählenden Bewerber) hat der Auftraggeber bereits in der Planung und im Design einer Beschaffung rechtmäßig in den Vergabeunterlagen festgelegt und definiert.

Für die der am besten geeigneten Bewerber erfolgt demgemäß nach einer Bewertung des Auftraggebers auf der Grundlage einer Eignungsbewertungsmatrix, ob und inwieweit der Bewerber die in den Vergabeunterlagen durch Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix vorgegebenen Eignungsanforderungen erfüllt.

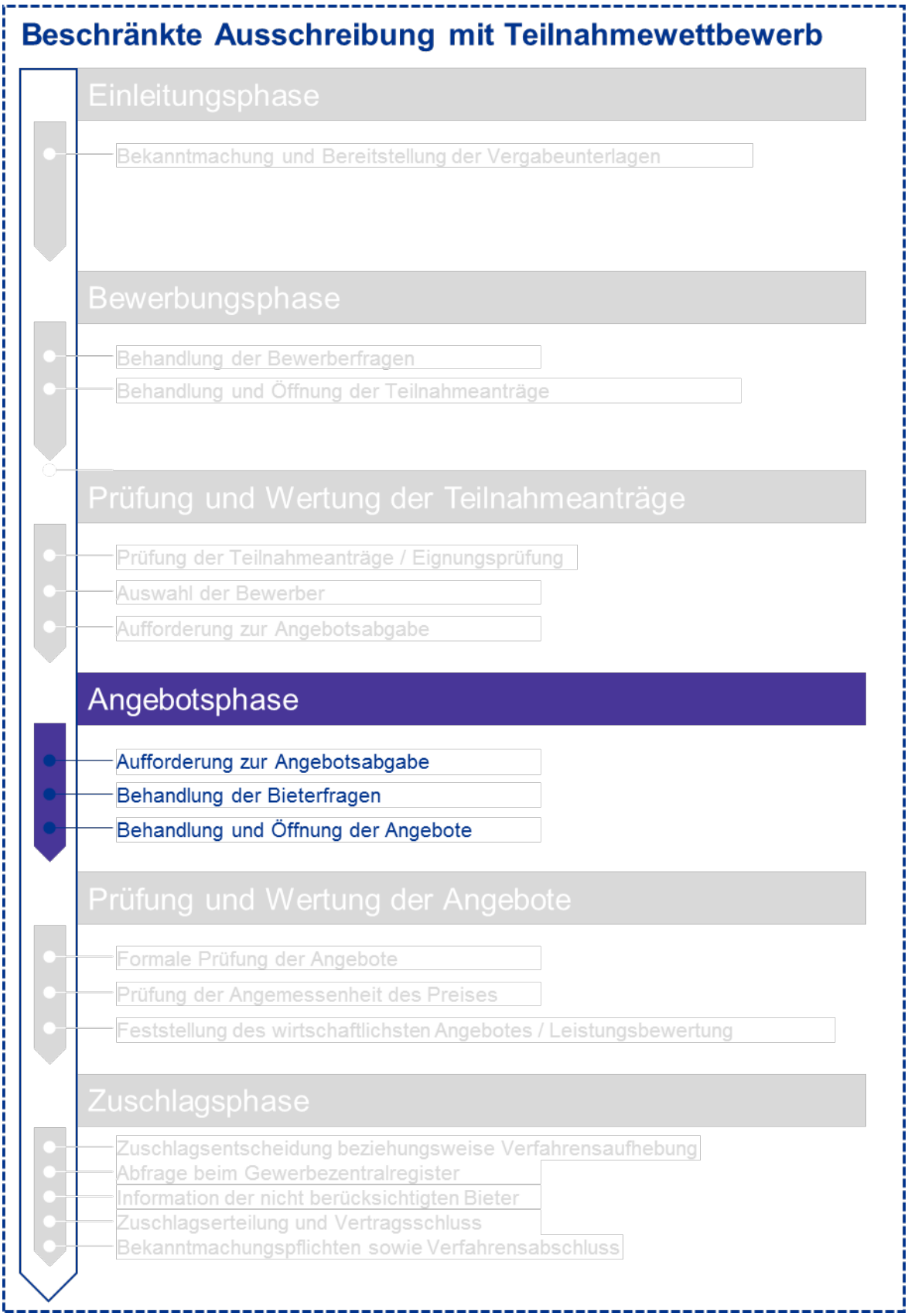
Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, in der Auftragsbekanntmachung und in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder

sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Der Auftraggeber hat die Bewerber, die nicht ausgewählt werden und damit im Teilnahmewettbewerb ausscheiden, über die Gründe für die Ablehnung ihres Teilnahmeantrages zu unterrichten (§ 46 Abs. 1 S. 3 UVgO).

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Eignungsprüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe, einschließlich etwaiger Begründungen für Ermessensentscheidungen, und über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich deren Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

8.4. Angebotsphase



8.4.1. *Aufforderung zur Angebotsabgabe*

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält regelmäßig die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, das Aktenzeichen und möglicherweise ein Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen. Weiterhin sollte der Aufbau der Vergabeunterlagen in einer Übersicht dargestellt werden und die Angebotsfrist sowie die Stelle, bei der das Angebot oder die angeforderten Unterlagen einzureichen sind, benannt werden.

8.4.2. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sollten unverzüglich beziehungsweise so lange vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden, dass die Bieter diese in Ihrer Angebotserstellung berücksichtigen können. Bei Bedarf sollte die Angebotsfrist verlängert werden. Die UVgO sieht keine konkreten Fristen für den Auftraggeber zur Beantwortung der Fragen vor. Eine Orientierung bietet jedoch die 6-Tage-Frist im Bereich europaweiter Verfahren (nach § 20 Abs. 3 S. 1 VgV).

Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bieter Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen, je nach Festlegung der Kommunikationsform gemäß § 38 UVgO, gestellt und allen Bietern gleichzeitig, je nach Festlegung der Kommunikationsform – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bieterfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die UVgO sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bieterfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bieterfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Angebotsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Angebotsfrist ebenfalls zu verlängern.

8.4.3. *Behandlung und Öffnung der Angebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 39 UVgO auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

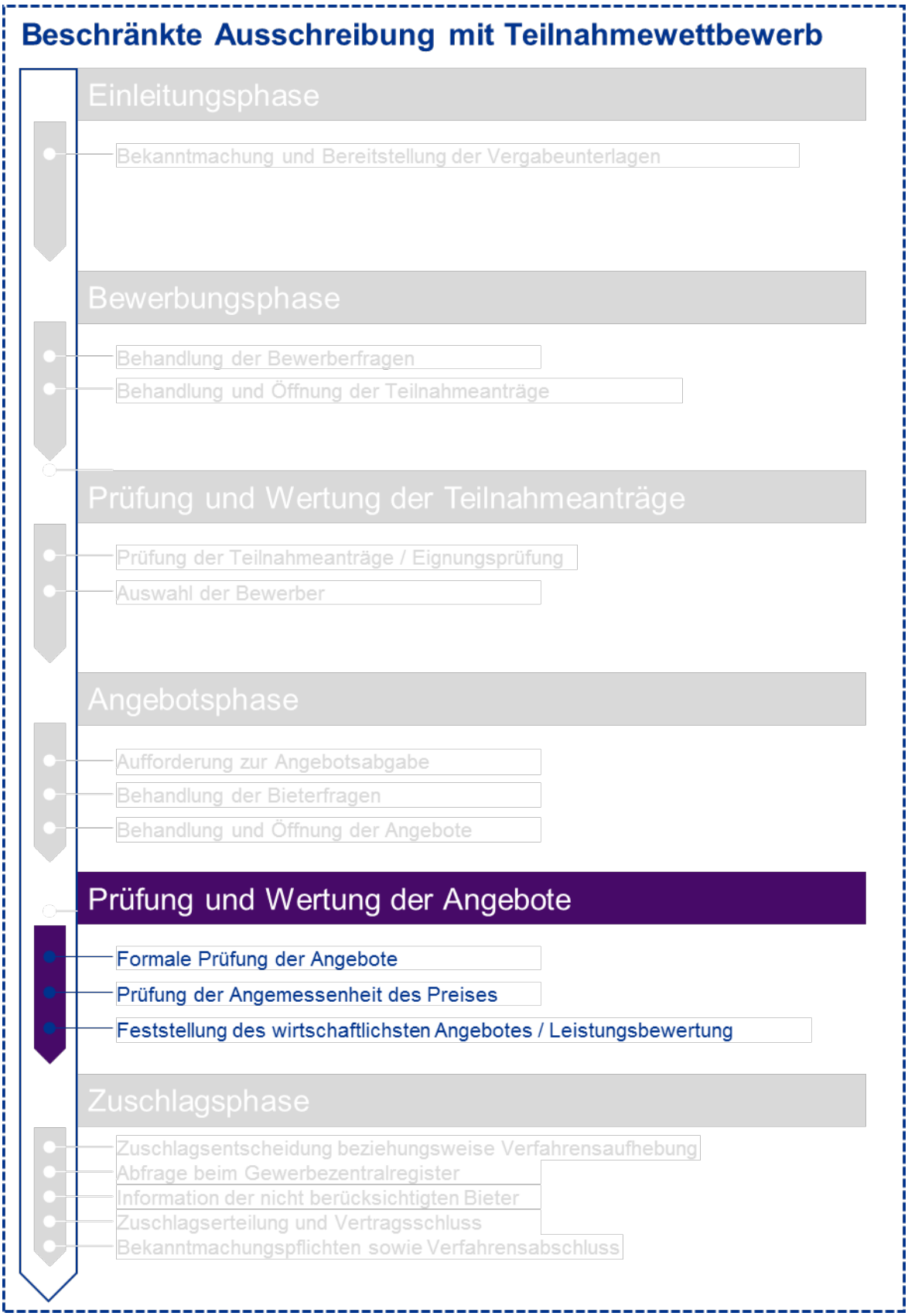
Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete

Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 40 UVgO vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen (das Mitzeichnungserfordernis ist zu beachten).

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern. Die Öffnung der Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

8.5. Prüfung und Wertung der Angebote



Im Anschluss an die Öffnung der Angebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Dabei wird in der Praxis grundsätzlich von einem 4-stufigen Wertungssystem ausgegangen:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 41, 42 UVgO. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die in der Beschränkten Ausschreibung bereits im Teilnahmewettbewerb vorgenommen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote in der Beschränkten Ausschreibung nur bei Änderungen oder neuen Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 44 UVgO. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angebote die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die nachstehende Darstellung geht in der Reihenfolge des vorstehend erläuterten 4-stufigen Wertungssystems auf die einzelnen Wertungsstufen (mit Ausnahme der Eignungsprüfung) ein.

8.5.1. *Formale Prüfung der Angebote*

Bei der formalen Prüfung prüft der Auftraggeber die Angebote auf Vollständigkeit und fachliche Richtigkeit und rechnerische Richtigkeit. Maßgeblich sind hierfür insbesondere die Vorgaben in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung. Zudem umfasst die formale Prüfung die Prüfung auf das Vorliegen von Ausschlussgründen. Danach sind von der Angebotswertung zwingend auszuschließen:

- Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn der Bieter hat dies nicht zu vertreten
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen
- oder nicht zugelassene Nebenangebote

Hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, so berücksichtigt er nur die Nebenangebote, die die von ihm in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Damit an sich vielversprechende Bieter nicht wegen lediglich geringfügiger formaler Fehler ausgeschlossen werden müssen, kann der Auftraggeber Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen (insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise) nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Das Nachforderungsrecht darf jedoch nicht zum Austausch von Unterlagen genutzt werden, denn die Nachforderung bereits vorliegender, jedoch inhaltlich unzureichender Unterlagen ist nicht zulässig (siehe zum Thema Nachforderung im Einzelnen Kapitel F.7.).

Grundsätzlich nicht nachgefordert werden dürfen leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen. Es sei denn, es handelt sich um Preisangaben für unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb beeinträchtigen.

Die Entscheidung, ob er Unterlagen nachfordert, steht im Ermessen des Auftraggebers. Im Rahmen der Ermessensentscheidung muss darüber entschieden werden, ob nachgefordert wird, was nachgefordert wird und in welcher Frist nachzuliefern ist. Sowohl eine nach den obigen Ausführungen fehlerhafte Nachforderung von Unterlagen als auch eine danach fehlerhaft unterlassene Nachforderung kann dazu führen, dass die Vergabeentscheidung des Auftraggebers von Bietern angegriffen wird.

Der Auftraggeber kann die Nachforderung von Unterlagen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen ausschließen.

Der Auftraggeber darf von den Bietern nur Aufklärung über das Angebot verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der formalen Prüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe und für die Entscheidung über die Vornahme oder das Absehen von Nachforderungen) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

8.5.2. *Prüfung der Angemessenheit des Preises*

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Preises geht es um den richtigen Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten.

Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, hat der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung zu verlangen. Ein automatischer Ausschlussgrund für solche Angebote besteht also gerade nicht (Grundsatz „Aufklärung vor Ausschluss“). Konkret treffen den Auftraggeber im Rahmen dieser Aufklärung folgende Pflichten:

Der Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebotes und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen des Bieters. Die Prüfung kann insbesondere betreffen:

- die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung
- die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt
- die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung
- die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften
- oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen

Kann der Auftraggeber nach dieser Prüfung die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.

Stellt der Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Angebot abzulehnen, wenn der Bieter nicht fristgemäß nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Der Auftraggeber hat die Ablehnung in diesem Fall der Europäischen Kommission mitzuteilen.

Anlass für eine Preisaufklärung geben zunächst Angebote mit auffälligen Preisdifferenzen zu eingegangenen Konkurrenzangeboten, wobei grundsätzlich der Gesamtpreis der Angebote maßgeblich ist. In Rechtsprechung und Landesvergabegesetzen werden teilweise prozentuale Preisabstände der Angebote zum nächsthöheren Angebot angenommen beziehungsweise festgelegt („Aufgreifschwellen“). Im Einzelfall sollte der Auftraggeber vertieft prüfen, ob und inwieweit solche Aufgreifschwellen in seinem Anwendungsbereich angenommen wurden oder gelten.

Nach einem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs können die Mitbewerber verlangen, dass der Auftraggeber in die nähere Prüfung der Preisbildung eintritt, wenn ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Angebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig erscheint (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16). Die vorzunehmende Preisaufklärung sollte sich unter Berücksichtigung dieses Grundsatzurteils nicht auf die Einholung einer pauschalen Bestätigung des betroffenen Bieters beschränken, die Angebotspreise seien angemessen und auskömmlich. Vielmehr ist eine qualifizierte Preisprüfung vorzunehmen, die insbesondere deren Schutzzweck berücksichtigt, auch das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung zu wahren. Insoweit ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen, dass unangemessen niedrige Angebotspreise gesteigerte Risiken bergen. Nach dem Grundsatzurteil des BGH können sich diese in vielfältiger Weise verwirklichen, zum Beispiel:

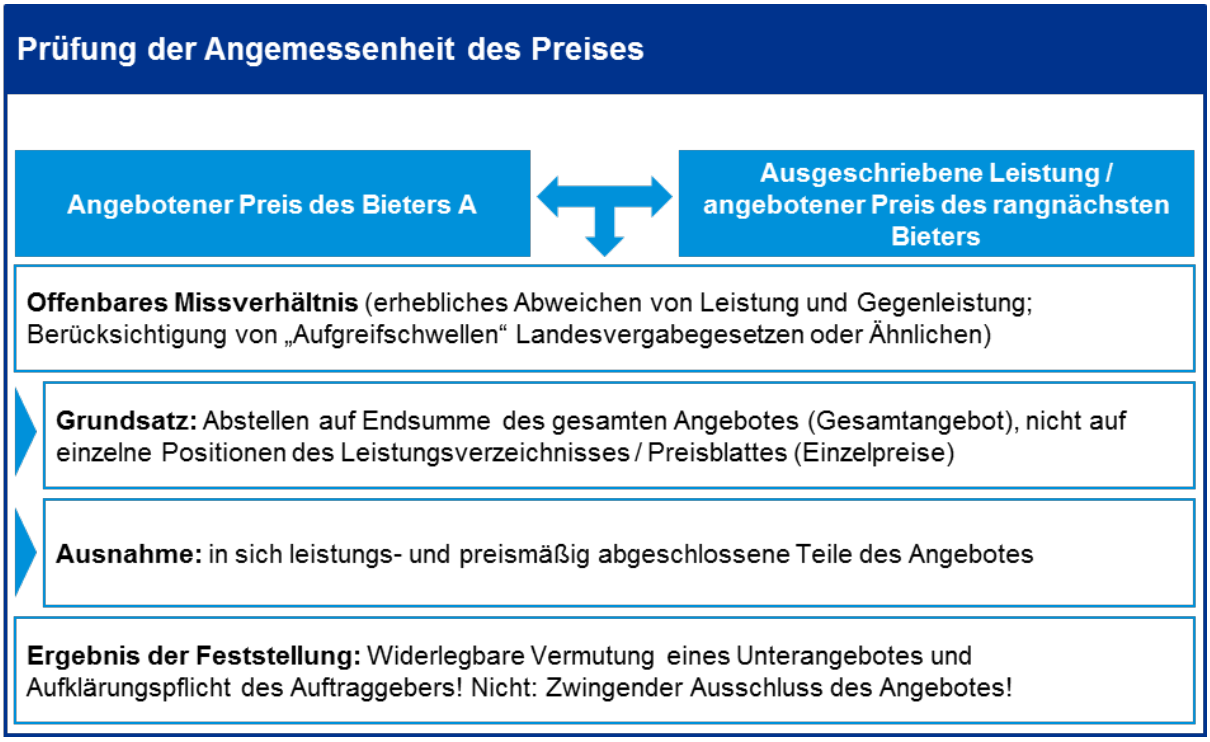
- Auftragnehmer kann infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen.

- Auftragnehmer könnte in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen, sich des Auftrages so unaufwendig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet.

Der Auftraggeber sollte diese Aspekte bei der Preisaufklärung entsprechend berücksichtigen. Kann der betroffene Bieter seine ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preise aber rechtmäßig erklären und die Gründe für seine Preisbildung eindeutig und transparent machen, kann aber auch ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot zulässig sein. Dies mit der Folge, dass ein solches Angebot nicht ausgeschlossen werden darf.

Zu Dokumentations- und Beweiszwecken ist die Durchführung der Aufklärung (Aufklärungsverlangen und Stellungnahme des betroffenen Bieters hierzu) in Textform zu dokumentieren. Für die Aufklärung durch den Bieter ist diesem eine angemessene Frist zu gewähren. In der Praxis kann für den Auftraggeber die Ausrichtung des Aufklärungsverlangens anhand konkreter Positionen des Angebotes / Preisblattes hilfreich sein, aus denen der ungewöhnlich niedrig erscheinende Gesamtpreis mutmaßlich resultiert.

Anhand der im Rahmen der Aufklärung vom betroffenen Bieter eingereichten Unterlagen hat der Auftraggeber zu prüfen, ob danach die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten zufriedenstellend aufgeklärt sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, darf der Auftraggeber den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.



Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über das Angebot, insbesondere im Zusammenhang mit den angebotenen Preisen nach den vorstehenden Maßstäben verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise (insbesondere über eine etwaige Aufklärung mit den betroffenen Bietern und über das Ergebnis, einschließlich Begründung der anschließenden Wertungsentscheidung des Auftraggebers) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

8.5.3. *Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung*

Erst im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes kommt – für die nach den drei vorstehend dargestellten Wertungsstufen im Wettbewerb verbliebenen Angebote – die in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegte Bewertungsmethode, gegebenenfalls nebst zugehöriger Leistungsbewertung gemäß Leistungsbewertungsmatrix zum Tragen (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt demgemäß nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis auf der Grundlage einer Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die in den Vergabeunterlagen durch Bewertungsmethode gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt.

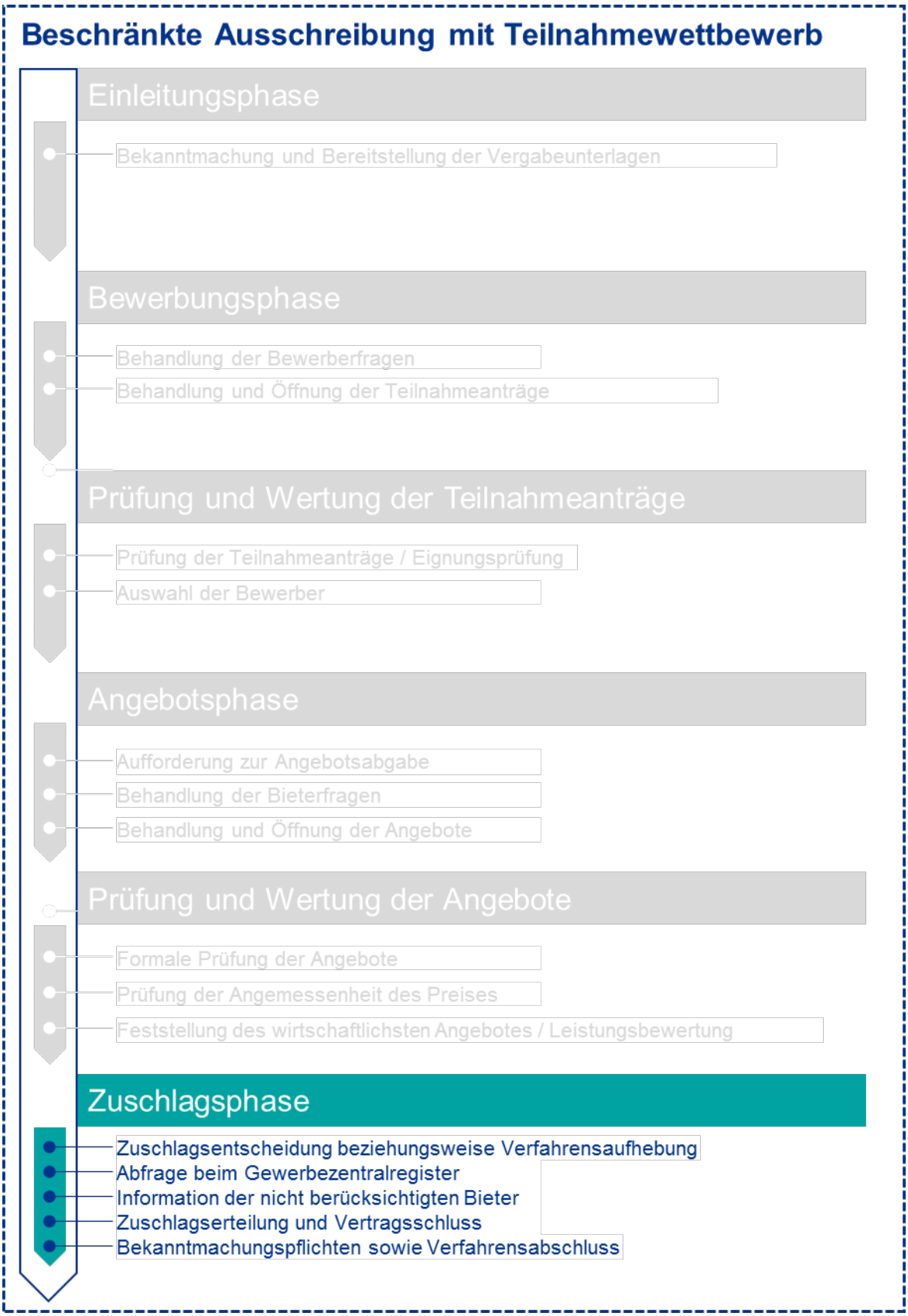
Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, insbesondere in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Zuschlagskriterien, Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes, insbesondere der Leistungsbewertung nach einer Leistungsbewertungsmatrix (insbesondere über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. Bei B-Kriterien mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung bedarf es im Rahmen der Leistungsbewertung einer besonders sorgfältigen Begründung und eine entsprechenden Dokumentation durch den Auftraggeber.

Wichtiger Hinweis:

An der Zuschlagsentscheidung sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken.

8.6. Zuschlagsphase



8.6.1. *Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung*

Im Regelfall endet das Vergabeverfahren mit einer Zuschlagsentscheidung. Voraussetzung dafür ist, dass nach Abschluss der Prüfungs- / Wertungsphase mindestens ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, das auch zu einem wirtschaftlichen Ergebnis des Vergabeverfahrens führt.

8.6.1.1. Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung

Erhält der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung Kenntnis darüber, dass Gründe für einen zwingenden Ausschluss eines Unterauftragnehmers vorliegen, so verlangt der Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Betrifft die Kenntnis fakultative Ausschlussgründe, kann der Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der Auftraggeber setzt dem Bieter dafür eine Frist, die so zu bemessen ist, dass dem Auftraggeber durch die Verzögerung keine Nachteile entstehen. Ist dem Bewerber oder Bieter ein Wechsel des Unterauftragnehmers innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird das Angebot ausgeschlossen (§ 26 Abs. 5 UVgO).

8.6.1.2. Zuschlagsentscheidung

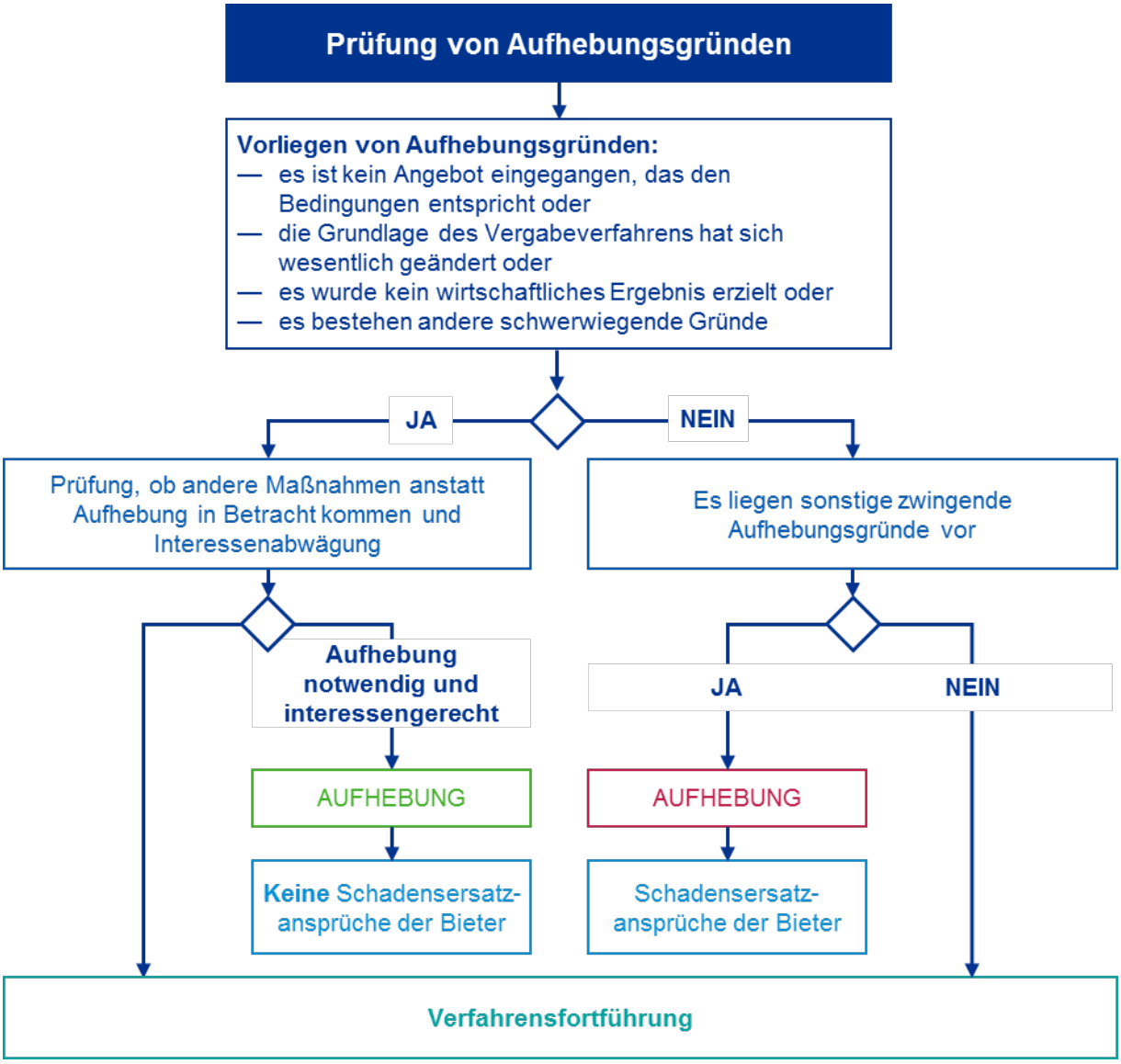
Nach Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen der Prüfungs- / Wertungsphase ist die Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Sowohl die Grundlagen für die Zuschlagsentscheidung als auch die Gründe der Nichtberücksichtigung der restlichen Bewerber und Bieter sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. An der Entscheidung über den Zuschlag sollen nach § 43 Abs. 8 UVgO in der Regel mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers mitwirken (Mitzeichnung ist erforderlich).

Sofern demgegenüber keine zuschlagsfähigen Angebote vorliegen oder andere Aufhebungsgründe zutreffen, so ist das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Regelung des § 48 UVgO ganz oder losweise aufzuheben.

8.6.1.3. Aufhebung

Nach § 48 UVgO kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den in der Norm genannten und eng begrenzten Tatbeständen durch eine rechtmäßige Aufhebung beenden. Grundsätzlich gilt, dass Auftraggeber Vergabeverfahren nicht willkürlich aufheben dürfen. Ein „Auslaufen“ eines Vergabeverfahrens ohne einen für die Bieter erkennbaren Abschluss und dementsprechende Information durch den Auftraggeber ist nicht zulässig. Der früheste Zeitpunkt einer möglichen Aufhebung ist unmittelbar nach erfolgter Bekanntmachung des Vergabeverfahrens oder Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick über Aufhebungsgründe und -modalitäten:



Diese Aufhebungsvoraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen. Allerdings darf der Auftraggeber auch dann, wenn keine der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, das Verfahren aufheben. Er ist also nicht gezwungen, den Zuschlag zu erteilen. Ein sonstiger zwingender Aufhebungsgrund kann beispielsweise bestehen, wenn aufgrund fehlerhafter Planungen bereits ursprünglich nicht verfügbare Haushaltsmittel für den Auftrag endgültig verweigert werden. Ohne das Vorliegen einer gesetzlichen Aufhebungsvoraussetzung können Bewerber oder Bieter jedoch unter Umständen erfolgreich Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Es ist zwischen einer Vollaufhebung und einer Teilaufhebung zu unterscheiden. Damit bei losweisen Vergaben nicht alle Beschaffungsmaßnahmen betroffen sind, ist grundsätzlich eine Teilaufhebung für das betreffende Los möglich.

Wichtiger Hinweis:

Nach der zugrunde liegenden Norm ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines Aufhebungstatbestandes nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben. Der Auftraggeber besitzt somit einen Ermessensspielraum und muss bei der Entscheidung auch die Interessen der Bieter berücksichtigen. Vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber daher eine Interessenabwägung vornehmen und prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind. Der Auftraggeber ist dazu angehalten, alles Mögliche zu tun, um eine Aufhebung zu vermeiden. So soll insbesondere angestrebt werden, etwaige Verfahrensfehler, die während des Vergabeverfahrens auftreten, zu beheben. Eine Beseitigung von Verfahrensfehlern erfordert nicht unbedingt eine vorherige Aufhebung.

Nach der Entscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber den Bewerbern und Bietern unverzüglich seine Entscheidung mitzuteilen, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten. Diese Mitteilung kann formfrei erfolgen. Aus Dokumentationsgründen sollte jedoch von vornherein die Textform gewählt werden. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

8.6.2. *Abfrage beim Gewerbezentralregister*

Das MiLoG trifft in § 19 MiLoG Regelungen zum Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage sind Auftraggeber verpflichtet, Bieter vor dem Zuschlag hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des MiLoG zu überprüfen (Eigenerklärung ist zu verlangen). Darüber hinaus muss bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO eingeholt werden (auch „MiLoG-Abfrage“ genannt).

Diese Auskunft sollte im Sinne eines zügigen Abschlusses des Vergabeverfahrens unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung beim zuständigen Bundesamt für Justiz angefordert werden. Sofern der Bieter ausweislich der Gewerbezentralregisterauskunft mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden ist, soll dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Vor einer Entscheidung über den etwaigen Ausschluss ist dem Bieter eine Gelegenheit einzuräumen, sich zu dem Sachverhalt zu äußern. Aus Dokumentationsgründen sollte die Anhörung des Bieters in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Bei der zu treffenden Entscheidung über den Ausschluss auf Grundlage der Ausführungen eines Bieters ist es naheliegend, dass der Auftraggeber sich an den Grundsätzen der Selbstreinigung gemäß § 31 UVgO in Verbindung mit § 125 GWB orientiert.

Tipp für die Praxis:

Sofern die Gewerbezentralregisterauskunft im schriftlichen Verfahren eingeholt wird, kann dies zu gegebenenfalls nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Daher empfiehlt es sich, dass der Auftraggeber die Möglichkeit nutzt, Gewerbezentralregisterauskünfte im deutlich schnelleren elektronischen Verfahren beim Bundesamt für Justiz einzuholen. Dazu bedarf es – soweit noch nicht vorhanden – der Einrichtung eines elektronischen Zugangs. Die Beantragung eines elektronischen Zugangs beim Bundesamt für Justiz sollte bereits vor oder in der Frühphase des Vergabeverfahrens

erfolgen. Weitere Informationen sind von der Webseite des Bundesamtes der Justiz zu beziehen (siehe https:// www.bundesjustizamt.de).

Der Auftraggeber kann bereits in den Bewerbungsbedingungen von den Bewerbern / Bietern Eigenerklärungen über das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 98c AufenthG, § 19 MiLoG, § 21 AEntG und § 21 SchwarzArbG und über das Vorliegen entsprechender Einträge im Gewerbezentralregister verlangen. Auf diese Weise erhält der Auftraggeber bereits bei der Eignungsprüfung eine Indikation über das Vorliegen solcher Ausschlusstatbestände. Von der vorstehend dargestellten Abfragepflicht beim Gewerbezentralregister für den zum Zuschlag vorgesehenen Bieter befreit eine solche Eigenerklärung den Auftraggeber jedoch nicht.

Wichtiger Hinweis:

Neben der Abfrage beim Gewerbezentralregister sind bei Vergabeverfahren von Landesbehörden beziehungsweise öffentlichen Auftraggebern der Länder gegebenenfalls auch nach dem Vergaberecht des jeweiligen Bundeslandes notwendige Abfragen beim Korruptionsregister des betreffenden Bundeslandes zu beachten.

Zudem werden öffentliche Auftraggeber ab Aufnahme des Betriebs des neuen Wettbewerbsregisters nach Maßgabe des WRegG verpflichtet sein, vor Erteilung des Zuschlages beim Wettbewerbsregister elektronisch abzufragen, ob das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll, eingetragen ist.

8.6.3. *Information der nicht berücksichtigten Bieter*

8.6.3.1. Informationspflicht nach Zuschlagserteilung

Im Rahmen der Informationspflicht nach § 46 UVgO muss der Auftraggeber jeden Bewerber und Bieter unverzüglich über die erfolgte Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung informieren. Diese Information muss unverzüglich nach der Zuschlagserteilung erfolgen.

Das Informationsschreiben muss nur Informationen über den Ausgang der Beschränkten Ausschreibung enthalten. Weitergehende Informationen (zum Beispiel Angabe des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll oder der Ablehnungsgrund) sind nicht erforderlich. Eine spezielle Form für das Informationsschreiben ist nicht vorgesehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Informationsschreibens achten. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

Adressaten des Informationsschreibens sind alle Bieter, das heißt Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt haben.

Darunter fällt beispielsweise auch das Angebot eines Bieters, das bereits deshalb ausgeschlossen werden musste, weil es verspätet eingegangen war.

8.6.3.2. Informationspflicht auf Antrag

Unabhängig von der vorstehend dargestellten gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflicht nach § 46 Abs. 1 S. 1 UVgO gegenüber nicht berücksichtigten Bewerbern und Bietern, besteht nach

§ 46 Abs. 1 S. 2 UVgO eine ergänzende Informationspflicht gegenüber Bewerbern und Bietern, die weitergehende Information vom Auftraggeber verlangen.

Der Auftraggeber unterrichtet auf Verlangen eines Bewerbers oder Bieters unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrages, den nicht berücksichtigten Bieter über

- die wesentlichen Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes (1) und
- die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes (2) sowie
- den Namen des erfolgreichen Bieters (3)

und den nicht berücksichtigten Bewerber über

- die wesentlichen Gründe ihrer Nichtberücksichtigung (4).

Hinsichtlich des erfolgreichen Bieters (3) genügt die Angabe des Namens (notwendig ist also nicht die Angabe der Adresse etc.).

Die Ausführlichkeit der Begründung der Ablehnung eines Angebotes hängt vom Einzelfall ab, beispielsweise von der Komplexität der Bewertungsmethode. Die Begründung der Ablehnung eines Angebotes (1) muss jedenfalls auf die konkreten im Einzelfall tragenden Gründe eingehen. Ein bloßer allgemeiner Hinweis darauf, dass das Angebot ausgeschlossen werden musste oder nicht das wirtschaftlichste gewesen ist, genügt im Regelfall den Anforderungen an die zu übermittelnden Inhalte gemäß der Informationspflicht auf Antrag nicht, auch wenn die Begründung grundsätzlich knapp ausfallen kann.

Folgende Grundsätze sollte man bei der Angabe von Gründen für die Ablehnung eines Angebotes beachten:

- Es sind vollständige Informationen und somit alle Gründe für die Ablehnung des Angebotes anzugeben. Ist ein Angebot beispielsweise sowohl verspätet als auch in Form eines Nebenangebotes eingegangen, obwohl Nebenangebote nicht zugelassen wurden, so liegen zwei Gründe für Ablehnung des Angebotes vor, die mitgeteilt werden sollten.
- Sofern das Angebot des Bieters abzulehnen ist, weil es sich nicht um das wirtschaftlichste Angebot handelt, sollten – je nach der anzuwendenden Bewertungsmethode – konkretisierende Informationen mitgeteilt werden.

  Ist über den Zuschlag auf Grundlage des günstigsten Preises beziehungsweise der niedrigsten Kosten zu entscheiden, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, welchen Rang das Angebot in der Rangfolge der Preise beziehungsweise der Kosten belegt hat.

  Erfolgt die Zuschlagserteilung auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, ob sein Angebot anhand eines teureren Preises oder anhand niedrigerer Leistungspunkte als der Zuschlagskandidat oder aus beiden Gründen ausgeschlossen werden muss, gegebenenfalls ergänzt um die jeweilige Rangfolge.
- Insgesamt sollen die Informationen aussagekräftig und für den Bieter nachvollziehbar sein.

Darüber hinaus gehende Informationen zur Ablehnung des Angebotes werden regelmäßig nicht erforderlich sein. Insbesondere ist eine Angabe von konkreten Leistungspunktzahlen nicht notwendig.

Weiterhin sind die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitzuteilen. Der Spielraum für solche Informationen über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ist allerdings aus Gründen des Vertraulichkeitsschutzes und des fairen Wettbewerbes nur sehr klein. Man wird hier kaum weiter gehen können, als etwa dem nicht erfolgreichen Bieter in allgemeiner Form mitzuteilen, in welchen Leistungsbereichen (zum Beispiel Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen) der Zuschlagskandidat besser abgeschnitten hat als der nicht erfolgreiche Bieter Aufgrund des Vertraulichkeitsschutzes gemäß § 3 UVgO, der die vertraulichen Aspekte des Angebotes des Zuschlagskandidaten regelt, ist insbesondere hinsichtlich etwaiger Preisinformationen größte Zurückhaltung geboten.

Bei der Darstellung der Gründe für die Nichtberücksichtigung eines Teilnahmeantrages (4) kann man sich hinsichtlich Ausführlichkeit und Substanz an den vorstehenden Ausführungen zur Begründung der Ablehnung eines Angebotes orientieren.

Der öffentliche Auftraggeber ist im Übrigen nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern (a), dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen (b), den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden (c) oder den lauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde (d). Insbesondere die genannten Aspekte (c) und (d) sprechen dafür, dass der Auftraggeber bei der antragsgemäßen Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ein hohes Maß an Zurückhaltung walten lässt.

8.6.4. *Zuschlagserteilung und Vertragsschluss*

8.6.4.1. Übermittlung Zuschlagsschreiben

Zum Vertragsschluss muss der Auftraggeber dem ausgewählten Bieter ein Zuschlagsschreiben übermitteln. In dem Zuschlagsschreiben ist dem Bieter mitzuteilen, dass der Zuschlag erteilt wird und das Angebot des Bieters angenommen wird. Dabei ist in der UVgO keine spezifische Form (zum Beispiel die Textform), vorgesehen. Insofern ist von einer Wahlfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Übermittlungsform auszugehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Zuschlagsschreibens achten. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

Mit Zugang des Zuschlagsschreibens beim Bieter kommt der Vertrag zustande. Dabei gelten die Grundsätze zum Vertragsschluss nach dem BGB. Das Zuschlagsschreiben muss daher dem Bieter rechtzeitig vor Ablauf der Zuschlagsfrist und vor allem noch innerhalb der Angebotsbindefrist zugehen. Daneben darf die Annahme des Angebotes im Zuschlagsschreiben nicht an Bedingungen geknüpft sein oder eine Änderung des Angebotes oder der Vertragsunterlagen enthalten.

Soll die festgelegte Zuschlagsfrist aus wichtigen Gründen verlängert werden, so ist das Einverständnis der zu diesem Zeitpunkt noch im Vergabeverfahren befindlichen Bieter einzuholen. Es kann auch nur die Zustimmung derjenigen Bieter eingeholt werden, die noch eine Chance auf eine Zuschlagserteilung haben. Bei dieser Gelegenheit sind die Bieter auch aufzufordern, einer Verlängerung der Angebotsbindefrist zuzustimmen, soweit deren Fristende vor dem Ende der verlängerten Zuschlagsfrist liegt.

8.6.4.2. Erstellung der Vertragsurkunde

Nach Übermittlung des Zuschlagsschreibens wird zur Verfahrensdokumentation regelmäßig eine Vertragsurkunde ausgefertigt. Der Inhalt dieser Vertragsurkunde ergibt sich im Wesentlichen aus den Vertragsunterlagen (die Bestandteil der Vergabeunterlagen waren) und dem Angebot. Bei kleineren Beschaffungen kann auf die Ausfertigung einer gesonderten Vertragsurkunde verzichtet werden. Der Vertragsinhalt ergibt sich dann etwa aus der Leistungsbeschreibung, der VOL/B und dem Angebot.

Die Vertragsunterlagen – beispielsweise die bereits weitestgehend vorausgefüllten EVB-IT Vertragsformulare – sind im Wege einer Konsolidierung mit den notwendigen Informationen aus dem Angebot zu vervollständigen. Der Vertragsinhalt ist bereits mit Zuschlagserteilung und Übermittlung des Zuschlagsschreibens wirksam festgelegt und darf im Zuge der Erstellung der Vertragsurkunde nicht geändert werden.

8.6.4.3. Unterzeichnung der Vertragsurkunde

Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Vertragspartner dient der Beweissicherung und trägt zur Rechtssicherheit bei. Der Auftraggeber übermittelt dem Auftragnehmer beispielsweise zwei Vertragsurkunden, von denen eine bereits von der Auftraggeberseite gezeichnet ist und beim Auftragnehmer verbleibt, während der Auftragnehmer die andere nach Unterzeichnung an den Auftraggeber zurücksendet.

Zu Dokumentationszwecken sollten der abzulegenden Vertragsurkunde alle Vertragsanlagen beigefügt werden.

8.6.5. *Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss*

8.6.5.1. Statistikmeldungen

Bei einer Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb bestehen außer der gemäß VergStatVO vom Auftraggeber zu beachtenden Pflichten zur Übermittlung von statistikrelevanten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, keine Bekanntmachungs-, Melde- und Berichtspflichten.

8.6.5.2. Abschluss des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren ist in der Regel mit der Auftragserteilung durch Übermittlung des Zuschlagsschreibens beendet. Bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern wirkt das Vergabeverfahren jedoch noch fort, soweit nach den Regelungen der Rahmenvereinbarung mittels erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Unternehmen, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind, also sogenannten Miniwettbewerben, Einzelaufträge vergeben werden (Die UVgO sieht dies zwar in § 15 UVgO nicht explizit vor, jedoch können solche Regelungen für „Miniwettbewerbe“ in die Bewerbungsbedingungen aufgenommen werden). Auch diese Vergaben von Einzelaufträgen unterliegen dann noch den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen (siehe Kapitel E.1.2.).

Die Vertragsunterlagen sind mit Abschluss des Vergabeverfahrens an die für die Vertragsverwaltung zuständige Stelle zu übermitteln.

8.6.5.3. Aufbewahrung der Unterlagen

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist die Vergabeakte auf Vollständigkeit zu prüfen und zu archivieren.

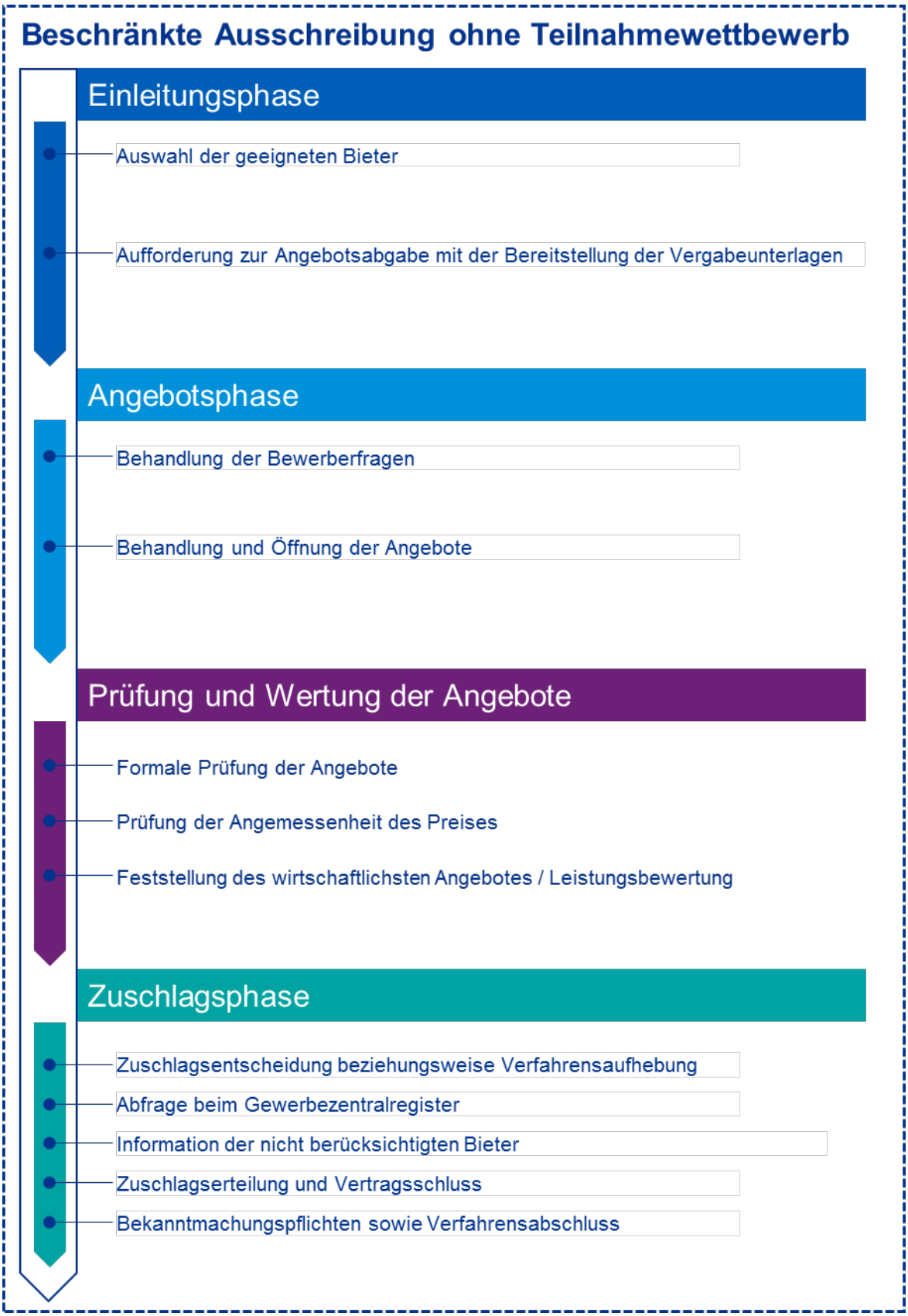
Die gesamte Verfahrensdokumentation sowie die Teilnahmeanträge und Angebote samt ihrer Anlagen sind gemäß § 6 Abs. 2 UVgO mindestens für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages aufzubewahren.

Gegebenenfalls müssen die Vergabeunterlagen sowie die gesamte Vergabeakte mit deren Anlagen entsprechend der für den Auftraggeber geltenden Aufbewahrungsvorschriften und -fristen noch länger als die vorgenannte dem Vergaberecht entstammende Frist aufbewahrt werden.

Wichtig ist dies unter anderem auch zum Zweck einer etwaigen Prüfung der vergaberechtlichen Relevanz späterer Vertragsänderungen, weil dann die ursprünglichen Vergabeunterlagen regelmäßig nochmals geprüft werden müssen (siehe Kapitel E.2.1.1.1.).

Die Angebote einschließlich ihrer Anlagen sowie die Dokumentation über Öffnung und Wertung der Angebote sind im Übrigen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

9. Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb



9.1. Einleitungsphase

9.1.1. *Auswahl der geeigneten Bieter*

Die Auswahl der geeigneten Unternehmen ist abhängig von den dieser Verfahrensart zugrunde liegenden Ausnahmetatbeständen (zum Beispiel nachdem eine Öffentliche Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis hatte). Diese in § 8 Abs. 3 UVgO aufgeführten Ausnahmetatbestände sind abschließend. Die Begründung der Anwendung dieser Verfahrensart ist zu dokumentieren.

Der Auftraggeber hat grundsätzlich zwei Möglichkeiten im Hinblick auf die Feststellung der Eignung. Zum einen kann die Eignung – wie bei der Öffentlichen Ausschreibung – nach Angebotsabgabe im Rahmen einer Wertungsstufe geprüft werden. Im Regelfall erfolgt aber die Feststellung der Eignung bereits im Vorfeld der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Es werden dann nur geeignete Unternehmen – grundsätzlich mindestens drei – zur Angebotsabgabe aufgefordert und die Eignungsprüfung im Rahmen der Angebotswertung entfällt.

Im Rahmen der Eignungsprüfung prüft der Auftraggebers das Vorliegen von Ausschlussgründen nach den § 31 UVgO in Verbindung mit §§ 123, 124 GWB und, ob und inwieweit die am Vergabeverfahren zu beteiligenden Unternehmen fachkundig und leistungsfähig (geeignet) sind. Die Ausschlussgründe in diesem Sinne sind teilweise zwingend (ohne Ermessen für den Auftraggeber, § 123 GWB), teilweise fakultativ (Kann-Ausschluss mit Ermessensentscheidung für den Auftraggeber, § 124 GWB). Hier hat der Auftraggeber den entsprechenden Katalog der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB sowie die Regelungen zur Selbstreinigung (§§ 125, 126 GWB) zu beachten.

Im Übrigen sind für die Eignungsprüfung die dahingehenden Vorgaben, namentlich die Festlegungen zu den Eignungskriterien, maßgeblich. Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Planung und eines ordnungsgemäßen Designs der Beschaffung hat der Auftraggeber entsprechende Eignungskriterien festgelegt und definiert, die ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Die Erwägungen zur Feststellung der Eignung sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

Wichtig ist, dass bei der Auswahl von Unternehmen die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere Gleichbehandlungsgrundsatz und Nichtdiskriminierung, zu beachten sind. Zudem soll der Auftraggeber zwischen den Unternehmen, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden, wechseln.

9.1.2. *Aufforderung zur Angebotsabgabe mit der Bereitstellung der Vergabeunterlagen*

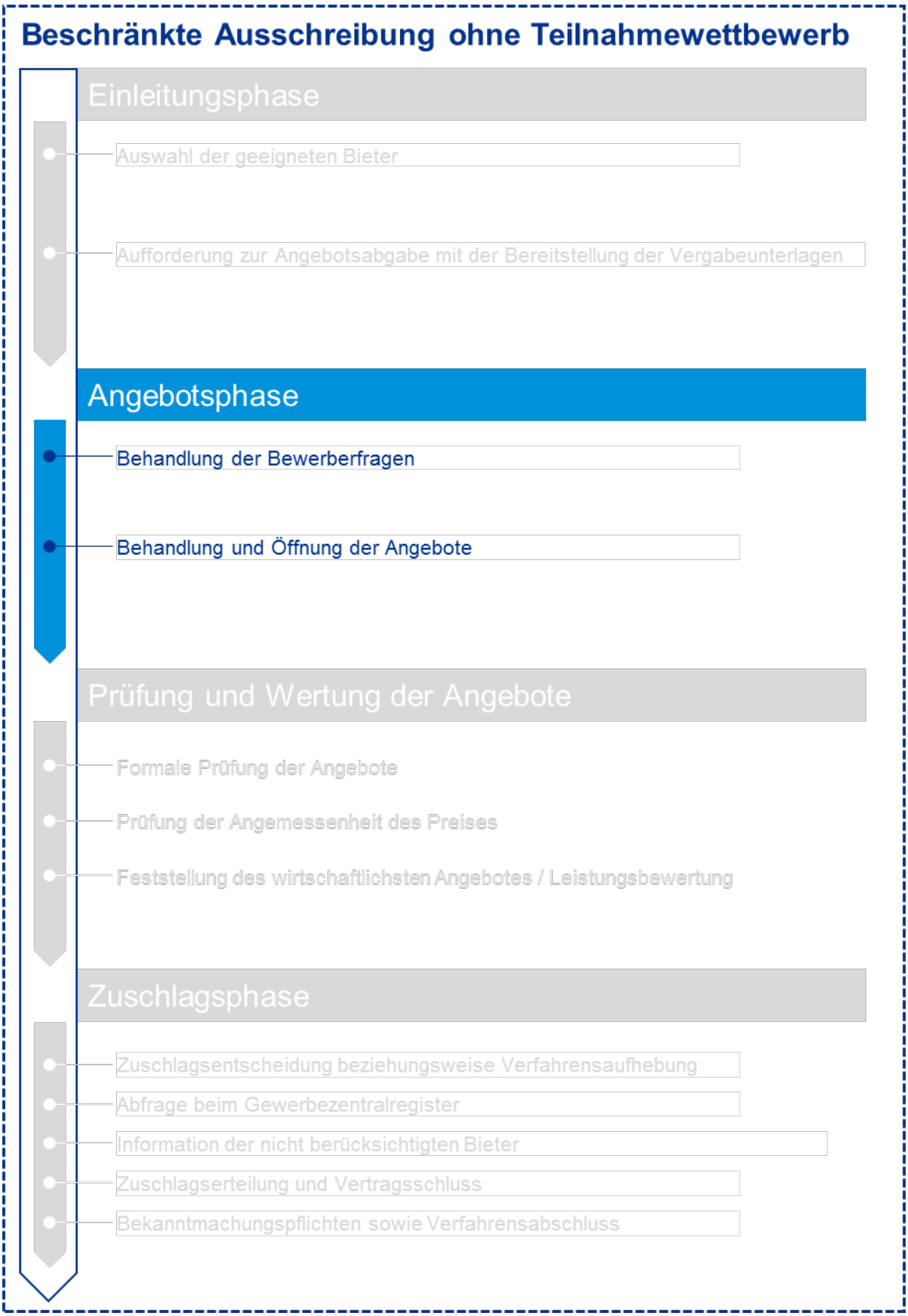
Bei einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb fordert der Auftraggeber ohne vorherige Durchführung eines Teilnahmewettbewerbes mehrere Unternehmen – grundsätzlich mindestens drei – zur Abgabe eines Angebotes auf.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe sowie die Übersendung der Vergabeunterlagen erfolgt mit Hilfe elektronischer Mittel (beispielsweise per E-Mail oder einer E-Vergabeplattform). Gemäß § 38 UVgO kann der Auftraggeber dabei festlegen, ob die Unternehmen ihre Angebote in Textform nach § 126b BGB mithilfe elektronischer Mittel gemäß § 7 UVgO, auf dem Postweg, durch Telefax oder

durch einen anderen geeigneten Weg oder durch Kombination dieser Mittel einzureichen haben. Dasselbe gilt für die sonstige Kommunikation nach § 7 UVgO.

Sofern der Auftraggeber die Erfüllung der Eignungskriterien sowie das Nichtvorliege von Ausschlussgründen eines ausgewählten Unternehmens nicht im Vorfeld feststellen kann, kann er nach § 11 Abs. 2 UVgO die notwendigen Nachweise und Erklärungen auch noch mit oder nach Versendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe von dem betreffenden Unternehmen verlangen.

9.2. Angebotsphase



9.2.1. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sollten unverzüglich beziehungsweise so lange vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden, dass die Bieter diese in ihrer Angebotserstellung berücksichtigen können. Die UVgO sieht keine konkreten Fristen für den Auftraggeber zur Beantwortung der Fragen vor. Eine Orientierung bietet jedoch die 6-Tage-Frist im Bereich europaweiter Verfahren (nach § 20 Abs. 3 S. 1 VgV). Gegebenenfalls sollte die Angebotsfrist verlängert werden.

Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bieter Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen, je nach Festlegung der Kommunikationsform gemäß § 38 UVgO, gestellt und allen Bietern gleichzeitig je nach Festlegung der Kommunikationsform – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bieterfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die UVgO sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bieterfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bieterfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Angebotsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Angebotsfrist ebenfalls zu verlängern.

9.2.2. *Behandlung und Öffnung der Angebote*

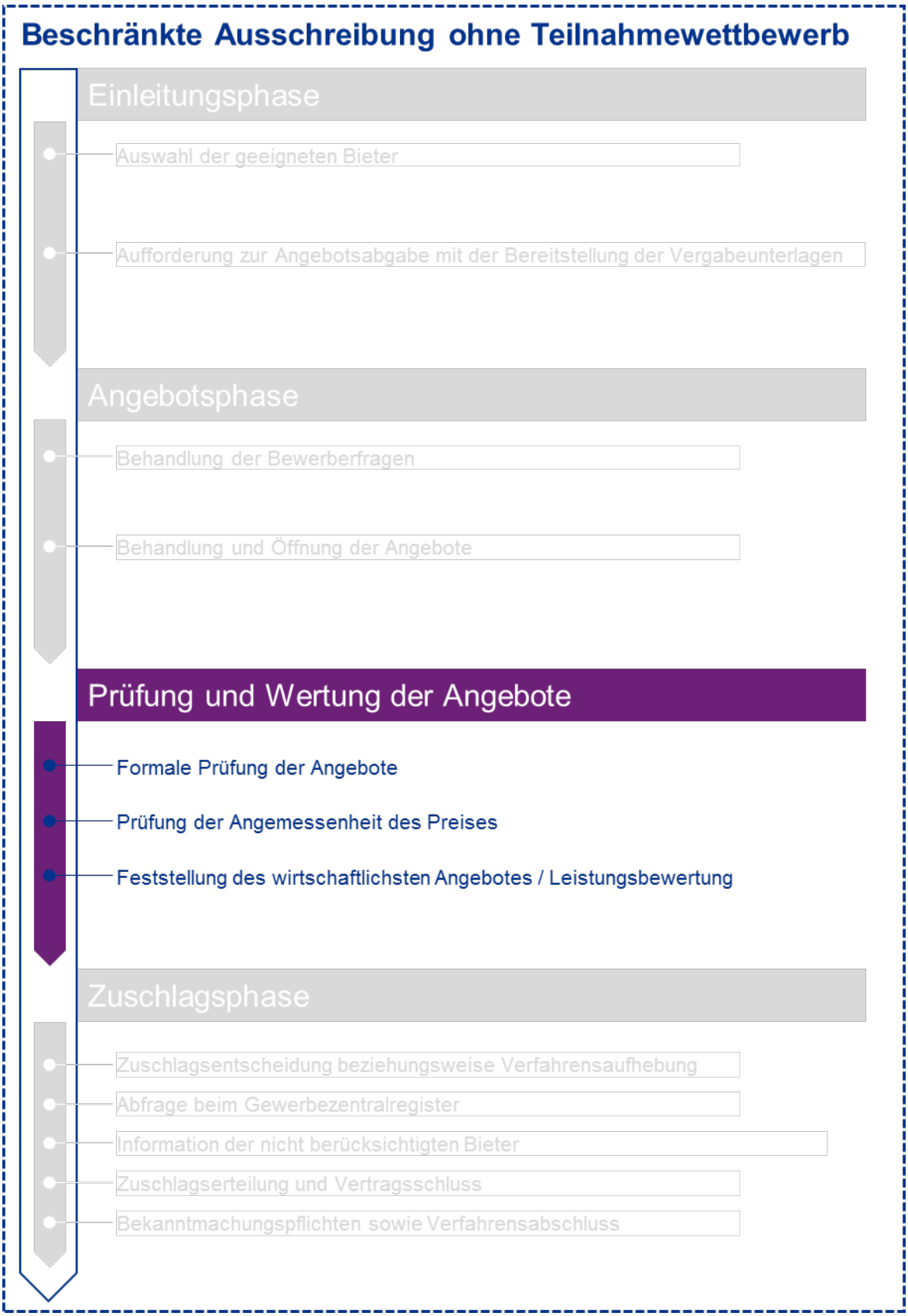
Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 39 UVgO auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 40 UVgO vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen (das Mitzeichnungserfordernis ist zu beachten).

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern. Die Öffnung der Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

9.3. Prüfung und Wertung der Angebote



Im Anschluss an die Öffnung der Angebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Dabei wird in der Praxis grundsätzlich von einem 4-stufigen Wertungssystem ausgegangen:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 41, 42 UVgO. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die in der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb in der Regel bereits zuvor (in der Einleitungsphase) durchgeführt wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote in der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb nur bei Änderungen oder neuen Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 44 UVgO. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angebote die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die nachstehende Darstellung geht in der Reihenfolge des vorstehend erläuterten 4-stufigen Wertungssystems auf die einzelnen Wertungsstufen (mit Ausnahme der Eignungsprüfung) ein.

9.3.1. *Formale Prüfung der Angebote*

Bei der formalen Prüfung prüft der Auftraggeber die Angebote auf Vollständigkeit und fachliche Richtigkeit und rechnerische Richtigkeit. Maßgeblich sind hierfür insbesondere die Vorgaben in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung. Zudem umfasst die formale Prüfung die Prüfung auf das Vorliegen von Ausschlussgründen. Danach sind von der Angebotswertung zwingend auszuschließen:

- Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn der Bieter hat dies nicht zu vertreten,
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten,
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind,
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind,
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen,

- oder nicht zugelassene Nebenangebote.

Hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, so berücksichtigt er nur die Nebenangebote, die die von ihm in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Damit an sich vielversprechende Bieter nicht wegen lediglich geringfügiger formaler Fehler ausgeschlossen werden müssen, kann der Auftraggeber Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen (insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise) nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Das Nachforderungsrecht darf jedoch nicht zum Austausch von Unterlagen genutzt werden, denn die Nachforderung bereits vorliegender, jedoch inhaltlich unzureichender Unterlagen ist nicht zulässig (siehe zum Thema Nachforderung im Einzelnen Kapitel F.7.).

Grundsätzlich nicht nachgefordert werden dürfen leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen. Es sei denn, es handelt sich um Preisangaben für unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb beeinträchtigen.

Die Entscheidung, ob er Unterlagen nachfordert, steht im Ermessen des Auftraggebers. Im Rahmen der Ermessensentscheidung muss darüber entschieden werden, ob nachgefordert wird, was nachgefordert wird und in welcher Frist nachzuliefern ist. Sowohl eine nach den obigen Ausführungen fehlerhafte Nachforderung von Unterlagen als auch eine danach fehlerhaft unterlassene Nachforderung kann dazu führen, dass die Vergabeentscheidung des Auftraggebers von Bietern angegriffen wird.

Der Auftraggeber kann die Nachforderung von Unterlagen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen ausschließen.

Der Auftraggeber darf von den Bietern nur Aufklärung über das Angebot verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der formalen Prüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe und für die Entscheidung über die Vornahme oder das Absehen von Nachforderungen) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

9.3.2. *Prüfung der Angemessenheit des Preises*

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Preises geht es um den richtigen Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten.

Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, hat der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung zu verlangen. Ein automatischer Ausschlussgrund für solche Angebote besteht also gerade nicht (Grundsatz „Aufklärung vor Ausschluss“). Konkret treffen den Auftraggeber im Rahmen dieser Aufklärung folgende Pflichten:

Der Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebotes und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen des Bieters. Die Prüfung kann insbesondere betreffen:

- die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung
- die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt
- die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung
- die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften
- oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen

Kann der Auftraggeber nach dieser Prüfung die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.

Stellt der Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Angebot abzulehnen, wenn der Bieter nicht fristgemäß nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Der Auftraggeber hat die Ablehnung in diesem Fall der Europäischen Kommission mitzuteilen.

Anlass für eine Preisaufklärung geben zunächst Angebote mit auffälligen Preisdifferenzen zu eingegangenen Konkurrenzangeboten, wobei grundsätzlich der Gesamtpreis der Angebote maßgeblich ist. In Rechtsprechung und Landesvergabegesetzen werden teilweise prozentuale Preisabstände der Angebote zum nächsthöheren Angebot angenommen beziehungsweise festgelegt („Aufgreifschwellen“). Im Einzelfall sollte der Auftraggeber vertieft prüfen, ob und inwieweit solche Aufgreifschwellen in seinem Anwendungsbereich angenommen wurden oder gelten.

Nach einem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs können die Mitbewerber verlangen, dass der Auftraggeber in die nähere Prüfung der Preisbildung eintritt, wenn ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Angebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig erscheint (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16). Die vorzunehmende Preisaufklärung sollte sich unter Berücksichtigung dieses Grundsatzurteils nicht auf die Einholung einer pauschalen Bestätigung des betroffenen Bieters beschränken, die Angebotspreise seien angemessen und auskömmlich. Vielmehr ist eine qualifizierte Preisprüfung vorzunehmen, die insbesondere deren Schutzzweck berücksichtigt, auch das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung zu wahren. Insoweit ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen, dass unangemessen niedrige Angebotspreise gesteigerte Risiken bergen. Nach dem Grundsatzurteil des BGH können sich diese in vielfältiger Weise verwirklichen, zum Beispiel:

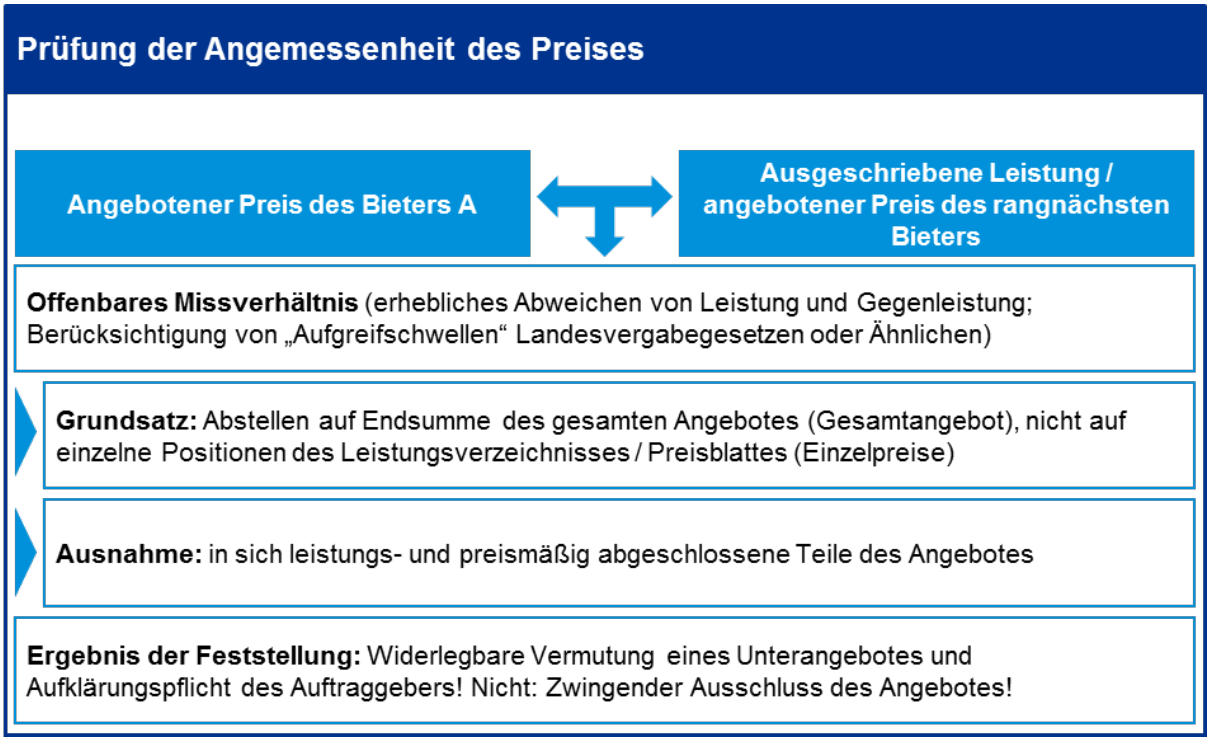
- Auftragnehmer kann infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen.

- Auftragnehmer könnte in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen, sich des Auftrages so unaufwendig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet.

Der Auftraggeber sollte diese Aspekte bei der Preisaufklärung entsprechend berücksichtigen. Kann der betroffene Bieter seine ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preise aber rechtmäßig erklären und die Gründe für seine Preisbildung eindeutig und transparent machen, kann aber auch ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot zulässig sein. Dies mit der Folge, dass ein solches Angebot nicht ausgeschlossen werden darf.

Zu Dokumentations- und Beweiszwecken ist die Durchführung der Aufklärung (Aufklärungsverlangen und Stellungnahme des betroffenen Bieters hierzu) in Textform zu dokumentieren. Für die Aufklärung durch den Bieter ist diesem eine angemessene Frist zu gewähren. In der Praxis kann für den Auftraggeber die Ausrichtung des Aufklärungsverlangens anhand konkreter Positionen des Angebotes / Preisblattes hilfreich sein, aus denen der ungewöhnlich niedrig erscheinende Gesamtpreis mutmaßlich resultiert.

Anhand der im Rahmen der Aufklärung vom betroffenen Bieter eingereichten Unterlagen hat der Auftraggeber zu prüfen, ob danach die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten zufriedenstellend aufgeklärt sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, darf der Auftraggeber den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.



Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über das Angebot, insbesondere im Zusammenhang mit den angebotenen Preisen nach den vorstehenden Maßstäben verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise (insbesondere über eine etwaige Aufklärung mit den betroffenen Bietern und über das Ergebnis, einschließlich Begründung der anschließenden Wertungsentscheidung des Auftraggebers) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

9.3.3. *Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung*

Erst im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes kommt – für die nach den drei vorstehend dargestellten Wertungsstufen im Wettbewerb verbliebenen Angebote – die in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegte Bewertungsmethode, gegebenenfalls nebst zugehöriger Leistungsbewertung gemäß Leistungsbewertungsmatrix zum Tragen (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt demgemäß nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis auf der Grundlage einer Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die in den Vergabeunterlagen durch Bewertungsmethode gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt.

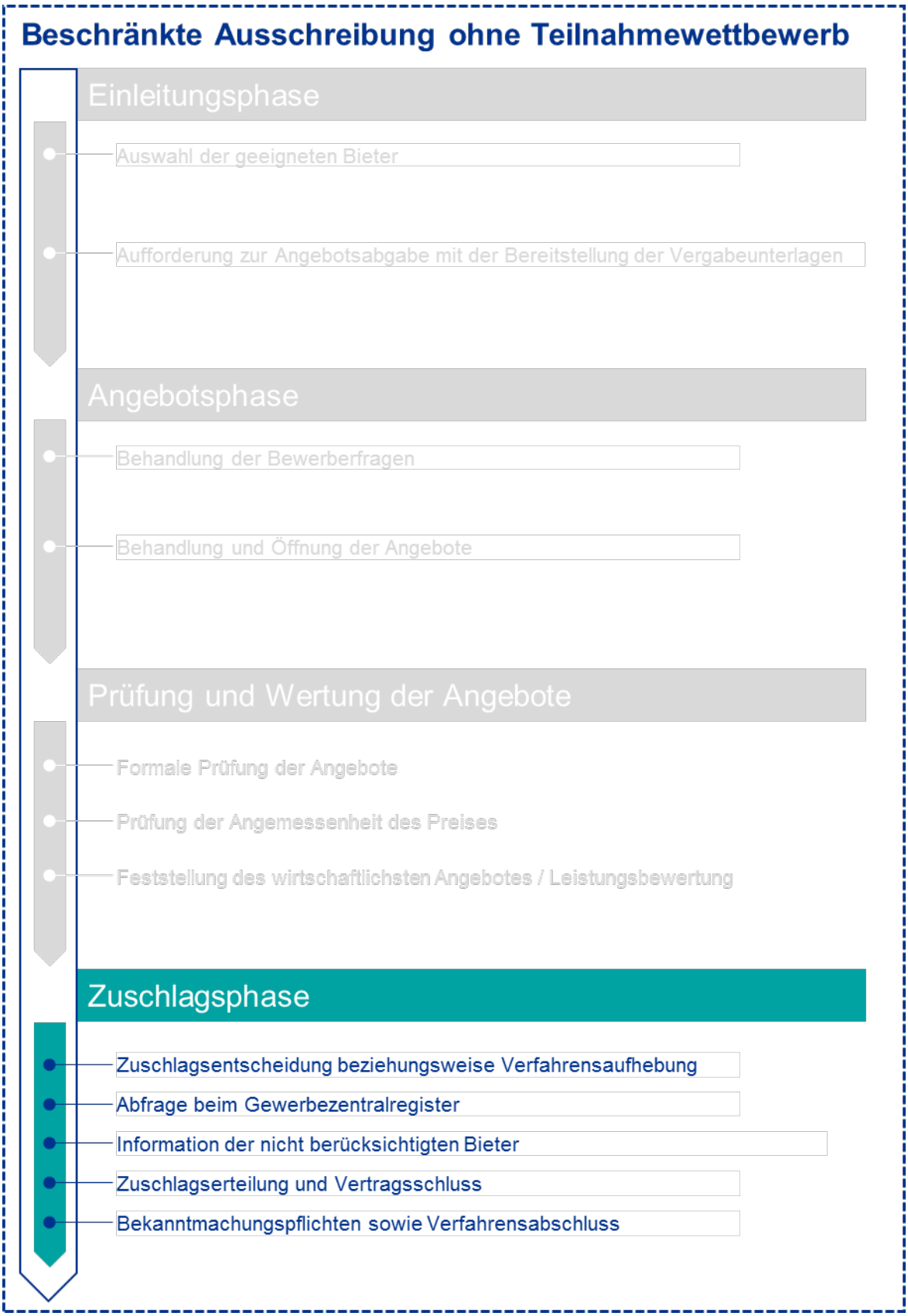
Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, insbesondere in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Zuschlagskriterien, Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes, insbesondere der Leistungsbewertung nach einer Leistungsbewertungsmatrix (insbesondere über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. Bei B-Kriterien mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung bedarf es im Rahmen der Leistungsbewertung einer besonders sorgfältigen Begründung und eine entsprechenden Dokumentation durch den Auftraggeber.

Wichtiger Hinweis:

An der Zuschlagsentscheidung sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken.

9.4. Zuschlagsphase



9.4.1. *Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung*

Im Regelfall endet das Vergabeverfahren mit einer Zuschlagsentscheidung. Voraussetzung dafür ist, dass nach Abschluss der Prüfungs- / Wertungsphase mindestens ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, das auch zu einem wirtschaftlichen Ergebnis des Vergabeverfahrens führt.

9.4.1.1. Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung

Sofern ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt und der betreffende Bieter die – gegebenenfalls auf Anforderung des Auftraggebers – nachzuweisende Eignung zunächst nur mit der Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) vorläufig belegt hatte, sollte der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung diesen Bieter auffordern, die nach §§ 33 ff. UVgO gemäß Auftragsbekanntmachung beziehungsweise den Vergabeunterlagen geforderten Unterlagen beizubringen (sofern dies nicht bereits während des Vergabeverfahrens erfolgt ist). Dies sollte in Textform (gemäß § 126b BGB) und mit einer Festlegung einer angemessenen Frist geschehen. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten. Die beigebrachten Unterlagen sind zu prüfen. Zwar schreibt die UVgO – anders als die VgV – eine solche Nachforderung beim Zuschlagskandidaten nicht verbindlich vor, spricht aber auch nur von einem vorläufigen Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen, der mittels der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung erfolgt.

Erhält der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung Kenntnis darüber, dass Gründe für einen zwingenden Ausschluss eines Unterauftragnehmers vorliegen, so verlangt der Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Betrifft die Kenntnis fakultative Ausschlussgründe, kann der Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der Auftraggeber setzt dem Bieter dafür eine Frist, die so zu bemessen ist, dass dem Auftraggeber durch die Verzögerung keine Nachteile entstehen. Ist dem Bewerber oder Bieter ein Wechsel des Unterauftragnehmers innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird das Angebot ausgeschlossen (§ 26 Abs. 5 UVgO).

9.4.1.2. Zuschlagsentscheidung

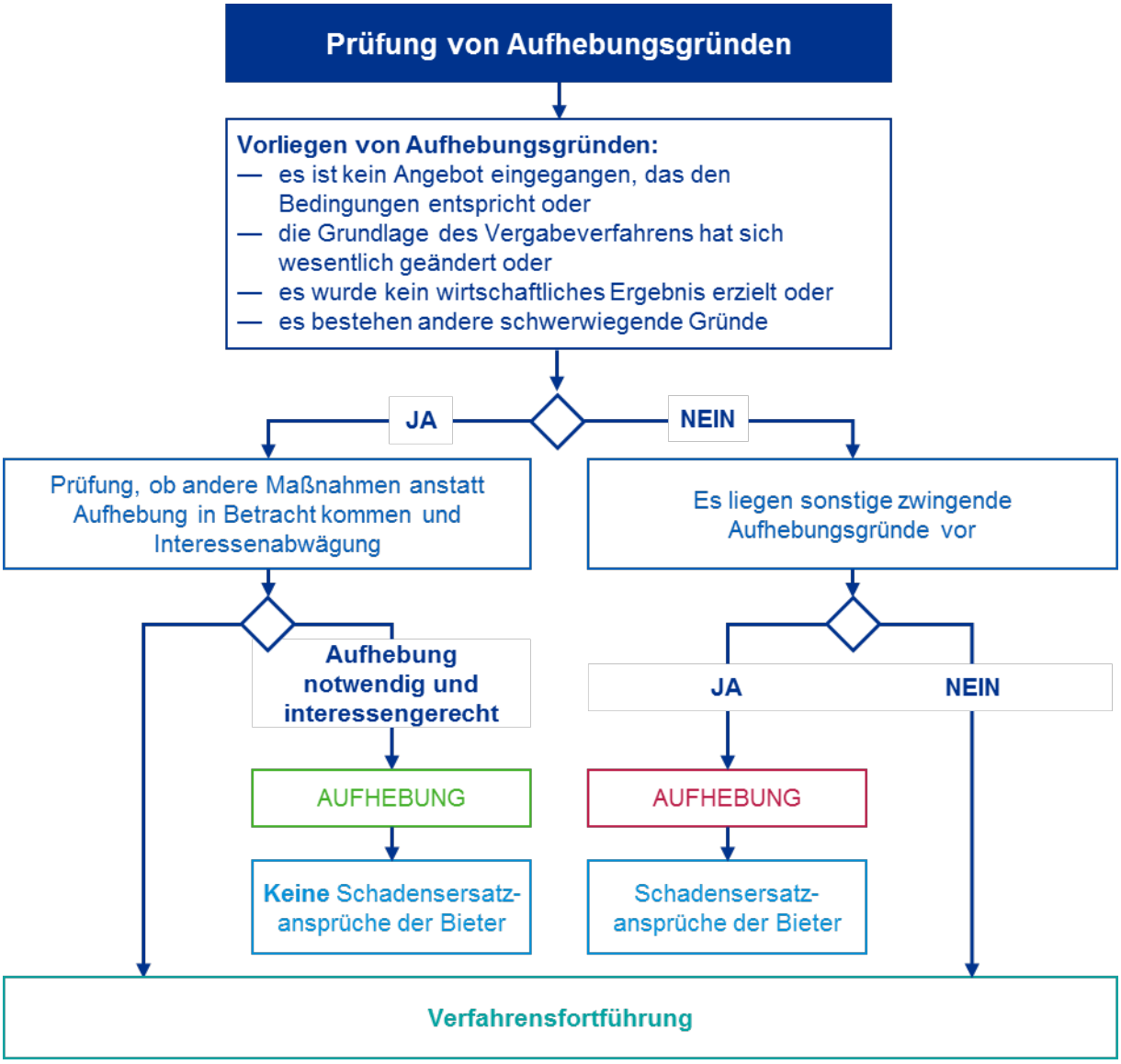
Nach Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen der Prüfungs- / Wertungsphase ist die Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Sowohl die Grundlagen für die Zuschlagsentscheidung als auch die Gründe der Nichtberücksichtigung der restlichen Bieter sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. An der Entscheidung über den Zuschlag sollen nach § 43 Abs. 8 UVgO in der Regel mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers mitwirken (Mitzeichnung ist erforderlich).

Sofern demgegenüber keine zuschlagsfähigen Angebote vorliegen oder andere Aufhebungsgründe zutreffen, so ist das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Regelung des § 48 UVgO ganz oder losweise aufzuheben.

9.4.1.3. Aufhebung

Nach § 48 UVgO kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den in der Norm genannten und eng begrenzten Tatbeständen durch eine rechtmäßige Aufhebung beenden. Grundsätzlich gilt, dass Auftraggeber Vergabeverfahren nicht willkürlich aufheben dürfen. Ein „Auslaufen“ eines Vergabeverfahrens ohne einen für die Bieter erkennbaren Abschluss und dementsprechende Information durch den Auftraggeber ist nicht zulässig. Der früheste Zeitpunkt einer möglichen Aufhebung ist unmittelbar nach erfolgter Bekanntmachung des Vergabeverfahrens oder Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick über Aufhebungsgründe und -modalitäten:



Diese Aufhebungsvoraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen. Allerdings darf der Auftraggeber auch dann, wenn keine der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, das Verfahren aufheben. Er ist also nicht gezwungen, den Zuschlag zu erteilen. Ein sonstiger zwingender Aufhebungsgrund kann beispielsweise bestehen, wenn aufgrund fehlerhafter Planungen bereits ursprünglich nicht verfügbare Haushaltsmittel für den Auftrag endgültig verweigert werden. Ohne das Vorliegen einer gesetzlichen Aufhebungsvoraussetzung können Bieter jedoch unter Umständen erfolgreich Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Es ist zwischen einer Vollaufhebung und einer Teilaufhebung zu unterscheiden. Damit bei losweisen Vergaben nicht alle Beschaffungsmaßnahmen betroffen sind, ist grundsätzlich eine Teilaufhebung für das betreffende Los möglich.

Wichtiger Hinweis:

Nach der zugrunde liegenden Norm ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines Aufhebungstatbestandes nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben. Der Auftraggeber besitzt somit einen Ermessensspielraum und muss bei der Entscheidung auch die Interessen der Bieter berücksichtigen. Vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber daher eine Interessenabwägung vornehmen und prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind. Der Auftraggeber ist dazu angehalten, alles Mögliche zu tun, um eine Aufhebung zu vermeiden. So soll insbesondere angestrebt werden, etwaige Verfahrensfehler, die während des Vergabeverfahrens auftreten, zu beheben. Eine Beseitigung von Verfahrensfehlern erfordert nicht unbedingt eine vorherige Aufhebung.

Nach der Entscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber den Bietern unverzüglich seine Entscheidung mitzuteilen, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten. Diese Mitteilung kann formfrei erfolgen. Aus Dokumentationsgründen sollte jedoch von vornherein die Textform gewählt werden. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

9.4.2. *Abfrage beim Gewerbezentralregister*

Das MiLoG trifft in § 19 MiLoG Regelungen zum Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage sind Auftraggeber verpflichtet, Bieter vor dem Zuschlag hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des MiLoG zu überprüfen (Eigenerklärung ist zu verlangen). Darüber hinaus muss bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO eingeholt werden (auch „MiLoG-Abfrage“ genannt).

Diese Auskunft sollte im Sinne eines zügigen Abschlusses des Vergabeverfahrens unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung beim zuständigen Bundesamt für Justiz angefordert werden. Sofern der Bieter ausweislich der Gewerbezentralregisterauskunft mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden ist, soll dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Vor einer Entscheidung über den etwaigen Ausschluss ist dem Bieter eine Gelegenheit einzuräumen, sich zu dem Sachverhalt zu äußern. Aus Dokumentationsgründen sollte die Anhörung des Bieters in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Bei der zu treffenden Entscheidung über den Ausschluss auf Grundlage der Ausführungen eines Bieters ist es naheliegend, dass der Auftraggeber sich an den Grundsätzen der Selbstreinigung gemäß § 31 UVgO in Verbindung mit § 125 GWB orientiert.

Tipp für die Praxis:

Sofern die Gewerbezentralregisterauskunft im schriftlichen Verfahren eingeholt wird, kann dies zu gegebenenfalls nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Daher empfiehlt es sich, dass der Auftraggeber die Möglichkeit nutzt, Gewerbezentralregisterauskünfte im deutlich schnelleren elektronischen Verfahren beim Bundesamt für Justiz einzuholen. Dazu bedarf es – soweit noch nicht vorhanden – der Einrichtung eines elektronischen Zugangs. Die Beantragung eines elektronischen Zugangs beim Bundesamt für Justiz sollte bereits vor oder in der Frühphase des Vergabeverfahrens

erfolgen. Weitere Informationen sind von der Webseite des Bundesamtes der Justiz zu beziehen (siehe https:// www.bundesjustizamt.de).

Der Auftraggeber kann bereits in den Bewerbungsbedingungen von den Bewerbern / Bietern Eigenerklärungen über das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 98c AufenthG, § 19 MiLoG, § 21 AEntG und § 21 SchwarzArbG und über das Vorliegen entsprechender Einträge im Gewerbezentralregister verlangen. Auf diese Weise erhält der Auftraggeber bereits bei der Eignungsprüfung eine Indikation über das Vorliegen solcher Ausschlusstatbestände. Von der vorstehend dargestellten Abfragepflicht beim Gewerbezentralregister für den zum Zuschlag vorgesehenen Bieter befreit eine solche Eigenerklärung den Auftraggeber jedoch nicht.

Wichtiger Hinweis:

Neben der Abfrage beim Gewerbezentralregister sind bei Vergabeverfahren von Landesbehörden beziehungsweise öffentlichen Auftraggebern der Länder gegebenenfalls auch nach dem Vergaberecht des jeweiligen Bundeslandes notwendige Abfragen beim Korruptionsregister des betreffenden Bundeslandes zu beachten.

Zudem werden öffentliche Auftraggeber ab Aufnahme des Betriebs des neuen Wettbewerbsregisters nach Maßgabe des WRegG verpflichtet sein, vor Erteilung des Zuschlages beim Wettbewerbsregister elektronisch abzufragen, ob das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll, eingetragen ist.

9.4.3. *Information der nicht berücksichtigten Bieter*

9.4.3.1. Informationspflicht nach Zuschlagserteilung

Im Rahmen der Informationspflicht nach § 46 UVgO muss der Auftraggeber jeden Bieter unverzüglich über die erfolgte Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung informieren. Diese Information muss unverzüglich nach der Zuschlagserteilung erfolgen.

Das Informationsschreiben muss nur Informationen über den Ausgang der Beschränkten Ausschreibung enthalten. Weitergehende Informationen (zum Beispiel Angabe des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll oder der Ablehnungsgrund) sind nicht erforderlich. Eine spezielle Form für das Informationsschreiben ist nicht vorgesehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Informationsschreibens achten. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

Adressaten des Informationsschreibens sind alle Bieter, das heißt Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt haben.

Darunter fällt beispielsweise auch das Angebot eines Bieters, das bereits deshalb ausgeschlossen werden musste, weil es verspätet eingegangen war.

9.4.3.2. Informationspflicht auf Antrag

Unabhängig von der vorstehend dargestellten gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflicht nach § 46 Abs. 1 S. 1 UVgO gegenüber nicht berücksichtigten Bietern, besteht nach § 46 Abs. 1 S. 2 UVgO

eine ergänzende Informationspflicht gegenüber Bietern, die weitergehende Information vom Auftraggeber verlangen.

Der Auftraggeber unterrichtet auf Verlangen Bieters unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrages, den nicht berücksichtigten Bieter über

- die wesentlichen Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes (1) und
- die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes (2) sowie
- den Namen des erfolgreichen Bieters (3).

Hinsichtlich des erfolgreichen Bieters (3) genügt die Angabe des Namens (notwendig ist also nicht die Angabe der Adresse etc.).

Die Ausführlichkeit der Begründung der Ablehnung eines Angebotes hängt vom Einzelfall ab, beispielsweise von der Komplexität der Bewertungsmethode. Die Begründung der Ablehnung eines Angebotes (1) muss jedenfalls auf die konkreten im Einzelfall tragenden Gründe eingehen. Ein bloßer allgemeiner Hinweis darauf, dass das Angebot ausgeschlossen werden musste oder nicht das wirtschaftlichste gewesen ist, genügt im Regelfall den Anforderungen an die zu übermittelnden Inhalte gemäß der Informationspflicht auf Antrag nicht, auch wenn die Begründung grundsätzlich knapp ausfallen kann.

Folgende Grundsätze sollte man bei der Angabe von Gründen für die Ablehnung eines Angebotes beachten:

- Es sind vollständige Informationen und somit alle Gründe für die Ablehnung des Angebotes anzugeben. Ist ein Angebot beispielsweise sowohl verspätet als auch in Form eines Nebenangebotes eingegangen, obwohl Nebenangebote nicht zugelassen wurden, so liegen zwei Gründe für Ablehnung des Angebotes vor, die mitgeteilt werden sollten.
- Sofern das Angebot des Bieters abzulehnen ist, weil es sich nicht um das wirtschaftlichste Angebot handelt, sollten – je nach der anzuwendenden Bewertungsmethode – konkretisierende Informationen mitgeteilt werden. Ist über den Zuschlag auf Grundlage des günstigsten Preises beziehungsweise der niedrigsten Kosten zu entscheiden, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, welchen Rang das Angebot in der Rangfolge der Preise beziehungsweise der Kosten belegt hat. Erfolgt die Zuschlagserteilung auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, ob sein Angebot anhand eines teureren Preises oder anhand niedrigerer Leistungspunkte als der Zuschlagskandidat oder aus beiden Gründen ausgeschlossen werden muss, gegebenenfalls ergänzt um die jeweilige Rangfolge.
- Insgesamt sollen die Informationen aussagekräftig und für den Bieter nachvollziehbar sein.

Darüber hinaus gehende Informationen zur Ablehnung des Angebotes werden regelmäßig nicht erforderlich sein. Insbesondere ist eine Angabe von konkreten Leistungspunktzahlen nicht notwendig.

Weiterhin sind die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitzuteilen. Der Spielraum für solche Informationen über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ist allerdings aus Gründen des Vertraulichkeitsschutzes und des fairen Wettbewerbes nur sehr klein. Man wird hier kaum weiter gehen können, als etwa dem nicht erfolgreichen Bieter in allgemeiner Form mitzuteilen, in welchen Leistungsbereichen (zum Beispiel Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen) der

Zuschlagskandidat besser abgeschnitten hat als der nicht erfolgreiche Bieter. Aufgrund des Vertraulichkeitsschutzes gemäß § 3 UVgO, der die vertraulichen Aspekte des Angebotes des Zuschlagskandidaten regelt, ist insbesondere hinsichtlich etwaiger Preisinformationen größte Zurückhaltung geboten.

Der öffentliche Auftraggeber ist im Übrigen nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern (a), dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen (b), den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden (c) oder den lauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde (d). Insbesondere die genannten Aspekte (c) und (d) sprechen dafür, dass der Auftraggeber bei der antragsgemäßen Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ein hohes Maß an Zurückhaltung walten lässt.

9.4.4. *Zuschlagserteilung und Vertragsschluss*

9.4.4.1. Übermittlung Zuschlagsschreiben

Zum Vertragsschluss muss der Auftraggeber dem ausgewählten Bieter ein Zuschlagsschreiben übermitteln. In dem Zuschlagsschreiben ist dem Bieter mitzuteilen, dass der Zuschlag erteilt wird und das Angebot des Bieters angenommen wird. Dabei ist in der UVgO keine spezifische Form (zum Beispiel die Textform), vorgesehen. Insofern ist von einer Wahlfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Übermittlungsform auszugehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Zuschlagsschreibens achten. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

Mit Zugang des Zuschlagsschreibens beim Bieter kommt der Vertrag zustande. Dabei gelten die Grundsätze zum Vertragsschluss nach dem BGB. Das Zuschlagsschreiben muss daher dem Bieter rechtzeitig vor Ablauf der Zuschlagsfrist und vor allem noch innerhalb der Angebotsbindefrist zugehen. Daneben darf die Annahme des Angebotes im Zuschlagsschreiben nicht an Bedingungen geknüpft sein oder eine Änderung des Angebotes oder der Vertragsunterlagen enthalten.

Soll die festgelegte Zuschlagsfrist aus wichtigen Gründen verlängert werden, so ist das Einverständnis der zu diesem Zeitpunkt noch im Vergabeverfahren befindlichen Bieter einzuholen. Es kann auch nur die Zustimmung derjenigen Bieter eingeholt werden, die noch eine Chance auf eine Zuschlagserteilung haben. Bei dieser Gelegenheit sind die Bieter auch aufzufordern, einer Verlängerung der Angebotsbindefrist zuzustimmen, soweit deren Fristende vor dem Ende der verlängerten Zuschlagsfrist liegt.

9.4.4.2. Erstellung der Vertragsurkunde

Nach Übermittlung des Zuschlagsschreibens wird zur Verfahrensdokumentation regelmäßig eine Vertragsurkunde ausgefertigt. Der Inhalt dieser Vertragsurkunde ergibt sich im Wesentlichen aus den Vertragsunterlagen (die Bestandteil der Vergabeunterlagen waren) und dem Angebot. Bei kleineren Beschaffungen kann auf die Ausfertigung einer gesonderten Vertragsurkunde verzichtet werden. Der Vertragsinhalt ergibt sich dann etwa aus der Leistungsbeschreibung, der VOL/B und dem Angebot.

Die Vertragsunterlagen – beispielsweise die bereits weitestgehend vorausgefüllten EVB-IT Vertragsformulare – sind im Wege einer Konsolidierung mit den notwendigen Informationen aus dem

Angebot zu vervollständigen. Der Vertragsinhalt ist bereits mit Zuschlagserteilung und Übermittlung des Zuschlagsschreibens wirksam festgelegt und darf im Zuge der Erstellung der Vertragsurkunde nicht geändert werden.

9.4.4.3. Unterzeichnung der Vertragsurkunde

Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Vertragspartner dient der Beweissicherung und trägt zur Rechtssicherheit bei. Der Auftraggeber übermittelt dem Auftragnehmer beispielsweise zwei Vertragsurkunden, von denen eine bereits von der Auftraggeberseite gezeichnet ist und beim Auftragnehmer verbleibt, während der Auftragnehmer die andere nach Unterzeichnung an den Auftraggeber zurücksendet.

Zu Dokumentationszwecken sollten der abzulegenden Vertragsurkunde alle Vertragsanlagen beigefügt werden.

9.4.5. *Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss*

9.4.5.1. Vergabebekanntmachung und Statistikmeldungen

Der Auftraggeber informiert nach der Durchführung der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb für die Dauer von drei Monaten über jeden so vergebenen Auftrag ab einem Auftragswert von 25.000 Euro ohne Umsatzsteuer auf seinen Internetseiten oder auf Internetportalen. Diese Information enthält mindestens Angaben zum Name und Anschrift des Auftraggebers und dessen Beschaffungsstelle (1), zum Namen des beauftragten Unternehmens (2), zur Verfahrensart (3), zu Art und Umfang der Leistung (4) sowie zum Zeitraum der Leistungserbringung (5).

Daneben sieht die VergStatVO für den Auftraggeber bestimmte Pflichten zur Übermittlung von statistikrelevanten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vor, die zu beachten sind.

9.4.5.2. Abschluss des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren ist in der Regel mit der Auftragserteilung durch Übermittlung des Zuschlagsschreibens beendet. Bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern wirkt das Vergabeverfahren jedoch noch fort, soweit nach den Regelungen der Rahmenvereinbarung mittels erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Unternehmen, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind, also sogenannten Miniwettbewerben, Einzelaufträge vergeben werden (Die UVgO sieht dies zwar in § 15 UVgO nicht explizit vor, jedoch können solche Regelungen für „Miniwettbewerbe“ in die Bewerbungsbedingungen aufgenommen werden). Auch diese Vergaben von Einzelaufträgen unterliegen dann noch den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen (siehe Kapitel E.1.2.).

Die Vertragsunterlagen sind mit Abschluss des Vergabeverfahrens an die für die Vertragsverwaltung zuständige Stelle zu übermitteln.

9.4.5.3. Aufbewahrung der Unterlagen

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist die Vergabeakte auf Vollständigkeit zu prüfen und zu archivieren.

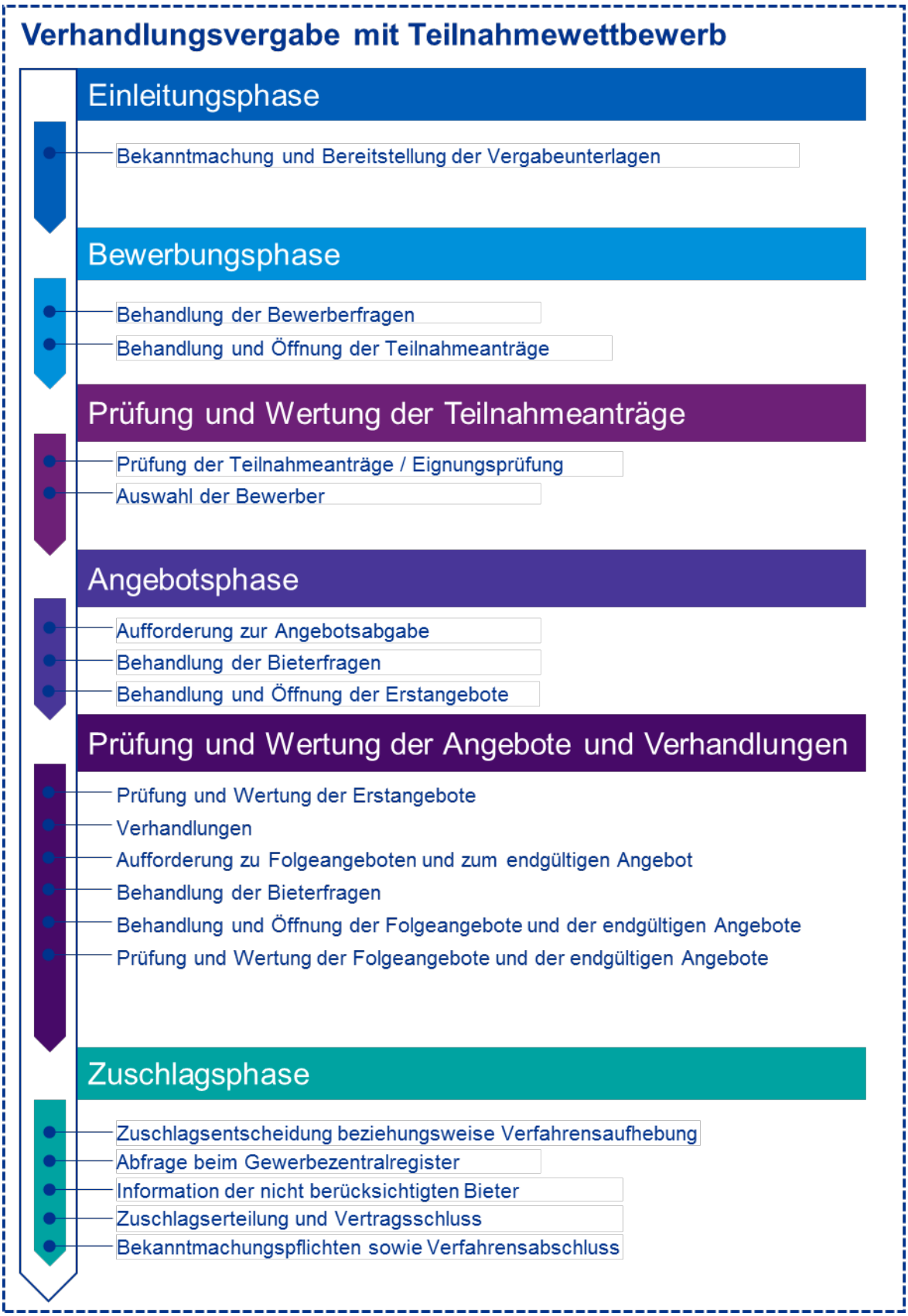
Die gesamte Verfahrensdokumentation sowie die Teilnahmeanträge und Angebote samt ihrer Anlagen sind gemäß § 6 Abs. 2 UVgO mindestens für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages aufzubewahren.

Gegebenenfalls müssen die Vergabeunterlagen sowie die gesamte Vergabeakte mit deren Anlagen entsprechend der für den Auftraggeber geltenden Aufbewahrungsvorschriften und -fristen noch länger als die vorgenannte dem Vergaberecht entstammende Frist aufbewahrt werden.

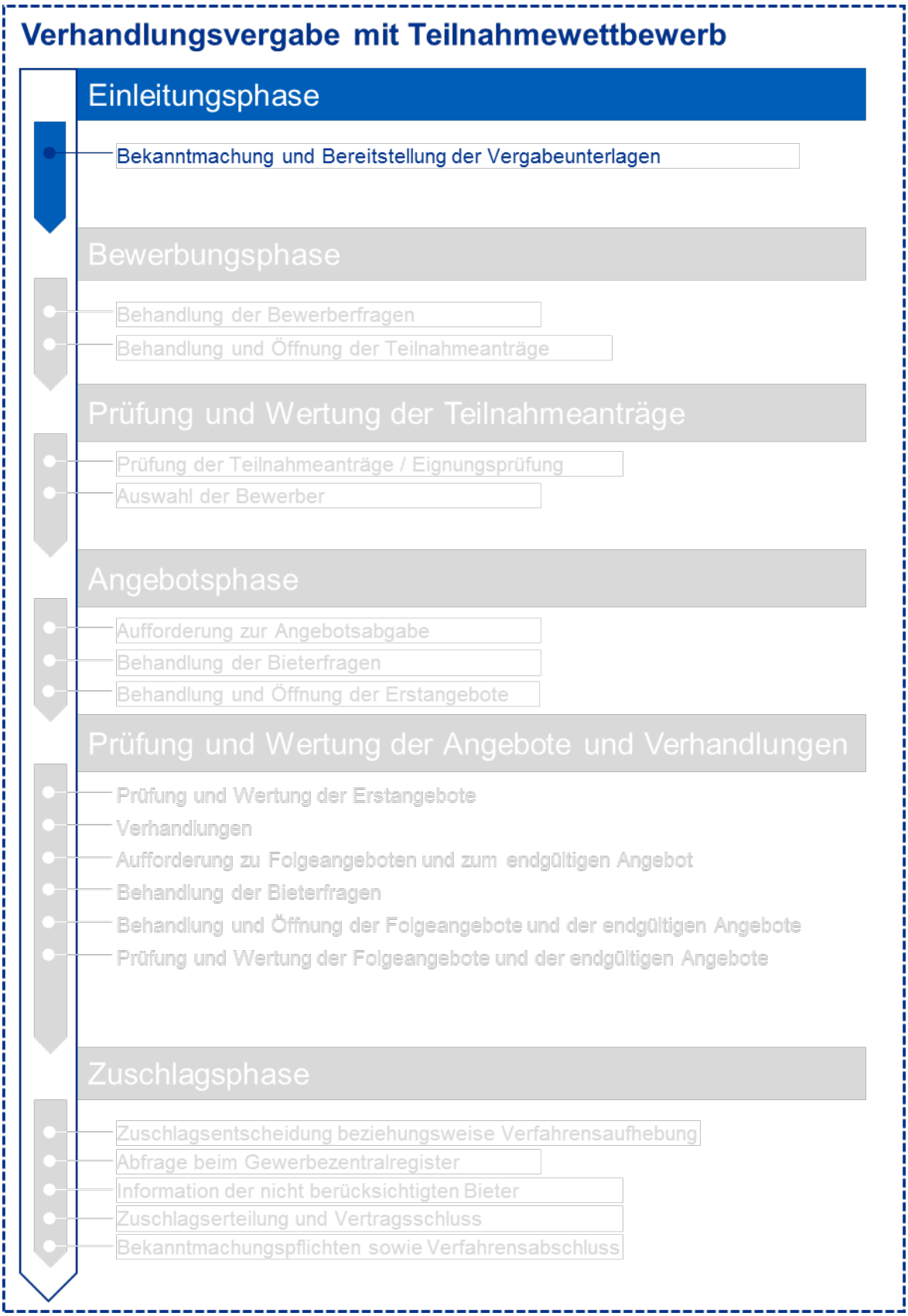
Wichtig ist dies unter anderem auch zum Zweck einer etwaigen Prüfung der vergaberechtlichen Relevanz späterer Vertragsänderungen, weil dann die ursprünglichen Vergabeunterlagen regelmäßig nochmals geprüft werden müssen (siehe Kapitel E.2.1.1.1.).

Die Angebote einschließlich ihrer Anlagen sowie die Dokumentation über Öffnung und Wertung der Angebote sind im Übrigen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

10. Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb



10.1. Einleitungsphase



10.1.1. *Bekanntmachung*

Die Veröffentlichung von Auftragsbekanntmachungen nationaler Vergabeverfahren ist in § 28 UVgO geregelt.

Auftragsbekanntmachungen sind auf den Internetseiten des Auftraggebers oder anderen Internetportalen zu veröffentlichen. Sie müssen aber immer auch über die Suchfunktion des Portals www.bund.de ermittelt werden können. Zusätzlich können Bekanntmachungen in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften veröffentlicht werden.

Die Auftragsbekanntmachung nationaler Verfahren enthält mindestens die nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 bis 14 UVgO notwendigen Angaben (siehe Kapitel C.4.5.2.).

Gemäß § 38 UVgO kann der Auftraggeber dabei festlegen, ob die Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote in Textform nach § 126b BGB mithilfe elektronischer Mittel gemäß § 7 UVgO, auf dem Postweg, durch Telefax oder durch einen anderen geeigneten Weg oder durch Kombination dieser Mittel einzureichen haben. Dasselbe gilt für die sonstige Kommunikation nach § 7 UVgO.

10.1.2. *Bereitstellung der Vergabeunterlagen*

Die Bereitstellung der Vergabeunterlagen nationaler Vergabeverfahren ist in § 29 UVgO geregelt.

Die Vergabeunterlagen müssen vom Bieter über eine elektronische Adresse unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Das heißt der öffentliche Auftraggeber hat die Unterlagen auf einer Webseite (zum Beispiel dem Webauftritt des Auftraggebers oder einer Vergabeplattform) – ohne Registrierungs- und Anmeldezwang – zum direkten Download bereitzustellen. Bewerber beziehungsweise Bieter dürfen nicht dazu aufgefordert werden, die Vergabeunterlagen per Mail beim Auftraggeber abzurufen.

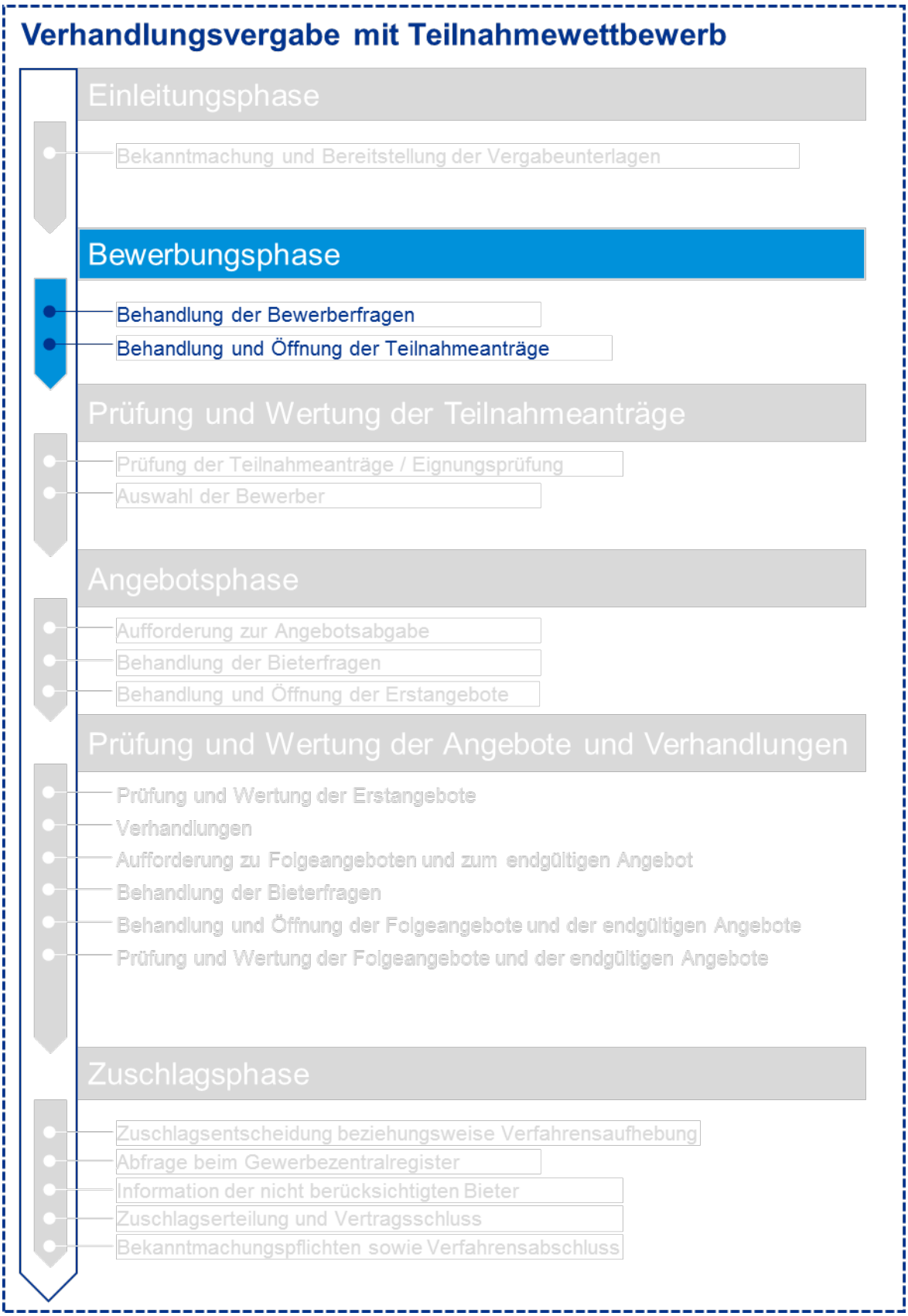
Die elektronische Adresse (Internetadresse) zum Abruf der Vergabeunterlagen ist in der Auftragsbekanntmachung anzugeben.

Ausnahmen, mit der Möglichkeit, die Vergabeunterlagen auf einem anderen geeigneten Weg zu übermitteln, bilden die in § 29 Abs. 2 UVgO geregelten technischen Gründe, wenn zum Beispiel Dateiformate zur Beschreibung der Leistung beziehungsweise der Angebote zum Einsatz kommen, die nicht mit allgemein verfügbaren oder verbreiteten Programmen verarbeitet werden können. Auch erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen bilden (nach § 29 Abs. 3 UVgO) Ausnahmen. Der Auftraggeber kann die Unterlagen in den genannten Fällen auf einem anderen geeigneten Weg übermitteln.

Wichtiger Hinweis:

Aufgrund des Wortlauts von § 41 Abs. 1 VgV („vollständig“) in Verbindung mit § 29 VgV („Vergabeunterlagen“) sollte der Auftraggeber davon ausgehen, dass eine „vollständige“ Bereitstellung der Vergabeunterlagen auch bei Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb bereits zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung eine Bereitstellung auch folgender Unterlagen und Informationen für den Leistungswettbewerb umfasst: Bewerbungsbedingungen, Leistungsbeschreibung, Vertragsbedingungen, Ausgestaltung der Zuschlagskriterien.

10.2. Bewerbungsphase



10.2.1. *Behandlung der Bewerberfragen*

Innerhalb der Teilnahmefrist können die Bewerber zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sollten unverzüglich beziehungsweise so lange vor Ablauf der Teilnahmefrist erteilt werden, dass die Bewerber diese in ihrer Erstellung des Teilnahmeantrages berücksichtigen können. Die UVgO sieht keine konkreten Fristen für den Auftraggeber zur Beantwortung der Fragen vor. Eine Orientierung bietet jedoch die 6-Tage-Frist im Bereich europaweiter Verfahren (nach § 20 Abs. 3 S. 1 VgV). Gegebenenfalls sollte die Teilnahmefrist verlängert werden.

Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bewerber Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen, je nach Festlegung der Kommunikationsform gemäß § 38 UVgO, gestellt und allen Bewerbern gleichzeitig, je nach Festlegung der Kommunikationsform – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen, die Teilnahmeanträge oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bewerberfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die UVgO sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bewerberfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bewerberfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Teilnahmeantragsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Teilnahmeantragsfrist ebenfalls zu verlängern.

10.2.2. *Behandlung und Öffnung der Teilnahmeanträge*

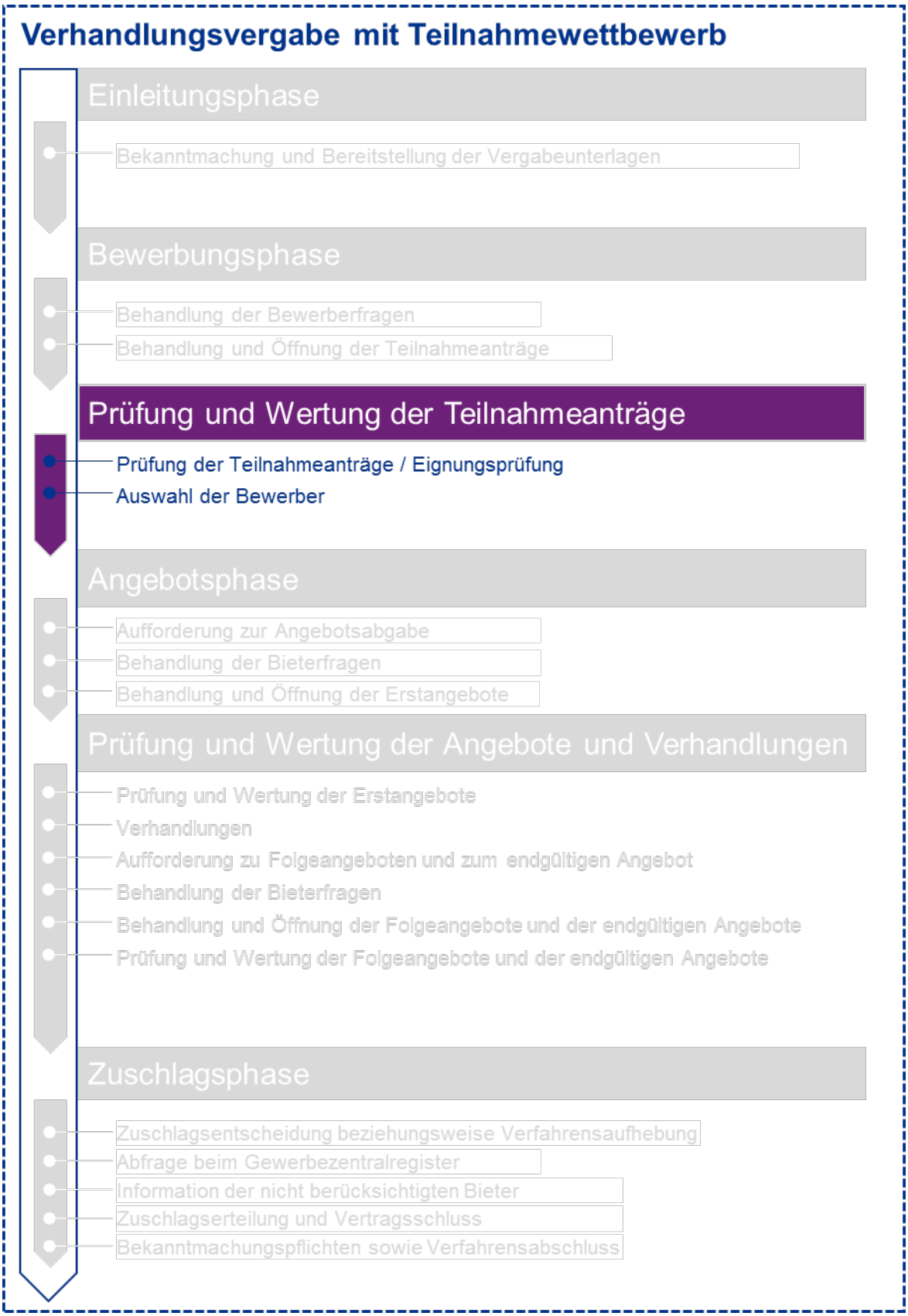
Elektronisch übermittelte Teilnahmeanträge sind nach § 39 UVgO auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Teilnahmeanträge sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Teilnahmeanträge sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 40 UVgO vom Inhalt der Teilnahmeanträge erst nach Ablauf der Teilnahmefrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Teilnahmeanträge sollte von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Teilnahmefrist durchgeführt werden.

Die Öffnung der Teilnahmeanträge ist in Textform zu dokumentieren. Die Teilnahmeanträge sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

10.3. Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge



10.3.1. *Prüfung der Teilnahmeanträge / Eignungsprüfung*

Im Anschluss an die Öffnung der Teilnahmeanträge hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen der Eignungsprüfung zugrunde zu legen.

Im Rahmen der Eignungsprüfung prüft der Auftraggebers das Vorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB und, ob und inwieweit die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen fachkundig und leistungsfähig (geeignet) sind.

Die Ausschlussgründe in diesem Sinne sind teilweise zwingend (ohne Ermessen für den Auftraggeber, § 123 GWB), teilweise fakultativ (Kann-Ausschluss mit Ermessensentscheidung für den Auftraggeber, § 124 GWB). Hier hat der Auftraggeber den entsprechenden Katalog der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB sowie die Regelungen zur Selbstreinigung (§§ 125, 126 GWB) zu beachten. Gemäß § 31 Abs. 2 S. 5 UVgO findet § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die mangelhafte Vertragserfüllung weder zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages, noch zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben muss.

Im Übrigen sind für die Eignungsprüfung die dahingehenden Vorgaben, namentlich die Festlegungen zu den Eignungskriterien, in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung (gegebenenfalls in einer Eignungsbewertungsmatrix) maßgeblich. Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Planung und eines ordnungsgemäßen Designs der Beschaffung hat der Auftraggeber entsprechende Eignungskriterien festgelegt und definiert, die ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über deren Eignung verlangen.

10.3.2. *Auswahl der Bewerber*

Der Auftraggeber wählt die Bewerber zur Abgabe eines Angebotes aus, bei denen keine Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB vorliegen und die die Eignungskriterien (am besten) erfüllen. Die Vorgaben für die Auswahlentscheidung (zum Beispiel Eignungsbewertungsmatrix und Mindest- / Höchstzahl der auszuwählenden Bewerber) hat der Auftraggeber bereits in der Planung und im Design einer Beschaffung rechtmäßig in den Vergabeunterlagen festgelegt und definiert.

Für die der am besten geeigneten Bewerber erfolgt demgemäß nach einer Bewertung des Auftraggebers auf der Grundlage einer Eignungsbewertungsmatrix, ob und inwieweit der Bewerber die in den Vergabeunterlagen durch Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix vorgegebenen Eignungsanforderungen erfüllt.

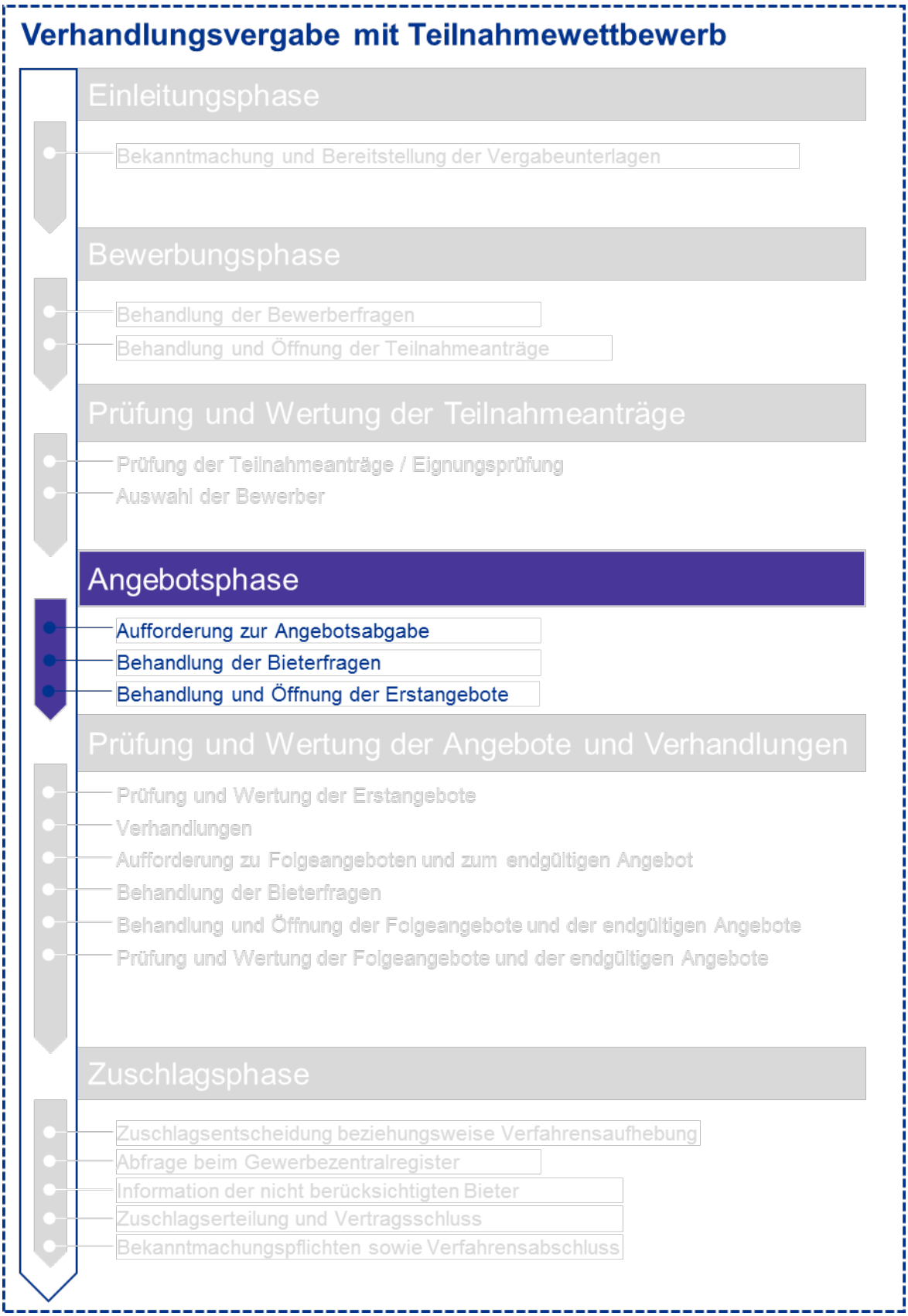
Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, in der Auftragsbekanntmachung und in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder

sonstige Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Eignungskriterien und gegebenenfalls Eignungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Der Auftraggeber hat die Bewerber, die nicht ausgewählt werden und damit im Teilnahmewettbewerb ausscheiden, über die Gründe für die Ablehnung ihres Teilnahmeantrag s zu unterrichten (§ 46 Abs. 1 S. 3 UVgO).

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Eignungsprüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe, einschließlich etwaiger Begründungen für Ermessensentscheidungen, und über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich deren Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

10.4. Angebotsphase



10.4.1. *Aufforderung zur Angebotsabgabe*

Nur die vom Auftraggeber im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Unternehmen werden vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält regelmäßig die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, das Aktenzeichen und möglicherweise ein Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen. Weiterhin sollte der Aufbau der Vergabeunterlagen in einer Übersicht dargestellt werden und die Angebotsfrist sowie die Stelle, bei der das Angebot oder die angeforderten Unterlagen einzureichen sind, benannt werden. Bei der Verhandlungsvergabe ist in der Aufforderung zur Angebotsabgabe auch der konkrete weitere Verfahrensablauf vom Auftraggeber anzugeben. Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers bei der Verhandlungsvergabe bestimmt sich dann nach den vom Auftraggeber aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

10.4.2. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sollten unverzüglich beziehungsweise so lange vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden, dass die Bieter diese in Ihrer Angebotserstellung berücksichtigen können. Gegebenenfalls sollte die Angebotsfrist verlängert werden. Die UVgO sieht keine konkreten Fristen für den Auftraggeber zur Beantwortung der Fragen vor. Eine Orientierung bietet jedoch die 6-Tage-Frist im Bereich europaweiter Verfahren (nach § 20 Abs. 3 S. 1 VgV).

Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bieter Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen, je nach Festlegung der Kommunikationsform gemäß § 38 UVgO, gestellt und allen Bietern gleichzeitig, je nach Festlegung der Kommunikationsform – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bieterfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die UVgO sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bieterfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bieterfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Angebotsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Angebotsfrist ebenfalls zu verlängern.

10.4.3. *Behandlung und Öffnung der Erstangebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 39 UVgO auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche

elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

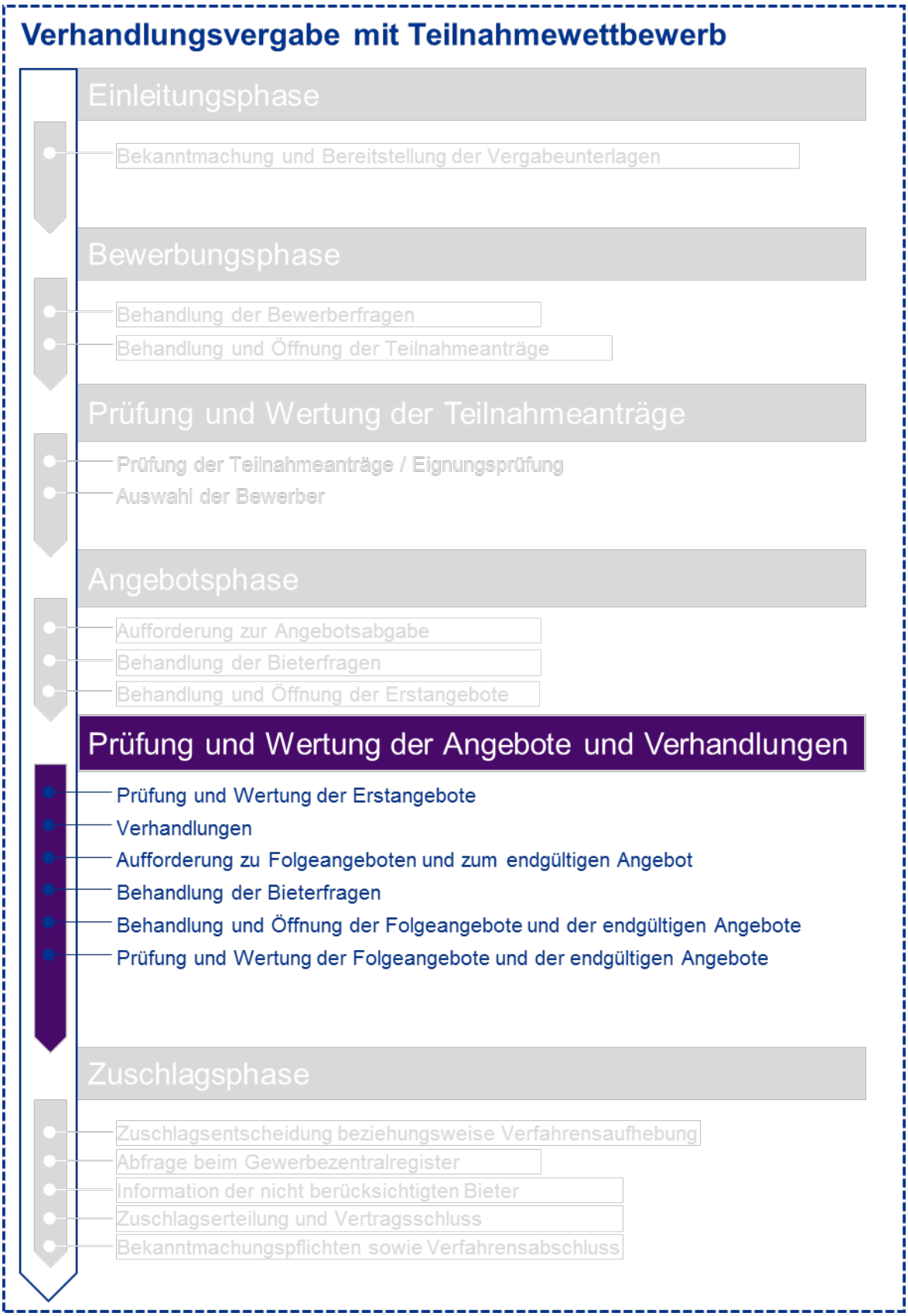
Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 40 UVgO vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Dies gilt nicht, wenn nach § 12 Abs. 3 UVgO nur ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde. Die Öffnung der Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen (das Mitzeichnungserfordernis ist zu beachten).

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern.

Die Öffnung der Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

10.5. Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen



Im Anschluss an die Öffnung der Erstangebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Das konkrete Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote und etwaiger Folgeangebote sowie insbesondere des endgültigen Angebotes wird auch die durch die vom Auftraggeber gewählte Gestaltung des Ablaufs der Verhandlungsvergabe bestimmt. Insoweit ist zunächst als wesentlicher Unterschied der Verhandlungsvergabe zur öffentlichen und beschränkten Ausschreibung zu beachten, dass das Nachverhandlungsverbot in der Verhandlungsvergabe nicht gilt. Der Auftraggeber ist in der Verhandlungsvergabe also berechtigt, über den Angebotsinhalt mit den Bietern zu verhandeln. Gleichwohl muss aber auch in der Verhandlungsvergabe jedes Angebot den vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen genügen.

Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers bei der Prüfung und Wertung der Angebote und bei den Verhandlungen bestimmt sich demgemäß nach den vom Auftraggeber im Rahmen des Designs, insbesondere bei der Erstellung der Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

Gemäß § 12 Abs. 4 UVgO kann der Auftraggeber den Auftrag auf der Grundlage der Erstangebote vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich in der Auftragsbekanntmachung diese Möglichkeit vorbehalten hat.

Hat der Auftraggeber hingegen keinen Vorbehalt der Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote vorgesehen und zieht er einen solchen vorgesehenen Vorbehalt in der Verhandlungsvergabe tatsächlich nicht, bestehen keinen vergaberechtlichen Detailregelungen zum Ablauf des weiteren Vergabeverfahrens zwischen Erstangebot, Folgeangeboten und dem endgültigen Angebot. Der Auftraggeber hat insoweit Gestaltungsspielräume hinsichtlich des Ablaufs des weiteren Vergabeverfahrens, wobei stets die Vergabegrundsätze in jedem Stadium des Vergabeverfahrens zu beachten sind.

So kann der Auftraggeber zum Beispiel vorsehen, dass die Erstangebote zunächst nur indikative (unverbindliche) Angebote sind. Daneben besteht die Möglichkeit, das Erstangebot zunächst als reines Leistungsangebot abzufordern und erst nach Durchführung einer Verhandlungsrunde auch ein Preisangebot zu verlangen. Macht der Auftraggeber von solchen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch, kommt allerdings keine Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote in Betracht, weil diese Erstangebote dann gerade nicht verbindlich beziehungsweise nicht vollständig hinsichtlich der notwendigen Bestandteile (Preise) und damit nicht zuschlagsfähig sind.

Tipp für die Praxis:

Falls dies für sinnvoll erachtet wird, können zunächst indikative (unverbindliche) Angebote eingeholt, ausgewertet und gegebenenfalls erörtert werden. Etwaige allgemeingültige Ergebnisse müssen im Anschluss als Modifizierung der Vergabeunterlagen oder als deren Ergänzung an alle Unternehmen, mit denen verhandelt werden soll, übersandt werden.

Dieses Vorgehen erscheint vor allem dann sinnvoll, wenn noch größere Lücken in der Leistungsbeschreibung beziehungsweise Unsicherheiten bezüglich einer Machbarkeit der geforderten Leistung – insbesondere hinsichtlich der A-Kriterien – oder der Akzeptanz der Vertragsbedingungen bestehen. Mit indikativen Angeboten soll Bietern größere Flexibilität bei der Angebotserstellung

eingeräumt werden. Hiermit sollte auch das Einräumen von Spielräumen in der Leistungsbeschreibung oder bei der Beantwortung von Fragen des Kriterienkataloges korrespondieren.

Bieter erhalten dabei beispielsweise die Möglichkeit, bei bestimmten Anforderungen, die aus ihrer Sicht unpräzise beschrieben sind, Angaben zu fehlenden Informationen zu machen. Ebenso ist es denkbar, dass Bieter schwer oder nur teuer umsetzbare Anforderungen identifizieren und Alternativen dazu vorschlagen. Nicht zuletzt können Bieter etwaige Gegenvorstellungen zum Vertrag vorbringen. Aufgrund der Tatsache, dass die einzureichenden Angebote noch unverbindlichen Charakter haben, kann auch die Situation vermieden werden, dass Bieter sich an einer Erstangebotsabgabe gehindert sehen, weil zu viele vertragliche Hürden und Risiken identifiziert werden. Auf Grundlage der Angaben, die verschiedene Bieter machen, kann der Auftraggeber die Vergabeunterlagen einschließlich der Leistungsbeschreibung und des Vertrages noch einmal kritisch prüfen und gegebenenfalls anpassen.

Erst nach Anpassung der Vergabeunterlagen erfolgt dann ein Aufruf zur Abgabe verbindlicher Angebote.

Der Vorteil dieser Vorgehensmethode ist, dass der Auftraggeber in dieser Anfangsphase möglichst flexibel agieren und gleichzeitig eine möglichst breite Marktansprache sicherstellen kann. Als Nachteil dieser Methode muss festgestellt werden, dass mit der ersten Angebotsphase gegebenenfalls Zeit verloren geht. Zudem kann eine Neigung dazu bestehen, die Leistungsbeschreibung und andere Dokumente nicht so weitgehend wie möglich zu spezifizieren, weil man glaubt, die Inhalte im Dialog mit den Bietern im Rahmen der indikativen Angebotsphase weiter klären und konkretisieren zu können, obwohl dies dem Auftraggeber auch eigenständig möglich wäre. Ebenso kann ein Risiko dahingehend bestehen, dass Bieter das indikative Angebot aufgrund der Unverbindlichkeit nicht vollständig beziehungsweise nicht in der notwendigen Güte und „Preisschärfe“ bearbeiten.

Soweit phasenweise Verhandlungen („Abschichtung“) vorgesehen sind, kann eine Abschichtung von Angeboten allerdings erst nach Einholung verbindlicher Angebote erfolgen. Gleiches gilt für den Ausschluss von Angeboten wegen Nichterfüllung von A-Kriterien.

Der Auftraggeber kann zudem die Verhandlungen auch in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen abwickeln, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern („Abschichtung“). Voraussetzung dafür ist, dass er hierauf in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen hingewiesen hat.

Wichtiger Hinweis:

In der Schlussphase des Vergabefahrens müssen noch so viele Angebote vorliegen, dass der Wettbewerb gewährleistet ist, sofern ursprünglich eine ausreichende Anzahl von Angeboten oder geeigneten Bietern vorhanden war.

Diese Besonderheiten der Verhandlungsvergabe vorausgeschickt, geht die nachstehende Darstellung in folgender Reihenfolge auf die einzelnen Aspekte der Prüfung und Wertung von Angeboten und der Verhandlungen ein:

- Prüfung und Wertung der Erstangebote

- Verhandlungen
- Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot
- Behandlung der Bieterfragen
- Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote
- Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote

10.5.1. *Prüfung und Wertung der Erstangebote*

Hat der Auftraggeber einen Vorbehalt der Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote gemäß § 12 Abs. 4 UVgO in der Auftragsbekanntmachung aufgenommen und will er diesen Vorbehalt im Vergabeverfahren dann tatsächlich ziehen, folgt die Prüfung und Wertung der Erstangebote gemäß dem in der Praxis grundsätzlich angewandten 4-stufigen Wertungssystem:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung, bereits im Teilnahmewettbewerb durchgeführt)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt dabei die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 41, 42 UVgO. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die in der Verhandlungsvergabe bereits im Teilnahmewettbewerb vorgenommen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote in der Verhandlungsvergabe nur bei Änderungen oder neuen Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 44 UVgO. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angebote die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Hat der Auftraggeber

- hingegen keinen Vorbehalt der Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote vorgesehen
- oder zieht er einen solchen vorgesehenen Vorbehalt im Vergabeverfahren tatsächlich nicht,
- oder hat er das Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote unter Berücksichtigung der Vergabevorschriften, insbesondere der Vergabegrundsätze in den Vergabeunterlagen entsprechend geregelt,

kann das vorbeschriebene 4-stufigen Wertungssystem möglicherweise nicht vollständig bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote angewendet werden zum Beispiel, wenn

- keine abschließende formale Prüfung auf Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen erfolgen kann, weil die Erstangebote nach der Verfahrensgestaltung des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen gar nicht verbindlich sein mussten,
- oder keine Prüfung der Angemessenheit der Preise und keine Feststellung des (vorläufig) wirtschaftlichsten Angebotes möglich ist, weil noch gar keine Preisangebote mit dem Erstangebot verlangt wurden.

Im Folgenden wird dennoch das vollständige 4-stufige Wertungssystem im Einzelnen dargestellt. Ob und inwieweit dies im Einzelfall tatsächlich auf die Erstangebote anwendet wird, bestimmt sich nach den rechtmäßigen Vorgaben des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen.

10.5.1.1. Formale Prüfung der Angebote

Bei der formalen Prüfung prüft der Auftraggeber die Angebote auf Vollständigkeit und fachliche Richtigkeit und rechnerische Richtigkeit. Maßgeblich sind hierfür insbesondere die Vorgaben in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung. Zudem umfasst die formale Prüfung die Prüfung auf das Vorliegen von Ausschlussgründen. Danach sind von der Angebotswertung zwingend auszuschließen:

- Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn der Bieter hat dies nicht zu vertreten
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen,
- oder nicht zugelassene Nebenangebote

Hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, so berücksichtigt er nur die Nebenangebote, die die von ihm in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Damit an sich vielversprechende Bieter nicht wegen lediglich geringfügiger formaler Fehler ausgeschlossen werden müssen, kann der Auftraggeber Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen (insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise) nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Das Nachforderungsrecht darf jedoch nicht zum Austausch von Unterlagen genutzt werden, denn die Nachforderung bereits vorliegender, jedoch inhaltlich unzureichender Unterlagen ist nicht zulässig (siehe zum Thema Nachforderung im Einzelnen Kapitel F.7.).

Grundsätzlich nicht nachgefordert werden dürfen leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen. Es sei denn, es handelt sich um Preisangaben für unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb beeinträchtigen.

Die Entscheidung, ob er Unterlagen nachfordert, steht im Ermessen des Auftraggebers. Im Rahmen der Ermessensentscheidung muss darüber entschieden werden, ob nachgefordert wird, was nachgefordert wird und in welcher Frist nachzuliefern ist. Sowohl eine nach den obigen Ausführungen fehlerhafte Nachforderung von Unterlagen als auch eine danach fehlerhaft unterlassene Nachforderung kann dazu führen, dass die Vergabeentscheidung des Auftraggebers von Bietern angegriffen wird.

Der Auftraggeber kann die Nachforderung von Unterlagen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen ausschließen.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der formalen Prüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe und für die Entscheidung über die Vornahme oder das Absehen von Nachforderungen) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

10.5.1.2. Prüfung der Angemessenheit des Preises

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Preises geht es um den richtigen Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten.

Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, hat der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung zu verlangen. Ein automatischer Ausschlussgrund für solche Angebote besteht also gerade nicht (Grundsatz „Aufklärung vor Ausschluss“). Konkret treffen den Auftraggeber im Rahmen dieser Aufklärung folgende Pflichten:

Der Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebotes und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen des Bieters. Die Prüfung kann insbesondere betreffen:

- die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung
- die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt
- die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung
- die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften
- oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen

Kann der Auftraggeber nach dieser Prüfung die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.

Stellt der Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Angebot abzulehnen, wenn der Bieter nicht fristgemäß nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Der Auftraggeber hat die Ablehnung in diesem Fall der Europäischen Kommission mitzuteilen.

Anlass für eine Preisaufklärung geben zunächst Angebote mit auffälligen Preisdifferenzen zu eingegangenen Konkurrenzangeboten, wobei grundsätzlich der Gesamtpreis der Angebote maßgeblich ist. In Rechtsprechung und Landesvergabegesetzen werden teilweise prozentuale Preisabstände der Angebote zum nächsthöheren Angebot angenommen beziehungsweise festgelegt („Aufgreifschwellen“). Im Einzelfall sollte der Auftraggeber vertieft prüfen, ob und inwieweit solche Aufgreifschwellen in seinem Anwendungsbereich angenommen wurden oder gelten.

Nach einem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs können die Mitbewerber verlangen, dass der Auftraggeber in die nähere Prüfung der Preisbildung eintritt, wenn ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Angebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig erscheint (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16). Die vorzunehmende Preisaufklärung sollte sich unter Berücksichtigung dieses Grundsatzurteils nicht auf die Einholung einer pauschalen Bestätigung des betroffenen Bieters beschränken, die Angebotspreise seien angemessen und auskömmlich. Vielmehr ist eine qualifizierte Preisprüfung vorzunehmen, die insbesondere deren Schutzzweck berücksichtigt, auch das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung zu wahren. Insoweit ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen, dass unangemessen niedrige Angebotspreise gesteigerte Risiken bergen. Nach dem Grundsatzurteil des BGH können sich diese in vielfältiger Weise verwirklichen, zum Beispiel:

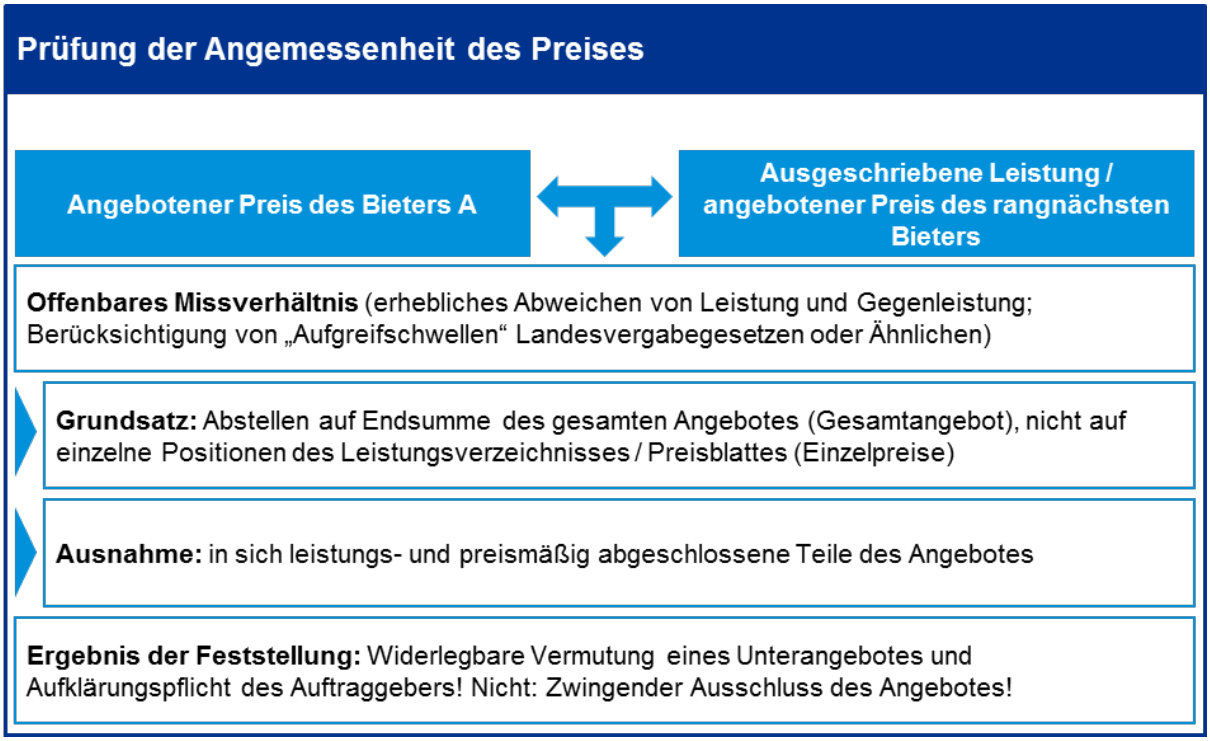
- Auftragnehmer kann infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen.
- Auftragnehmer könnte in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen, sich des Auftrages so unaufwendig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet.

Der Auftraggeber sollte diese Aspekte bei der Preisaufklärung entsprechend berücksichtigen. Kann der betroffene Bieter seine ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preise aber rechtmäßig erklären und die Gründe für seine Preisbildung eindeutig und transparent machen, kann aber auch ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot zulässig sein. Dies mit der Folge, dass ein solches Angebot nicht ausgeschlossen werden darf.

Zu Dokumentations- und Beweiszwecken ist die Durchführung der Aufklärung (Aufklärungsverlangen und Stellungnahme des betroffenen Bieters hierzu) in Textform zu dokumentieren. Für die Aufklärung durch den Bieter ist diesem eine angemessene Frist zu gewähren. In der Praxis kann für den Auftraggeber die Ausrichtung des Aufklärungsverlangens anhand konkreter Positionen des Angebotes / Preisblattes hilfreich sein, aus denen der ungewöhnlich niedrig erscheinende Gesamtpreis mutmaßlich resultiert.

Anhand der im Rahmen der Aufklärung vom betroffenen Bieter eingereichten Unterlagen hat der Auftraggeber zu prüfen, ob danach die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten zufriedenstellend aufgeklärt sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, darf der Auftraggeber den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die

Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.



Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über das Angebot, insbesondere im Zusammenhang mit den angebotenen Preisen nach den vorstehenden Maßstäben verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise (insbesondere über eine etwaige Aufklärung mit den betroffenen Bietern und über das Ergebnis, einschließlich Begründung der anschließenden Wertungsentscheidung des Auftraggebers) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

10.5.1.3. Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Erst im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes kommt – für die nach den drei vorstehend dargestellten Wertungsstufen im Wettbewerb verbliebenen Angebote – die in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegte Bewertungsmethode, gegebenenfalls nebst zugehöriger Leistungsbewertung gemäß Leistungsbewertungsmatrix zum Tragen (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt demgemäß nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis auf der Grundlage einer Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die in den Vergabeunterlagen durch Bewertungsmethode gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, insbesondere in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige

Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Zuschlagskriterien, Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes, insbesondere der Leistungsbewertung nach einer Leistungsbewertungsmatrix (insbesondere über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. Bei B-Kriterien mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung bedarf es im Rahmen der Leistungsbewertung einer besonders sorgfältigen Begründung und eine entsprechenden Dokumentation durch den Auftraggeber.

Wichtiger Hinweis:

An der Zuschlagsentscheidung sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken.

10.5.2. *Verhandlungen*

Für den Fall, dass nach den oben beschriebenen Maßgaben keine Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebot erfolgt, tritt der Auftraggeber nach der vorbeschriebenen Prüfung und Wertung der Erstangebote in die Verhandlungen ein. Eine Verhandlungsrunde besteht aus mehreren Verhandlungsgesprächen mit jeweils verschiedenen Bietern. Innerhalb einer Verhandlungsvergabe kann es zu einer oder mehreren Verhandlungsrunden kommen. Zum Abschluss einer Verhandlungsrunde werden regelmäßig entweder Folgeangebote eingeholt und / oder Verhandlungsergebnisse verbindlich schriftlich fixiert (ein beispielhafter Ablauf einer Verhandlungsrunde findet sich in Kapitel F.8.).

Der Auftraggeber verhandelt im Rahmen einer Verhandlungsrunde mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Dabei darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. Um die Flexibilität für die Verhandlungen zu wahren, sollte der Auftraggeber daher mit der Festlegung von Mindestanforderungen zurückhaltend sein und grundsätzlich nur alternativlose Leistungsanforderungen und Funktionalitäten als Mindestanforderung im Sinne von der vorgenannten Vorschriften festlegen. Im Rahmen der Verhandlungen kann gegebenenfalls mehrfach sowohl über Leistungen als auch über Preise verhandelt werden.

Vor allem in komplexen und lang laufenden Verhandlungsvergaben kann es sinnvoll sein, protokollierte Verhandlungsergebnisse unmittelbar am Ende der Verhandlungsergebnisse von allen Verhandlungsbeteiligten durch Unterschrift bestätigen zu lassen oder zumindest im Anschluss an die Verhandlungsbeteiligten an die Verhandlungsbeteiligten zu übermitteln. Dabei können die Bieter aufgefordert werden, zum Beispiel bestimmte Angebotsteile auf Grundlage des protokollierten Verhandlungsergebnisses zu überarbeiten. Die Veranlassung einer derartigen Überarbeitung von Angebotsteilen muss nicht zwingend als formale Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgen, sondern

kann auch informell, beispielsweise zur Vorbereitung eines weiteren Verhandlungsgesprächs, von Bietern verlangt werden. Wenn der Auftraggeber hier die Verbindlichkeit der Überarbeitung sicherstellen möchte, kann er die Unterzeichnung solcher Dokumente verlangen. Aus Gründen der Gleichbehandlung sind allen Bieter gleiche Fristen für Überarbeitungen zu setzen.

Der Auftraggeber hat bei den Verhandlungen sicherzustellen, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleichbehandelt werden. Insbesondere hat sich der Auftraggeber jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen zu enthalten, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Der Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmten Informationen erteilt werden.

Bieter, deren Angebote nicht im Rahmen einer „Abschichtung“ (phasenweise Verhandlungsvergabe) ausgeschieden sind, sind in Textform nach § 126b BGB über etwaige Änderungen der Leistungsbeschreibung, insbesondere der technischen Anforderungen oder anderer Bestandteile der Vergabeunterlagen zu unterrichten, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien betreffen. Im Anschluss an solche Änderungen hat der Auftraggeber den Bietern ausreichend Zeit gewähren, um ihre Angebote zu ändern und gegebenenfalls überarbeitete Angebote einzureichen.

Wenn der Auftraggeber eine phasenweise Verhandlungsvergabe mit „Abschichtung“ vorgesehen hat, erfolgt die Abschichtung in der Regel bereits vor der Verhandlungsrunde anhand der eingereichten Erstangebote (gegebenenfalls Folgeangebote). Diese Bieter sind unter Angabe von Gründen über ihr Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren zu informieren. Gleiches gilt für Bieter, deren Angebote zum Beispiel aus formalen Gründen auszuschließen sind.

Die Verhandlungen sollten so lange geführt werden, bis die letzte Verhandlungsrunde die Möglichkeit zur Einholung endgültiger zuschlagsreifer Angebote eröffnet hat.

10.5.3. *Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot*

Wenn der Auftraggeber beabsichtigt, die Verhandlungen abzuschließen, so unterrichtet er die verbleibenden Bieter und legt eine einheitliche Frist für die Einreichung neuer oder überarbeiteter Angebote (Folgeangebote oder endgültige Angebote) fest. Dabei ist jeweils eindeutig anzugeben, ob es sich (lediglich) um ein Folgenangebot oder das endgültige Angebot handelt.

Die Aufforderung zur Abgabe von Folgeangeboten und endgültigen Angeboten enthält regelmäßig die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, das Aktenzeichen und möglicherweise ein Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen. Weiterhin sollte der Aufbau der gegebenenfalls aktualisierten Vergabeunterlagen in einer Übersicht dargestellt werden und die Angebotsfrist sowie die Stelle, bei der das Angebot oder die angeforderten Unterlagen einzureichen sind, benannt werden. Gegebenenfalls sind in der Aufforderung zur Abgabe von Folgeangeboten und endgültigen Angeboten auch Angaben zum weiteren Verfahrensablauf mitzuteilen, insbesondere wenn sich dieser gegenüber den vorherigen Ankündigungen ändert.

Wenn der Auftraggeber ein phasenweises Verhandlungsverfahren mit „Abschichtung“ vorgesehen hat, werden nur noch die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter zum Folgeangebot beziehungsweise zum endgültigen Angebot aufgefordert.

Nach Abschluss der letzten Verhandlungsrunde erfolgt als sogenannter „last call“ die Aufforderung zum endgültigen Angebot an die bis dahin im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter („best and final offer“ – BAFO).

10.5.4. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist für Folgeangebote und das endgültige Angebot können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Der konkrete Ablauf der Behandlung von Bieterfragen ist bereits bei der Behandlung von Bieterfragen vor den Erstangeboten dargestellt, auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

10.5.5. *Behandlung und Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 39 UVgO auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 40 UVgO vom Inhalt der Folgeangebote und endgültigen Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen.

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern.

Die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Folgeangebote und endgültigen Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

10.5.6. *Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote*

Im Anschluss an die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Das konkrete Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Folgeangebote und insbesondere des endgültigen Angebotes wird auch die durch die vom Auftraggeber gewählte Gestaltung des Ablaufs des Verhandlungsverfahrens bestimmt. Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers bei der Prüfung und Wertung der Angebote und bei den Verhandlungen bestimmt sich demgemäß nach den vom Auftraggeber im Rahmen des Designs, insbesondere bei der Erstellung der Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

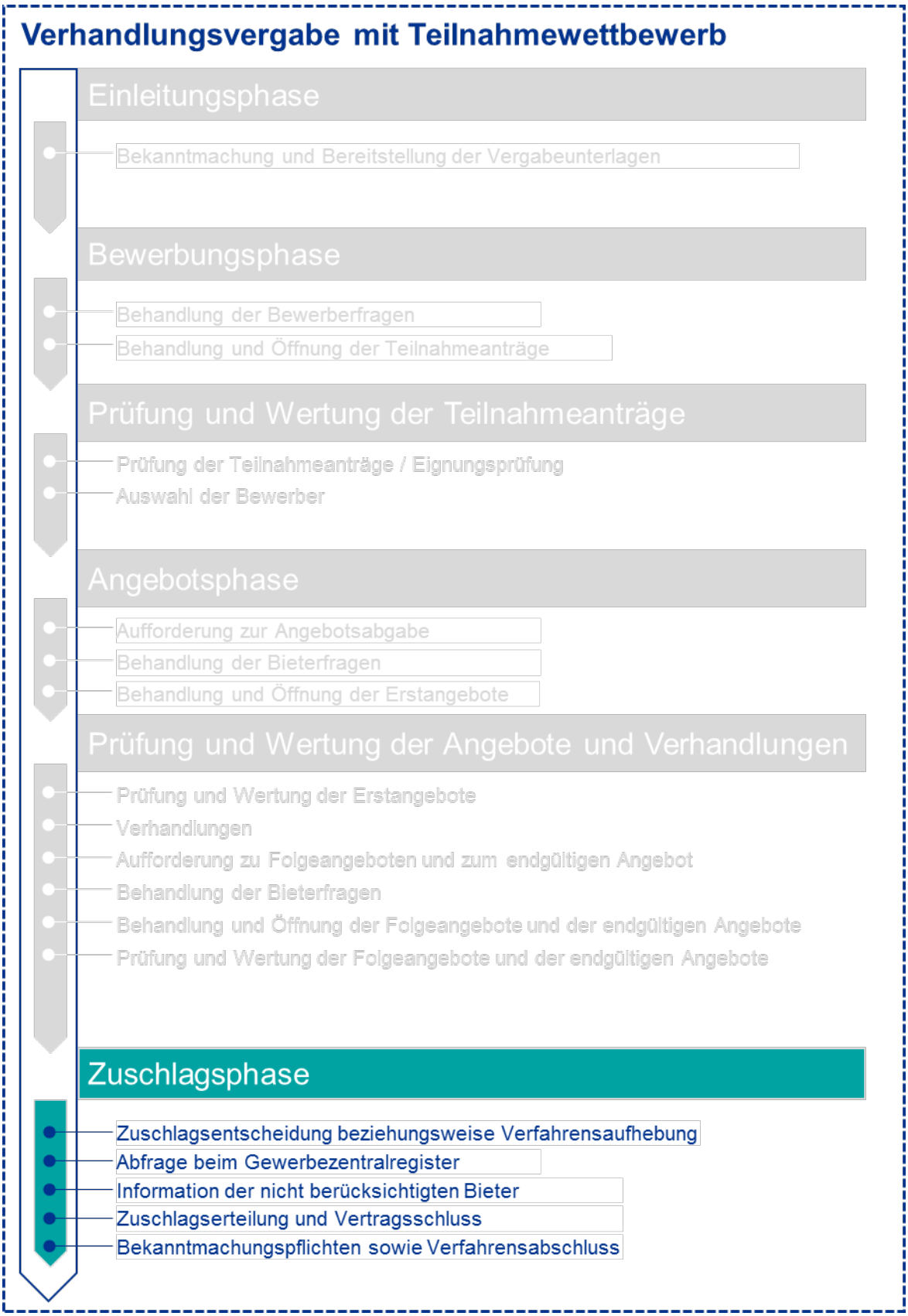
Spätestens hinsichtlich der endgültigen Angebote erfolgt die Prüfung und Wertung der gemäß dem in der Praxis grundsätzlich angewandten 4-stufigen Wertungssystem:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung, bereits im Teilnahmewettbewerb durchgeführt)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt dabei die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 41, 42 UVgO. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die in der Verhandlungsvergabe bereits im Teilnahmewettbewerb vorgenommenen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote in der Verhandlungsvergabe nur bei Änderungen oder neue Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 44 UVgO. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angebote die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Der konkrete Ablauf der formalen Prüfung, Prüfung der Angemessenheit des Preises sowie die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung ist bereits bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote dargestellt, auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

10.6. Zuschlagsphase



10.6.1. *Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung*

Im Regelfall endet das Vergabeverfahren mit einer Zuschlagsentscheidung. Voraussetzung dafür ist, dass nach Abschluss der Prüfungs- / Wertungsphase mindestens ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, das auch zu einem wirtschaftlichen Ergebnis des Vergabeverfahrens führt.

10.6.1.1. Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung

Erhält der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung Kenntnis darüber, dass Gründe für einen zwingenden Ausschluss eines Unterauftragnehmers vorliegen, so verlangt der Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Betrifft die Kenntnis fakultative Ausschlussgründe, kann der Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der Auftraggeber setzt dem Bieter dafür eine Frist, die so zu bemessen ist, dass dem Auftraggeber durch die Verzögerung keine Nachteile entstehen. Ist dem Bewerber oder Bieter ein Wechsel des Unterauftragnehmers innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird das Angebot ausgeschlossen (§ 26 Abs. 5 UVgO).

10.6.1.2. Zuschlagsentscheidung

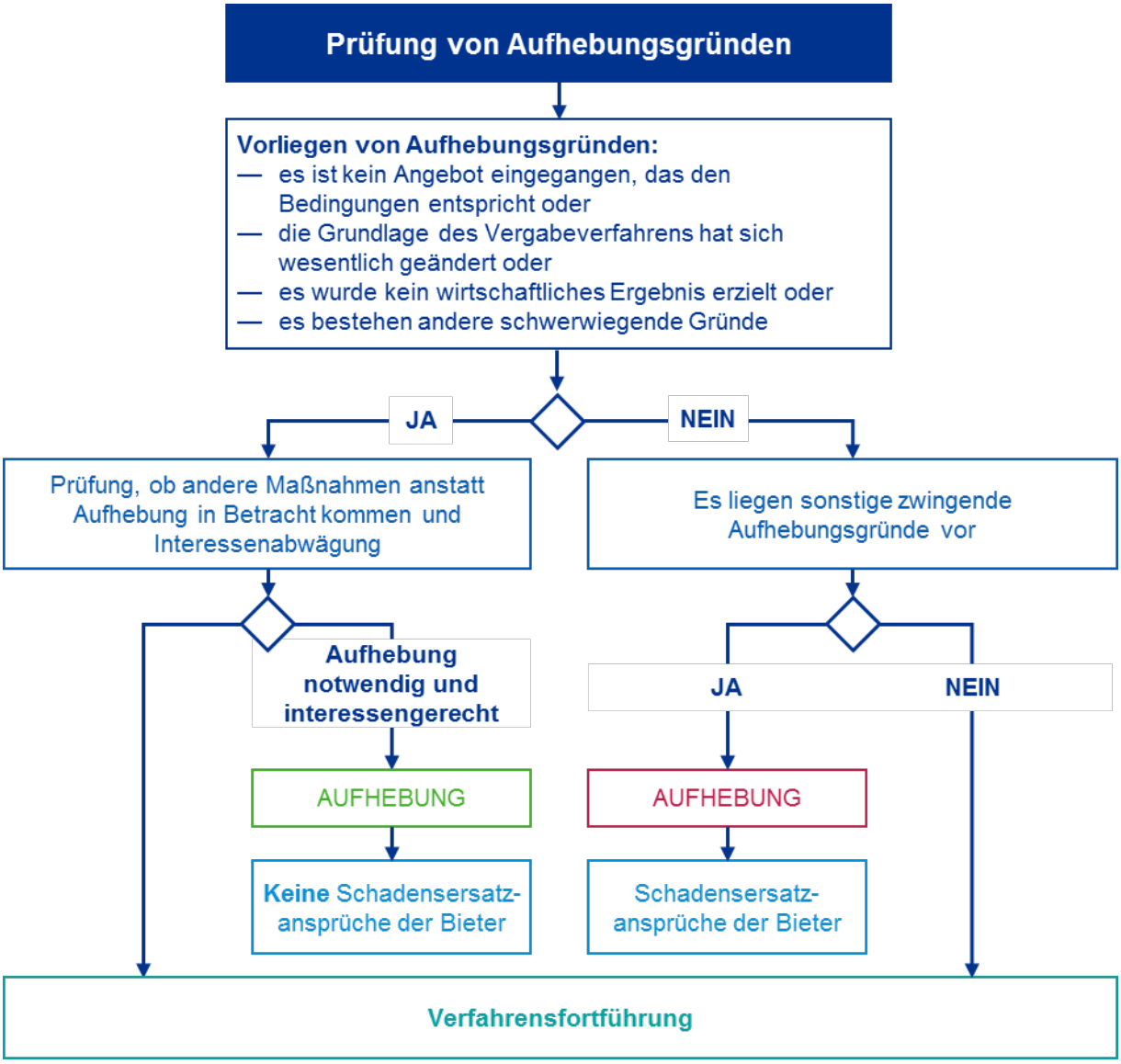
Nach Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen der Prüfungs- / Wertungsphase ist die Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Sowohl die Grundlagen für die Zuschlagsentscheidung als auch die Gründe der Nichtberücksichtigung der restlichen Bewerber und Bieter sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. An der Entscheidung über den Zuschlag sollen nach § 43 Abs. 8 UVgO in der Regel mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers mitwirken (Mitzeichnung ist erforderlich).

Sofern demgegenüber keine zuschlagsfähigen Angebote vorliegen oder andere Aufhebungsgründe zutreffen, so ist das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Regelung des § 48 UVgO ganz oder losweise aufzuheben.

10.6.1.3. Aufhebung

Nach § 48 UVgO kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den in der Norm genannten und eng begrenzten Tatbeständen durch eine rechtmäßige Aufhebung beenden. Grundsätzlich gilt, dass Auftraggeber Vergabeverfahren nicht willkürlich aufheben dürfen. Ein „Auslaufen“ eines Vergabeverfahrens ohne einen für die Bieter erkennbaren Abschluss und dementsprechende Information durch den Auftraggeber ist nicht zulässig. Der früheste Zeitpunkt einer möglichen Aufhebung ist unmittelbar nach erfolgter Bekanntmachung des Vergabeverfahrens oder Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick über Aufhebungsgründe und -modalitäten:



Diese Aufhebungsvoraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen. Allerdings darf der Auftraggeber auch dann, wenn keine der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, das Verfahren aufheben. Er ist also nicht gezwungen, den Zuschlag zu erteilen. Ein sonstiger zwingender Aufhebungsgrund kann beispielsweise bestehen, wenn aufgrund fehlerhafter Planungen bereits ursprünglich nicht verfügbare Haushaltsmittel für den Auftrag endgültig verweigert werden. Ohne das Vorliegen einer gesetzlichen Aufhebungsvoraussetzung können Bewerber oder Bieter jedoch unter Umständen erfolgreich Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Es ist zwischen einer Vollaufhebung und einer Teilaufhebung zu unterscheiden. Damit bei losweisen Vergaben nicht alle Beschaffungsmaßnahmen betroffen sind, ist grundsätzlich eine Teilaufhebung für das betreffende Los möglich.

Wichtiger Hinweis:

Nach der zugrunde liegenden Norm ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines Aufhebungstatbestandes nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben. Der Auftraggeber besitzt somit einen Ermessensspielraum und muss bei der Entscheidung auch die Interessen der Bieter berücksichtigen. Vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber daher eine Interessenabwägung vornehmen und prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind. Der Auftraggeber ist dazu angehalten, alles Mögliche zu tun, um eine Aufhebung zu vermeiden. So soll insbesondere angestrebt werden, etwaige Verfahrensfehler, die während des Vergabeverfahrens auftreten, zu beheben. Eine Beseitigung von Verfahrensfehlern erfordert nicht unbedingt eine vorherige Aufhebung.

Nach der Entscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber den Bewerbern und Bietern unverzüglich seine Entscheidung mitzuteilen, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten. Diese Mitteilung kann formfrei erfolgen. Aus Dokumentationsgründen sollte jedoch von vornherein die Textform gewählt werden. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

10.6.2. *Abfrage beim Gewerbezentralregister*

Das MiLoG trifft in § 19 MiLoG Regelungen zum Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage sind Auftraggeber verpflichtet, Bieter vor dem Zuschlag hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des MiLoG zu überprüfen (Eigenerklärung ist zu verlangen). Darüber hinaus muss bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO eingeholt werden (auch „MiLoG-Abfrage“ genannt).

Diese Auskunft sollte im Sinne eines zügigen Abschlusses des Vergabeverfahrens unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung beim zuständigen Bundesamt für Justiz angefordert werden. Sofern der Bieter ausweislich der Gewerbezentralregisterauskunft mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden ist, soll dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Vor einer Entscheidung über den etwaigen Ausschluss ist dem Bieter eine Gelegenheit einzuräumen, sich zu dem Sachverhalt zu äußern. Aus Dokumentationsgründen sollte die Anhörung des Bieters in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Bei der zu treffenden Entscheidung über den Ausschluss auf Grundlage der Ausführungen eines Bieters ist es naheliegend, dass der Auftraggeber sich an den Grundsätzen der Selbstreinigung gemäß § 31 UVgO in Verbindung mit § 125 GWB orientiert.

Tipp für die Praxis:

Sofern die Gewerbezentralregisterauskunft im schriftlichen Verfahren eingeholt wird, kann dies zu gegebenenfalls nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Daher empfiehlt es sich, dass der Auftraggeber die Möglichkeit nutzt, Gewerbezentralregisterauskünfte im deutlich schnelleren elektronischen Verfahren beim Bundesamt für Justiz einzuholen. Dazu bedarf es – soweit noch nicht vorhanden – der Einrichtung eines elektronischen Zugangs. Die Beantragung eines elektronischen Zugangs beim Bundesamt für Justiz sollte bereits vor oder in der Frühphase des Vergabeverfahrens

erfolgen. Weitere Informationen sind von der Webseite des Bundesamtes der Justiz zu beziehen (siehe https:// www.bundesjustizamt.de).

Der Auftraggeber kann bereits in den Bewerbungsbedingungen von den Bewerbern / Bietern Eigenerklärungen über das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 98c AufenthG, § 19 MiLoG, § 21 AEntG und § 21 SchwarzArbG und über das Vorliegen entsprechender Einträge im Gewerbezentralregister verlangen. Auf diese Weise erhält der Auftraggeber bereits bei der Eignungsprüfung eine Indikation über das Vorliegen solcher Ausschlusstatbestände. Von der vorstehend dargestellten Abfragepflicht beim Gewerbezentralregister für den zum Zuschlag vorgesehenen Bieter befreit eine solche Eigenerklärung den Auftraggeber jedoch nicht.

Wichtiger Hinweis:

Neben der Abfrage beim Gewerbezentralregister sind bei Vergabeverfahren von Landesbehörden beziehungsweise öffentlichen Auftraggebern der Länder gegebenenfalls auch nach dem Vergaberecht des jeweiligen Bundeslandes notwendige Abfragen beim Korruptionsregister des betreffenden Bundeslandes zu beachten.

Zudem werden öffentliche Auftraggeber ab Aufnahme des Betriebs des neuen Wettbewerbsregisters nach Maßgabe des WRegG verpflichtet sein, vor Erteilung des Zuschlages beim Wettbewerbsregister elektronisch abzufragen, ob das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll, eingetragen ist.

10.6.3. *Information der nicht berücksichtigten Bieter*

10.6.3.1. Informationspflicht nach Zuschlagserteilung

Im Rahmen der Informationspflicht nach § 46 UVgO muss der Auftraggeber jeden Bewerber und Bieter unverzüglich über die erfolgte Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung informieren. Diese Information muss unverzüglich nach der Zuschlagserteilung erfolgen.

Das Informationsschreiben muss nur Informationen über den Ausgang der Verhandlungsvergabe enthalten. Weitergehende Informationen (zum Beispiel Angabe des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll oder der Ablehnungsgrund) sind nicht erforderlich. Eine spezielle Form für das Informationsschreiben ist nicht vorgesehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Informationsschreibens achten. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

Adressaten des Informationsschreibens sind alle Bieter, das heißt Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt haben.

Darunter fällt beispielsweise auch das Angebot eines Bieters, das bereits deshalb ausgeschlossen werden musste, weil es verspätet eingegangen war.

10.6.3.2. Informationspflicht auf Antrag

Unabhängig von der vorstehend dargestellten gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflicht nach § 46 Abs. 1 S. 1 UVgO gegenüber nicht berücksichtigten Bewerbern und Bietern, besteht nach

§ 46 Abs. 1 S. 2 UVgO eine ergänzende Informationspflicht gegenüber Bewerbern und Bietern, die weitergehende Information vom Auftraggeber verlangen.

Der Auftraggeber unterrichtet auf Verlangen eines Bewerbers oder Bieters unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrages, den nicht berücksichtigten Bieter über

- die wesentlichen Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes (1) und
- die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes (2) sowie
- den Namen des erfolgreichen Bieters (3)

und den nicht berücksichtigten Bewerber über

- die wesentlichen Gründe ihrer Nichtberücksichtigung (4).

Hinsichtlich des erfolgreichen Bieters (3) genügt die Angabe des Namens (notwendig ist also nicht die Angabe der Adresse etc.).

Die Ausführlichkeit der Begründung der Ablehnung eines Angebotes hängt vom Einzelfall ab, beispielsweise von der Komplexität der Bewertungsmethode. Die Begründung der Ablehnung eines Angebotes (1) muss jedenfalls auf die konkreten im Einzelfall tragenden Gründe eingehen. Ein bloßer allgemeiner Hinweis darauf, dass das Angebot ausgeschlossen werden musste oder nicht das wirtschaftlichste gewesen ist, genügt im Regelfall den Anforderungen an die zu übermittelnden Inhalte gemäß der Informationspflicht auf Antrag nicht, auch wenn die Begründung grundsätzlich knapp ausfallen kann.

Folgende Grundsätze sollte man bei der Angabe von Gründen für die Ablehnung eines Angebotes beachten:

- Es sind vollständige Informationen und somit alle Gründe für die Ablehnung des Angebotes anzugeben. Ist ein Angebot beispielsweise sowohl verspätet als auch in Form eines Nebenangebotes eingegangen, obwohl Nebenangebote nicht zugelassen wurden, so liegen zwei Gründe für Ablehnung des Angebotes vor, die mitgeteilt werden sollten.
- Sofern das Angebot des Bieters abzulehnen ist, weil es sich nicht um das wirtschaftlichste Angebot handelt, sollten – je nach der anzuwendenden Bewertungsmethode – konkretisierende Informationen mitgeteilt werden. Ist über den Zuschlag auf Grundlage des günstigsten Preises beziehungsweise der niedrigsten Kosten zu entscheiden, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, welchen Rang das Angebot in der Rangfolge der Preise beziehungsweise der Kosten belegt hat.

  Erfolgt die Zuschlagserteilung auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, ob sein Angebot anhand eines teureren Preises oder anhand niedrigerer Leistungspunkte als der Zuschlagskandidat oder aus beiden Gründen ausgeschlossen werden muss, gegebenenfalls ergänzt um die jeweilige Rangfolge.
- Insgesamt sollen die Informationen aussagekräftig und für den Bieter nachvollziehbar sein.

Darüber hinaus gehende Informationen zur Ablehnung des Angebotes werden regelmäßig nicht erforderlich sein. Insbesondere ist eine Angabe von konkreten Leistungspunktzahlen nicht notwendig.

Weiterhin sind die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitzuteilen. Der Spielraum für solche Informationen über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ist allerdings aus

Gründen des Vertraulichkeitsschutzes und des fairen Wettbewerbes nur sehr klein. Man wird hier kaum weiter gehen können, als etwa dem nicht erfolgreichen Bieter in allgemeiner Form mitzuteilen, in welchen Leistungsbereichen (zum Beispiel Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen) der Zuschlagskandidat besser abgeschnitten hat als der nicht erfolgreiche Bieter. Aufgrund des Vertraulichkeitsschutzes gemäß § 3 UVgO, der die vertraulichen Aspekte des Angebotes des Zuschlagskandidaten regelt, ist insbesondere hinsichtlich etwaiger Preisinformationen größte Zurückhaltung geboten.

Bei der Darstellung der Gründe für die Nichtberücksichtigung eines Teilnahmeantrages (4) kann man sich hinsichtlich Ausführlichkeit und Substanz an den vorstehenden Ausführungen zur Begründung der Ablehnung eines Angebotes orientieren.

Der öffentliche Auftraggeber ist im Übrigen nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern (a), dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen (b), den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden (c) oder den lauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde (d). Insbesondere die genannten Aspekte (c) und (d) sprechen dafür, dass der Auftraggeber bei der antragsgemäßen Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ein hohes Maß an Zurückhaltung walten lässt.

10.6.4. *Zuschlagserteilung und Vertragsschluss*

10.6.4.1. Übermittlung Zuschlagsschreiben

Zum Vertragsschluss muss der Auftraggeber dem ausgewählten Bieter ein Zuschlagsschreiben übermitteln. In dem Zuschlagsschreiben ist dem Bieter mitzuteilen, dass der Zuschlag erteilt wird und das Angebot des Bieters angenommen wird. Dabei ist in der UVgO keine spezifische Form (zum Beispiel die Textform), vorgesehen. Insofern ist von einer Wahlfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Übermittlungsform auszugehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Zuschlagsschreibens achten. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

Mit Zugang des Zuschlagsschreibens beim Bieter kommt der Vertrag zustande. Dabei gelten die Grundsätze zum Vertragsschluss nach dem BGB. Das Zuschlagsschreiben muss daher dem Bieter rechtzeitig vor Ablauf der Zuschlagsfrist und vor allem noch innerhalb der Angebotsbindefrist zugehen. Daneben darf die Annahme des Angebotes im Zuschlagsschreiben nicht an Bedingungen geknüpft sein oder eine Änderung des Angebotes oder der Vertragsunterlagen enthalten.

Soll die festgelegte Zuschlagsfrist aus wichtigen Gründen verlängert werden, so ist das Einverständnis der zu diesem Zeitpunkt noch im Vergabeverfahren befindlichen Bieter einzuholen. Es kann auch nur die Zustimmung derjenigen Bieter eingeholt werden, die noch eine Chance auf eine Zuschlagserteilung haben. Bei dieser Gelegenheit sind die Bieter auch aufzufordern, einer Verlängerung der Angebotsbindefrist zuzustimmen, soweit deren Fristende vor dem Ende der verlängerten Zuschlagsfrist liegt.

10.6.4.2. Erstellung der Vertragsurkunde

Nach Übermittlung des Zuschlagsschreibens wird zur Verfahrensdokumentation regelmäßig eine Vertragsurkunde ausgefertigt. Der Inhalt dieser Vertragsurkunde ergibt sich im Wesentlichen aus den Vertragsunterlagen (die Bestandteil der Vergabeunterlagen waren) und dem Angebot. Bei kleineren Beschaffungen kann auf die Ausfertigung einer gesonderten Vertragsurkunde verzichtet werden. Der Vertragsinhalt ergibt sich dann etwa aus der Leistungsbeschreibung, der VOL/B und dem Angebot.

Die Vertragsunterlagen – beispielsweise die bereits weitestgehend vorausgefüllten EVB-IT Vertragsformulare – sind im Wege einer Konsolidierung mit den notwendigen Informationen aus dem Angebot zu vervollständigen. Der Vertragsinhalt ist bereits mit Zuschlagserteilung und Übermittlung des Zuschlagsschreibens wirksam festgelegt und darf im Zuge der Erstellung der Vertragsurkunde nicht geändert werden.

10.6.4.3. Unterzeichnung der Vertragsurkunde

Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Vertragspartner dient der Beweissicherung und trägt zur Rechtssicherheit bei. Der Auftraggeber übermittelt dem Auftragnehmer beispielsweise zwei Vertragsurkunden, von denen eine bereits von der Auftraggeberseite gezeichnet ist und beim Auftragnehmer verbleibt, während der Auftragnehmer die andere nach Unterzeichnung an den Auftraggeber zurücksendet.

Zu Dokumentationszwecken sollten der abzulegenden Vertragsurkunde alle Vertragsanlagen beigefügt werden.

10.6.5. *Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss*

10.6.5.1. Statistikmeldungen

Bei einer Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb bestehen außer der gemäß VergStatVO vom Auftraggeber zu beachtenden Pflichten zur Übermittlung von statistikrelevanten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, keine Bekanntmachungs-, Melde- und Berichtspflichten.

10.6.5.2. Abschluss des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren ist in der Regel mit der Auftragserteilung durch Übermittlung des Zuschlagsschreibens beendet. Bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern wirkt das Vergabeverfahren jedoch noch fort, soweit nach den Regelungen der Rahmenvereinbarung mittels erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Unternehmen, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind, also sogenannten Miniwettbewerben, Einzelaufträge vergeben werden. Die UVgO sieht dies zwar in § 15 UVgO nicht explizit vor, jedoch können solche Regelungen für „Miniwettbewerbe“ in die Bewerbungsbedingungen aufgenommen werden. Auch diese Vergaben von Einzelaufträgen unterliegen dann noch den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen (siehe Kapitel E.1.2.).

Die Vertragsunterlagen sind mit Abschluss des Vergabeverfahrens an die für die Vertragsverwaltung zuständige Stelle zu übermitteln.

10.6.5.3. Aufbewahrung der Unterlagen

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist die Vergabeakte auf Vollständigkeit zu prüfen und zu archivieren.

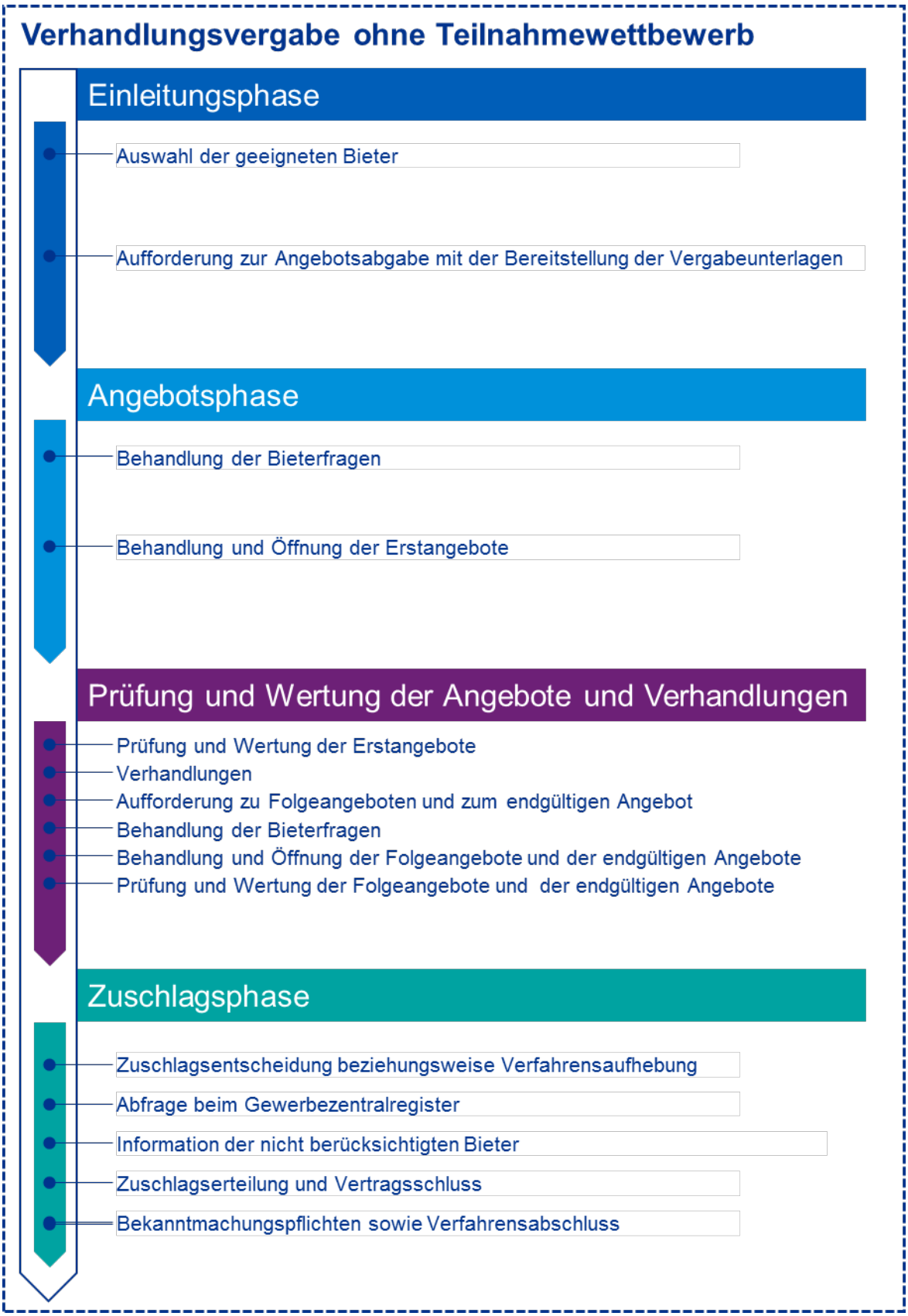
Die gesamte Verfahrensdokumentation sowie die Teilnahmeanträge und Angebote samt ihrer Anlagen sind gemäß § 6 Abs. 2 UVgO mindestens für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages aufzubewahren.

Gegebenenfalls müssen die Vergabeunterlagen sowie die gesamte Vergabeakte mit deren Anlagen entsprechend der für den Auftraggeber geltenden Aufbewahrungsvorschriften und -fristen noch länger als die vorgenannte dem Vergaberecht entstammende Frist aufbewahrt werden.

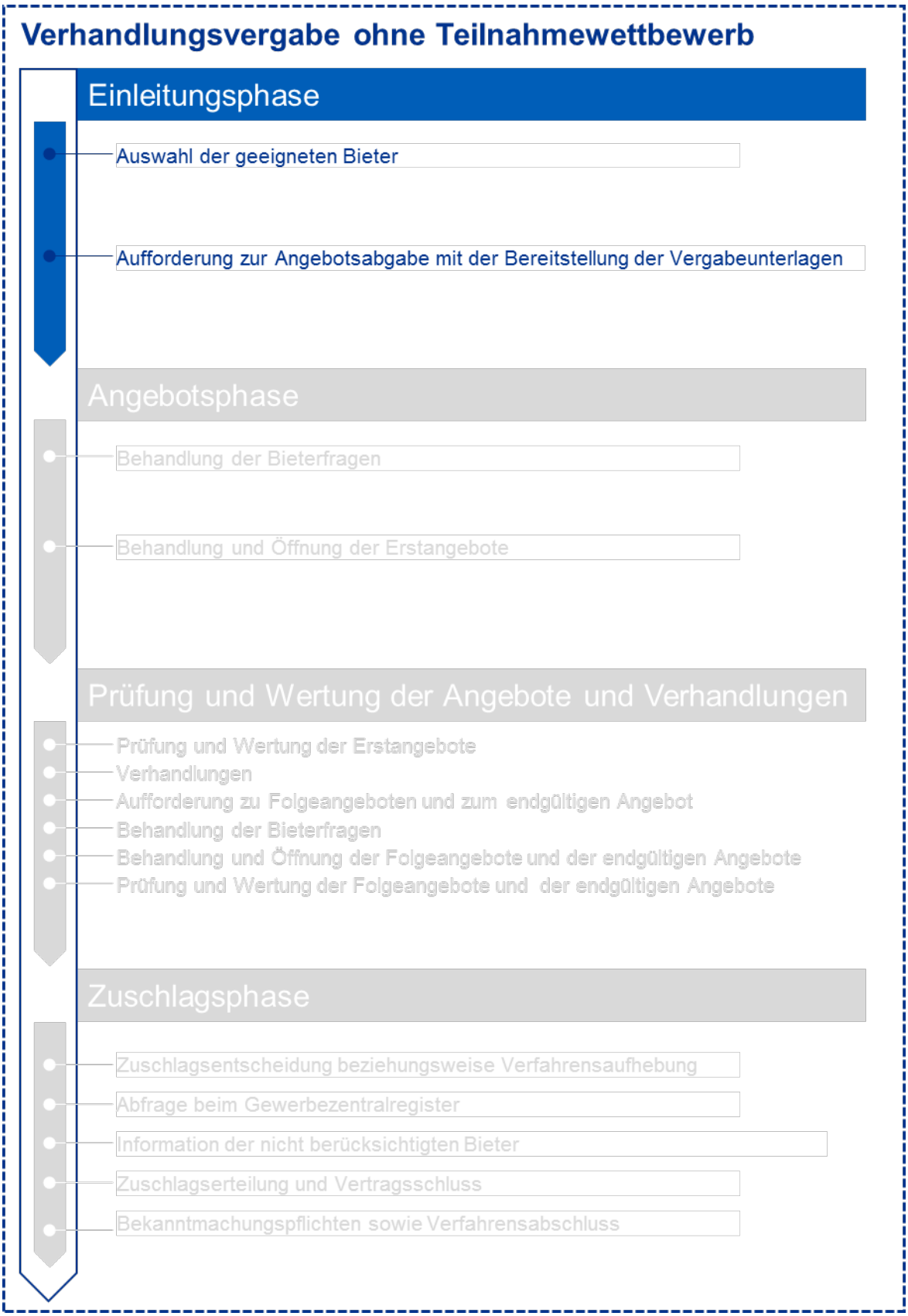
Wichtig ist dies unter anderem auch zum Zweck einer etwaigen Prüfung der vergaberechtlichen Relevanz späterer Vertragsänderungen, weil dann die ursprünglichen Vergabeunterlagen regelmäßig nochmals geprüft werden müssen (siehe Kapitel E.2.1.1.1.).

Die Angebote einschließlich ihrer Anlagen sowie die Dokumentation über Öffnung und Wertung der Angebote sind im Übrigen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

11. Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb



11.1. Einleitungsphase



11.1.1. *Auswahl der geeigneten Bieter*

Die Auswahl der geeigneten Unternehmen ist abhängig von den für die hiesige Verfahrensart zugrunde liegenden Ausnahmetatbeständen (zum Beispiel nach vorheriger Aufhebung einer öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung). Diese in § 8 Abs. 4 UVgO aufgeführten Ausnahmetatbestände sind abschließend. Die Begründung der Anwendung dieser Verfahrensart ist zu dokumentieren.

Der Auftraggeber hat grundsätzlich zwei Möglichkeiten im Hinblick auf die Feststellung der Eignung. Zum einen kann die Eignung – wie bei der öffentlichen Ausschreibung – nach Angebotsabgabe im Rahmen einer Wertungsstufe geprüft werden. Im Regelfall erfolgt aber die Feststellung der Eignung bereits im Vorfeld der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Es werden dann nur geeignete Unternehmen – grundsätzlich mindestens drei – zur Angebotsabgabe aufgefordert und die Eignungsprüfung im Rahmen der Angebotswertung entfällt.

Im Rahmen der Eignungsprüfung prüft der Auftraggebers das Vorliegen von Ausschlussgründen nach den § 31 UVgO in Verbindung mit §§ 123, 124 GWB und, ob und inwieweit die am Vergabeverfahren zu beteiligenden Unternehmen fachkundig und leistungsfähig (geeignet) sind. Die Ausschlussgründe in diesem Sinne sind teilweise zwingend (ohne Ermessen für den Auftraggeber, § 123 GWB), teilweise fakultativ (Kann-Ausschluss mit Ermessensentscheidung für den Auftraggeber, § 124 GWB). Hier hat der Auftraggeber den entsprechenden Katalog der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB sowie die Regelungen zur Selbstreinigung (§§ 125, 126 GWB) zu beachten.

Im Übrigen sind für die Eignungsprüfung die dahingehenden Vorgaben, namentlich die Festlegungen zu den Eignungskriterien, maßgeblich. Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Planung und eines ordnungsgemäßen Designs der Beschaffung hat der Auftraggeber entsprechende Eignungskriterien festgelegt und definiert, die ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Die Erwägungen zur Feststellung der Eignung sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

Wichtig ist, dass bei der Auswahl von Unternehmen die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere Gleichbehandlungsgrundsatz und Nichtdiskriminierung, zu beachten sind. Zudem soll der Auftraggeber zwischen den Unternehmen, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden, wechseln.

11.1.2. *Aufforderung zur Angebotsabgabe mit der Übersendung der Vergabeunterlagen*

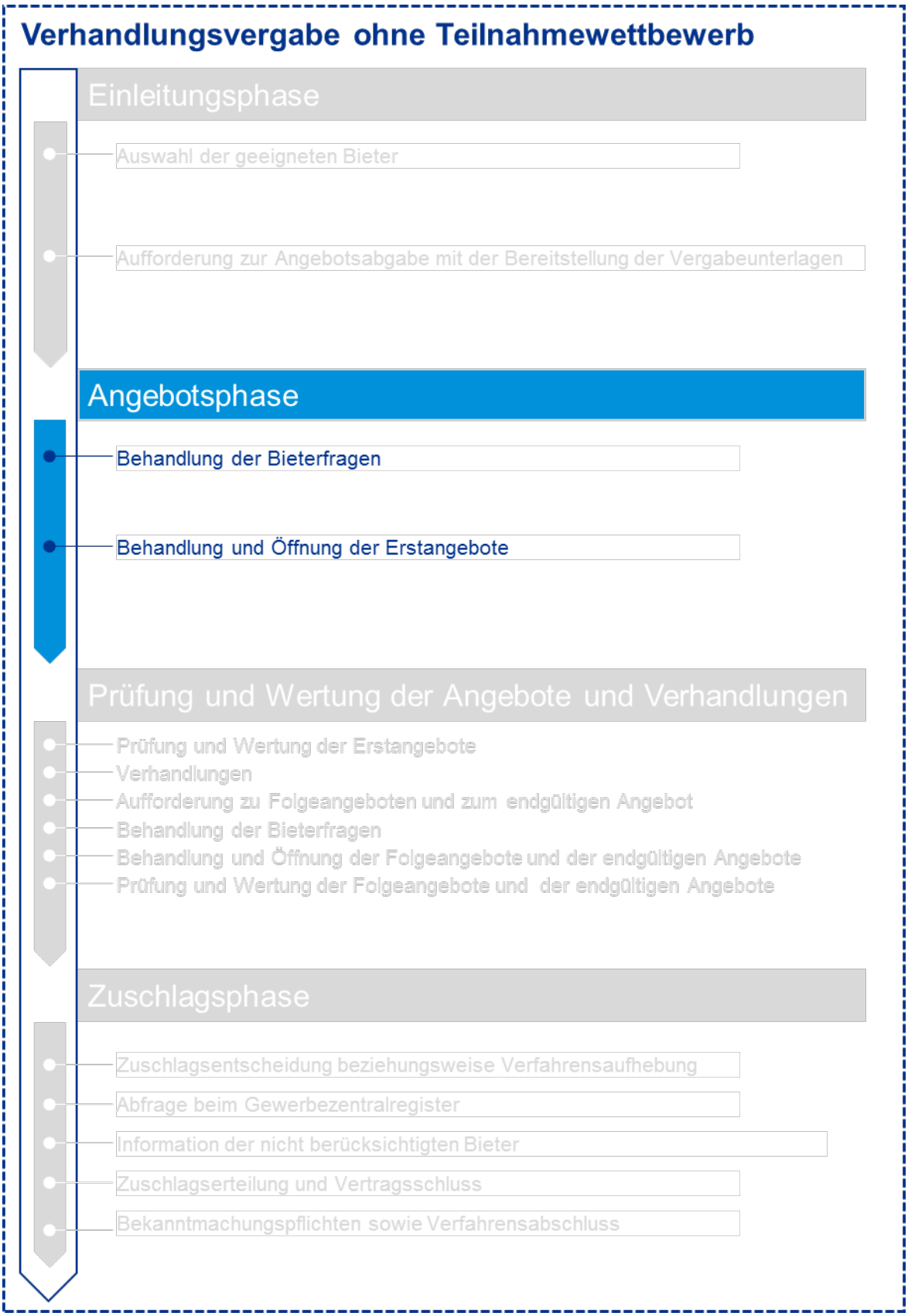
Bei einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb fordert der Auftraggeber ohne vorherige Durchführung eines Teilnahmewettbewerbes mehrere Unternehmen – grundsätzlich mindestens drei – zur Abgabe eines Angebotes auf.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe sowie die Übersendung der Vergabeunterlagen erfolgt mit Hilfe elektronischer Mittel (beispielsweise per E-Mail oder einer E-Vergabeplattform). Gemäß § 38 UVgO kann der Auftraggeber dabei festlegen, ob die Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote in Textform nach § 126b BGB mithilfe elektronischer Mittel gemäß § 7 UVgO, auf dem Postweg, durch

Telefax oder durch einen anderen geeigneten Weg oder durch Kombination dieser Mittel einzureichen haben. Dasselbe gilt für die sonstige Kommunikation nach § 7 UVgO.

Sofern der Auftraggeber die Erfüllung der Eignungskriterien sowie das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen eines beteiligten Unternehmens nicht im Vorfeld feststellen kann, kann er nach § 12 Abs. 2 UVgO beziehungsweise § 11 Abs. 2 UVgO die notwendigen Nachweise und Erklärungen auch noch mit oder nach Versendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe von dem betreffenden Unternehmen verlangen.

11.2. Angebotsphase



11.2.1. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Diese Auskünfte sollten unverzüglich beziehungsweise so lange vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden, dass die Bieter diese in Ihrer Angebotserstellung berücksichtigen können. Gegebenenfalls sollte die Angebotsfrist verlängert werden. Die UVgO sieht keine konkreten Fristen für den Auftraggeber zur Beantwortung der Fragen vor. Eine Orientierung bietet jedoch die 6-Tage-Frist im Bereich europaweiter Verfahren (nach § 20 Abs. 3 S. 1 VgV).

Nach dem Gebot der Gleichbehandlung haben alle Bieter Anspruch auf die gleichen Informationen. Dies lässt sich nachvollziehbar dokumentieren, indem alle Anfragen, je nach Festlegung der Kommunikationsform gemäß § 38 UVgO, gestellt und allen Bietern gleichzeitig, je nach Festlegung der Kommunikationsform – beispielsweise über eine entsprechende E-Vergabeplattform – beantwortet werden. Die Kommunikation kann in Ausnahmefällen auch mündlich erfolgen, sofern sie nicht die Vergabeunterlagen oder die Angebote betreffen, beispielsweise bei technischen Fragen zur verwendeten E-Vergabeplattform.

In der Praxis werden mitunter Fristvorgaben gemacht, bis zu welchem Termin Bieterfragen zugelassen und als rechtzeitig betrachtet werden. Die UVgO sieht eine solche Fristsetzung aber nicht vor. Zwar ist das Setzen einer Frist für Bieterfragen möglich und zur Organisation des Vergabeverfahrens sinnvoll. Der Auftraggeber muss aber berücksichtigen, dass erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, so dass der Auftraggeber gegebenenfalls Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen muss, und zwar völlig unabhängig davon, ob eine Frist für Bieterfragen bereits abgelaufen ist oder wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Angebotsfrist eingeht. Mit der gegebenenfalls verspäteten Beantwortung einer solchen Frage ist dann die Angebotsfrist ebenfalls zu verlängern.

11.2.2. *Behandlung und Öffnung der Erstangebote*

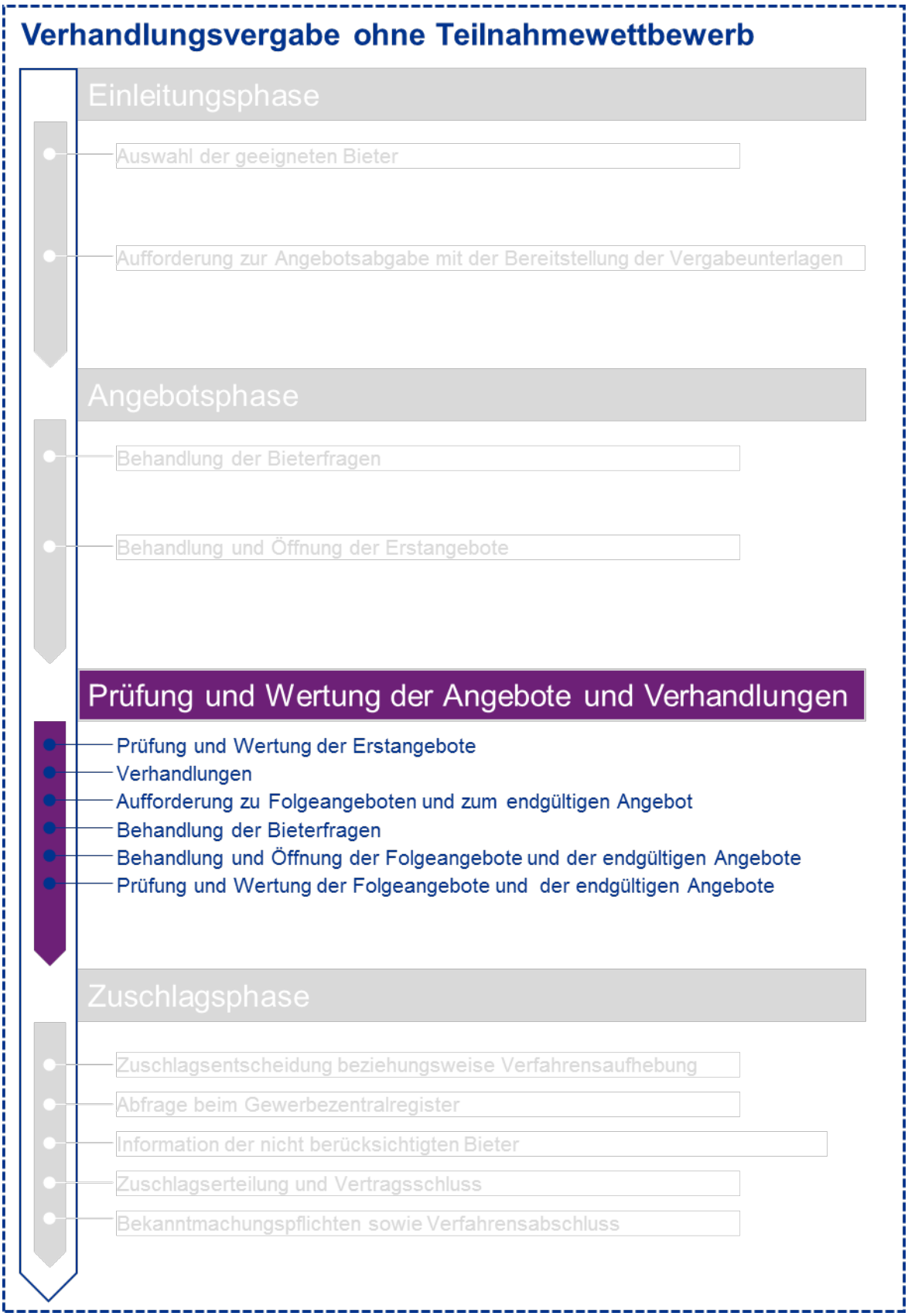
Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 39 UVgO auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 40 UVgO vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Dies gilt nicht, wenn nach § 12 Abs. 3 UVgO nur ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde. Die Öffnung der Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen (das Mitzeichnungserfordernis ist zu beachten).

I Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern. Die Öffnung der Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

11.3. Prüfung und Wertung der Angebote und Verhandlungen



Im Anschluss an die Öffnung der Erstangebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Das konkrete Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote und etwaiger Folgeangebote sowie insbesondere des endgültigen Angebotes wird auch die durch die vom Auftraggeber gewählte Gestaltung des Ablaufs der Verhandlungsvergabe bestimmt. Insoweit ist zunächst als wesentlicher Unterschied der Verhandlungsvergabe zur öffentlichen und beschränkten Ausschreibung zu beachten, dass das Nachverhandlungsverbot in der Verhandlungsvergabe nicht gilt. Der Auftraggeber ist in der Verhandlungsvergabe also berechtigt, über den Angebotsinhalt mit den Bietern zu verhandeln. Gleichwohl muss aber auch in der Verhandlungsvergabe jedes Angebot den vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen genügen.

Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers bei der Prüfung und Wertung der Angebote und bei den Verhandlungen bestimmt sich demgemäß nach den vom Auftraggeber im Rahmen des Designs, insbesondere bei der Erstellung der Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

Gemäß § 12 Abs. 4 UVgO kann der Auftraggeber den Auftrag auf der Grundlage der Erstangebote vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich in der Auftragsbekanntmachung diese Möglichkeit vorbehalten hat.

Hat der Auftraggeber hingegen keinen Vorbehalt der Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote vorgesehen und zieht er einen solchen vorgesehenen Vorbehalt in der Verhandlungsvergabe tatsächlich nicht, bestehen keinen vergaberechtlichen Detailregelungen zum Ablauf des weiteren Vergabeverfahrens zwischen Erstangebot, Folgeangeboten und dem endgültigen Angebot. Der Auftraggeber hat insoweit Gestaltungsspielräume hinsichtlich des Ablaufs des weiteren Vergabeverfahrens, wobei stets die Vergabegrundsätze in jedem Stadium des Vergabeverfahrens zu beachten sind.

So kann der Auftraggeber zum Beispiel vorsehen, dass die Erstangebote zunächst nur indikative (unverbindliche) Angebote sind. Daneben besteht die Möglichkeit, das Erstangebot zunächst als reines Leistungsangebot abzufordern und erst nach Durchführung einer Verhandlungsrunde auch ein Preisangebot zu verlangen. Macht der Auftraggeber von solchen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch, kommt allerdings keine Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote in Betracht, weil diese Erstangebote dann gerade nicht verbindlich beziehungsweise nicht vollständig hinsichtlich der notwendigen Bestandteile (Preise) und damit nicht zuschlagsfähig sind.

Tipp für die Praxis:

Falls dies für sinnvoll erachtet wird, können zunächst indikative (unverbindliche) Angebote eingeholt, ausgewertet und gegebenenfalls erörtert werden. Etwaige allgemeingültige Ergebnisse müssen im Anschluss als Modifizierung der Vergabeunterlagen oder als deren Ergänzung an alle Unternehmen, mit denen verhandelt werden soll, übersandt werden.

Dieses Vorgehen erscheint vor allem dann sinnvoll, wenn noch größere Lücken in der Leistungsbeschreibung beziehungsweise Unsicherheiten bezüglich einer Machbarkeit der geforderten Leistung – insbesondere hinsichtlich der A-Kriterien – oder der Akzeptanz der Vertragsbedingungen bestehen. Mit indikativen Angeboten soll Bietern größere Flexibilität bei der Angebotserstellung

eingeräumt werden. Hiermit sollte auch das Einräumen von Spielräumen in der Leistungsbeschreibung oder bei der Beantwortung von Fragen des Kriterienkataloges korrespondieren.

Bieter erhalten dabei beispielsweise die Möglichkeit, bei bestimmten Anforderungen, die aus ihrer Sicht unpräzise beschrieben sind, Angaben zu fehlenden Informationen zu machen. Ebenso ist es denkbar, dass Bieter schwer oder nur teuer umsetzbare Anforderungen identifizieren und Alternativen dazu vorschlagen. Nicht zuletzt können Bieter etwaige Gegenvorstellungen zum Vertrag vorbringen. Aufgrund der Tatsache, dass die einzureichenden Angebote noch unverbindlichen Charakter haben, kann auch die Situation vermieden werden, dass Bieter sich an einer Erstangebotsabgabe gehindert sehen, weil zu viele vertragliche Hürden und Risiken identifiziert werden. Auf Grundlage der Angaben, die verschiedene Bieter machen, kann der Auftraggeber die Vergabeunterlagen einschließlich der Leistungsbeschreibung und des Vertrages noch einmal kritisch prüfen und gegebenenfalls anpassen.

Erst nach Anpassung der Vergabeunterlagen erfolgt dann ein Aufruf zur Abgabe verbindlicher Angebote.

Der Vorteil dieser Vorgehensmethode ist, dass der Auftraggeber in dieser Anfangsphase möglichst flexibel agieren und gleichzeitig eine möglichst breite Marktansprache sicherstellen kann. Als Nachteil dieser Methode muss festgestellt werden, dass mit der ersten Angebotsphase gegebenenfalls Zeit verloren geht. Zudem kann eine Neigung dazu bestehen, die Leistungsbeschreibung und andere Dokumente nicht so weitgehend wie möglich zu spezifizieren, weil man glaubt, die Inhalte im Dialog mit den Bietern im Rahmen der indikativen Angebotsphase weiter klären und konkretisieren zu können, obwohl dies dem Auftraggeber auch eigenständig möglich wäre. Ebenso kann ein Risiko dahingehend bestehen, dass Bieter das indikative Angebot aufgrund der Unverbindlichkeit nicht vollständig beziehungsweise nicht in der notwendigen Güte und „Preisschärfe“ bearbeiten.

Soweit phasenweise Verhandlungen („Abschichtung“) vorgesehen sind, kann eine Abschichtung von Angeboten allerdings erst nach Einholung verbindlicher Angebote erfolgen. Gleiches gilt für den Ausschluss von Angeboten wegen Nichterfüllung von A-Kriterien.

Der Auftraggeber kann zudem die Verhandlungen auch in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen abwickeln, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern („Abschichtung“). Voraussetzung dafür ist, dass er hierauf in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen hingewiesen hat.

Wichtiger Hinweis:

In der Schlussphase des Vergabefahrens müssen noch so viele Angebote vorliegen, dass der Wettbewerb gewährleistet ist, sofern ursprünglich eine ausreichende Anzahl von Angeboten oder geeigneten Bietern vorhanden war.

Diese Besonderheiten der Verhandlungsvergabe vorausgeschickt, geht die nachstehende Darstellung in folgender Reihenfolge auf die einzelnen Aspekte der Prüfung und Wertung von Angeboten und der Verhandlungen ein:

- Prüfung und Wertung der Erstangebote

- Verhandlungen
- Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot
- Behandlung der Bieterfragen
- Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote
- Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote

11.3.1. *Prüfung und Wertung der Erstangebote*

Hat der Auftraggeber einen Vorbehalt der Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote gemäß § 12 Abs. 4 UVgO in der Auftragsbekanntmachung aufgenommen und will er diesen Vorbehalt im Vergabeverfahren dann tatsächlich ziehen, folgt die Prüfung und Wertung der Erstangebote gemäß dem in der Praxis grundsätzlich angewandten 4-stufigen Wertungssystem:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt dabei die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 41, 42 UVgO. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die in der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb in der Regel bereits zuvor (in der Einleitungsphase) vorgenommen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote in der Verhandlungsvergabe nur bei Änderungen oder neuen Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 44 UVgO. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angebote die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Hat der Auftraggeber

- hingegen keinen Vorbehalt der Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebote vorgesehen
- oder zieht er einen solchen vorgesehenen Vorbehalt im Vergabeverfahren tatsächlich nicht,
- oder hat er das Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote unter Berücksichtigung der Vergabevorschriften, insbesondere der Vergabegrundsätze in den Vergabeunterlagen entsprechend geregelt,

kann das vorbeschriebene 4-stufigen Wertungssystem möglicherweise nicht vollständig bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote angewendet werden zum Beispiel, wenn

- keine abschließende formale Prüfung auf Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen erfolgen kann, weil die Erstangebote nach der Verfahrensgestaltung des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen gar nicht verbindlich sein mussten,
- oder keine Prüfung der Angemessenheit der Preise und keine Feststellung des (vorläufig) wirtschaftlichsten Angebotes möglich ist, weil noch gar keine Preisangebote mit dem Erstangebot verlangt wurden.

Im Folgenden wird dennoch das vollständige 4-stufige Wertungssystem im Einzelnen dargestellt. Ob und inwieweit dies im Einzelfall tatsächlich auf die Erstangebote anwendet wird, bestimmt sich nach den rechtmäßigen Vorgaben des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen.

11.3.1.1. Formale Prüfung der Angebote

Bei der formalen Prüfung prüft der Auftraggeber die Angebote auf Vollständigkeit und fachliche Richtigkeit und rechnerische Richtigkeit. Maßgeblich sind hierfür insbesondere die Vorgaben in den Vergabeunterlagen und der Auftragsbekanntmachung. Zudem umfasst die formale Prüfung die Prüfung auf das Vorliegen von Ausschlussgründen. Danach sind von der Angebotswertung zwingend auszuschließen:

- Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, es sei denn der Bieter hat dies nicht zu vertreten
- Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten
- Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind
- Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind
- Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen,
- oder nicht zugelassene Nebenangebote

Hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, so berücksichtigt er nur die Nebenangebote, die die von ihm in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Damit an sich vielversprechende Bieter nicht wegen lediglich geringfügiger formaler Fehler ausgeschlossen werden müssen, kann der Auftraggeber Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen (insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise) nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Das Nachforderungsrecht darf jedoch nicht zum Austausch von Unterlagen genutzt werden, denn die Nachforderung bereits vorliegender, jedoch inhaltlich unzureichender Unterlagen ist nicht zulässig (siehe zum Thema Nachforderung im Einzelnen Kapitel F.7.).

Grundsätzlich nicht nachgefordert werden dürfen leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen. Es sei denn, es handelt sich um Preisangaben für unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb beeinträchtigen.

Die Entscheidung, ob er Unterlagen nachfordert, steht im Ermessen des Auftraggebers. Im Rahmen der Ermessensentscheidung muss darüber entschieden werden, ob nachgefordert wird, was nachgefordert wird und in welcher Frist nachzuliefern ist. Sowohl eine nach den obigen Ausführungen fehlerhafte Nachforderung von Unterlagen als auch eine danach fehlerhaft unterlassene Nachforderung kann dazu führen, dass die Vergabeentscheidung des Auftraggebers von Bietern angegriffen wird.

Der Auftraggeber kann die Nachforderung von Unterlagen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen ausschließen.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der formalen Prüfung (insbesondere auch über die Ergebnisse der Prüfung auf Ausschlussgründe und für die Entscheidung über die Vornahme oder das Absehen von Nachforderungen) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

11.3.1.2. Prüfung der Angemessenheit des Preises

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Preises geht es um den richtigen Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten.

Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, hat der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung zu verlangen. Ein automatischer Ausschlussgrund für solche Angebote besteht also gerade nicht (Grundsatz „Aufklärung vor Ausschluss“). Konkret treffen den Auftraggeber im Rahmen dieser Aufklärung folgende Pflichten:

Der Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebotes und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen des Bieters. Die Prüfung kann insbesondere betreffen:

- die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung
- die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt
- die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung
- die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften
- oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen

Kann der Auftraggeber nach dieser Prüfung die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.

Stellt der Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Angebot abzulehnen, wenn der Bieter nicht fristgemäß nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Der Auftraggeber hat die Ablehnung in diesem Fall der Europäischen Kommission mitzuteilen.

Anlass für eine Preisaufklärung geben zunächst Angebote mit auffälligen Preisdifferenzen zu eingegangenen Konkurrenzangeboten, wobei grundsätzlich der Gesamtpreis der Angebote maßgeblich ist. In Rechtsprechung und Landesvergabegesetzen werden teilweise prozentuale Preisabstände der Angebote zum nächsthöheren Angebot angenommen beziehungsweise festgelegt („Aufgreifschwellen“). Im Einzelfall sollte der Auftraggeber vertieft prüfen, ob und inwieweit solche Aufgreifschwellen in seinem Anwendungsbereich angenommen wurden oder gelten.

Nach einem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs können die Mitbewerber verlangen, dass der Auftraggeber in die nähere Prüfung der Preisbildung eintritt, wenn ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Angebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig erscheint (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16). Die vorzunehmende Preisaufklärung sollte sich unter Berücksichtigung dieses Grundsatzurteils nicht auf die Einholung einer pauschalen Bestätigung des betroffenen Bieters beschränken, die Angebotspreise seien angemessen und auskömmlich. Vielmehr ist eine qualifizierte Preisprüfung vorzunehmen, die insbesondere deren Schutzzweck berücksichtigt, auch das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung zu wahren. Insoweit ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen, dass unangemessen niedrige Angebotspreise gesteigerte Risiken bergen. Nach dem Grundsatzurteil des BGH können sich diese in vielfältiger Weise verwirklichen, zum Beispiel:

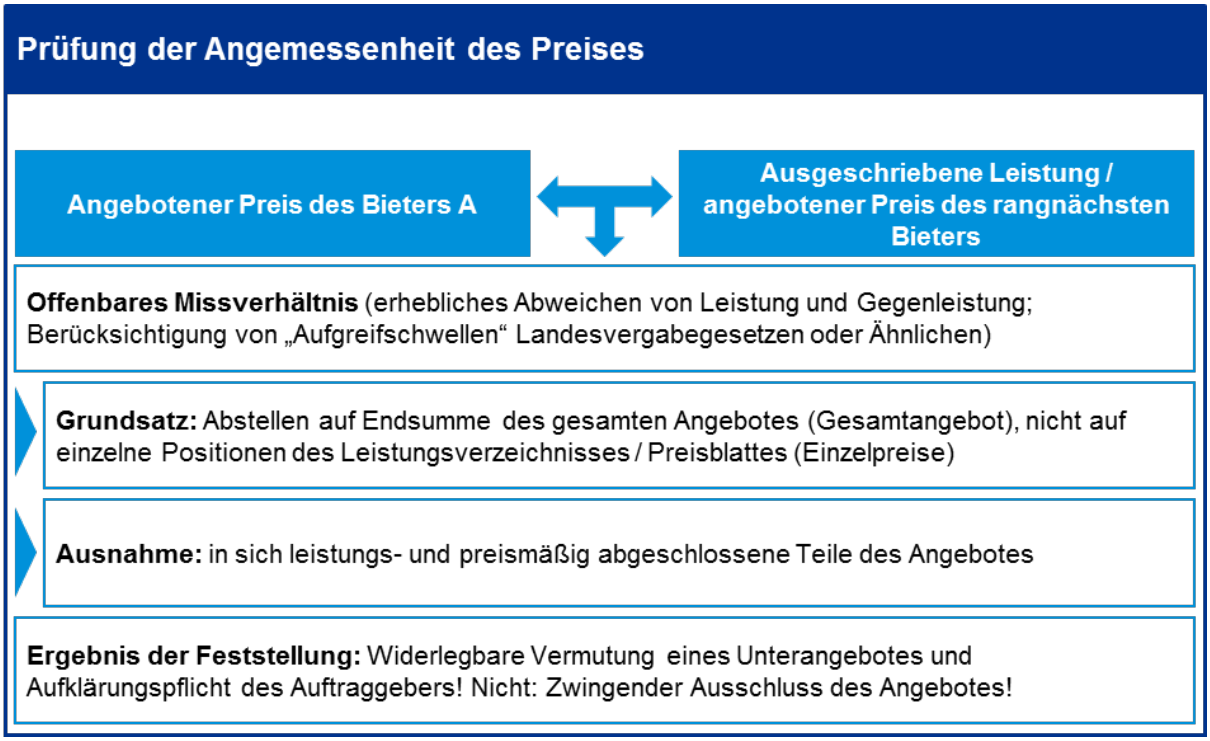
- Auftragnehmer kann infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen.
- Auftragnehmer könnte in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen, sich des Auftrages so unaufwendig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet.

Der Auftraggeber sollte diese Aspekte bei der Preisaufklärung entsprechend berücksichtigen. Kann der betroffene Bieter seine ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preise aber rechtmäßig erklären und die Gründe für seine Preisbildung eindeutig und transparent machen, kann aber auch ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot zulässig sein. Dies mit der Folge, dass ein solches Angebot nicht ausgeschlossen werden darf.

Zu Dokumentations- und Beweiszwecken ist die Durchführung der Aufklärung (Aufklärungsverlangen und Stellungnahme des betroffenen Bieters hierzu) in Textform zu dokumentieren. Für die Aufklärung durch den Bieter ist diesem eine angemessene Frist zu gewähren. In der Praxis kann für den Auftraggeber die Ausrichtung des Aufklärungsverlangens anhand konkreter Positionen des Angebotes / Preisblattes hilfreich sein, aus denen der ungewöhnlich niedrig erscheinende Gesamtpreis mutmaßlich resultiert.

Anhand der im Rahmen der Aufklärung vom betroffenen Bieter eingereichten Unterlagen hat der Auftraggeber zu prüfen, ob danach die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten zufriedenstellend aufgeklärt sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, darf der Auftraggeber den Zuschlag auf das betroffene Angebot ablehnen. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Ablehnung des betroffenen Angebotes besteht, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, dass der Preis oder die

Kosten des Angebotes ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten werden.



Der Auftraggeber darf von den Bietern Aufklärung über das Angebot, insbesondere im Zusammenhang mit den angebotenen Preisen nach den vorstehenden Maßstäben verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise (insbesondere über eine etwaige Aufklärung mit den betroffenen Bietern und über das Ergebnis, einschließlich Begründung der anschließenden Wertungsentscheidung des Auftraggebers) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren.

11.3.1.3. Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Erst im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes kommt – für die nach den drei vorstehend dargestellten Wertungsstufen im Wettbewerb verbliebenen Angebote – die in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegte Bewertungsmethode, gegebenenfalls nebst zugehöriger Leistungsbewertung gemäß Leistungsbewertungsmatrix zum Tragen (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt demgemäß nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis auf der Grundlage einer Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die in den Vergabeunterlagen durch Bewertungsmethode gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Der Auftraggeber ist dabei gehalten, die und nur die Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix anzuwenden, die er im Rahmen der Planung und Designs einer Beschaffung, insbesondere in den Vergabeunterlagen, rechtmäßig festgelegt und definiert hat. Der Auftraggeber darf keine Unterkriterien, Gewichtungsregeln, Punkte- oder sonstige

Bewertungssysteme anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat. Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Zuschlagskriterien, Bewertungsmethode und gegebenenfalls Leistungsbewertungsmatrix ist grundsätzlich unzulässig.

Sämtliche Entscheidungen, einschließlich der zugehörigen Begründungen im Rahmen der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes, insbesondere der Leistungsbewertung nach einer Leistungsbewertungsmatrix (insbesondere über das Ergebnis der Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien, einschließlich Begründung) sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. Bei B-Kriterien mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung bedarf es im Rahmen der Leistungsbewertung einer besonders sorgfältigen Begründung und eine entsprechenden Dokumentation durch den Auftraggeber.

Wichtiger Hinweis:

An der Zuschlagsentscheidung sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken.

11.3.2. *Verhandlungen*

Für den Fall, dass nach den oben beschriebenen Maßgaben keine Auftragsvergabe auf der Grundlage der Erstangebot erfolgt, tritt der Auftraggeber nach der vorbeschriebenen Prüfung und Wertung der Erstangebote in die Verhandlungen ein. Eine Verhandlungsrunde besteht aus mehreren Verhandlungsgesprächen mit jeweils verschiedenen Bietern. Innerhalb einer Verhandlungsvergabe kann es zu einer oder mehreren Verhandlungsrunden kommen. Zum Abschluss einer Verhandlungsrunde werden regelmäßig entweder Folgeangebote eingeholt und / oder Verhandlungsergebnisse verbindlich schriftlich fixiert (ein beispielhafter Ablauf einer Verhandlungsrunde findet sich in Kapitel F.8.).

Der Auftraggeber verhandelt im Rahmen einer Verhandlungsrunde mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Dabei darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. Um die Flexibilität für die Verhandlungen zu wahren, sollte der Auftraggeber daher mit der Festlegung von Mindestanforderungen zurückhaltend sein und grundsätzlich nur alternativlose Leistungsanforderungen und Funktionalitäten als Mindestanforderung im Sinne von der vorgenannten Vorschriften festlegen. Im Rahmen der Verhandlungen kann gegebenenfalls mehrfach sowohl über Leistungen als auch über Preise verhandelt werden.

Vor allem in komplexen und lang laufenden Verhandlungsvergaben kann es sinnvoll sein, protokollierte Verhandlungsergebnisse unmittelbar am Ende der Verhandlungsergebnisse von allen Verhandlungsbeteiligten durch Unterschrift bestätigen zu lassen oder zumindest im Anschluss an die Verhandlungsbeteiligten an die Verhandlungsbeteiligten zu übermitteln. Dabei können die Bieter aufgefordert werden, zum Beispiel bestimmte Angebotsteile auf Grundlage des protokollierten Verhandlungsergebnisses zu überarbeiten. Die Veranlassung einer derartigen Überarbeitung von Angebotsteilen muss nicht zwingend als formale Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgen, sondern

kann auch informell, beispielsweise zur Vorbereitung eines weiteren Verhandlungsgesprächs, von Bietern verlangt werden. Wenn der Auftraggeber hier die Verbindlichkeit der Überarbeitung sicherstellen möchte, kann er die Unterzeichnung solcher Dokumente verlangen. Aus Gründen der Gleichbehandlung sind allen Bieter gleiche Fristen für Überarbeitungen zu setzen.

Der Auftraggeber hat bei den Verhandlungen sicherzustellen, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleichbehandelt werden. Insbesondere hat sich der Auftraggeber jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen zu enthalten, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Der Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmten Informationen erteilt werden.

Bieter, deren Angebote nicht im Rahmen einer „Abschichtung“ (phasenweise Verhandlungsvergabe) ausgeschieden sind, sind in Textform nach § 126b BGB über etwaige Änderungen der Leistungsbeschreibung, insbesondere der technischen Anforderungen oder anderer Bestandteile der Vergabeunterlagen zu unterrichten, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien betreffen. Im Anschluss an solche Änderungen hat der Auftraggeber den Bietern ausreichend Zeit gewähren, um ihre Angebote zu ändern und gegebenenfalls überarbeitete Angebote einzureichen.

Wenn der Auftraggeber eine phasenweise Verhandlungsvergabe mit „Abschichtung“ vorgesehen hat, erfolgt die Abschichtung in der Regel bereits vor der Verhandlungsrunde anhand der eingereichten Erstangebote (gegebenenfalls Folgeangebote). Diese Bieter sind unter Angabe von Gründen über ihr Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren zu informieren. Gleiches gilt für Bieter, deren Angebote zum Beispiel aus formalen Gründen auszuschließen sind.

Die Verhandlungen sollten so lange geführt werden, bis die letzte Verhandlungsrunde die Möglichkeit zur Einholung endgültiger zuschlagsreifer Angebote eröffnet hat.

11.3.3. *Aufforderung zu Folgeangeboten und zum endgültigen Angebot*

Wenn der Auftraggeber beabsichtigt, die Verhandlungen abzuschließen, so unterrichtet er die verbleibenden Bieter und legt eine einheitliche Frist für die Einreichung neuer oder überarbeiteter Angebote (Folgeangebote oder endgültige Angebote) fest. Dabei ist jeweils eindeutig anzugeben, ob es sich (lediglich) um ein Folgenangebot oder das endgültige Angebot handelt.

Die Aufforderung zur Abgabe von Folgeangeboten und endgültigen Angeboten enthält regelmäßig die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, das Aktenzeichen und möglicherweise ein Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen. Weiterhin sollte der Aufbau der gegebenenfalls aktualisierten Vergabeunterlagen in einer Übersicht dargestellt werden und die Angebotsfrist sowie die Stelle, bei der das Angebot oder die angeforderten Unterlagen einzureichen sind, benannt werden. Gegebenenfalls sind in der Aufforderung zur Abgabe von Folgeangeboten und endgültigen Angeboten auch Angaben zum weiteren Verfahrensablauf mitzuteilen, insbesondere wenn sich dieser gegenüber den vorherigen Ankündigungen ändert.

Wenn der Auftraggeber ein phasenweises Verhandlungsverfahren mit „Abschichtung“ vorgesehen hat, werden nur noch die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter zum Folgeangebot beziehungsweise zum endgültigen Angebot aufgefordert.

Nach Abschluss der letzten Verhandlungsrunde erfolgt als sogenannter „last call“ die Aufforderung zum endgültigen Angebot an die bis dahin im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter („best and final offer“ – BAFO).

11.3.4. *Behandlung der Bieterfragen*

Innerhalb der Angebotsfrist für Folgeangebote und das endgültige Angebot können die Bieter zusätzliche sachdienliche Auskünfte erbitten. Der konkrete Ablauf der Behandlung von Bieterfragen ist bereits bei der Behandlung von Bieterfragen vor den Erstangeboten dargestellt, auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

11.3.5. *Behandlung und Öffnung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote*

Elektronisch übermittelte Angebote sind nach § 39 UVgO auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern. Eingesetzte E-Vergabesysteme oder -Plattformen bieten in der Regel entsprechende Funktionalitäten. Im Übrigen gilt, dass der Auftraggeber beim Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel zu verwenden hat, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

Auf dem Postweg und direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Mittels Fax übermittelte Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Bevor der Auftraggeber eine nicht-elektronische Einreichung vorsieht, hat er zu prüfen, ob eine solche Einreichungsform (noch) rechtlich zulässig ist.

Der Auftraggeber darf nach § 40 UVgO vom Inhalt der Folgeangebote und endgültigen Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen. Die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote ist von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen.

Bei Lieferungen und Leistungen wird keine öffentliche Submission (das heißt unter Beteiligung der Bieter) durchgeführt, sondern die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote erfolgt ausschließlich mit Mitarbeitern des Auftraggebers ohne jedwede Beteiligung von Bietern.

Die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote ist in Textform zu dokumentieren. Die Folgeangebote und endgültigen Angebote sind nach der Öffnung vertraulich aufzubewahren.

11.3.6. *Prüfung und Wertung der Folgeangebote und der endgültigen Angebote*

Im Anschluss an die Öffnung der Folgeangebote und endgültigen Angebote hat der Auftraggeber diese gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften und insbesondere unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben und Anforderungen zu prüfen und zu werten.

Das konkrete Vorgehen bei der Prüfung und Wertung der Folgeangebote und insbesondere des endgültigen Angebotes wird auch die durch die vom Auftraggeber gewählte Gestaltung des Ablaufs des Verhandlungsverfahrens bestimmt. Das konkrete Vorgehen des Auftraggebers bei der Prüfung und Wertung der Angebote und bei den Verhandlungen bestimmt sich demgemäß nach den vom Auftraggeber im Rahmen des Designs, insbesondere bei der Erstellung der Vergabeunterlagen aufgestellten Vorgaben zum Verfahrensablauf.

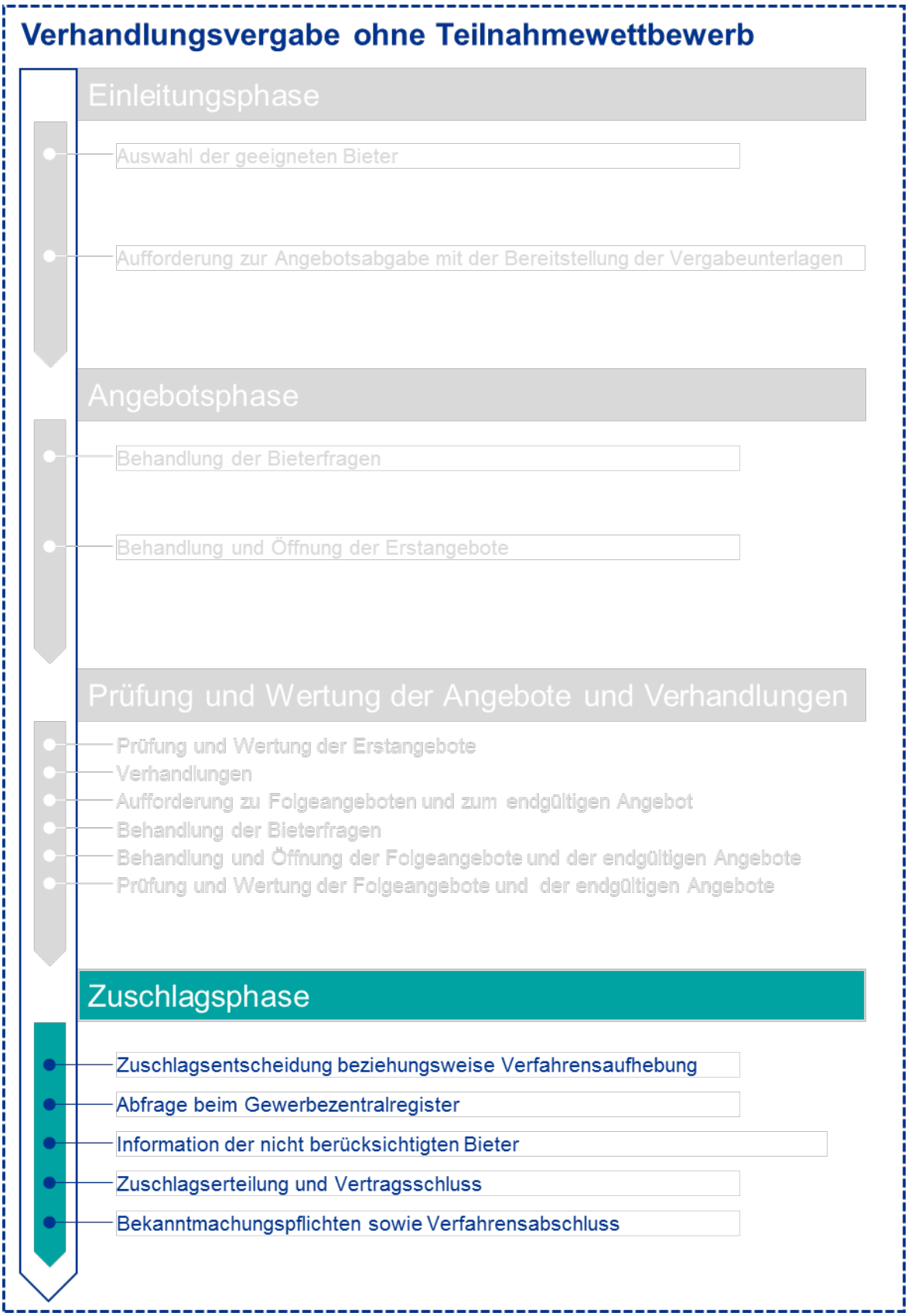
Spätestens hinsichtlich der endgültigen Angebote erfolgt die Prüfung und Wertung der gemäß dem in der Praxis grundsätzlich angewandten 4-stufigen Wertungssystem:

- 1. Stufe: Formale Prüfung der Angebote
- (2. Stufe: Eignungsprüfung)
- 3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit des Preises
- 4. Stufe: Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung

Auf der 1. Stufe erfolgt dabei die formale Prüfung, insbesondere auf Vorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 41, 42 UVgO. Auf der 2. Stufe nimmt der Auftraggeber die Eignungsprüfung vor, die in der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb bereits in der Einleitungsphase vorgenommen wurde. Ein Neueinstieg in die Eignungsprüfung ist daher bei der Prüfung und Wertung der Angebote in der Verhandlungsvergabe nur bei Änderungen oder neuen Feststellungen geboten, die das Ergebnis der Eignungsprüfung betreffen können. Auf der 3. Stufe geht es um die Prüfung der Angemessenheit und Auskömmlichkeit der Preise nach § 44 UVgO. Erst auf der 4. Stufe erfolgt unter den danach in der Wertung verbliebenen Angebote die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode, bei der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode einschließlich der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix (siehe zu Bewertungsmethoden, Kriterienkatalog und Bewertungsmatrizen im Einzelnen Kapitel F.4.).

Der konkrete Ablauf der formalen Prüfung, Prüfung der Angemessenheit des Preises sowie die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes / Leistungsbewertung ist bereits bei der Prüfung und Wertung der Erstangebote dargestellt, auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

11.4. Zuschlagsphase



11.4.1. *Zuschlagsentscheidung beziehungsweise Verfahrensaufhebung*

Im Regelfall endet das Vergabeverfahren mit einer Zuschlagsentscheidung. Voraussetzung dafür ist, dass nach Abschluss der Prüfungs- / Wertungsphase mindestens ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, das auch zu einem wirtschaftlichen Ergebnis des Vergabeverfahrens führt.

11.4.1.1. Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung

Sofern ein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt und der betreffende Bieter die – gegebenenfalls auf Anforderung des Auftraggebers – nachzuweisende Eignung zunächst nur mit der Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) vorläufig belegt hatte, sollte der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung diesen Bieter auffordern, die nach §§ 33 ff. UVgO gemäß Auftragsbekanntmachung beziehungsweise den Vergabeunterlagen geforderten Unterlagen beizubringen (sofern dies nicht bereits während des Vergabeverfahrens erfolgt ist). Dies sollte in Textform (gemäß § 126b BGB) und mit einer Festlegung einer angemessenen Frist geschehen. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten. Die beigebrachten Unterlagen sind zu prüfen. Zwar schreibt die UVgO – anders als die VgV – eine solche Nachforderung beim Zuschlagskandidaten nicht verbindlich vor, spricht aber auch nur von einem vorläufigen Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen, der mittels der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung erfolgt.

Erhält der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung Kenntnis darüber, dass Gründe für einen zwingenden Ausschluss eines Unterauftragnehmers vorliegen, so verlangt der Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Betrifft die Kenntnis fakultative Ausschlussgründe, kann der Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der Auftraggeber setzt dem Bieter dafür eine Frist, die so zu bemessen ist, dass dem Auftraggeber durch die Verzögerung keine Nachteile entstehen. Ist dem Bewerber oder Bieter ein Wechsel des Unterauftragnehmers innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird das Angebot ausgeschlossen (§ 26 Abs. 5 UVgO).

11.4.1.2. Zuschlagsentscheidung

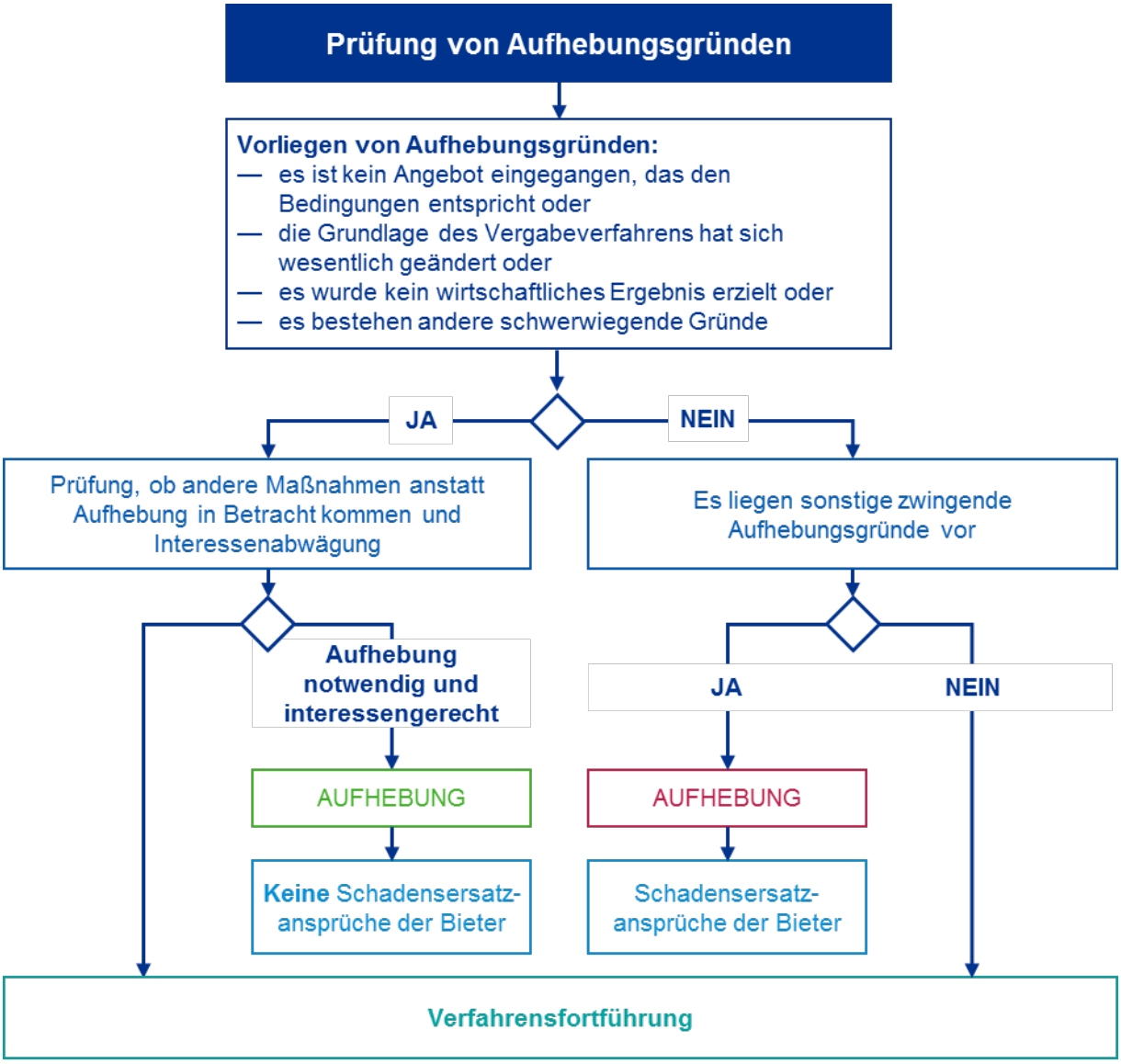
Nach Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen der Prüfungs- / Wertungsphase ist die Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Sowohl die Grundlagen für die Zuschlagsentscheidung als auch die Gründe der Nichtberücksichtigung der restlichen Bieter sind in der Vergabeakte zu dokumentieren. An der Entscheidung über den Zuschlag sollen nach § 43 Abs. 8 UVgO in der Regel mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers mitwirken (Mitzeichnung ist erforderlich).

Sofern demgegenüber keine zuschlagsfähigen Angebote vorliegen oder andere Aufhebungsgründe zutreffen, so ist das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Regelung des § 48 UVgO ganz oder losweise aufzuheben.

11.4.1.3. Aufhebung

Nach § 48 UVgO kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den in der Norm genannten und eng begrenzten Tatbeständen durch eine rechtmäßige Aufhebung beenden. Grundsätzlich gilt, dass Auftraggeber Vergabeverfahren nicht willkürlich aufheben dürfen. Ein „Auslaufen“ eines Vergabeverfahrens ohne einen für die Bieter erkennbaren Abschluss und dementsprechende Information durch den Auftraggeber ist nicht zulässig. Der früheste Zeitpunkt einer möglichen Aufhebung ist unmittelbar nach erfolgter Bekanntmachung des Vergabeverfahrens oder Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick über Aufhebungsgründe und -modalitäten:



Diese Aufhebungsvoraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen. Allerdings darf der Auftraggeber auch dann, wenn keine der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, das Verfahren aufheben. Er ist also nicht gezwungen, den Zuschlag zu erteilen. Ein sonstiger zwingender Aufhebungsgrund kann beispielsweise bestehen, wenn aufgrund fehlerhafter Planungen bereits ursprünglich nicht verfügbare Haushaltsmittel für den Auftrag endgültig verweigert werden. Ohne das Vorliegen einer gesetzlichen Aufhebungsvoraussetzung können Bieter jedoch unter Umständen erfolgreich Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Es ist zwischen einer Vollaufhebung und einer Teilaufhebung zu unterscheiden. Damit bei losweisen Vergaben nicht alle Beschaffungsmaßnahmen betroffen sind, ist grundsätzlich eine Teilaufhebung für das betreffende Los möglich.

Wichtiger Hinweis:

Nach der zugrunde liegenden Norm ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines Aufhebungstatbestandes nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben. Der Auftraggeber besitzt somit einen Ermessensspielraum und muss bei der Entscheidung auch die Interessen der Bieter berücksichtigen. Vor der Aufhebung des Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber daher eine Interessenabwägung vornehmen und prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind. Der Auftraggeber ist dazu angehalten, alles Mögliche zu tun, um eine Aufhebung zu vermeiden. So soll insbesondere angestrebt werden, etwaige Verfahrensfehler, die während des Vergabeverfahrens auftreten, zu beheben. Eine Beseitigung von Verfahrensfehlern erfordert nicht unbedingt eine vorherige Aufhebung.

Nach der Entscheidung über die Aufhebung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber den Bietern unverzüglich seine Entscheidung mitzuteilen, auf die Vergabe eines Auftrages zu verzichten oder das Verfahren erneut einzuleiten. Diese Mitteilung kann formfrei erfolgen. Aus Dokumentationsgründen sollte jedoch von vornherein die Textform gewählt werden. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

11.4.2. *Abfrage beim Gewerbezentralregister*

Das MiLoG trifft in § 19 MiLoG Regelungen zum Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Auf dieser Grundlage sind Auftraggeber verpflichtet, Bieter vor dem Zuschlag hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des MiLoG zu überprüfen (Eigenerklärung ist zu verlangen). Darüber hinaus muss bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a GewO eingeholt werden (auch „MiLoG-Abfrage“ genannt).

Diese Auskunft sollte im Sinne eines zügigen Abschlusses des Vergabeverfahrens unverzüglich nach der Zuschlagsentscheidung beim zuständigen Bundesamt für Justiz angefordert werden. Sofern der Bieter ausweislich der Gewerbezentralregisterauskunft mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden ist, soll dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Vor einer Entscheidung über den etwaigen Ausschluss ist dem Bieter eine Gelegenheit einzuräumen, sich zu dem Sachverhalt zu äußern. Aus Dokumentationsgründen sollte die Anhörung des Bieters in Textform (gemäß § 126b BGB) erfolgen. Bei der zu treffenden Entscheidung über den Ausschluss auf Grundlage der Ausführungen eines Bieters ist es naheliegend, dass der Auftraggeber sich an den Grundsätzen der Selbstreinigung gemäß § 31 UVgO in Verbindung mit § 125 GWB orientiert.

Tipp für die Praxis:

Sofern die Gewerbezentralregisterauskunft im schriftlichen Verfahren eingeholt wird, kann dies zu gegebenenfalls nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Daher empfiehlt es sich, dass der Auftraggeber die Möglichkeit nutzt, Gewerbezentralregisterauskünfte im deutlich schnelleren elektronischen Verfahren beim Bundesamt für Justiz einzuholen. Dazu bedarf es – soweit noch nicht vorhanden – der Einrichtung eines elektronischen Zugangs. Die Beantragung eines elektronischen Zugangs beim Bundesamt für Justiz sollte bereits vor oder in der Frühphase des Vergabeverfahrens

erfolgen. Weitere Informationen sind von der Webseite des Bundesamtes der Justiz zu beziehen (siehe https:// www.bundesjustizamt.de).

Der Auftraggeber kann bereits in den Bewerbungsbedingungen von den Bewerbern / Bietern Eigenerklärungen über das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 98c AufenthG, § 19 MiLoG, § 21 AEntG und § 21 SchwarzArbG und über das Vorliegen entsprechender Einträge im Gewerbezentralregister verlangen. Auf diese Weise erhält der Auftraggeber bereits bei der Eignungsprüfung eine Indikation über das Vorliegen solcher Ausschlusstatbestände. Von der vorstehend dargestellten Abfragepflicht beim Gewerbezentralregister für den zum Zuschlag vorgesehenen Bieter befreit eine solche Eigenerklärung den Auftraggeber jedoch nicht.

Wichtiger Hinweis:

Neben der Abfrage beim Gewerbezentralregister sind bei Vergabeverfahren von Landesbehörden beziehungsweise öffentlichen Auftraggebern der Länder gegebenenfalls auch nach dem Vergaberecht des jeweiligen Bundeslandes notwendige Abfragen beim Korruptionsregister des betreffenden Bundeslandes zu beachten.

Zudem werden öffentliche Auftraggeber ab Aufnahme des Betriebs des neuen Wettbewerbsregisters nach Maßgabe des WRegG verpflichtet sein, vor Erteilung des Zuschlages beim Wettbewerbsregister elektronisch abzufragen, ob das Unternehmen, das den Auftrag erhalten soll, eingetragen ist.

11.4.3. *Information der nicht berücksichtigten Bieter*

11.4.3.1. Informationspflicht nach Zuschlagserteilung

Im Rahmen der Informationspflicht nach § 46 UVgO muss der Auftraggeber jeden Bieter unverzüglich über die erfolgte Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung informieren. Diese Information muss unverzüglich nach der Zuschlagserteilung erfolgen.

Das Informationsschreiben muss nur Informationen über den Ausgang der Verhandlungsvergabe enthalten. Weitergehende Informationen (zum Beispiel Angabe des Namens des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll oder der Ablehnungsgrund) sind nicht erforderlich. Eine spezielle Form für das Informationsschreiben ist nicht vorgesehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Informationsschreibens achten. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

Adressaten des Informationsschreibens sind alle Bieter, das heißt Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt haben.

Darunter fällt beispielsweise auch das Angebot eines Bieters, das bereits deshalb ausgeschlossen werden musste, weil es verspätet eingegangen war.

11.4.3.2. Informationspflicht auf Antrag

Unabhängig von der vorstehend dargestellten gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflicht nach § 46 Abs. 1 S. 1 UVgO gegenüber nicht berücksichtigten Bietern, besteht nach § 46 Abs. 1 S. 2 UVgO

eine ergänzende Informationspflicht gegenüber Bietern, die weitergehende Information vom Auftraggeber verlangen.

Der Auftraggeber unterrichtet auf Verlangen Bieters unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrages, den nicht berücksichtigten Bieter über

- die wesentlichen Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes (1) und
- die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes (2) sowie
- den Namen des erfolgreichen Bieters (3).

Hinsichtlich des erfolgreichen Bieters (3) genügt die Angabe des Namens (notwendig ist also nicht die Angabe der Adresse etc.).

Die Ausführlichkeit der Begründung der Ablehnung eines Angebotes hängt vom Einzelfall ab, beispielsweise von der Komplexität der Bewertungsmethode. Die Begründung der Ablehnung eines Angebotes (1) muss jedenfalls auf die konkreten im Einzelfall tragenden Gründe eingehen. Ein bloßer allgemeiner Hinweis darauf, dass das Angebot ausgeschlossen werden musste oder nicht das wirtschaftlichste gewesen ist, genügt im Regelfall den Anforderungen an die zu übermittelnden Inhalte gemäß der Informationspflicht auf Antrag nicht, auch wenn die Begründung grundsätzlich knapp ausfallen kann.

Folgende Grundsätze sollte man bei der Angabe von Gründen für die Ablehnung eines Angebotes beachten:

- Es sind vollständige Informationen und somit alle Gründe für die Ablehnung des Angebotes anzugeben. Ist ein Angebot beispielsweise sowohl verspätet als auch in Form eines Nebenangebotes eingegangen, obwohl Nebenangebote nicht zugelassen wurden, so liegen zwei Gründe für Ablehnung des Angebotes vor, die mitgeteilt werden sollten.
- Sofern das Angebot des Bieters abzulehnen ist, weil es sich nicht um das wirtschaftlichste Angebot handelt, sollten – je nach der anzuwendenden Bewertungsmethode – konkretisierende Informationen mitgeteilt werden. Ist über den Zuschlag auf Grundlage des günstigsten Preises beziehungsweise der niedrigsten Kosten zu entscheiden, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, welchen Rang das Angebot in der Rangfolge der Preise beziehungsweise der Kosten belegt hat. Erfolgt die Zuschlagserteilung auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, so ist empfehlenswert, dem Bieter mitzuteilen, ob sein Angebot anhand eines teureren Preises oder anhand niedrigerer Leistungspunkte als der Zuschlagskandidat oder aus beiden Gründen ausgeschlossen werden muss, gegebenenfalls ergänzt um die jeweilige Rangfolge.
- Insgesamt sollen die Informationen aussagekräftig und für den Bieter nachvollziehbar sein.

Darüber hinaus gehende Informationen zur Ablehnung des Angebotes werden regelmäßig nicht erforderlich sein. Insbesondere ist eine Angabe von konkreten Leistungspunktzahlen nicht notwendig.

Weiterhin sind die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitzuteilen. Der Spielraum für solche Informationen über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ist allerdings aus Gründen des Vertraulichkeitsschutzes und des fairen Wettbewerbes nur sehr klein. Man wird hier kaum weiter gehen können, als etwa dem nicht erfolgreichen Bieter in allgemeiner Form mitzuteilen, in welchen Leistungsbereichen (zum Beispiel Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen) der

Zuschlagskandidat besser abgeschnitten hat als der nicht erfolgreiche Bieter. Aufgrund des Vertraulichkeitsschutzes gemäß § 3 UVgO, der die vertraulichen Aspekte des Angebotes des Zuschlagskandidaten regelt, ist insbesondere hinsichtlich etwaiger Preisinformationen größte Zurückhaltung geboten.

Der öffentliche Auftraggeber ist im Übrigen nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern (a), dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen (b), den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden (c) oder den lauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde (d). Insbesondere die genannten Aspekte (c) und (d) sprechen dafür, dass der Auftraggeber bei der antragsgemäßen Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ein hohes Maß an Zurückhaltung walten lässt.

11.4.4. *Zuschlagserteilung und Vertragsschluss*

11.4.4.1. Übermittlung Zuschlagsschreiben

Zum Vertragsschluss muss der Auftraggeber dem ausgewählten Bieter ein Zuschlagsschreiben übermitteln. In dem Zuschlagsschreiben ist dem Bieter mitzuteilen, dass der Zuschlag erteilt wird und das Angebot des Bieters angenommen wird. Dabei ist in der UVgO keine spezifische Form (zum Beispiel die Textform), vorgesehen. Insofern ist von einer Wahlfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Übermittlungsform auszugehen. Allerdings sollte der Auftraggeber auf die Nachweisbarkeit des Zugangs des Zuschlagsschreibens achten. Soweit für die Durchführung des Vergabeverfahrens eine bestimmte Form festgelegt worden ist, ist diese einzuhalten.

Mit Zugang des Zuschlagsschreibens beim Bieter kommt der Vertrag zustande. Dabei gelten die Grundsätze zum Vertragsschluss nach dem BGB. Das Zuschlagsschreiben muss daher dem Bieter rechtzeitig vor Ablauf der Zuschlagsfrist und vor allem noch innerhalb der Angebotsbindefrist zugehen. Daneben darf die Annahme des Angebotes im Zuschlagsschreiben nicht an Bedingungen geknüpft sein oder eine Änderung des Angebotes oder der Vertragsunterlagen enthalten.

Soll die festgelegte Zuschlagsfrist aus wichtigen Gründen verlängert werden, so ist das Einverständnis der zu diesem Zeitpunkt noch im Vergabeverfahren befindlichen Bieter einzuholen. Es kann auch nur die Zustimmung derjenigen Bieter eingeholt werden, die noch eine Chance auf eine Zuschlagserteilung haben. Bei dieser Gelegenheit sind die Bieter auch aufzufordern, einer Verlängerung der Angebotsbindefrist zuzustimmen, soweit deren Fristende vor dem Ende der verlängerten Zuschlagsfrist liegt.

11.4.4.2. Erstellung der Vertragsurkunde

Nach Übermittlung des Zuschlagsschreibens wird zur Verfahrensdokumentation regelmäßig eine Vertragsurkunde ausgefertigt. Der Inhalt dieser Vertragsurkunde ergibt sich im Wesentlichen aus den Vertragsunterlagen (die Bestandteil der Vergabeunterlagen waren) und dem Angebot. Bei kleineren Beschaffungen kann auf die Ausfertigung einer gesonderten Vertragsurkunde verzichtet werden. Der Vertragsinhalt ergibt sich dann etwa aus der Leistungsbeschreibung, der VOL/B und dem Angebot.

Die Vertragsunterlagen – beispielsweise die bereits weitestgehend vorausgefüllten EVB-IT Vertragsformulare – sind im Wege einer Konsolidierung mit den notwendigen Informationen aus dem

Angebot zu vervollständigen. Der Vertragsinhalt ist bereits mit Zuschlagserteilung und Übermittlung des Zuschlagsschreibens wirksam festgelegt und darf im Zuge der Erstellung der Vertragsurkunde nicht geändert werden.

11.4.4.3. Unterzeichnung der Vertragsurkunde

Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Vertragspartner dient der Beweissicherung und trägt zur Rechtssicherheit bei. Der Auftraggeber übermittelt dem Auftragnehmer beispielsweise zwei Vertragsurkunden, von denen eine bereits von der Auftraggeberseite gezeichnet ist und beim Auftragnehmer verbleibt, während der Auftragnehmer die andere nach Unterzeichnung an den Auftraggeber zurücksendet.

Zu Dokumentationszwecken sollten der abzulegenden Vertragsurkunde alle Vertragsanlagen beigefügt werden.

11.4.5. *Bekanntmachungspflichten sowie Verfahrensabschluss*

11.4.5.1. Vergabebekanntmachung und Statistikmeldungen

Der Auftraggeber informiert nach der Durchführung der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb für die Dauer von drei Monaten über jeden so vergebenen Auftrag ab einem Auftragswert von 25.000 Euro ohne Umsatzsteuer auf seinen Internetseiten oder auf Internetportalen. Diese Information enthält mindestens Angaben zum Name und Anschrift des Auftraggebers und dessen Beschaffungsstelle (1), zum Namen des beauftragten Unternehmens (2), zur Verfahrensart (3), zu Art und Umfang der Leistung (4) sowie zum Zeitraum der Leistungserbringung (5).

Daneben sieht die VergStatVO für den Auftraggeber bestimmte Pflichten zur Übermittlung von statistikrelevanten Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vor, die zu beachten sind.

11.4.5.2. Abschluss des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren ist in der Regel mit der Auftragserteilung durch Übermittlung des Zuschlagsschreibens beendet. Bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Bietern wirkt das Vergabeverfahren jedoch noch fort, soweit nach den Regelungen der Rahmenvereinbarung mittels erneuten Vergabeverfahrens zwischen den Unternehmen, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind, also sogenannten Miniwettbewerben, Einzelaufträge vergeben werden (Die UVgO sieht dies zwar in § 15 UVgO nicht explizit vor, jedoch können solche Regelungen für „Miniwettbewerbe“ in die Bewerbungsbedingungen aufgenommen werden). Auch diese Vergaben von Einzelaufträgen unterliegen dann noch den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen (siehe Kapitel E.1.2.).

Die Vertragsunterlagen sind mit Abschluss des Vergabeverfahrens an die für die Vertragsverwaltung zuständige Stelle zu übermitteln.

11.4.5.3. Aufbewahrung der Unterlagen

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist die Vergabeakte auf Vollständigkeit zu prüfen und zu archivieren.

Die gesamte Verfahrensdokumentation sowie die Teilnahmeanträge und Angebote samt ihrer Anlagen sind gemäß § 6 Abs. 2 UVgO mindestens für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages aufzubewahren.

Gegebenenfalls müssen die Vergabeunterlagen sowie die gesamte Vergabeakte mit deren Anlagen entsprechend der für den Auftraggeber geltenden Aufbewahrungsvorschriften und -fristen noch länger als die vorgenannte dem Vergaberecht entstammende Frist aufbewahrt werden.

Wichtig ist dies unter anderem auch zum Zweck einer etwaigen Prüfung der vergaberechtlichen Relevanz späterer Vertragsänderungen, weil dann die ursprünglichen Vergabeunterlagen regelmäßig nochmals geprüft werden müssen (siehe Kapitel E.2.1.1.1.).

Die Angebote einschließlich ihrer Anlagen sowie die Dokumentation über Öffnung und Wertung der Angebote sind im Übrigen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

E. Ausgewählte Hinweise zur Vertragsdurchführung

In diesem Kapitel erfolgen ausgewählte Hinweise zur Vertragsdurchführung für Themenkomplexe, die entweder in engem Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren stehen (Einzelabrufe aus Rahmenvereinbarungen) oder selbst eine vergaberechtliche Relevanz entfalten können (Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit).

1. Einzelabrufe aus Rahmenvereinbarungen

Rahmenvereinbarungen dürfen ausschließlich durch diejenigen Auftraggeber beziehungsweise Bezugsberechtigten in Anspruch genommen werden, die in der Auftragsbekanntmachung beziehungsweise in der Aufforderung zur Interessensbestätigung zur Vergabe der betreffenden Rahmenvereinbarungen genannt werden. Als Auftragnehmer eines Einzelabrufs kommen nur diejenigen Unternehmen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Einzelauftrages Vertragspartei der Rahmenvereinbarung sind, in Betracht.

Grundlage eines jeden Einzelauftrages stellen die Inhalte der Rahmenvereinbarungen sowie deren Anlagen (wie etwa das Rahmenvertragsangebot) dar also insbesondere Angaben zu Preisen, Angabe der Bezugsberechtigten sowie die Regeln für die Vergabe von Einzelaufträgen. Mitunter finden sind auch Regelungen zur Preisermittlung, die dann bei der Vergabe von Einzelaufträgen zu berücksichtigen sind. Der Auftragnehmer als Rahmenvertragspartner ist an solche Regelungen gebunden, was insbesondere für Preisangaben seines Rahmenvertragsangebotes gilt.

Keinesfalls dürfen anlässlich der Vergabe von Einzelaufträgen wesentliche Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vorgenommen werden.

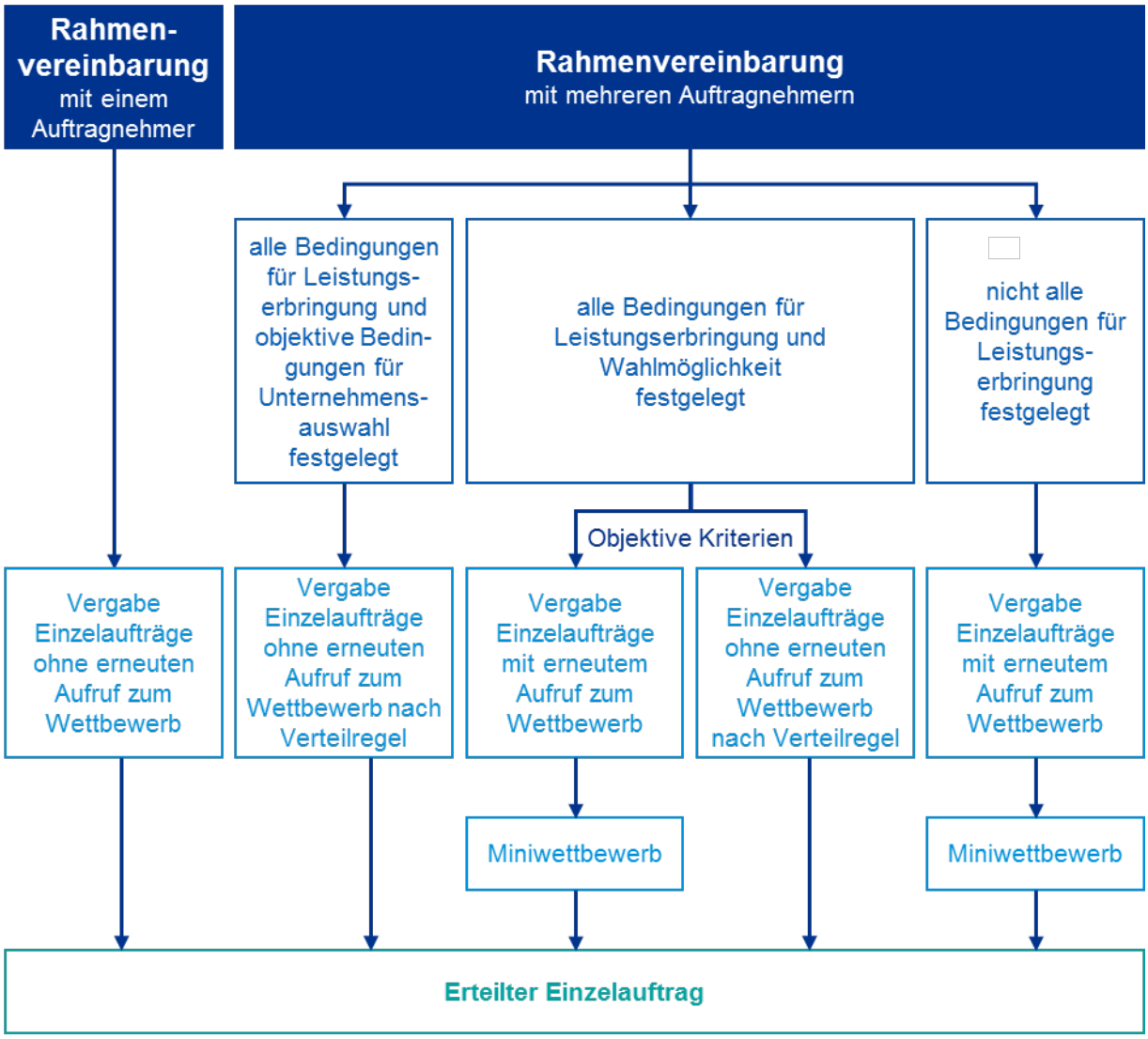
Eine Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers wird erst durch die Vergabe von Einzelaufträgen ausgelöst. Der Ablauf des Abrufes der Einzelaufträge richtet sich nach der Art der Rahmenvereinbarung.

Folgende Arten von Rahmenvereinbarungen und Abrufmodalitäten können differenziert werden:

(1) Rahmenvereinbarungen mit einem Unternehmen

(2) Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen mit folgenden Abrufmodalitäten

- Vergabe gemäß den Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneutes Vergabeverfahren nach fester Verteilregel (§ 21 Abs. 4 Nr. 1 VgV)
- Vergabe mittels eines Miniwettbewerbes (§ 21 Abs. 4 Nr. 3 VgV)
- Kombination aus fester Verteilregel und einem Miniwettbewerb (§ 21 Abs. 4 Nr. 2 VgV)



Hinweis zu Abweichungen bei nationalen Vergabeverfahren:

Im Bereich nationaler Vergabeverfahren sind nur drei Grundregeln für die Vergabe von Einzelaufträgen festgelegt:

Auf einer Rahmenvereinbarung beruhende Einzelaufträge werden entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben.

Die Erteilung von Einzelaufträgen ist nur zulässig zwischen den in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannten Auftraggebern und den Unternehmen, mit denen Rahmenvereinbarungen abgeschlossen wurden.

Es dürfen keine wesentlichen Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vorgenommen werden.

Anders als im Bereich europaweiter Vergabeverfahren sind Vorgehensweisen zur Vergabe von Einzelaufträgen im Bereich nationaler Vergabeverfahren nicht näher vorgegeben. Die Auftraggeber haben daher – innerhalb der vergaberechtlichen Grundprinzipien – einen relativ weiten

Gestaltungsspielraum, wie sie die Vergabe von Einzelaufträgen handhaben, müssen dies aber in der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen zur Rahmenvereinbarung transparent darstellen. Möglich sind daher insbesondere auch Vorgehensweisen, wie sie im Bereich europaweiter Vergabeverfahren definiert sind, also die Vergabe nach festen Verteilregeln oder Miniwettbewerbe.

1.1. Einzelabrufe aus Rahmenvereinbarungen ohne erneutes Vergabeverfahren

Nachfolgend werden Einzelabrufe ohne erneutes Vergabeverfahren (also ohne sogenannte Miniwettbewerbe) näher betrachtet. Bei dieser Vorgehensweise der Vergabe von Einzelaufträgen, welche die einführend vorgestellten Varianten (1) und (2.1) sowie eine Untervariante zu (2.3) betrifft, findet nach Abschluss der Rahmenvereinbarung kein Wettbewerb mehr statt.

1.1.1. *Rahmenvereinbarungen mit einem Unternehmen*

Bei Rahmenvereinbarungen mit einem Unternehmen (§ 21 Abs. 3 VgV) kann der Auftraggeber im Bedarfsfall das an der Rahmenvereinbarung beteiligte Unternehmen erforderlichenfalls in Textform auffordern, sein Angebot zu vervollständigen. Mit der Vergabe des Einzelauftrages (je nach Festlegung in der Rahmenvereinbarung, zum Beispiel durch Annahme des vervollständigten Angebotes) wird der betreffende Rahmenvertragspartner leistungspflichtig.

Eine Bekanntmachungspflicht der Einzelauftragsvergabe besteht nicht. Der Vergabevermerk kann gemäß § 8 Abs. 3 VgV für diese Variante der Einzelauftragsvergabe entfallen.

1.1.2. *Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen bei Vergabe nach fester Verteilregel*

Bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen erfolgt die Vergabe von Einzelaufträgen gemäß den Bedingungen der Rahmenvereinbarung entsprechend einer festen Verteilregel ohne erneutes Vergabeverfahren (§ 21 Abs. 4 Nr. 1 VgV).

In der Rahmenvereinbarung sind als Voraussetzungen für diese Variante der Einzelauftragsvergabe

- alle Bedingungen für die Erbringung der Leistung sowie
- die objektiven Bedingungen für die Auswahl der Unternehmen, die diese Leistungen als Partei der Rahmenvereinbarung ausführen werden (Verteilregel)

festgelegt. Die objektiven Bedingungen sind dabei in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt.

Zu den Bedingungen für die Erbringung der Leistung gehören insbesondere

- die Vergütung der Leistung (zum Beispiel Stunden- beziehungsweise Tagessatz für einen Techniker)
- der Gegenstand der Leistung (zum Beispiel Vor-Ort-Reparatur-Service für Hardware) oder
- der Leistungsort (zum Beispiel Standorte in einem bestimmten Bundesland)

Objektive Bedingungen für die Auswahl von Unternehmen sind beispielsweise

- die Zuständigkeit eines zugeordneten Auftragnehmers für eine bestimmte Region (zum Beispiel die Firma A erbringt den Reparaturservice in allen Lokationen des Bundeslandes Niedersachsen und so weiter) oder
- die Vergabe von Aufträgen der Reihe nach (reihum) an verschiedene Auftragnehmer (zum Beispiel Reparaturauftrag Nr. 1 erbringt Firma A, Reparaturauftrag Nr. 2 erbringt Firma B, und so weiter)

Der Auftraggeber wählt demzufolge entsprechend der festgelegten Verteilregel für den anstehenden Einzelauftrag den zutreffenden Rahmenvertragspartner aus und vergibt den Einzelauftrag an diesen Rahmenvertragspartner gemäß den Festlegungen der Rahmenvereinbarung (zum Beispiel durch Übermittlung des Einzelauftrages an den Rahmenvertragspartner). Mit der Vergabe des Einzelauftrages wird der betreffende Rahmenvertragspartner leistungspflichtig.

Eine Bekanntmachungspflicht der Einzelauftragsvergabe besteht nicht. Der Vergabevermerk kann gemäß § 8 Abs. 3 VgV für diese Variante der Einzelauftragsvergabe entfallen.

1.1.3. *Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen mit Wahlmöglichkeit*

Es gibt Rahmenvereinbarungen, die eine Wahlmöglichkeit zwischen der Variante der Vergabe eines Einzelauftrages nach einer festen Verteilregel und der Variante der Vergabe mittels eines Miniwettbewerbes vorsehen.

In solchen Rahmenvereinbarungen sind als Voraussetzungen für dieses Wahlmodell

- die eigentliche Wahlmöglichkeit
- objektive Kriterien für die Entscheidung, ob bestimmte Liefer- oder Dienstleistungen nach erneutem Wettbewerb oder direkt entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung beschafft werden sollen sowie
- Bedingungen, die einem erneuten Vergabeverfahren unterliegen können

festgelegt. Alle diese Regularien müssen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen für die Rahmenvereinbarung festgelegt worden sein.

Ein objektives Kriterium kann beispielsweise sein, dass alle lediglich regionalen Aufträge (zum Beispiel Hardware-Roll-Out in Lokationen eines Bundeslandes) nach fester Verteilregel und alle überregionalen Aufträge (zum Beispiel Hardware-Roll-Out in Lokationen zweier oder mehrerer Bundesländer) mittels Miniwettbewerben vergeben werden.

Soweit alle Bedingungen für die Erbringung der Leistung in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind, kann vorstehende Verfahrensweise auch auf die Lose angewendet werden.

Der Auftraggeber trifft die Entscheidung, welche Verfahrensweise angewendet wird, nach den objektiven Kriterien gemäß der Rahmenvereinbarung.

Für die Variante der Direktvergabe nach der definierten Verteilregel sind alle Bedingungen für die Erbringung der Leistung in der Rahmenvereinbarung festzulegen.

Im Übrigen entspricht das Vorgehen den Ausführungen in Kapitel E.1.2.

1.2. Miniwettbewerbe bei Rahmenvereinbarungen

Nachfolgend werden Einzelabrufe mit erneuten Vergabeverfahren (also mit sogenannten Miniwettbewerben) näher betrachtet.

Bei dieser Vorgehensweise der Vergabe von Einzelaufträgen, die die einführend dargestellten Varianten (2.2) sowie eine Untervariante zu (2.3) betrifft, findet nach Abschluss der Rahmenvereinbarung ein erneuter Wettbewerb zwischen den Rahmenvertragspartnern statt. Das Vergabeverfahren wirkt sozusagen noch fort.

1.2.1. *Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen mit Vergabe durch Miniwettbewerb*

Sofern nicht alle Bedingungen zur Erbringung der Leistung in der Rahmenvereinbarung aufgeführt sind, finden zur Vergabe von Einzelabrufen erneute Vergabeverfahren statt (sogenannte Miniwettbewerbe). Dies dürfte bei IT-Beschaffungen der Regelfall sein, da wegen der sich rasch ändernden technischen Leistungsmerkmale und damit einhergehend auch der Preise im IT-Bereich nicht alle relevanten Vereinbarungen (wie zum Beispiel Leistung und Preis) bereits in der Rahmenvereinbarung verbindlich festgelegt werden können. Eine wirtschaftliche Beschaffung während der Laufzeit einer Rahmenvereinbarung wird daher in der Regel erst nach einem durchzuführenden Miniwettbewerb zwischen den in der Rahmenvereinbarung als Auftragnehmer aufgeführten Unternehmen möglich sein.

1.2.1.1. Voraussetzungen für Miniwettbewerbe

Ein Miniwettbewerb auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung beruht auf

- denselben Bedingungen wie der Abschluss der Rahmenvereinbarung und
- erforderlichenfalls auf genauer formulierten Bedingungen sowie gegebenenfalls auf weiteren Bedingungen (die bereits in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen für die Rahmenvereinbarung festgelegt wurden)

Eine Vergabe kann daher entweder nur nach den Zuschlagskriterien der Rahmenvereinbarung (zum Beispiel Preis) oder gegebenenfalls nach weiteren Bedingungen (zum Beispiel ergänzend zum Preis die Bewertung der Leistung (technischer Wert oder Qualität) mit entsprechender Gewichtung) erfolgen. Diese präzisierbaren oder zusätzlichen Bedingungen müssen zwingend in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zur Rahmenvereinbarung aufgeführt werden. Eine erneute Nennung im Miniwettbewerb ist ebenfalls erforderlich.

1.2.1.2. Vorgehen bei Abruf aus Rahmenvereinbarungen

Ein Miniwettbewerb verläuft in folgenden Schritten (siehe § 21 Abs. 5 Nr. 1 bis 4 VgV):

(1) Aufforderung von Rahmenvereinbarungspartnern, welche in der Lage sind, den Auftrag auszuführen

Der Auftraggeber hat das Recht (und die Pflicht), bei der Auswahl der Unternehmen nur solche Rahmenvereinbarungspartner auszuwählen, die zur Ausführung des Einzelauftrages geeignet sind (zum Beispiel sind bekanntermaßen voll ausgelastete Unternehmen nicht aufzufordern). Die Aufforderung von Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes muss die Bedingungen zur

Ausführung der Auftragsvergabe sowie zur Entscheidung über die Vergabe des Einzelauftrages enthalten (die Zuschlagskriterien für den Einzelauftrag). Soweit in der Rahmenvereinbarung (übereinstimmend mit der Auftragsbekanntmachung beziehungsweise den Vergabeunterlagen für die Rahmenvereinbarung) vorgesehen, können gegenüber den Bedingungen der Vergabeunterlagen für die Rahmenvereinbarung präzisierte Bedingungen sowie gegebenenfalls ergänzende Bedingungen vorgesehen werden. Beispielweise kann eine Zuschlagsentscheidung im Miniwettbewerb auf Grundlage des Leistungs- / Preisverhältnisses anstatt wie bei Vergabe der Rahmenvereinbarung nur anhand des Preises erfolgen.

(2) Festlegung einer angemessenen Frist zur Angebotsabgabe

Bei Bestimmung einer angemessenen Frist für die Angebotsabgabe sind die Komplexität des Auftragsgegenstandes sowie die Übermittlungsdauer für die Angebote zu berücksichtigen. Für Angebote, die zum Beispiel die Kalkulation für eine Softwareentwicklung zum Festpreis erfordern, sollte demnach eine längere Frist vorgesehen werden als für Angebote über die Lieferung von Arbeitsplatz-Hardware.

(3) Einreichung der Angebote in Textform

Als Formvorgabe ist vorgesehen, dass die Angebote für den Einzelauftrag in Textform einzureichen sind. Die Angebote dürfen bis zum Ablauf der Einreichungsfrist nicht geöffnet werden, sind also unter Verschluss zu halten.

(4) Vergabe des Einzelauftrages an das wirtschaftlichste Angebot

Der Auftraggeber prüft die Angebote auf Grundlage der – bereits in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen für die Rahmenvereinbarung genannten – Zuschlagskriterien, die gegebenenfalls mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes im Miniwettbewerb präzisiert oder ergänzt wurden. Er vergibt die Einzelaufträge an den Rahmenvereinbarungspartner, der nach diesen Zuschlagskriterien das wirtschaftlichste Angebot vorgelegt hat.

Tipp für die Praxis:

Auch wenn dies in § 134 GWB und in § 21 VgV nicht (beziehungsweise nicht ausdrücklich) gefordert wird, sollen Auftraggeber im Fall der Vergabe von Einzelaufträgen mittels erneuter Vergabeverfahren (also den Miniwettbewerben) die Informations- und Wartepflicht berücksichtigen. Demzufolge sind alle Unternehmen, die im Rahmen eines Miniwettbewerbes ein Angebot abgegeben haben und die bei der Vergabe des Einzelauftrages nicht berücksichtigt werden sollen über die vorgesehene Nichtberücksichtigung nach Maßgabe des § 134 GWB zu informieren (siehe dazu beispielsweise Kapitel D.1.4.3.). Die Vergabe des Einzelauftrages hat erst nach Ablauf der vorgesehenen Wartefrist zu erfolgen.

Eine Bekanntmachungspflicht hinsichtlich der Vergabe der Einzelaufträge besteht nicht. Jedoch ist für Vergaben von Aufträgen mittels Miniwettbewerb ein Vergabevermerk zu erstellen.

1.2.2. *Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen mit Wahlmöglichkeit*

Es gibt Rahmenvereinbarungen, die eine Wahlmöglichkeit zwischen der Variante der Vergabe eines Einzelauftrages nach einer festen Verteilregel und der Variante der Vergabe mittels eines Miniwettbewerbes vorsehen. Deren Ausgestaltung ist unter Kapitel 1.1.3. näher erläutert.

Der Auftraggeber trifft die Entscheidung, welche Verfahrensweise angewendet wird, nach den objektiven Kriterien gemäß der Rahmenvereinbarung.

Für die Variante der Vergabe von Einzelaufträgen in Miniwettbewerben sind die Bedingungen, die einem erneuten Vergabeverfahren zugrunde liegen können, in der Rahmenvereinbarung (übereinstimmend mit den Bestimmungen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen für die Rahmenvereinbarung) festgelegt. Der Miniwettbewerb ist entsprechend diesen Bedingungen durchzuführen.

Im Übrigen entspricht das Vorgehen den Ausführungen in Kapitel E.1.2.1.

2. Vertragsänderungen während der Vertragsdurchführung

Von besonderer praktischer Relevanz während der Vertragsdurchführung, das heißt nach Abschluss des ursprünglichen Vergabeverfahrens durch wirksame Zuschlagserteilung, sind Auftragsänderungen (Vertragsänderungen). Naturgemäß sind Vertragsänderungen stets vertragsrechtlich relevant. So halten die EVB-IT Vertragsbedingungen für die Vertragsdurchführung unter anderem Klauseln und Formulare bereit, in denen Vertragsänderungen und das zugehörige Änderungsverfahren geregelt sind (sogenannte „Change Requests“). Neben dieser rein vertragsrechtlichen Relevanz können Vertragsänderungen, auch im Sinne solcher Change Requests, aber auch vergaberechtliche Relevanz entfalten.

Im Zentrum der vergaberechtlichen Relevanz von Vertragsänderungen steht die Frage, ob und inwieweit die vorgesehene Vertragsänderung ein neues Vergabeverfahren erfordert. Sowohl für den Bereich der Vergaben oberhalb als auch unterhalb der EU-Schwellenwerte gelten insoweit vergaberechtliche Rahmenbedingungen. § 132 GWB (der über § 47 UVgO auch auf den Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte anwendbar ist) konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen eine Vertragsänderung ein neues Vergabeverfahren erfordert. Daneben sind bei vorgesehenen Vertragsänderungen die Tatbestände relevant, unter denen § 14 Abs. 4 Nr. 5 und 9 VgV und § 8 Abs. 4 Nr. 12 UVgO das Verhandlungsverfahren / die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb für zusätzliche Beschaffungen bei einem bereits vertraglich gebundenen Auftragnehmer zulassen (Direktvergabe). Faktisch sind auch die in letztgenannten Vorschriften geregelten Tatbestände Fälle von Änderungen bestehender Verträge.

Im Folgenden wird zunächst dargestellt, unter welchen Voraussetzungen nach den Regelungen des § 132 GWB Vertragsänderungen ein neues Vergabeverfahren erfordern oder nicht. Anschließend werden die bei vorgesehenen Vertragsänderungen daneben und unabhängig davon in Betracht kommenden Fälle zulässiger Verhandlungsverfahren / Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb zum Zwecke zusätzlicher Beschaffung bei vertraglich bereits gebundenen Auftragnehmern nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b, c, Nr. 5 und 9 VgV und § 8 Abs. 4 Nr. 10 und 12 UVgO (Direktvergabe) beleuchtet. Damit wird dem Auftraggeber ein Prüfungsraster an die Hand geben, um festzustellen, ob eine Vertragsänderung ohne neue Ausschreibung vorgenommen werden kann oder ob eine erneute Ausschreibung erforderlich ist.

2.1. Erfordernis neuen Vergabeverfahrens bei Vertragsänderung nach § 132 GWB

Vertragsänderungen während der Durchführung eines IT-Vertrages können ein erneutes Vergabeverfahren erfordern, also eine Neuausschreibungspflicht des Auftraggebers auslösen. Nach § 132 Abs. 1 S. 1 GWB erfordern „wesentliche“ Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren. Maßgeblich ist daher, ob und unter welchen Voraussetzungen eine wesentliche Änderung eines bestehenden IT-Vertrages vorliegt oder ob eine Ausnahmevorschrift eine Vertragsänderung ohne erneute Ausschreibung erlaubt.

Die Voraussetzungen einer wesentlichen Vertragsänderung konkretisiert § 132 Abs. 1 GWB. Zugleich regeln § 132 Abs. 2 und 3 GWB Fälle, in denen auch eine wesentliche Vertragsänderung ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig ist. Insgesamt kann die vergaberechtliche Prüfung einer vorgesehenen Vertragsänderung nach § 132 GWB, § 47 UVgO also folgende vier Ergebnisse haben:

- Die Vertragsänderung ohne neues Vergabeverfahren ist erlaubt, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 GWB vorliegen.
- Die Vertragsänderung ohne neues Vergabeverfahren ist erlaubt, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 3 GWB vorliegen.
- Die Vertragsänderung ohne neues Vergabeverfahren ist erlaubt, weil die Voraussetzungen einer wesentlichen Vertragsänderung nach § 132 Abs. 1 GWB nicht vorliegen.
- Die Vertragsänderung erfordert ein neues Vergabeverfahren, weil eine wesentliche Vertragsänderung nach § 132 Abs. 1 GWB vorliegt.

Ist der Auftraggeber mit der Notwendigkeit einer Vertragsänderung konfrontiert, sind die vorstehenden Prüfungsschritte in der genannten Reihenfolge durchzuführen. Kommt der Auftraggeber danach zu dem Ergebnis, dass eine wesentliche Vertragsänderung nach § 132 Abs. 1 GWB vorliegt und ein neues Vergabeverfahren erforderlich ist, so ist weiter zu prüfen, ob eine Direktvergabe im Wege eines Verhandlungsverfahrens / einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 N. 2 lit. b, c, Nr. 5 und 9 VgV beziehungsweise § 8 Abs. 4 Nr. 10 und 12 UVgO an den bisherigen Auftragnehmer zulässig ist. Die Prüfungsschritte werden nachfolgend im Einzelnen dargestellt.

2.1.1. *Vertragsänderung ohne neues Vergabeverfahren nach § 132 Abs. 2 GWB*

§ 132 Abs. 2 GWB fasst mehrere Fallgruppen zusammen, in denen eine Vertragsänderung ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob eine wesentliche Vertragsänderung vorliegt oder nicht. Die Ausnahmeregelungen des § 132 Abs. 2 GWB gelten unabhängig von der Frage der Wesentlichkeit der Vertragsänderung.

2.1.1.1. Im Ursprungsvertrag angelegte Vertragsänderungen

§ 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB betrifft Vertragsänderungen, die bereits zum Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsabschlusses in den ursprünglichen Vergabeunterlagen angelegt wurden. Danach sind Vertragsänderungen zulässig, wenn

- in den ursprünglichen Vergabeunterlagen
- klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind,
- die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten
- und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrages nicht verändert.

Typische Vertragsänderungen in diesem Sinne sind

- optionale und zeitlich bestimmte Laufzeitverlängerungen eines als Dauerschuldverhältnis angelegten IT-Vertrages,
- klar definierte und bepreiste Leistungsoptionen, die aus dem Ursprungsvertrag abgerufen werden können,
- Wertsicherungsklauseln, nach denen der Preis über die Laufzeit angepasst wird, oder

- Benchmarkklauseln, welche die Leistung oder den Preis nach einem vorgegebenen Verfahren überprüfen und anpassen.

Bei Benchmarkklauseln ist darauf zu achten, dass die Ergebnisse eines Benchmarkings oder einer Überprüfung nicht den Gesamtcharakter des Auftrages verändern. Das wirtschaftliche Gleichgewicht eines Auftrages darf sich durch eine Überprüfung nicht grundlegend ändern.

Verlängerungs- oder Leistungsoptionen sowie Wertsicherungsklauseln ändern den Gesamtcharakter des Auftrages in aller Regel schon deswegen nicht, weil sie den Ursprungscharakter des Auftrages wesentlich mitbestimmt haben.

Allgemeine Vertragsänderungsklausen, wie § 2 Nr. 1 VOL/B oder allgemeine, oft in IT-Verträgen enthaltene Change-Request-Klauseln dar (zum Beispiel Ziffer 17 Nr. 1 „Änderung der Leistung nach Vertragsschluss“ der EVB-IT System AGB) sind nicht ohne weiteres Ausnahmen nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Das heißt, allein aus solchen Klauseln kann nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass deren Anwendung zur Vertragsänderung ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig ist. Die Bedeutung solcher allgemeinen Vertragsänderungsklauseln beschränkt sich darauf, ein vertragsrechtliches Instrument dafür zu sein, vergaberechtlich zulässige Vertragsänderungen vorzunehmen.

2.1.1.2. Zusätzlich erforderliche, nicht vorgesehene Leistungen

Nach § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB dürfen Leistungen, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, ohne Vergabeverfahren im Wege einer Vertragsänderung beschafft werden, wenn

- diese zusätzlich erforderlich geworden sind,
- ihr Wert unter 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrages liegt,
- ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann
- und ein Wechsel des Auftragnehmers mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre.

Diese Fallgruppe hat in der Praxis große Bedeutung. Im Gegensatz zu den Vorgängervorschriften zur Zulässigkeit einer Direktvergabe für zusätzliche Leistungen hat die Vorschrift nicht mehr zur Voraussetzung, dass die zusätzlichen Leistungen „wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses“ erforderlich werden (§ 3 EG Abs. 4 lit. f VOL/A). Auch Leistungen, die in den ursprünglichen Vergabeunterlagen nicht vorgesehen und angelegt sind, dürfen per Vertragsänderung ohne Ausschreibung in den Auftrag aufgenommen werden, wenn die vorgenannten Voraussetzungen vorliegen. Die Leistungen müssen allein zusätzlich in Bezug auf die Ursprungsbeschaffung erforderlich sein und sollten vernünftigerweise aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen, wie zum Beispiel Austauschbarkeit oder Kompatibilität mit den ursprünglichen Leistungen, vom bisherigen Auftragnehmer bezogen werden.

Eine objektive Unmöglichkeit, die Leistungen von einem anderen Unternehmen zu beziehen, muss nicht vorliegen. Ausreichend sind Gründe (zum Beispiel im Hinblick auf Austauschbarkeit oder Kompatibilität) mit technischen oder wirtschaftlichen Auswirkungen, also erheblichen technischen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber. Bei IT-Projekten können hier

zum Beispiel die Schwierigkeit, die Dauer und die Kosten einer Migration oder Schnittstellenanbindung zu berücksichtigen sein.

Zudem bezieht die Vorschrift auch Lieferleistungen ein. Für Lieferleistungen gilt zudem die fast voraussetzungsgleiche Vorschrift des § 14 Abs. 4 Nr. 5 VgV zur Zulässigkeit einer Direktvergabe, für die im Unterschied zu § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB keine Wertgrenze von 50 Prozent, sondern eine Laufzeitbegrenzung von drei Jahren besteht.

2.1.1.3. Unvorhersehbare Änderungen des ursprünglichen, mit einem Vertrag gedeckten Bedarfs

Nachträgliche Vertragsänderungen sind nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB zulässig, wenn

- sie aufgrund von Umständen erforderlich geworden sind, die der Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte
- und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrages nicht verändert.
- Zudem muss der Wert der mit der Vertragsänderung beauftragten Leistungen unter 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrages liegen.

Diese Formulierung dieser Fallgruppe ist weit, da sie einerseits Beauftragungen zur Änderung der Leistung des Ursprungvertrages umfasst, andererseits auch die Beschaffung von Zusatzleistungen, die aufgrund nicht vorhersehbarer Umstände nachträglich im Rahmen des zu ändernden Vertrages erforderlich werden. Keine Voraussetzung dieser Fallgruppe ist, dass die Beauftragung eines anderen Unternehmens zu Schwierigkeiten oder Mehrkosten führen würde.

Ausreichend ist, dass die Erforderlichkeit der nachbeauftragten Leistungen zu Vertragsschluss auch bei Anwendung aller gebotenen Sorgfalt für den Auftraggeber nicht erkennbar war. Es muss sich um unvorhersehbare Änderungen des ursprünglichen, mit einem Vertrag gedeckten Bedarfes handeln. Sofern die Wertgrenze von 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrages eingehalten ist und sich der Gesamtcharakter des Auftrages nicht verändert, ist eine Vertragsänderung danach ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig. Der Gesamtcharakter des Auftrages bleibt gewahrt, solange die ursprüngliche Leistung nicht durch eine andere Leistung ersetzt wird und sich das wirtschaftliche Gleichgewicht der Parteien nicht grundlegend ändert.

2.1.1.4. Zulässige nachträgliche Wechsel des Auftragnehmers

§ 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB betrifft den Sonderfall des nachträglichen Auftragnehmerwechsels. Ein nachträglicher Auftragnehmerwechsel kann zulässig sein, wenn dieser bereits im Vertrag angelegt ist. Dabei müssen in aller Regel der zukünftige Auftragnehmer und die Voraussetzungen, unter denen dieser in den bestehenden Vertrag eintritt und der bisherige Auftragnehmer aus dem Vertrag ausscheidet, feststehen.

Weitere zulässige Fälle des nachträglichen Auftragnehmerwechsels bestehen bei Umstrukturierungen des bisherigen Auftragnehmers (zum Beispiel Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz) oder wenn der Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt.

2.1.2. *Vertragsänderung ohne neues Vergabeverfahren nach § 132 Abs. 3 GWB*

§ 132 Abs. 3 GWB nimmt generell solche Vertragsänderungen von einer Neuausschreibungspflicht aus, bei denen die beauftragten Leistungen zwei Wertgrenzen unterschreiten. Maßgeblich ist dabei der Nettowert der beauftragten Änderung.

Auch in dieser Fallgruppe kommt es nicht darauf an, ob eine wesentliche Änderung im Sinne des § 132 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 GWB vorliegt. Allein unter den Voraussetzungen des § 132 Abs. 3 GWB darf auch eine Vertragsänderung ausschreibungsfrei durchgeführt werden. § 132 Abs. 3 GWB unterscheidet zwischen Bauleistungen einerseits und Liefer- und Dienstleistungen andererseits.

Bauleistungen dürfen nachträglich durch Vertragsänderungen ausschreibungsfrei beauftragt werden, wenn

- der Wert der Änderung den jeweils geltenden Schwellenwert nach § 106 GWB für Bauleistungen unterschreitet
- und unter 15 Prozent des Wertes des ursprünglichen Bauauftrages liegt.

Liefer- und Dienstleistungen dürfen nachträglich durch Vertragsänderungen ausschreibungsfrei beauftragt werden, wenn

- der Wert der Änderung den jeweils geltenden Schwellenwert nach § 106 GWB für Liefer- und Dienstleistungen unterschreitet
- und unter zehn Prozent (beziehungsweise 20 Prozent im Anwendungsbereich der UVgO) des Wertes des ursprünglichen Liefer- oder Dienstleistungsauftrages liegt.

Werden nacheinander mehrere Änderungen beauftragt, so ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich dafür, ob die zwei Wertgrenzen unterschritten sind.

Auch bei dieser Fallgruppe darf sich der Gesamtcharakter des Auftrages durch die Vertragsänderung nicht verändern, um ein erneutes Vergabeverfahren zu vermeiden. Der Gesamtcharakter des Auftrages bleibt gewahrt, solange die ursprüngliche Leistung nicht durch eine andere Leistung ersetzt wird und sich das wirtschaftliche Gleichgewicht der Parteien nicht grundlegend ändert.

2.1.3. *Vertragsänderung ohne neues Vergabeverfahren nach § 132 Abs. 1 GWB*

Ausschreibungsfrei zulässig sind ferner Vertragsänderungen, die keine wesentlichen Änderungen des öffentlichen Auftrages darstellen. Eine allgemeine Annäherung, was unter einer wesentlichen Vertragsänderung zu verstehen ist, enthält § 132 Abs. 1 S. 2 GWB. Danach sind wesentliche Vertragsänderungen solche, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. Unterscheidet sich der Auftrag nach der Vertragsänderung nicht erheblich, so liegt also keine wesentliche Änderung vor. Konkretisiert wird dies im Folgenden durch Regelbeispiele, in denen eine wesentliche Vertragsänderung vorliegt. Liegt keines dieser Regelbeispiele vor und ist auch nicht von einem vergleichbaren Fall auszugehen, so kann die Vertragsänderung ohne neues Vergabeverfahren durchgeführt werden.

Ausschreibungsfrei zulässig sind danach Vertragsänderungen, die

- weder Auswirkungen auf den Bewerber-, Bieter- oder Auftragnehmerkreis hätten beziehungsweise haben
- noch das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrages zugunsten des Auftragnehmers auf unvorhergesehene Weise verschieben
- noch den Umfang des öffentlichen Auftrages erheblich ausweiten
- noch den Auftragnehmer wechseln, es sei denn dies ist nach § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB zulässig
- noch eine vergleichbare erhebliche Vertragsänderung darstellen

2.1.3.1. Vertragsänderungen ohne Auswirkungen auf Bewerber-, Bieter- oder Auftragnehmerkreis

Die Prüfung, ob eine Vertragsänderung wesentlich oder nicht wesentlich ist, verlangt bei der Frage, ob Auswirkungen auf den Bewerber-, Bieter- oder Auftragnehmerkreis bestehen, eine hypothetische Betrachtung: Der Auftraggeber muss sich fragen, welche Auswirkungen die geänderten Vertragsbedingungen gehabt hätten, wenn sie für das ursprüngliche Verfahren gegolten hätten. Zu beurteilen ist, ob dies

- entweder die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätte
- die Annahme eines anderen Angebotes ermöglicht hätte
- oder das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätte

Kritisch zu beurteilen ist hier zum Beispiel die Aufnahme neuer Leistungsbestandteile, die in der ursprünglichen Ausschreibung nicht enthalten waren und die typischerweise von anderen, darauf spezialisierten Unternehmen erbracht werden. Dies dürfte insbesondere der Fall sein, wenn die Auftragnehmer für die neu zu erbringenden Leistungen typischerweise einen Unterauftragnehmer benötigen. Hier käme es nämlich zur Einbeziehung von Unternehmen, die kein Interesse am ursprünglichen Vergabeverfahren gehabt hätten und sich entsprechend nicht um die Zulassung in einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft bemüht hätten.

Ein anderes Beispiel einer unzulässigen Änderung wäre die nachträgliche Aufgabe von Mindestanforderungen an die Leistung, die im ursprünglichen Vergabeverfahren aufgestellt wurden. Wären solche Anforderungen ursprünglich nicht Bestandteil einer Ausschreibung gewesen, hätte dies unter Umständen anderen Bewerbern oder Bietern die Teilnahme am Vergabeverfahren oder aber auch die Annahme eines anderen Angebotes im Verfahren ermöglicht, welche in Kenntnis der Mindestanforderungen von der Teilnahme abgesehen hatten.

Unkritisch sind dagegen solche Änderungen der ursprünglichen Leistung, die den Kreis der Bewerber, Bieter oder Auftragnehmer nicht verändert hätten und voraussichtlich keinen Einfluss auf die Vergabeentscheidung im ursprünglichen Verfahren gehabt hätte. Zu beachten ist allerdings, dass neben dieser Voraussetzung auch die anderen Voraussetzungen für unwesentliche Änderungen erfüllt sein müssen.

2.1.3.2. Vertragsänderungen ohne Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichtes

Dem Auftragnehmer dürfen durch Vertragsänderungen nicht nachträglich wirtschaftliche Vorteile gewährt werden, die ursprünglich nicht vorgesehen waren. Das wirtschaftliche Gleichgewicht eines Vertrages wird durch die Leistungspflichten, den Preis und die Vertragskonditionen bestimmt. Nachträglich, das heißt außerhalb des Vergabewettbewerbes, soll dieses Gleichgewicht zum Nachteil

des Auftraggebers und zum Vorteil des Auftragnehmers nicht geändert werden. Während das Vergaberecht die Beibehaltung dieses Gleichgewichts aus Gründen des Wettbewerbes vorschreibt, ist dies für den Auftraggeber auch aus haushaltsrechtlichen Gründen geboten. Der Auftraggeber darf also Leistungspflichten des Auftragnehmers nicht ohne angemessene Kompensation reduzieren, den Preis erhöhen oder Vertragskonditionen zugunsten des Auftragnehmers ändern. Werden mehrere Änderungen vorgenommen, die ein Geben und Nehmen beider Seiten darstellen, so ist durch eine Gesamtbetrachtung festzustellen, dass dadurch der Auftragnehmer nicht bessergestellt wird, als vor den Änderungen.

Wird durch Vertragsänderungen im Ergebnis der Auftraggeber bessergestellt, so wäre dies zulässig. Vor dem Hintergrund des Wettbewerbsgebotes ist dies unbedenklich, da sich der Auftragnehmer in einem vorangegangenen Vergabeverfahren durchgesetzt hat.

2.1.3.3. Unerhebliche Ausweitungen des Auftragsumfangs

Unkritisch wären auch solche Vertragsänderungen, die den Umfang des öffentlichen Auftrages nicht erheblich ausweiten. Eine erhebliche Ausweitung des Vertragsumfangs wäre dagegen eine wesentliche Vertragsänderung.

Anhaltspunkte dafür, was unter einer erheblichen Ausweitung in diesem Sinne zu verstehen ist, lassen sich dem Gesetz nicht entnehmen.

Zwar kommt eine Orientierung an den Werten aus § 132 Abs. 3 GWB als Obergrenzen in Betracht. Danach wäre stets eine erhebliche Ausweitung des Auftragsumfangs gegeben, wenn der Wert der Änderungen entweder die Schwellenwerte überschreitet oder über zehn Prozent des ursprünglichen Auftragswertes bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und über 15 Prozent bei Bauaufträgen liegt.

Dies passt jedoch nicht zur Systematik des § 132 Abs. 3 GWB, der nur die Voraussetzungen für eine ausschreibungsfreie Vergabe regelt und gerade nicht, dass ein Vergabeverfahren durchzuführen ist, wenn die Voraussetzungen des § 132 Abs. 3 GWB nicht vorliegen. Eine analoge Regelung zu § 132 Abs. 1 Nr. 4 GWB, die regelt, dass eine wesentliche Vertragsänderung besteht, wenn eine Änderung nicht nach § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB vorliegt, fehlt im Hinblick auf § 132 Abs. 3 GWB. Dafür, dass aus § 132 Abs. 3 GWB keine Obergrenzen für die Erheblichkeit von Änderungen zu entnehmen sind, spricht auch die Gesetzesbegründung. Dort heißt es, dass bei Auftragsänderungen, deren Wert eine der Grenzen nach § 132 Abs. 3 GWB übersteigt, eine Änderung ohne erneutes Vergabeverfahren nur zulässig ist, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 132 GWB erfüllt sind (BT-Drs. 18/6281, S. 120). Damit hält der Gesetzgeber ein Eingreifen von § 132 Abs. 1 GWB auch dann für möglich, wenn der Wert einer Vertragsänderung über dem Schwellenwert liegt oder die zehn Prozent des ursprünglichen Auftragswertes bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und 15 Prozent bei Bauaufträgen überschreitet.

Nach der Pressetextentscheidung, die die Leitentscheidung des EuGH zur wesentlichen Vertragsänderung vor Geltung des § 132 GWB darstellt, kann eine Änderung des ursprünglichen Auftrages als wesentlich angesehen werden, „wenn sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert“. Dabei beruft sich der EuGH für die Auslegung unter anderem auf Art. 11 Abs. 3 lit. e der Richtlinie 92/50/EWG, wonach „Einschränkungen bezüglich des Umfangs vorgesehen sind, in dem Auftraggeber bei der Vergabe von weiteren Dienstleistungen, die nicht Gegenstand des ursprünglichen Vertrages waren, auf das

Verhandlungsverfahren zurückgreifen können." (EuGH, Urteil vom 19.06.2008 – Rs. C-454/06, Rz. 36). Dabei erlaubte Art. 11 Abs. 3 lit. e der Richtlinie 92/50/EWG eine Erweiterung von bis zu 50 Prozent.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Orientierung an der Wertgrenze aus § 132 Abs. 2 S. 2 GWB von ebenfalls 50 Prozent für die Bestimmung der Erheblichkeit einer Auftragsänderung vertretbar. Bis zu 50 Prozent Umfangserhöhung könnten danach Vertragsänderungen noch als unwesentlich angesehen werden, wenn die sonstigen Voraussetzungen von § 132 Abs. 1 GWB vorliegen. Im Einzelfall sollte diese Frage vertieft rechtlich untersucht werden.

2.1.3.4. Gesetzlich nicht zugelassene Auftragnehmerwechsel

Handelt es sich bei der Vertragsänderung um einen Auftragnehmerwechsel, so war in einem der vorangegangenen Schritte zur Feststellung der Zulässigkeit bereits § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB zu prüfen. Liegen dessen Voraussetzungen nicht vor, so gilt nach § 132 Abs. 1 Nr. 4 GWB, dass eine wesentliche Vertragsänderung vorliegt. Auftragnehmerwechsel, die nicht unter § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB fallen, können nicht nach § 132 Abs. 1 GWB zulässig sein.

2.2. Bekanntmachungspflicht bei Vertragsänderungen nach § 132 GWB

Hat die bis hierhin dargestellte Prüfung des § 132 GWB ergeben, dass eine vorgesehene Vertragsänderung zulässig ist, so darf diese ohne neues Vergabeverfahren vorgenommen werden. Zu beachten ist dabei die Bekanntmachungspflicht nach § 132 Abs. 5 GWB. So sind Vertragsänderungen in den in § 132 Abs. 2 Nr. 2, 3 GWB geregelten Fällen im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen.

2.3. Direktvergabe (Verhandlungsverfahren / Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb)

Ergibt die bis hierhin dargestellte Prüfung, dass eine wesentliche Vertragsänderung vorliegt, welche ein neues Vergabeverfahren erfordert, so ist regelmäßig weiter zu prüfen, ob Anforderung eines neuen Vergabeverfahrens dadurch erfüllt werden kann, dass der bisherige Auftragnehmer im Wege eines Verhandlungsverfahrens / einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb mit nur einem Teilnehmer (Direktvergabe) mit den zusätzlichen oder geänderten Leistungen beauftragt werden darf.

Die Zulässigkeit einer solchen Direktvergabe könnte sich insbesondere ergeben, wenn

- der bisherige Auftragnehmer beauftragt werden muss,
  - entweder weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b VgV)
  - oder wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, insbesondere von gewerblichen Schutzrechten (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c VgV);

- zusätzliche Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers beschafft werden sollen, die entweder zur teilweisen Erneuerung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen bestimmt sind, und ein Wechsel des Unternehmens dazu führen würde, dass der öffentliche Auftraggeber eine Leistung mit unterschiedlichen technischen Merkmalen kaufen müsste und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde; die Laufzeit dieser öffentlichen Aufträge darf in der Regel drei Jahre nicht überschreiten (§ 14 Abs. 4 Nr. 5 VgV);
- eine Dienstleistung beschafft werden soll, die in der Wiederholung gleichartiger Leistungen besteht, die durch denselben öffentlichen Auftraggeber an das Unternehmen vergeben werden, das den ersten Auftrag erhalten hat, sofern sie einem Grundprojekt entsprechen und dieses Projekt Gegenstand des ersten Auftrages war, das im Rahmen eines Vergabeverfahrens mit Ausnahme eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb vergeben wurde; die Möglichkeit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens muss bereits in der Auftragsbekanntmachung des ersten Vorhabens angegeben werden; darüber hinaus sind im Grundprojekt bereits der Umfang möglicher Dienstleistungen sowie die Bedingungen, unter denen sie vergeben werden, anzugeben; der für die nachfolgenden Dienstleistungen in Aussicht genommene Gesamtauftragswert wird vom öffentlichen Auftraggeber bei der Berechnung des Auftragswertes berücksichtigt; das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb darf nur innerhalb von drei Jahren nach Abschluss des ersten Auftrages angewandt werden (§ 14 Abs. 4 Nr. 9 VgV);
- Leistungen des ursprünglichen Auftragnehmers beschafft werden sollen (§ 8 Abs. 4 Nr. 12 UVgO),
    - die zur teilweisen Erneuerung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen bestimmt sind,
    - bei denen ein Wechsel des Unternehmens dazu führen würde, dass der Auftraggeber eine Leistung mit unterschiedlichen technischen Merkmalen kaufen müsste
    - und bei denen dieser Wechsel eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde,

Liegen die Voraussetzungen für eine Direktvergabe vor, führt dies dazu, dass die Vertragsänderung in der Praxis ebenso durchgeführt werden kann wie bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 132 Abs. 2 GWB oder 132 Abs. 3 GWB oder bei Nichtvorliegen des § 132 Abs. 1 GWB.

Liegen die Voraussetzungen für eine solche Direktvergabe vor, was bei in der Praxis bei komplexen IT-Projekten im Einzelfall in Betracht kommt, kann die Vertragsänderung ebenso vorgenommen werden wie beim Vorliegen der Voraussetzungen von § 132 Abs. 2 GWB oder § 132 Abs. 3 GWB oder bei Nichtvorliegen des § 132 Abs. 1 GWB, wobei in den einzelnen Fallgruppen jeweils das Vorliegen unterschiedlicher Tatbestandvoraussetzungen am Einzelfall begründet und dokumentiert werden muss.

2.4. Durchführung eines Vergabeverfahrens über die Vertragsänderung

Ergibt die bis hierhin dargestellte Prüfung, dass eine Vertragsänderung nur im Wege eines Vergabeverfahrens erfolgen kann, so ist dieses durchzuführen. Der Auftraggeber hat dabei die Wahl, entweder den geänderten Gesamtauftrag im Anschluss an eine Kündigung nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB nochmals auszuschreiben oder, soweit die Möglichkeit gegeben ist, die Vertragsänderungen gesondert auszuschreiben. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Vertragsänderungen in trennbaren Zusatzleistungen bestehen. Vor einer Kündigung im vorbeschriebenen Sinne bedarf es zuvor unbedingt einer kritischen vertieften rechtlichen Prüfung des Einzelfalls, welche Konsequenzen aus einer solchen Kündigung im Einzelnen für den Auftraggeber erwachsen. Bislang besteht in Fällen solcher Kündigungen noch erhebliche Rechtsunsicherheit.

F. Vertiefung zu ausgewählten Themen

In den vorangegangenen Kapiteln wurden insbesondere Planung und Design einer Beschaffung sowie die Durchführung eines Vergabeverfahrens anhand einer prozessualen Darstellung und anschließend ausgewählte Hinweise zur Vertragsdurchführung dargestellt. Die Komplexität von IT-Beschaffungen erfordert im Einzelfall regelmäßig eine Vertiefung einzelner Themen und Fragen. Zu ausgewählten in der Praxis insoweit besonders relevanten Themen erfolgt in diesem Kapitel einer Vertiefung, die allerdings keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Auch die nachstehenden Ausführungen ersetzen nicht die individuelle (Rechts)Beratung im Einzelfall, die der Auftraggeber gegebenenfalls Fach- / Rechtsabteilungen oder externen Sachverstand hinzuziehen muss.

1. Zentrale Beschaffungsstellen

Hinter dem Begriff „zentrale Beschaffungsstelle“ im Sinne des § 120 Abs. 4 GWB verbirgt sich ein öffentlicher Auftraggeber, der für andere öffentliche Auftraggeber dauerhaft Liefer- und Dienstleistungen beschafft, öffentliche Aufträge vergibt oder Rahmenvereinbarungen abschließt (zentrale Beschaffungstätigkeit). Grundsätzlich sind hierbei zwei Tätigkeitsbereiche für zentrale Beschaffungsstellen denkbar:

(1) Die Beschaffung auf eigenen Namen und Rechnung und die anschließende Veräußerung an andere öffentliche Auftraggeber oder

(2) die Durchführung einer Beschaffungsmaßnahme im Auftrag und auf Rechnung anderer öffentlicher Auftraggeber.

Aufträge zur Wahrnehmung zentraler Beschaffungstätigkeiten können von öffentlichen Auftraggebern an eine zentrale Beschaffungsstelle ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens vergeben werden. Hierunter können auch Beratungs- und Unterstützungsleistungen fallen, sofern diese lediglich als Nebenleistungen des eigentlichen Beschaffungsauftrages zu bewerten sind.

Beispiele zentraler Beschaffungsstellen finden sich sowohl auf Bundes- (z.B. Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern), Landes- (z.B. Dataport als länderübergreifende zentrale Beschaffungsstelle) als auch auf kommunaler Ebene (Zweckverbände). Keine zentralen Beschaffungsstellen sind hingegen die Auftragsberatungsstellen in Deutschland (ABSt). Diese unterstützen regelmäßig in einzelnen Vergabeverfahren ohne selbst auszuschreiben.

Führt eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren im Namen und auf Rechnung anderer Auftraggeber durch, so hat die zentrale Beschaffungsstelle selbst für die Rechtmäßigkeit und die Einhaltung der vergaberechtlichen Grundprinzipien Sorge zu tragen. Sofern allerdings die zentrale Beschaffungsstelle in ihrer Tätigkeit Weisungen des Auftraggebers unterliegt, ist der Auftraggeber selbst für die vergaberechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens verantwortlich.

Im Rahmen der Durchführung der zentralen Beschaffungstätigkeit können sich aufgrund der Bedarfsbündelung und den damit verbundenen großen Bedarfsmengen aus einzelnen Beschaffungsmaßnahmen wirtschaftliche Vorteile ergeben. Dabei bleiben in diesem Zusammenhang die Regelungen des Wettbewerbsschutzes, insbesondere die Marktzugangsmöglichkeiten kleiner und mittlerer Unternehmen gemäß § 120 Abs. 4 S. 2 GWB, – unberührt.

Der Bundesregierung steht es frei, für Dienststellen des Bundes in geeigneten Bereichen allgemeine Verwaltungsvorschriften sowohl über die Einrichtung als auch die Nutzung zentraler Beschaffungsstellen und der durch diese bereitzustellenden Beschaffungsdienstleistungen zu erlassen.

2. Mitwirkung von Externen

In diesem Kapitel erfolgt eine Vertiefung zu Fragen der Mitwirkung von externen Dritten am Beschaffungsprozess des Auftraggebers.

Grundsätzlich dürfen externe Dritte bei der Beschaffung öffentlicher Auftraggeber beteiligt werden. In der Praxis ist dies insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber mit seinen Ressourcen und Kapazitäten nicht in der Lage ist, die ihm obliegenden Aufgaben in angemessener Qualität und im vorgesehenen Zeitrahmen selbst wahrzunehmen. Die volle Verantwortung für die ordnungsgemäße Durchführung von Vergabeverfahren verbleibt – jedenfalls im Außenverhältnis – stets beim Auftraggeber selbst. So muss der Auftraggeber selbst bei Hinzuziehung externer Dritter, die Entscheidungen und zugehörige Begründungen bei einer Beschaffung und insbesondere in Vergabeverfahren vorbereiten, stets eigenverantwortliche Entscheidungen treffen, gegebenenfalls auch, indem er sich vorbereitete Entscheidungen und zugehörige Begründungen externer Dritter zu eigen macht.

Bei der Auswahl, Hinzuziehung und Mitwirkung externer Dritter hat der Auftraggeber die einschlägigen Vergabevorschriften zu beachten, auf die im Folgenden näher eingegangen wird. Im Zentrum stehen hier Fragen möglicher Interessenkonflikte und des Neutralitätsgebotes zur Sicherung der vergaberechtlichen Grundsätze auch in Vergabeverfahren, in denen der Auftraggeber externe Dritte hinzuzieht.

Im Folgenden werden zunächst die Besonderheiten zur Vermeidung von Interessenkonflikten und anschließend zur sogenannten Projektantenproblematik näher behandelt.

2.1. Vermeidung von Interessenkonflikten

Bei der Vermeidung von Interessenkonflikten geht es um Fälle der Mitwirkung von voreingenommenen Personen am Vergabeverfahren.

Organmitglieder oder Mitarbeiter des Auftraggebers oder eines im Namen des Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, bei denen ein Interessenkonflikt besteht, dürfen in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken (voreingenommene Personen). Ein Interessenkonflikt besteht für Personen, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang eines Vergabeverfahrens nehmen können und die ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte.

§ 6 Abs. 3 VgV, § 4 Abs. 4 VgV stellen eine Vermutungsregel dahingehend auf, dass ein Interessenkonflikt besteht, wenn die voreingenommenen Personen

- Bewerber oder Bieter sind
- einen Bewerber oder Bieter beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzliche Vertreter oder nur in dem Vergabeverfahren vertreten
- beschäftigt oder tätig sind
    - bei einem Bewerber oder Bieter gegen Entgelt oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder gleichartigen Organs oder

- für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum öffentlichen Auftraggeber und zum Bewerber oder Bieter hat

Die Vermutungsregel gilt auch für Personen, deren Angehörige die vorstehend aufgelisteten Voraussetzungen erfüllen. Angehörige sind der Verlobte, der Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte und Verschwägerte gerader Linie, Geschwister, Kinder der Geschwister, Ehegatten und Lebenspartner der Geschwister und Geschwister der Ehegatten und Lebenspartner, Geschwister der Eltern sowie Pflegeeltern und Pflegekinder. Die Angehörigenregelung kann in der Praxis im Einzelfall einen erheblichen Klärungsaufwand für den Auftraggeber bedeuten.

Im Bereich der IT-Beschaffungen ist es nicht ungewöhnlich, dass Auftraggeber – etwa zur Erstellung der Leistungsbeschreibung – Unterstützungsleistungen von Unternehmen aufgrund von deren Spezialkenntnissen in Anspruch nehmen, die potenzielle Bewerber / Bieter im nachfolgenden Vergabeverfahren sein können.

Besondere Bedeutung hat bei IT-Beschaffungen öffentlicher Auftraggeber aber der Einsatz externer Berater, um ein Vergabeverfahren vorzubereiten und die Durchführung des Vergabeverfahrens in verschiedener Art und verschiedenen Umfang zu unterstützen. Hier ist insbesondere der unbestimmte Rechtsbegriff der „geschäftlichen Beziehungen“ im Sinne von § 6 Abs. 3 Nr. 3 lit. b VgV, § 4 Abs. 3 Nr. 3 lit. b UVgO von Bedeutung. Eine geschäftliche Beziehung liegt jedenfalls dann vor, wenn ein vom Auftraggeber zur Unterstützung des Vergabeverfahrens eingeschaltetes Beraterunternehmen und ein Unternehmen, das Bewerber- / Bieter in diesem Vergabeverfahren ist eine langjährige und enge gemeinsame Kooperation unterhalten, beispielsweise eine auf gemeinsame Tätigkeit gerichtete Rahmenvereinbarung für bestimmte Themen. Gesellschaftsrechtliche Verflechtungen von Unternehmen können ebenfalls eine geschäftliche Beziehung darstellen. Daneben sind Fälle denkbar, in denen das vom Auftraggeber eingeschaltete Beratungsunternehmen vor mehreren Jahren eine kurze geschäftliche Beziehung hatte, beispielsweise bei der gemeinsamen Durchführung eines Projektes (welches zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens abgeschlossen ist). Insgesamt wird für die Frage des Vorliegens einer „geschäftlichen Beziehung“ im vorgenannten Sinne neben dem Zeitpunkt insbesondere auch Inhalt, Umfang, Häufigkeit und Kontinuität der Beziehung berücksichtigen müssen.

In der Praxis bietet es sich für Auftraggeber an, von mitwirkenden (Beratungs)Unternehmen schriftliche Erklärungen über die Frage geschäftlicher Beziehungen zu potenziellen Bewerbern / Bietern zu fordern. Sinnvoll ist dies bereits vor Beginn des Vergabeverfahrens, wenn schon zu befürchten ist, dass die Frage von Interessenkonflikten berührt sein könnte. Zu diesem Zeitpunkt sollte das (Beratungs)Unternehmen Zeitpunkt, Inhalt, Umfang, Häufigkeit und Kontinuität der Geschäftsbeziehungen zu potenziellen Bewerbern / Bietern mit einer schriftlichen Erklärung offenlegen. Zudem sollte das (Beratungs)Unternehmen vom Auftraggeber verpflichtet werden, den Auftraggeber darauf hinzuweisen, wenn und soweit zur Aufnahme von geschäftlichen Beziehungen zu potenziellen Bewerbern / Bietern kommt. Daneben gibt es weitere Verfahrensmeilensteine, zu welchen von dem (Beratungs)Unternehmen Erklärungen über die Frage geschäftlicher Beziehungen verlangt werden sollten:

- Eingang der Teilnahmeanträge, denn zu diesem Zeitpunkt sind die konkreten Bewerber bekannt.

- Eingang der Angebote / Aufforderung zur Angebotsabgabe, denn zu diesem Zeitpunkt sind die konkreten Bieter bekannt.

Bestehen geschäftliche Beziehungen besteht zunächst (nur) eine widerlegbare Vermutung eines bestehenden Interessenskonfliktes. Für die Widerlegung einer solchen Vermutung kommen insbesondere die Vornahme, Umsetzung und der Nachweis geeigneter Maßnahmen des betroffenen Unternehmens in Betracht, mit denen das Bestehen eines Interessenkonflikts im konkreten Fall ausgeschlossen werden kann, zum Beispiel:

- organisatorische Maßnahmen
- technische Maßnahmen
- vertragliche Maßnahmen
- sonstige Maßnahmen (zum Beispiel hinsichtlich Datenablage oder Kommunikation)

Je größer die Relevanz einer geschäftlichen Beziehung eingeschätzt wird, desto höher die Anforderungen an die notwendigen Maßnahmen des Unternehmens, um die Vermutung eines Interessenkonflikts erfolgreich zu widerlegen.

Liegt ein Interessenkonflikt vor beziehungsweise kann ein solche nach vorstehenden Maßgaben nicht widerlegt werden, dürfen die voreingenommenen Personen am Vergabeverfahren nicht weiter mitwirken (§ 6 Abs. 1 VgV, § 4 Abs. 1 UVgO). Zudem bietet § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB dem Auftraggeber die Rechtsgrundlage für einen fakultativen (Kann-)Ausschluss eines Unternehmens von der Teilnahme am Vergabeverfahren, und zwar zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens, wenn ein Interessenkonflikt bei der Durchführung des Vergabeverfahrens besteht, der die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit einer für den Auftraggeber tätigen Person bei der Durchführung des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte und der durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen nicht wirksam beseitigt werden kann.

Von herausragender Bedeutung für alle Fragen zur Vermeidung von Interessenkonflikten ist eine sorgfältige, fortlaufend aktualisierte und vollständige Dokumentation der relevanten Tatsachen und Umständen durch den Auftraggeber. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen es um die Widerlegung der Vermutung eines Interessenkonflikts geht.

2.2. Projektantenproblematik

Von den Sachverhalten voreingenommener Personen zu trennen, sind die Fälle sogenannter Projektanten. Projekttanten können einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Bewerbern oder Bietern aufgrund eines Informationsvorsprungs haben. Nach § 7 VgV, § 5 UVgO gilt in solchen Fällen Folgendes:

Hat ein Unternehmen oder ein mit ihm in Verbindung stehendes Unternehmen den Auftraggeber beraten oder war auf andere Art und Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt (vorbefasstes Unternehmen / Projektant), so ergreift der Auftraggeber angemessene Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Unternehmens nicht verzerrt wird.

Diese vom Auftraggeber zu ergreifenden Maßnahmen müssen insbesondere die Unterrichtung der anderen am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen in Bezug auf die einschlägigen Informationen umfassen, die im Zusammenhang mit der Einbeziehung des Projektanten in der

Vorbereitung des Vergabeverfahrens ausgetauscht wurden oder daraus resultieren (zum Beispiel Bereitstellung von vom Projektanten erstellten Konzepten mit den Vergabeunterlagen), und die Festlegung angemessener Fristen für den Eingang der Angebote und Teilnahmeanträge.

Die Vorschriften regeln als erste in Betracht kommende Rechtsfolge einer Projektantensituation also gerade nicht den Ausschluss des Projektanten vom Vergabeverfahren, an dessen Vorbereitung er beteiligt war. Ein solcher Ausschluss ist vielmehr ultima ratio, wie sich auch aus dem fakultativen Ausschlussgrund gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB ergibt. Danach kann der Auftraggeber – unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn eine Wettbewerbsverzerrung daraus resultiert, dass das Unternehmen bereits in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen war, und diese Wettbewerbsverzerrung nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann.

Stellt der Auftraggeber fest, alle weniger einschneidenden Maßnahmen nicht zur Beseitigung einer Wettbewerbsverzerrung führen (können), muss der Auftraggeber dies sorgfältig und nachvollziehbar begründet dokumentieren und insbesondere vor der ultima ratio des Ausschlusses dem Projektanten die Möglichkeit geben nachzuweisen, dass seine Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens den Wettbewerb nicht verzerren kann.

3. Hauptangebote, Optionen sowie Nebenangebote

3.1. Abgrenzung

Der Auftraggeber ist grundsätzlich gehalten, den Auftragsgegenstand in Art und Umfang so eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, dass alle Wirtschaftsteilnehmer die geforderten Lieferungen und Leistungen gleichermaßen verstehen und wirtschaftliche sowie vergleichbare Angebote einreichen können. Dabei können Auftraggeber sowohl den Umfang als auch die Art der Leistungserfüllung vorgeben oder Freiräume hinsichtlich der Lösungswege geben (zum Beispiel konstruktive oder funktionale Leistungsbeschreibungen).

Werden keine weiteren Vorgaben seitens des Auftraggebers vorgenommen, können die Bieter entsprechend den Bedingungen und Anforderungen aus der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen ein Hauptangebot einreichen.

Optionale Leistungen sind Teile der ausgeschriebenen Leistung, deren Abruf oder Umfang zu Beginn des Vergabeverfahrens trotz sorgfältiger Bedarfsermittlung noch nicht abschließend feststehen. Die Entscheidung über die Beauftragung kann insbesondere durch Abruf der optionalen Leistung durch den Auftraggeber oder durch Eintreten eines in der Option konkret beschriebenen Umstandes / Ereignisses erfolgen.

Möchte der Auftraggeber inhaltliche, wirtschaftliche oder technische Lösungen innerhalb der Umsetzung seitens der Bieter offener halten, kann er sich Nebenangebote (oft auch synonym als Varianten oder Alternativangebote bezeichnet) einreichen lassen. Insbesondere bei innovativen IT-Leistungen oder auch IT-Lösungen, die auf unterschiedlichen Wegen umgesetzt werden können, bieten sich Nebenangebote an. Das Zulassen von Nebenangeboten ist dabei genauso bekannt zu machen wie die Mindestanforderungen an die einzureichenden Nebenangebote.

3.2. Hauptangebot

Ein Hauptangebot muss alle auftraggeberseitigen Anforderungen und Leistungen, die in der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen transparent gemacht wurden, erfüllen. Dabei sind sowohl alle formalen Anforderungen als auch Mindestanforderungen wie beispielsweise A-Kriterien vollständig einzuhalten.

Bei der Forderung nach einem Hauptangebot ist es vergaberechtlich nicht zwingend notwendig, A-Kriterien zu definieren. Hierbei ist es grundsätzlich möglich, den Anforderungskatalog ausschließlich mit B-Kriterien zu erstellen, die dann je nach Erfüllungsgrad bewertet werden. A-Kriterien stellen jedoch unverzichtbare Anforderungen des Auftraggebers dar und tragen zur besseren Vergleichbarkeit bei.

3.2.1. *Zulässigkeit der Abgabe mehrerer Hauptangebote von einem Bieter*

Trifft der Auftraggeber in EU-weiten oder nationalen Verfahren keine Aussage zur Frage der Zulässigkeit mehrerer Hauptangebote (sogenannte Parallelangebote), wodurch die Abgabe mehrerer Hauptangebote durch einen Bieter weder ausdrücklich zugelassen noch ausgeschlossen ist, und werden dennoch mehrere Hauptangebote eingereicht, ist die Behandlung juristisch umstritten (je nach

Konstellation alle Angebote zulassen versus alle Angebote ausschließen). Zumindest verschiedene Hauptangebote eines Bieters, die fachliche oder technisch unterschiedliche Lösungen zum Gegenstand haben (oder auf Leitfabrikate oder gleichwertige technische Anforderungen oder Spezifikationen abzielen), sollen in diesem Fall alle zuzulassen sein. Als problematisch wird demgegenüber insbesondere die Zulassung mehrerer Hauptangebote in der Konstellationen betrachtet, in der zwei fachlich / technisch identische Angebote zu unterschiedlichen Preisen eingereicht werden.

Es wird empfohlen, in jedem Fall anzugeben, ob und – falls ja – wie viele weitere Hauptangebote zugelassen werden sollen, um zu vermeiden, dass einzelne Bieter eine Vielzahl von Hauptangeboten einreichen und diese alle geprüft werden müssen. Bei EU-weiten Vergaben sollte hierauf im Feld „Zusätzliche Angaben“ (Punkt VI.3 in der EU-Auftragsbekanntmachung) ausdrücklich hingewiesen werden. Da dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt wird, Nebenangebote zuzulassen oder nicht zuzulassen, kann davon ausgegangen werden, dass diese Wahlfreiheit auch hinsichtlich der Anzahl etwaiger Hauptangebote besteht. Dies ergibt sich bereits aus Überlegungen zur Verfahrensökonomie.

3.2.2. *Praxisbeispiel für mehrere Hauptangebote*

Bei IT-Beschaffungen, insbesondere im Bereich standardisierter Hardware, kann es Beschaffungen geben, bei denen der Auftraggeber innerhalb der Anforderungen der Leistungsbeschreibung bereits selbstständig verschiedene Lösungsmöglichkeiten erkennt. All diese verschiedenen Lösungsmöglichkeiten erfüllen alle geforderten Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung. Zum Beispiel kann ein Bieter als erstes Hauptangebot ein Notebook des Herstellers „A“ und als weiteres Hauptangebot ein Notebook des Herstellers „B“ anbieten, die beide alle Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllen und im Ergebnis das Lösungsspektrum und den Wettbewerb erweitern. In dieser Konstellation würde man ein weiteres Hauptangebot zulassen.

Wichtiger Hinweis:

Bei der Wertung der Angebote ist darauf zu achten, dass alle wertungsfähigen und formal zugelassenen Angebote (Hauptangebote, gegebenenfalls mehrere Hauptangebote, gegebenenfalls Nebenangebote) bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes zu berücksichtigen sind.

3.3. Optionen

Optionale Leistungen stellen vereinbarte und somit zugelassene Auftrags- / Vertragsänderungen dar, die ausschließlich seitens des Auftraggebers (entsprechend des vereinbarten Leistungsgegenstandes und des festgelegten Leistungszeitraums der Optionsausübung) während der Vertragslaufzeit zu einem bereits festgelegten Preis beauftragt werden können. In der Praxis werden Optionen und sogenannte Bedarfs- oder Eventualpositionen (zum Beispiel bei Bedarf abrufbares Personentagekontingent an Beratungsleistungen) oftmals gleichgesetzt.

Soweit Optionen in der Leistungsbeschreibung und im Preisblatt gefordert werden, müssen die Bieter solche Optionen anbieten und mit einem Preis versehen. Nur der Auftraggeber hat hinsichtlich der Inanspruchnahme der Option ein Wahlrecht. Diese – oder eine anderslautende – Handhabung ist in den Vergabeunterlagen eindeutig darzustellen.

Wichtig ist die präzise Bestimmung der Voraussetzungen von Optionen, also die Festlegung unter welchen Umständen diese zum Tragen kommt. Weiterhin sind die Art und der Umfang von Optionen beziehungsweise Bedarfs- oder Eventualpositionen sowie etwaige Vorbehalte in der Auftragsbekanntmachung beziehungsweise den Vergabeunterlagen (inklusive Vertragsbedingungen) transparent zu machen.

Nach der mit der Vergaberechtsreform des Jahres 2016 eingeführten neuen Norm § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist eine Änderung eines öffentlichen Auftrages zu wesentlichen Aspekten ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens mittels einer Option nur dann zulässig, wenn die Ausgestaltung der Option folgenden Anforderungen genügt: In den ursprünglichen Vergabeunterlagen muss eine klare, genaue und eindeutig formulierte Option (oder Überprüfungsklausel) vorgesehen sein, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthält und es darf sich aufgrund der mit der Option bewirkten Änderung der Gesamtcharakter des Auftrages nicht verändern (zu Einzelheiten siehe Kapitel E.2.1.).

Beispiele für Optionen

Art	Beispielhafte Inhalte
Vertragsbezogene Optionen	• Verlängerung der Vertragslaufzeit über eine Verlängerungsoption (gegebenenfalls mehrmalig) • Vertragsoptionen zu allgemeinen Gestaltungsrechten, zum Beispiel Inanspruchnahme einer Herstellergarantie
Leistungsbezogene Optionen wie etwa Leistungsergänzungen	• Optionale Erweiterung von Leistungsmengen und gegebenenfalls Lieferorten • Optionale Erstellung von zusätzlichen Schnittstellen einer Software • Optionaler Abruf von Dienstleistungskontingenten • Optionaler Bezug von zusätzlichen Systemkomponenten

Wichtiger Hinweis:

Werden in der Leistungsbeschreibung und / oder im Kriterienkatalog Optionen vorgesehen, so müssen sich diese Optionen im Preisblatt wiederfinden, weil eine Option definitionsgemäß mit einem Preis versehen sein muss.

Im Zusammenhang mit optionalen Leistungen kommt auch in Betracht, dass der Auftraggeber schon mit der Leistungsbeschreibung unterschiedliche Varianten der Leistungserbringung als „Wahl- / Alternativpositionen“ darstellt (inklusive zugehörigem Preismodell). Dies erfolgt, um entweder die Grundvariante oder aber die Alternativvariante dann zum Zuschlag zu bringen (zum Beispiel Lieferung einer proprietären Software oder alternativ Lieferung eine Open-Source-Software).

Aufgrund mangelnder Transparenz und möglicher negativer Auswirkungen auf die Gleichbehandlung (zum Beispiel bei der Ermittlung des Gesamtpreises oder des wirtschaftlichsten Angebotes) empfiehlt sich ein zurückhaltender Gebrauch von solchen Wahl- / Alternativpositionen.

3.4. Nebenangebote

Gemäß § 35 Abs. 1 VgV kann der Auftraggeber Nebenangebote zulassen oder sogar vorschreiben. Im Unterschied dazu sind bei nationalen Verfahren gemäß § 28 UVgO Nebenangebote zwar auch zugelassen, können jedoch nicht vom Auftraggeber explizit vorgeschrieben werden. In den Auftragsbekanntmachungen sind die jeweiligen Pflichtfelder anzukreuzen und zusätzliche Informationen zu geben.

Auch wenn im Bereich der nationalen Verfahren die Angabe von Mindestanforderungen nicht explizit geregelt ist, so empfiehlt die UfAB für Nebenangebote entsprechende Mindestanforderungen vorzusehen (bei EU-Verfahren Pflicht) und transparent in der Auftragsbekanntmachung (hier ist synonym von „Varianten / Alternativangeboten“ die Rede) und in den Vergabeunterlagen anzugeben. Ein Nebenangebot muss nicht zwingend alle Mindestanforderungen für Hauptangebote erfüllen. Es muss jedoch alle Mindestanforderungen, die der Auftraggeber für das Nebenangebot aufgestellt hat, vollständig erfüllen, sonst erfolgt zwingend der Ausschluss der Nebenangebote. Sind Nebenangebote nicht ausdrücklich zugelassen und werden sie dennoch eingereicht, sind die Nebenangebote zwingend auszuschließen.

Der Auftraggeber hat bei der Festlegung von Mindestanforderungen an Nebenangebote aber im Zweifel nicht nur fachlich-technische Aspekte, sondern auch alle Verfahrensmodalitäten und Vertragsfragen zu berücksichtigen. Die Einhaltung dieser Mindestanforderungen hat auch auf dem Gebiet der Verfahrensmodalitäten und Vertragsfragen die Vergleichbarkeit aller Angebote (Haupt- oder Nebenangebote) sicherzustellen.

Beispiele für Mindestanforderungen an Nebenangebote:

- Einhaltung aller Verfahrensvorschriften (Bewerbungsbedingungen)
- Einhaltung aller organisatorischen und technischen Rahmenbedingungen
- Einhaltung aller vertraglichen Festlegungen

Durch die Modifikation der A-Kriterien werden unter Umständen Nebenangebote erst ermöglicht. Da der Auftraggeber nur Nebenangebote berücksichtigen darf, die die von ihm für Nebenangebote festgelegten Mindestanforderungen erfüllen, müssen die Bieter die Erfüllung der Mindestanforderungen (und damit die Vergleichbarkeit des Nebenangebotes mit dem Hauptangebot) in nachvollziehbarer Form nachweisen.

Es kann Sinn machen, Mindestanforderungen über eine Negativdefinition festzulegen. Hierbei kann dargelegt werden, zu welchen Aspekten Nebenangebote von den Anforderungen an Hauptangebote abweichen dürfen. Gleichzeitig wird klargestellt, dass im Übrigen alle Anforderungen an Hauptangebote zu erfüllen sind. Vorteil dieser Methode ist, dass die Gefahr reduziert wird, bei der positiven Definition von Mindestanforderungen, wichtige Aspekte zu vergessen (zum Beispiel bei herkömmlicher Beschaffung von Waren die Mindestanforderung, dass es sich um Neuwaren handeln muss oder dass es beim Vertragsmodell Kaufvertrag bleiben muss, also Leasing als Nebenangebot ausscheidet).

Praxisbeispiel für Nebenangebote

Es kann Beschaffungen geben, bei denen der Auftraggeber bei der Festlegung der Anforderungen zwar nicht selbstständig verschiedene Lösungsmöglichkeiten erkennt, aber den Markt im Hinblick auf ihm gegebenenfalls nicht bekannte neue Technologien nicht einschränken möchte. Gegebenenfalls würde

der Auftraggeber durch die Festlegung von Anforderungen – insbesondere von A-Kriterien – unbeabsichtigt solche neuen Technologien ausschließen. Um in dieser Situation neue Technologien doch noch zum Zuge kommen zu lassen, kann der Auftraggeber Nebenangebote zulassen und eigene Mindestanforderungen für Nebenangebote aufstellen. Hierbei ist es möglich, A-Kriterien (Mindestanforderungen), die von den Hauptangeboten erfüllt werden müssen, zu übernehmen. Zum Beispiel könnte gegebenenfalls trotz des A-Kriteriums „Festplatte mit mindestens X Gigabyte“ ein „optischer Speicher mit mindestens X Gigabyte“ angeboten werden, sofern das A-Kriterium als Mindestanforderung für Nebenangebote wie folgt modifiziert würde: „X Gigabyte wiederbeschreibbarer Speicherkapazität“.

4. Kriterienkatalog, Bewertungsmethoden und Bewertungsmatrizen

Im Bereich der IT-Beschaffung hat sich in der Praxis die Verwendung von Kriterienkatalogen (als Bestandteil der Vertragsunterlagen), Eignungs- und Leistungsbewertungsmatrizen (als Bestandteil der Verfahrensunterlagen) und – für den Fall, dass der Preis nicht das alleinige Zuschlagskriterium ist – die Verwendung der Bewertungsmethoden „Einfache Richtwertmethode“ sowie „Erweiterte Richtwertmethode“ bewährt.

Die Elemente

- Kriterienkatalog (nachfolgende Ausführungen in F.4.1.),
- Bewertungsmethoden, insbesondere Einfache oder Erweiterte Richtwertmethode (nachfolgend F.4.2),
- Leistungsbewertungsmatrix als Grundlage der Leistungsbewertung (nachfolgend F.4.3.)
- und Eignungsbewertungsmatrix als Grundlage der Eignungsprüfung (nachfolgend F.4.4.)

werden innerhalb der Vergabeunterlagen für die einzelne Beschaffung konkret bestimmt und festgelegt. Sie sind die entscheidende Grundlage für die Bewertung der Angebote im Vergabeverfahren und damit für die Vergabeentscheidung des Auftraggebers, das heißt welcher Bieter beziehungsweise welches Angebot im Vergabeverfahren den Zuschlag erhält. Die Elemente sind inhaltlich unmittelbar miteinander verbunden. Sie müssen daher zwingend logisch, eindeutig und widerspruchsfrei miteinander verknüpft sein. Da die Elemente entscheidende Bedeutung für die Vergabeentscheidung des Auftraggebers haben, haben Auftraggeber auf die Erstellung dieser Bestandteile der Vergabeunterlagen höchste Sorgfalt zu legen.

Bereits im Rahmen der Kapitel zur Planung und zum Design einer Beschaffung wurden die Elemente an den jeweils maßgeblichen Stellen angesprochen, vorgestellt und eingeordnet. Aufgrund ihrer besonderen Bedeutung für den Beschaffungsprozess und insbesondere die Vergabeentscheidung des Auftraggebers vertieft dieses Kapitel nachstehend Hintergründe und Inhalte der Elemente. Die nachstehende Darstellung (Kapitel F.4.1. bis F.4.4.) folgt in ihrer Reihenfolge der oben genannten Auflistung. Abschließend werden Hinweise zur Auswahl der im Einzelfall konkret passenden Bewertungsmethode und den allgemeinen Transparenzpflichten im Zusammenhang mit Bewertungsmethoden und -matrizen gegeben.

4.1. Kriterienkatalog

Der Kriterienkatalog ist bei IT-Beschaffungen sowohl zum Zwecke der Beschreibung der ausgeschriebenen Leistung als auch zum Zwecke der Angebotswertung im Vergabeverfahren relevant.

Als leistungsbeschreibendes Element der Vergabeunterlagen ist der Kriterienkatalog zunächst Teil der Vertragsunterlagen. Die Inhalte des Kriterienkataloges, mit den darin enthaltenen A- und nach Angebotsabgabe und Zuschlagserteilung durch Bieterangaben ergänzten B-Kriterien, beschreiben das geschuldete Leistungssoll des Auftragnehmers nach Zuschlagserteilung und Vertragsschluss. Vor diesem Hintergrund sind jegliche Widersprüche oder sonstige Inkonsistenzen zwischen Kriterienkatalog und weiteren Vertragsunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung unbedingt zu vermeiden.

Neben der Funktion als leistungsbeschreibendes Element der Vergabe- und Vertragsunterlagen kann und sollte der Kriterienkatalog Inhalt der Leistungsbewertungsmatrix für die Leistungsbewertung im Rahmen der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode sein. In der Praxis können Kriterienkatalog und Leistungsbewertungsmatrix auch ein (zum Beispiel Excel-basiertes) Dokument sein.

Richtig gestaltet erleichtert der Kriterienkatalog sowohl die Angebotslegung für die Bieter als auch die Angebotswertung für den Auftraggeber im Vergabeverfahren. Nachstehend werden die wesentlichen Grundlagen zur Aufstellung eines Kriterienkataloges erörtert. Dazu wird zunächst auf die Kriterienklassifizierung innerhalb der Kriterienkataloges eingegangen, anschließend die Möglichkeit der Kriteriengruppierung erläutert und abschließend ein Beispiel eines konkret strukturierten Kriterienkataloges vorgestellt.

4.1.1. *Kriterienklassifizierung*

Im Bereich der IT-Beschaffung hat sich die Praxis der Klassifizierung von Ausschlusskriterien (A-Kriterien) und Bewertungskriterien (B-Kriterien) etabliert und bewährt. Die nachfolgende Tabelle gibt eine Übersicht über diese grundsätzliche Klassifizierung dieser zwei Arten von Kriterien:

Bezeichnung	Art und Bedeutung des Kriteriums
A-Kriterium (A)	**Ausschlusskriterium** Die Nichterfüllung einer als Ausschlusskriterium gekennzeichneten Anforderung führt zwingend zum Ausschluss des Angebotes.
B-Kriterium (B)	**Bewertungskriterium** Die als Bewertungskriterium gekennzeichneten Anforderungen sind die nach definierten Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgrade) und Punktesystemen (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) zu bewertenden Kriterien.

Bei der Entscheidung über die Klassifizierung einzelner Anforderungen nach den beiden vorstehenden Arten von Kriterien sind insbesondere folgende Grundsätze zu berücksichtigen:

- Unverzichtbare und von allen Bietern einzuhaltende Anforderungen müssen als A-Kriterien definiert werden. Angebote von Bietern, die nicht alle A-Kriterien erfüllen – und gegebenenfalls durch eine entsprechende Erklärung im Kriterienkatalog zusichern – werden bei der Angebotswertung ausgeschlossen, da sie wegen deren Nichterfüllung nicht mehr als wirtschaftlichstes Angebot in Betracht kommen.
- Alle anderen Anforderungen sind als B-Kriterien zu klassifizieren.

Zu allen Kriterien innerhalb eines Kriterienkataloges – unabhängig davon, ob A- oder B-Kriterium – werden grundsätzlich Angaben der Bieter entweder innerhalb der Kriterienkataloges selbst oder mittels im Kriterienkatalog in Bezug genommener und vom Bieter erstellter Anlagen zum Kriterienkatalog vom Auftraggeber verlangt.

Zu A-Kriterien sieht der Kriterienkatalog dann vom Auftraggeber im Kriterienkatalog bereits vorformulierte Angaben des Bieters (gegebenenfalls zur Auswahl) vor, zum Beispiel „ja“ oder „nein“ beziehungsweise „erfüllt“ oder „nicht erfüllt“.

Zu B-Kriterien sieht der Kriterienkatalog – abhängig von der konkreten Gestaltung der als B-Kriterium definierten und formulierten Anforderungen – entweder ebenfalls vom Auftraggeber im Kriterienkatalog vorformulierte Angaben des Bieters oder Freifelder für Angaben des Bieters vor. Auch B-Kriterien können im Kriterienkatalog in Form von vom Auftraggeber vorformulierten Angaben des Bieters mit „ja“ oder „nein“ aufgenommen werden, ohne damit zu einem A-Kriterium zu werden. Somit können auch volle Erfüllungsgrade mit der Höchstpunktzahl oder die Nichterfüllung mit „0 Punkten“ in das Ergebnis der Leistungsbewertung eingehen.

Gibt es bei einer Anforderung sowohl eine unverzichtbare Anforderung (A-Kriterium) als auch über diese unverzichtbare Anforderung hinausgehende zu bewertende Faktoren, so ist eine Zweiteilung möglich. Das heißt, es wird zunächst die unverzichtbare Anforderung als A-Kriterium festgelegt (zum Beispiel: „Die Festplattengröße muss mindestens X Terrabyte betragen.“) und im Anschluss als B-Kriterium die tatsächlich angebotene Lösung vom Bieter abgefragt (zum Beispiel: „Soweit die Festplattengröße X Terrabyte übersteigt, geben Sie bitte das darüber hinausgehende Speichervolumen der Festplatte an.“). Ähnlich kann verfahren werden, um konkrete Lösungsansätze der Bieter zu einzelnen A-Kriterien zu hinterfragen und zu bewerten (zum Beispiel: „A-Kriterium: Bestätigen Sie, dass das System über eine Archivierungsfunktion verfügt, die eine themenbezogene Archivierung ermöglicht. B-Kriterium: Stellen Sie ausführlich die Konzeption und Bedienung der Archivierungsfunktion des Systems sowie den Ablauf und die Ausgestaltung der themenbezogenen Archivierung dar.“).

Abhängig vom konkreten Beschaffungsgegenstand und von den vorgesehenen Zuschlagskriterien (und Bewertungsmethoden) sind Kriterienkataloge mit

- ausschließlich A-Kriterien,
- ausschließlich B-Kriterien
- und mit A- und B-Kriterien

denkbar und zulässig. Die Gestaltung in einer dieser drei denkbaren Formen hat im Weiteren Konsequenzen für die Festlegung der Zuschlagskriterien und die Aufstellung der Leistungsbewertungsmatrix, auf die im Folgenden näher eingegangen wird. So kann nur bei einem Kriterienkatalog, der ausschließlich A-Kriterien enthält, der Preis das alleinige Zuschlagskriterium sein (wenn der Auftraggeber nicht außerhalb des Kriterienkataloges weitere Zuschlagskriterien definiert). Bei einem Kriterienkatalog, der auch oder nur B-Kriterien enthält, kann zum einen der Preis nicht mehr das alleinige Zuschlagskriterium sein, zum anderen sind in der Leistungsbewertungsmatrix entsprechende Bewertungsmaßstäbe (Zielerfüllungsgrade) und Punktesysteme (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) für die einzelnen B-Kriterien zu definieren. Ein Kriterienkatalog, der nur B-Kriterien enthält, kann insbesondere dann aufgestellt werden, wenn sich alle unverzichtbaren Anforderungen aus den übrigen Vertragsunterlagen (insbesondere Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen ergeben).

Tipp für die Praxis:

Für die Gestaltung eines Kriterienkataloges hinsichtlich der Klassifizierung von A- und B-Kriterien sollten folgende Aspekte berücksichtigt werden:

- *Die Verwendung vieler A-Kriterien schränkt gegebenenfalls den Bieterkreis ein, da eventuell nur wenige Bieter alle A-Kriterien erfüllen können. Daher sollte die Notwendigkeit einer Kennzeichnung als A-Kriterium kritisch hinterfragt werden. Generell ist bei der Planung und beim Design einer Beschaffung genau zu analysieren, bei welchen (Teil)Leistungen unverzichtbare Anforderungen bestehen und auch genügen (A-Kriterien) und bei welchen Anforderungen (Teil)Leistungen (gegebenenfalls über unverzichtbare Anforderungen hinausgehende) B-Kriterien einer sinnvollen, zielgerichteten und tatsächlich möglichen Bewertung unterzogen werden können und sollen. Generell sollten Kriterien den tatsächlichen Bedarf widerspiegeln und sich aus Gründen der Sparsamkeit auf die tatsächlich bestehenden Anforderungen beschränken. In jedem Fall muss für jedes A-Kriterium ein sachlicher Grund bestehen, der die Definition als unverzichtbare Anforderung rechtfertigt.*
- *A-Kriterien sind inhaltlich und hinsichtlich ihrer Anzahl auf das erforderliche Maß zu beschränken. Unnötige A-Kriterien können den Wettbewerb beschränken und die Auswahlmöglichkeiten des Auftraggebers verringern. Definierte A-Kriterien müssen auch tatsächlich erfüllbar und für die Bieter zumutbar sein. Objektiv unerfüllbare oder unzumutbare A-Kriterien sind im Vergabeverfahren erfolgreich angreifbar und können den ordnungsgemäßen Ablauf des Vergabeverfahrens gefährden. Dies erfordert eine profunde Kenntnis des Marktangebotes, gegebenenfalls durch vorherige Durchführung einer entsprechenden Markterkundung.*
- *A-Kriterien sollten – soweit inhaltlich sinnvoll möglich – innerhalb einer Kriteriengruppe vor den B-Kriterien aufgenommen werden, damit Bieter frühzeitig erkennen können, ob sie aufgrund einer für sie gegebenenfalls nicht möglichen Erfüllung eines A-Kriteriums gar kein erfolgreiches Angebot einreichen können.*
- *A-Kriterien sind bei zugelassenen Nebenangeboten nur dann einzuhalten, wenn ihre Erfüllung als Mindestanforderung für Nebenangebote festgelegt ist. Das heißt, die Ausdehnung vieler oder aller A-Kriterien als Mindestanforderungen für Nebenangebote schränkt die Möglichkeiten der Einreichung von gegebenenfalls gewünschten innovativen Technologieansätzen erheblich ein. Insbesondere im IT-Bereich ist dieser Umstand besonders zu berücksichtigen.*
- *B-Kriterien sind so zu definieren, dass eine differenzierte Antwort durch Bieter und eine entsprechend differenzierte Bewertung ermöglicht wird. Im Zentrum steht bei B-Kriterien insbesondere die Frage, wie die vom Bieter angebotene Leistung konkret ausgestaltet ist. B-Kriterien dienen insoweit dazu, Erläuterungen und Lösungswege im notwendigen Detaillierungsgrad von den Bietern im Angebot zu fordern und bei der Angebotswertung differenziert zu berücksichtigen.*
- *Hinsichtlich des Inhaltes und Umfangs der B-Kriterien ist stets zu prüfen, ob die Gestaltung als B-Kriterium auch eine sinnvolle, zielgerichtete (tatsächliche Relevanz und Eignung für die Bewertung des Preis-Leistungsverhältnisses) und tatsächlich machbare Bewertung der angebotenen (Teil)Leistung ermöglicht. B-Kriterien müssen inhaltlich den Bereich der konkret anzubietenden und im Falle der Zuschlagserteilung zu erbringenden Leistung betreffen; lösungstechnische Nebensächlichkeiten sollen nicht zum Gegenstand von B-Kriterien gemacht werden. B-Kriterien, die sich nicht sinnvoll, zielgerichtet und machbar im Rahmen der späteren Leistungsbewertung bewerten lassen, sollten nicht als solche in den Kriterienkatalog aufgenommen werden.*

Zudem ist bei B-Kriterien stets zu prüfen, welchen Aufwand deren Beantwortung auf Bieterseite im Rahmen der Angebotserstellung verursacht. Die über alle B-Kriterien in ihrer Gesamtheit geforderten Angaben der Bieter müssen zumutbar bleiben, insbesondere unter Berücksichtigung der festgelegten Fristen im Vergabeverfahren.

- *Da B-Kriterien grundsätzlich Zuschlagskriterien im vergaberechtlichen Sinne sind, müssen B-Kriterien stets den vergaberechtlichen Vorgaben zu Zuschlagskriterien genügen (§ 127 GWB, § 58 VgV, § 43 UVgO). Hier sind die nachstehenden Ausführungen zu den Bewertungsmethoden und zur Leistungsbewertungsmatrix zu beachten.*
- *Von ausschlaggebender Bedeutung für eine sach- und zielgerichtete spätere Bewertung der Angebote ist ein ausgewogener Aufbau des Kriterienkataloges. Dabei ist sowohl die Breite der einzelnen Kriteriengruppierungen als auch ihre hierarchische Gliederung und Differenzierung zu beachten. Unter dem Aspekt der Ausgewogenheit ist bereits bei der Aufstellung des Kriterienkataloges deren Zusammenhang mit der Leistungsbewertungsmatrix und der dort enthaltenen Gewichtung von B-Kriterien zu beachten. Einzelne Kriteriengruppierungen mit großem Gewicht sollten breiter gegliedert werden als solche mit kleinem Gewicht.*

4.1.2. *Kriteriengruppierung*

In Kriterienkatalogen kann der Auftraggeber eine Aufteilung der Kriterien in Kriteriengruppen vornehmen (Kriteriengruppierung). Die Kriteriengruppierung dient der Übersichtlichkeit, erleichtert den Bietern die Angebotsbearbeitung und dem Auftraggeber die spätere Leistungsbewertung.

In den Bewerbungsbedingungen soll vorgeschrieben werden, dass die im Einzelfall im Kriterienkatalog vorgegebene Kriteriengruppierung bei der Angebotserstellung mit den Angaben des Bieters zu den einzelnen Kriterien einzuhalten ist.

Abhängig vom konkreten Beschaffungsgegenstand (Inhalt, Umfang und Komplexität) erfolgt die Kriteriengruppierung in der Regel auf zwei bis drei Ebenen:

- Kriterienhauptgruppen (1. Ebene)
- Kriteriengruppen (2. Ebene)
- Kriterien (3. Ebene)

Eine weitere Untergliederung ist grundsätzlich möglich, zum Beispiel die Eröffnung einer 4. Ebene „Unterkriterien“. Bei kleinen und übersichtlichen Beschaffungsgegenständen und Vergabeverfahren ist zu prüfen, ob eine Kriteriengruppierung auf drei Ebenen sinnvoll ist. Gegebenenfalls kann in solchen Fällen auch eine vereinfachte Strukturierung zweckmäßig sein.

Eine Kriteriengruppierung mit drei Ebenen könnte etwa wie folgt aussehen:

Kriterienhauptgruppe (KHG)	Kriteriengruppe (KG)	Kriterien
1. Ebene (KHG)	**2. Ebene (KG)**	**3. Ebene (K)**
Kriterienhauptgruppe A		
	Kriteriengruppe 1	
		Kriterium 1.1
		Kriterium 1.2
	Kriteriengruppe 2	
		Kriterium 2.1
		Kriterium 2.2
		Kriterium 2.3
Kriterienhauptgruppe B		
	Kriteriengruppe 3	
		Kriterium 3.1
		Kriterium 3.2
	Kriteriengruppe 4	
		Kriterium 4.1
		Kriterium 4.2
	Kriteriengruppe 5	
		Kriterium 5.1
		Kriterium 5.2
		Kriterium 5.3
		Kriterium 5.4
		Kriterium 5.5

4.1.3. *Beispiel konkret strukturierter Kriterienkatalog (mit Klassifizierung und Gruppierung)*

Ein Kriterienkatalog mit einer Gruppierung auf drei Ebenen und jeweils zugehöriger Klassifizierung auf der 3. Ebene der Kriterien nach A- und B-Kriterien könnte etwa wie folgt aussehen (A- und B-Kriterien gesondert nummeriert, so dass es jeweils zum Beispiel ein Kriterium A 5.1 und B 5.1 geben kann):

Kriterienhauptgruppe (KHG)	Kriteriengruppe (KG)	Kriterium (K)	Art
1. Ebene (KHG)	**2. Ebene (KG)**	**3. Ebene (K)**	**A / B**
Kriterienhauptgruppe A – Übergreifende Anforderungen			
	KG 1: Projektmanagement		
		B 1.1: Projektleitung	B
		B 1.2: Projektorganisation	B
		B 1.3: Projektdokumentation	B
		B 1.4: Projektabstimmung und -gremien	B
	KG 2: Qualitätsmanagement		
		B 2.1: Ausprägung Qualitätsmanagement	B
		B 2.2: QM- und Testmethoden	B
		B 2.3: Abnahmeverfahren	B
	KG 3: Lieferprozedere		
		A 3.1: Ausprägung Lieferprozedere	A
		B 3.1: Roll-Out-Konzept	B
		B 3.2: Geräteinbetriebnahme	B
Kriterienhauptgruppe B – Serverhardware			
	KG 4: Rücknahme Altgeräte		
		B 4.1: Rücknahme von Altgeräten	B

Kriterienhauptgruppe (KHG)	Kriteriengruppe (KG)	Kriterium (K)	Art
1. Ebene (KHG)	**2. Ebene (KG)**	**3. Ebene (K)**	**A / B**
		B 4.2: Abholung und Abtransport	B
	KG 5: Infrastrukturserver		
		A 5.1: Serverkonfiguration	A
		B 5.1: Skalierbarkeit	B
	KG 6: Datenbankserver		
		A 6.1: Serverkonfiguration	A
		B 6.1: Skalierbarkeit	B
		B 6.2: Datenbankspezifische Anforderungen	B
	KG 7: Anwendungsserver		
		A 7.1: Serverkonfiguration	A
		B 7.1: Skalierbarkeit	B
		B 7.2: Anwendungsspezifische Anforderungen – Serverklasse I	B
		B 7.3: Anwendungsspezifische Anforderungen – Serverklasse II	B
		B 7.4: Performanz	B
	KG 8: Serverzubehör und sonstige Anforderungen		
		B 8.1: Serverracks	B
		B 8.2: Richtlinien und Normen	B
		B 8.3: Umweltspezifische Anforderungen	B
Kriterienhauptgruppe C – Clienthardware			
	KG 9: PC		
		B 9.1: Clientkonfiguration	B
		B 9.2: Bildschirme	B
		B 9.3: Notebookkonfigurationen	B
	KG 10: Zubehör		
		B 10.1: Tastaturen	B
		B 10.2: Sonstiges Zubehör	B
Kriterienhauptgruppe D – Ergänzende Anforderungen			
	KG 11: Instandhaltung		
		A 11.1: Instandhaltung der Server	A
		A 11.2: Instandhaltung der Clients / Notebooks	A
	KG 12: Software		
		B 12.1: Betriebssystemsoftware	B
		B 12.2: Officesoftware	B
		B 12.3: Netz- und Systemmanagementsoftware	B

Die konkrete inhaltliche Gestaltung des Kriterienkataloges richtet sich nach den jeweiligen Leistungen oder Leistungsteilen im Einzelfall. Dabei können sich jeweils verschiedene Besonderheiten ergeben, die bei der Aufstellung des Kriterienkataloges zu berücksichtigen sind, wie die nachfolgenden zwei Beispiele der Nutzungsrechtsmatrix gemäß EVB-IT und eine Beschaffung von Teilen einer Verfahrens- / Systementwicklung zeigen:

4.1.3.1. Nutzungsrechtsmatrix gemäß EVB-IT

Soweit als Bestandteil der Vertragsunterlagen eine Nutzungsrechtsmatrix aus den Anlagen zum

- EVB-IT Systemvertrag,
- EVB-IT Systemlieferungsvertrag oder
- EVB-IT Erstellungsvertrag

zum Einsatz kommt, so sind die dort geregelten Anforderungen konsistent zu den übrigen Bestandteilen der Vertragsunterlagen, insbesondere zur Leistungsbeschreibung und zum Kriterienkatalog zu halten. Die Anlage „Nutzungsrechtsmatrix“ der vorgenannten Musterverträge verwendet – neben Ausschlusskriterien – Bewertungskriterien, mittels derer abweichend und / oder zusätzlich zu den Nutzungsrechtsregelungen in den EVB-IT AGB spezifische Vereinbarungen getroffen werden können. Bei Einsatz der Nutzungsrechtsmatrix ist in den Vergabe und Vertragsunterlagen unbedingt ein eindeutiges Verhältnis der Ausschluss- und Bewertungskriterien aus dieser Nutzungsrechtsmatrix zum Kriterienkatalog festzulegen. Beispielsweise kann es bei entsprechend eindeutiger Gestaltung möglich sein, eine eigene Kriterien(haupt-)gruppe für die A- und B-Kriterien der Nutzungsrechtsmatrix zu erstellen.

4.1.3.2. Beschaffung von Teilen einer Verfahrens- oder Systementwicklung

Besonderheiten gibt es bei der Beschaffung von Teilen einer Verfahrens- oder Systementwicklung. In solchen Fällen kann es schwierig sein, bewertbare Kriterien für den Anwendungsbereich zu bilden. Der Bieter kann keine Hardware oder ein fertiges Software-Produkt anbieten, sondern lediglich die ausgeschriebene Leistung, also das Verfahren beziehungsweise das System, nach Auftragserteilung erarbeiten. Die Lösung selbst kann noch nicht detailliert im Angebot beschrieben werden.

Gleichwohl könnte der Kriterienkatalog für die auszuschreibende Verfahrensentwicklung gegliedert werden, beispielsweise

- in Anforderungen, die sich auf die Darstellung der bereitzustellenden Funktionalität beziehen,
- in Anforderungen, die sich auf die Vorgehensweise im Projekt beziehen (zum Beispiel Zeitplanung, Projektmanagement, stufenweises Vorgehen) und
- in Anforderungen hinsichtlich der zu erbringenden Arbeitsergebnisse (zum Beispiel Dokumentation, Art und Aufbau der einzelnen Arbeitsergebnisse in den verschiedenen Projektphasen).

4.2. Bewertungsmethoden

Nachdem vorstehend die näheren Einzelheiten zur Aufstellung eines Kriterienkataloges, insbesondere in seiner Funktion als leistungsbeschreibendes Element der Vertragsunterlagen und erste Bezüge zur späteren Leistungsbewertungsmatrix erläutert wurden, werden in diesem Kapitel die nach der UfAB vorgesehenen Bewertungsmethoden zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes vorgestellt. Die Vorstellung der Bewertungsmethoden ist grundlegende Voraussetzung, um anschließend die Einzelheiten zur Leistungsbewertungsmatrix näher zu erläutern. Im Folgenden wird als Ausgangspunkt zunächst der grundsätzliche vergaberechtliche Rahmen für die Ermittlung des wirtschaftlichsten

Angebotes aufgezeigt, bevor die nach der UfAB vorgesehenen Bewertungsmethoden im Einzelnen vorgestellt werden.

4.2.1. *Vergaberechtlicher Rahmen für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots*

Aus Gründen der Transparenz sowie im Interesse der Qualität der Angebote und eines erfolgreichen Ergebnisses des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber in jedem Vergabeverfahren die Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und die zugehörige Bewertungsmethode einschließlich einer entsprechenden Leistungsbewertungsmatrix bereits mit den Vergabeunterlagen im Vergabeverfahren zur Verfügung zu stellen.

Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden (§ 127 GWB, § 43 UVgO). Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbes gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

Um das im konkreten Fall wirtschaftlichste Angebot auswählen zu können, muss der Auftraggeber bereits im Rahmen der Beschaffungskonzeption in der Planung der Beschaffung die Aspekte ermitteln, die sich zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeit der Angebote eignen. Hier bedarf es der Definition von Zuschlagskriterien, die tatsächlich Bedeutung für die Wirtschaftlichkeit, d.h. für das Preis-Leistungs-Verhältnis des Angebotes haben. Die Vergabevorschriften nennen beispielhaft insbesondere folgende Aspekte, die Gegenstand der Zuschlagskriterien sein können:

- Preis oder Kosten
- Qualität
- Technischer Wert
- Ästhetik
- Zweckmäßigkeit
- Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderung
- Übereinstimmung der Leistung mit den Anforderungen eines „Designs für Alle“
- Soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften
- Vertriebs- und Handelsbedingungen
- Betriebskosten
- Lebenszykluskosten
- Rentabilität
- Kundendienst und technische Hilfe

- Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist
- Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrages betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung hat (aber: Vermeidung einer Doppelbewertung bei Eignungs- und Zuschlagskriterien)

Im Rahmen des Designs einer Beschaffung, konkret bei der Erstellung der Vergabeunterlagen, sind die in der Beschaffungskonzeption ermittelten Grundlagen zu den im Einzelfall vorgesehenen Zuschlagskriterien dann bei der Aufstellung des Kriterienkataloges und der Leistungsbewertungsmatrix zu berücksichtigen und umzusetzen. In der Praxis der IT-Beschaffung können eine Vielzahl der vorstehenden Aspekte als B-Kriterien bei der Aufstellung des Kriterienkataloges herangezogen und verwendet werden. Die B-Kriterien können – abhängig vom konkreten Beschaffungsgegenstand – verschiedenste Ausprägungen dieser Aspekte betreffen: beispielsweise Funktionalitäten von Hardware oder Software, Leistungskennzahlen von Hardware und Software, Aspekte der Softwareentwicklung, Aspekte der Implementierung von IT-Lösungen, Aspekte der Migration, Aspekte des Projektmanagements, Service Level Agreements im Bereich von Service-, Instandhaltungs-, Pflegeleistungen.

Neben der inhaltlichen und formellen Gestaltung der Zuschlagskriterien nach den vorstehenden Maßgaben kommt den bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes die verwendeten Bewertungsmethoden überragende Bedeutung für die Angebotswertung und damit für die Vergabeentscheidung zu. Im Bereich der IT-Beschaffung haben sich insoweit folgende Bewertungsmethoden für die Leistungsbewertung anhand der Zuschlagskriterien in der Praxis bewährt, die im Folgenden näher dargestellt werden:

- Reine Preiswertung
- Einfache Richtwertmethode
- Erweiterte Richtwertmethode

Wichtiger Hinweis:

Es gibt keine zwingende Zuordnung eines Beschaffungsgegenstandes zu einer bestimmten Bewertungsmethode. Allerdings ist davon abzuraten, die vorgestellten Bewertungsmethoden innerhalb eines Vergabeverfahrens beziehungsweise innerhalb eines Beschaffungsloses miteinander zu kombinieren, da die einzelnen Bewertungsmethoden jeweils ein in sich abgeschlossenes Vorgehen darstellen. Bei einer Kombination oder Vermengung der Bewertungsmethoden besteht die Gefahr, dass die Vorgehensweise entweder intransparent oder widersprüchlich und damit angreifbar wird.

4.2.2. *Reine Preiswertung (vormals: „Vereinfachte Leistungs- / Preismethode“)*

Bei der reinen Preiswertung ist einziges Zuschlagskriterium der Preis. Das Angebot mit dem niedrigsten Preis im Wettbewerb erhält den Zuschlag. Dieses Angebot muss alle A-Kriterien auch bei der Eignung vorbehaltslos erfüllen.

Diese reine Preiswertung kommt im Wesentlichen bei Auftragsgegenständen in Betracht, die vollständig und abschließend durch eine Leistungsbeschreibung und einen ausschließlich aus A-

Kriterien bestehenden Kriterienkatalog geprägt sind, die sämtliche gewünschten Spezifikationen, Funktionalitäten und Qualitäten eindeutig absichern (zum Beispiel Beschaffung von Standardprodukten wie PCs). Unter den Angeboten, die diese Spezifikationen, Funktionalitäten und Qualitäten einhalten, kann dann allein der angebotene Preis entscheiden. Beispiel:

	Bieter 1	Bieter 2	Bieter 3	Bieter 4	Bieter 5
A-Kriterien	erfüllt	nicht erfüllt	erfüllt	erfüllt	erfüllt
Preis in EUR	120.000	105.000	100.000	98.000	110.000
Rang	4	Ausschluss	2	1	3

Im Beispiel steht als das wirtschaftlichste Angebot das Angebot des Bieters 4 mit dem niedrigsten Preis (98.000 EUR) fest.

Bei dieser reinen Preiswertung muss eindeutig festgelegt sein, welcher konkret vom Bieter angebotene Preis Grundlage der Angebotswertung ist (Definition des Wertungspreises). Grundsätzlich sollten sämtliche vom Bieter geforderte Preisangaben in diesen Wertungspreis einfließen.

4.2.3. *Einfache Richtwertmethode*

Sollen neben dem Preis weitere Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, haben sich im Bereich der IT-Beschaffung die Einfache und Erweiterte Richtwertmethode bewährt. Im Folgenden wird zunächst die Einfache Richtwertmethode erläutert.

Die Anwendung der Einfachen Richtwertmethode wird empfohlen, wenn es sich um ein Beschaffungsvorhaben handelt, bei welchem Leistung und Preis die gleiche Bedeutung erhalten sollen.

Bei der Einfachen Richtwertmethode wird das Verhältnis von Preis und Leistung als Quotient zu einer Kennzahl „Z“ errechnet:

$$Z = \frac{L\ (\text{Leistung})}{P\ (\text{Preis})}$$

Dabei werden die Formelparameter wie folgt definiert:

Z = Kennzahl für Preis-Leistungsverhältnis des zu bewertenden Angebots

L = Leistungspunktzahl (Bewertungspunkte x Gewichtungspunkte) des zu bewertenden Angebotes

P = Preis (in EUR) des zu bewertenden Angebotes

Hinsichtlich des Preises (P in EUR) muss in den Bewerbungsbedingungen eindeutig definiert sein, welcher konkret vom Bieter an welcher Stelle (Preisblatt) angebotene Preis Grundlage der

Angebotswertung ist (Definition des Wertungspreises). Grundsätzlich sollten sämtliche vom Bieter geforderte Preisangaben in diesen Wertungspreis einfließen. Die Leistung (L) wird in Form einer Punktzahl ermittelt, die sich aus der Bewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix ergibt. Beispiel:

	Bieter 1	Bieter 2	Bieter 3	Bieter 4	Bieter 5
Leistungspunktzahl L	9.500	9.200	8.900	8.500	7.400
Preis in EUR P	120.000	105.000	100.000	98.000	110.000
Kennzahl Z	0,079	0,088	0,089	0,087	0,067
Rang	4	2	1	3	5

Die Kennzahl Z ist beliebig skalierbar, um ganze Zahlen zu erhalten. So kann etwa die Kennzahl Z für alle Ergebnisse mit dem Faktor 1.000 multipliziert werden, ohne dass sich die Rangfolge verändert:

	Bieter 1	Bieter 2	Bieter 3	Bieter 4	Bieter 5
Leistungspunktzahl L	9.500	9.200	8.900	8.500	7.400
Preis in EUR P	120.000	105.000	100.000	98.000	110.000
Kennzahl Z_{alt}	0,079	0,088	0,089	0,087	0,067
Skalierung	Multiplikation: $Z_{neu} = Z_{alt} * 1.000$				
Kennzahl Z_{neu}	79	88	89	87	67
Rang	4	2	1	3	5

Im Beispiel erreicht das Angebot von Bieter 3 die höchste Kennzahl Z als bestes Preis-Leistungs-Verhältnis und ist somit als das wirtschaftlichste Angebot zu bewerten.

4.2.4. *Erweiterte Richtwertmethode*

Die Erweiterte Richtwertmethode ist eine weitere Methode zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes für Fälle, in denen neben dem Preis weitere Zuschlagskriterien berücksichtigt werden sollen.

Die Anwendung der Erweiterten Richtwertmethode wird empfohlen, wenn es sich um ein Beschaffungsvorhaben handelt, bei welchem innerhalb einer zu bildenden Führungsgruppe eng beieinanderliegender – praktisch gleichwertiger – Angebote ein Stichentscheid zugunsten eines preisgünstigeren oder leistungsstärkeren Angebotes getroffen werden soll.

Mit dieser Möglichkeit einer Stichentscheidung ergänzt die Erweiterte Richtwertmethode die Einfache Richtwertmethode um (1) einen festzulegenden Schwankungsbereich und (2) ein festzulegendes Entscheidungskriterium.

In einem ersten Schritt der Angebotswertung wird dafür die Einfache Richtwertmethode angewendet. In einem zweiten Schritt der Angebotswertung scheiden alle Angebote aus der Wertung aus, die außerhalb eines zuvor bereits in den Vergabeunterlagen festgelegten Schwankungsbereich von x Prozent von der besten Kennzahl Z im Wettbewerb liegen. Unter den danach in der Angebotswertung verbliebenen Angeboten erhält das Angebot den Zuschlag, das in dem zuvor ebenfalls bereits in den Vergabeunterlagen festgelegten Entscheidungskriteriums den besten Wert erreicht. Dieses Entscheidungskriterium kann sowohl „L“ als auch „P“ oder auch die Punktzahl zu einzelnen Kriterien, Kriteriengruppen oder Kriterienhauptgruppen sein. Für den Fall dann noch gleicher Kennzahlen sollte ein Ergänzungskriterium vorab festgelegt und in den Vergabeunterlagen transparent gemacht werden (beispielsweise wäre im Falle von gleichen Preisen bei Entscheidungskriterium Preis ein weiteres Ergänzungskriterium nötig).

Als Entscheidungskriterium kommt auch das Ergebnis einer etwaigen bewertenden Teststellung oder einer Präsentation in Betracht. Aus haushaltsrechtlicher Sicht sollte das Entscheidungskriterium grundsätzlich der Preis sein.

Beispiel mit folgenden Annahmen:

- Schwankungsbereich = 6 Prozent
- Entscheidungskriterium = Preis

	Bieter 1	Bieter 2	Bieter 3	Bieter 4	Bieter 5
Leistungspunktzahl L	9.500	9.200	8.900	8.500	7.400
Preis in EUR P	120.000	105.000	100.000	98.000	110.000
Kennzahl Z_{alt}	0,079	0,088	0,089	0,087	0,067
Skalierung	Multiplikation: $Z_{neu} = Z_{alt} * 1.000$				
Kennzahl Z_{neu}	79	88	89	87	67
Rang	4	2	1	3	5

Kennzahl Z führendes Angebot: 89 (Bieter 3)

Errechneter Schwankungsbereich (S): 89 bis 84 (= 89 abzüglich 6 %)

Entscheidungskriterium (EK): Preis

Im Beispiel ergibt sich, dass das Angebot von Bieter 3 mit der Kennzahl Z von 89 nach der Einfachen Richtwertmethode zunächst das führende Angebot ist. Aus der Kennzahl Z dieses führenden Angebotes (89) und des festgelegten Schwankungsbereichs von 6 % lässt sich ein Schwankungsbereich

(S) zwischen den Werten 84 bis 89 bestimmen. Innerhalb dieses Schwankungsbereichs liegen somit das führende Angebot von Bieter 3 (89), das Angebot von Bieter 2 (88) und das Angebot von Bieter 4 (87). Zwischen diesen drei Angeboten ist dann nach dem Entscheidungskriterium (EK) Preis zu entscheiden:

	Bieter 1	Bieter 2	Bieter 3	Bieter 4	Bieter 5
Leistungspunktzahl L	9.500	9.200	8.900	8.500	7.400
Preis in EUR P	120.000	105.000	100.000	98.000	110.000
Kennzahl Z_{alt}	0,079	0,087	0,089	0,087	0,067
Skalierung	Multiplikation: $Z_{neu} = Z_{alt} * 1.000$				
Kennzahl Z_{neu}	79	88	89	87	67
Schwankungsbereich (S)	89 bis 84				
Führungsgruppe	außerhalb S	88	89	87	außerhalb S
Preisbestes Angebot	-			X	-

Im Beispiel ist damit das Angebot von Bieter 4 als das wirtschaftlichste Angebot mit dem niedrigsten Preis (98.000 EUR) zu bewerten.

Ein anderes Ergebnis wäre zustande gekommen, wenn zuvor als Entscheidungskriterium die Leistungspunktzahl L festgelegt worden wäre. Dann wäre innerhalb der drei Angebote im Schwankungsbereich (Bieter 2, 3 und 4) das leistungsstärkste Angebot von Bieter 2 mit 9.200 Punkten als das wirtschaftlichste festzustellen gewesen.

4.2.5. *Gegenüberstellung der Bewertungsmethoden*

Nachfolgend werden die vorstehend vorgestellten Bewertungsmethoden mit ihren wesentlichen Merkmalen und Vorgehensweisen zusammenfassend gegenübergestellt:

	Anwendungsbereich / Merkmale	Vorgehen	Zu veröffentlichende Informationen*	Bemerkungen
Reine Preiswertung	• Beschaffung von Standardprodukten • Vergaberechtlich akzeptiert	• Nur A-Kriterien • Alle A-Kriterien sind zu erfüllen • Zuschlag auf Angebot mit niedrigsten Preis	• Methoden-beschreibung • Ausschlusskriterien	• Kein Bedarf für differenzierte Bewertung • Keine B-Kriterien

Einfache Richtwertmethode	• Bewertung Preis-Leistungsverhältnis • Standardmethode • Vergaberechtlich akzeptiert	• B-Kriterien • Gewichtung der B-Kriterien • Leistungsbewertungsmatrix • Quotientenbildung (Z) aus Preis und Leistungspunktzahl • Zuschlag auf Angebot mit dem höchsten Quotienten (Z)	• Methoden-beschreibung • Zuschlagskriterien • Berechnungsformel • Etwaige A-Kriterien • B-Kriterien • Gewichtung der B-Kriterien • Leistungsbewertungs-matrix	• Preis und Leistung sind grundsätzlich gleich gewichtet • Je nach Wahl auch A-Kriterien (irrelevant für Quotienten-bildung)
Erweiterte Richtwertmethode	• Bewertung Preis-Leistungsverhältnis • Abwandlung der Standardmethode • Vergaberechtlich akzeptiert	• B-Kriterien • Gewichtung der B-Kriterien • Leistungsbewertungsmatrix • Quotientenbildung (Z) aus Preis und Leistungspunktzahl • Ermittlung Führungsgruppe im Schwankungsbereich • Zuschlag auf Angebot mit bestem Wert im Entscheidungskriterium, ggf. Nutzung des Ergänzungskriteriums	• Methoden-beschreibung • Zuschlagskriterien • Berechnungsformel • Etwaige A-Kriterien • B-Kriterien • Gewichtung der B-Kriterien • Leistungsbewertungs-matrix • Schwankungsbereich in % • Entscheidungskriterium • Ergänzungskriterium	• Preis und Leistung sind im Ausgangspunkt grundsätzlich gleich gewichtet • Schwankungsbereich definiert Führungsgruppe • Entscheidungskriterium entscheidet in Führungsgruppe • Nach Wahl auch A-Kriterien (irrelevant für Quotienten-bildung)

** Entweder in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen.*

Für die Auswahl der geeigneten Bewertungsmethode können neben den Hinweisen in den einzelnen Methodenbeschreibungen folgende Überlegungen hilfreich sein:

- Je einfacher die Bewertungsmethode, desto geringer die Fehleranfälligkeit und desto größer die Rechtssicherheit sowie Transparenz.
- Genügen ausschließlich A-Kriterien zur Entscheidung über die Auftragsvergabe, sollte die reine Preiswertung gewählt werden.
- Sollen (gegebenenfalls neben A-Kriterien) B-Kriterien bewertet werden und besteht kein Bedarf an der Hervorhebung eines einzelnen Entscheidungskriteriums, sollte die Einfache Richtwertmethode gewählt werden.
- Sollen (gegebenenfalls neben A-Kriterien) vergleichsweise viele B-Kriterien in die Wertung eingehen und besteht Bedarf an der Hervorhebung eines einzelnen Entscheidungskriteriums bei erwarteten eng beieinander liegenden Angeboten, sollte die Erweiterte Richtwertmethode gewählt werden.

Tipp für die Praxis:
Vor der abschließenden Festlegung der Zuschlagskriterien einschließlich der Bewertungsmethode empfiehlt sich eine Prüfung der dabei entwickelten Leistungsbewertungsmatrix auf deren tatsächlichen Auswirkungen auf das spätere Ergebnis der Angebotswertung. Hierfür können hypothetische Angebotsinhalte durch den Auftraggeber simuliert werden, auf die dann die Leistungsbewertungsmatrix angewendet wird („Wertungssimulation"). Bei einer solchen Wertungssimulation werden beispielsweise Erkenntnisse hervortreten, welchen möglichen preislichen Wert in EUR einzelne Leistungspunkte (L) nach der Leistungsbewertungsmatrix haben können.

Bei Vergabeverfahrensarten mit Verhandlungsmöglichkeiten ist sorgfältig zu prüfen, ob der vorgesehene Verfahrensablauf Bedeutung für die Wahl der Einfachen oder Erweiterten Richtwertmethode hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass aufgrund von Verhandlungen über die Leistung und den Preis Änderungen von Eurowerten und Punktzahlen eintreten können, die zum Beispiel bei der Erweiterten Richtwertmethode auch Einfluss auf den Schwankungsbereich und damit auf die führenden Angebote und die restliche Reihenfolge je nach Anzahl der Verhandlungsrunden haben können.

4.3. Leistungsbewertungsmatrix

Im unmittelbaren Zusammenhang mit dem zuvor erläuterten Kriterienkatalog und den ebenfalls zuvor dargestellten Bewertungsmethoden steht – jedenfalls bei Vergabeverfahren, in denen der Preis nicht das alleinige Zuschlagkriterium ist – die Leistungsbewertungsmatrix. Die Leistungsbewertungsmatrix dient bei Vergabeverfahren, in denen der Auftraggeber die Einfache oder Erweiterte Richtwertmethode anwendet, der Ermittlung der Leistungspunktzahl „L“ anhand der bereits im Kriterienkatalog definierten B-Kriterien.

Der Gestaltung der Leistungsbewertungsmatrix als Bestandteil der Vergabeunterlagen kommt in der Praxis überragende Bedeutung zu. Mit der Leistungsbewertungsmatrix und ihren konkreten Inhalten setzt der Auftraggeber die Maßstäbe für die Bewertung der Angebote und die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes. An die Leistungsbewertungsmatrix werden daher besondere Transparenzanforderungen gestellt, die der Auftraggeber zu beachten hat. Die Erstellung der Leistungsbewertungsmatrix bedarf daher erhöhter Sorgfalt.

Die wesentlichen grundsätzlichen Aspekte zur Erstellung einer Leistungsbewertungsmatrix werden in diesem Kapitel dargestellt. Dazu wird zunächst auf das Zusammenspiel von Kriterienkatalog und Leistungsbewertungsmatrix eingegangen. Der Kriterienkatalog und vor allem die darin definierten B-Kriterien sind die Grundlage der Leistungsbewertungsmatrix. Anschließend werden die notwendigen Ergänzungen des Kriterienkataloges, namentlich die Definition von Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgrade) und Punktesystemen (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) erläutert.

Die Leistungsbewertungsmatrix enthält regelmäßig folgende Bestandteile:

- Auflistung mindestens aller B-Kriterien aus dem korrespondierenden Kriterienkatalog, gegebenenfalls untergliedert nach Kriteriengruppierungen gemäß dem korrespondierenden Kriterienkatalog
- Kennzeichnung aller Kriterien entweder als A- oder B-Kriterium gemäß dem korrespondierenden Kriterienkatalog
- Festlegung der Gewichtungen zu allen B-Kriterien in Form der Bestimmung von Gewichtungspunkten für jedes B-Kriterium
- Festlegung der Bewertungsmaßstäbe zu allen B-Kriterien in Form der Definition von Zielerfüllungsgraden und zugehörigen Bewertungspunkte für jedes B-Kriterium
- Gegebenenfalls Festlegung einer zu erreichenden Mindestpunktzahl zu der Leistungspunktzahl „L“, zu einzelnen Kriterienhauptgruppen, Kriteriengruppen oder auch einzelnen B-Kriterien

Im Folgenden werden die einzelnen Schritte zur Erarbeitung einer Leistungsbewertungsmatrix vorgestellt.

4.3.1. *Kriterienkatalog als Grundlage der Leistungsbewertungsmatrix*

Grundlage der Leistungsbewertungsmatrix ist zunächst der Kriterienkatalog, insbesondere die darin definierten B-Kriterien. Über diese B-Kriterien wird in der Leistungsbewertungsmatrix die Leistungspunktzahl „L“ für die Einfache und Erweiterte Richtwertmethode ermittelt. In der Praxis können Kriterienkatalog und Leistungsbewertungsmatrix also auch ein (zum Beispiel Excel-basiertes) Dokument sein. Notwendig ist, die Bestandteile der Vergabeunterlagen insoweit in jeder Hinsicht eindeutig und widerspruchsfrei zu bezeichnen, insbesondere damit der Kriterienkatalog beide seiner bereits beschriebenen Funktionen (leistungsbeschreibendes Element der Vertragsunterlagen und Grundlage der Leistungsbewertungsmatrix) sicher und fehlerfrei erfüllen kann.

Derart erleichtern Kriterienkatalog und Leistungsbewertungsmatrix sowohl die Angebotslegung für die Bieter als auch die Angebotswertung für den Auftraggeber im Vergabeverfahren. Für die Angebotswertung ist die Leistungsbewertungsmatrix auch Mittel zur Dokumentation der Leistungsbewertung durch den Auftraggeber.

4.3.2. *Festlegung von Gewichtungspunkten für B-Kriterien*

Im nächsten Schritt der Erstellung der Leistungsbewertungsmatrix wird der als Grundlage hierfür verwendete Kriterienkatalog ergänzt durch die Festlegung von Gewichtungspunkten zu jeder Kriteriengruppierung (Kriterienhauptgruppen, Kriteriengruppen und Einzel-B-Kriterien).

Damit werden für die Ermittlung der Leistungspunktzahl „L“ wichtige B-Kriterien mit einem höheren Wert versehen als weniger wichtige B-Kriterien. Die festgelegten Gewichtungspunkte spiegeln so den Wert und die Bedeutung des jeweiligen B-Kriteriums wider.

Die Gewichtungspunkte werden dann im Rahmen der Angebotswertung mit den sogenannten Bewertungspunkten multipliziert und ergeben so für jedes B-Kriterium je Angebot entsprechende Leistungspunkte. Die Summe aller Leistungspunkte ergibt die Leistungspunktzahl „L“ im Rahmen der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode. Die Bewertungspunkte werden für jedes B-Kriterium vergeben, nach ebenfalls in der Leistungsbewertungsmatrix festzulegenden Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgraden) und Punktesystemen. So kann als Punktesystem für die Bewertungspunkte beispielsweise eine Skala von 0 bis 10 Bewertungspunkten festgelegt und verwendet werden (aber auch jede andere Skala zum Beispiel: 0 bis 3 oder auch 0 bis 5 Bewertungspunkte). Wichtig ist eine einheitliche Anwendung, eine Vermengung von unterschiedlichen Skalen ist aus Transparenzgründen nicht zu empfehlen.

Im Folgenden wird zunächst näher auf die Einzelheiten zur Festlegung der Gewichtungspunkte eingegangen, bevor die Einzelheiten zur Festlegung der Bewertungsmaßstäbe (Zielerfüllungsgrade) und Punktesysteme für die Bewertungspunkte erläutert werden.

Die für den Kriterienkatalog bereits dargestellte Aufteilung aller Anforderungen in Kriteriengruppierungen basiert auf einer Methodik, mit der eine Verteilung Gewichtungspunkte auf die im Kriterienkatalog verwendeten Kriteriengruppierungen (zum Beispiel Kriterienhauptgruppen,

Kriteriengruppen und Kriterien) erfolgen kann. Diese Methodik verfolgt einen sogenannten Top-Down-Ansatz. Das heißt, es wird ausgehend von einer maximalen Gewichtungspunktzahl (zum Beispiel insgesamt 1.000 Gewichtungspunkte) eine Verteilung der Gewichte der Reihe nach auf mehrere Ebenen vorgenommen:

- Kriterienhauptgruppen (1. Ebene)
- Kriteriengruppen (2. Ebene)
- Kriterien (3. Ebene)

Bei einer Kriteriengruppierung nach den vorgenannten drei Ebenen werden zunächst die 1.000 Gewichtungspunkte auf die Kriterienhauptgruppen verteilt. Danach erfolgen die Binnenverteilungen auf Ebene der Kriteriengruppen und dann auf die zugehörigen Kriterien. Dabei werden die Punkte von oben nach unten jeweils weiter verteilt. Es muss stets auf die Konsistenz geachtet und verifiziert werden, dass die Summe der verteilten Gewichtungspunkte wieder die maximale Gewichtungspunktzahl von 1.000 ergibt. Die Leistungspunkte je B-Kriterium errechnen sich im Rahmen der Leistungsbewertung dann wie folgt:

- Bewertung des einzelnen B-Kriterium (Ebene der Kriterien) nach dafür definiertem Bewertungsmaßstab (Zielerfüllungsgrad) und Bewertungspunktesystem (zum Beispiel jeweils 0 bis 10 Bewertungspunkte)
- Errechnung der Leistungspunkte für einzelne B-Kriterium (Ebene der Kriterien) durch Multiplikation der ermittelten Bewertungspunkte mit den festgelegten Gewichtungspunkten
- Addition der errechneten Leistungspunkte über alle B-Kriterien zur Leistungspunktzahl „L“

Für die Erreichung eines objektiven Bewertungsergebnisses ist die richtige Gewichtung der einzelnen Kriterien(-gruppen) von entscheidender Bedeutung. Die Verteilung der Gewichtungspunkte orientiert sich an der unterschiedlichen Bedeutung von Kriterien, die in einer unterschiedlichen Gewichtung zum Ausdruck kommen muss.

A-Kriterien – sollten diese überhaupt zum Inhalt der Leistungsbewertungsmatrix gemacht werden – werden nicht gewichtet und auch nicht mit Bewertungspunkten bewertet. Preise sind nicht Bestandteil der Leistungsbewertung nach der Leistungsbewertungsmatrix. Die angebotenen Preise werden vielmehr über den jeweils eindeutig vom Auftraggeber festzulegenden Wertungspreis als Preis „P“ im Rahmen der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode in die Angebotswertung einbezogen.

Im Interesse der bestmöglichen Qualität der Angebote im Wettbewerb, aber auch aufgrund der vergaberechtlichen Transparenzanforderungen ist die vollständig aufgestellte Leistungsbewertungsmatrix als Bestandteil der Vergabeunterlagen den Bietern im Vergabeverfahren zur Verfügung zu stellen. Dies umfasst auch die vorgesehenen Gewichtungspunkte (auf allen Ebenen von Kriteriengruppierungen), Bewertungsmaßstäbe (Zielerfüllungsgrade) und Bewertungspunkte.

Für die Dokumentation des Vergabeverfahrens (§ 8 VgV, § 6 UVgO) sind die Gründe für die Verteilung der Gewichtungspunkte mit sachlichen Erwägungen zu hinterlegen. Die Gründe müssen nicht in die Vergabeunterlagen und nicht in die Leistungsbewertungsmatrix aufgenommen werden.

Basierend auf dem zuvor dargestellten Beispiel wird im Folgenden beispielhaft der Aufbau einer Leistungsbewertungsmatrix mit Gewichtungspunkten vorgestellt:

Beispiel: Gewichtungspunkteverteilung auf Kriterienhauptgruppen und Kriteriengruppen

Kriterienhauptgruppe	Kriteriengruppe	Gewichtungspunkte
Kriterienhauptgruppe A		330
	Kriteriengruppe 1	120
	Kriteriengruppe 2	80
	Kriteriengruppe 3	80
	Kriteriengruppe 4	50
Kriterienhauptgruppe B		400
	Kriteriengruppe 5	70
	Kriteriengruppe 6	100
	Kriteriengruppe 7	130
	Kriteriengruppe 8	100
Kriterienhauptgruppe C		180
	Kriteriengruppe 9	120
	Kriteriengruppe 10	60
Kriterienhauptgruppe D *		90
	Kriteriengruppe 12	90
Summe:		**1.000**

** Auf die Kriteriengruppe 11 entfallen keine Gewichtungspunkte, da diese vollständig aus A-Kriterien besteht.*

Auf Basis dieser Verteilung von Gewichtungspunkten auf der Ebene von Kriterienhauptgruppen und Kriteriengruppen sind die Gewichtungspunkte weiter auf die unterste Ebene der Kriterien zu verteilen, wie im nachfolgenden Beispiel verdeutlicht wird:

Beispiel: Gewichtungspunkteverteilung auf Kriterienhauptgruppen, Kriteriengruppen und Kriterien

Kriterienhauptgruppe (KHG)	Kriteriengruppe (KG)	Kriterium (K)	Gewichtungspunkte		
1. Ebene (KHG)	**2. Ebene (KG)**	**3. Ebene (K)**	**KHG**	**KG**	**K**
Kriterienhauptgruppe A			330		
	Kriteriengruppe 1			120	
		Kriterium B 1.1			40
		Kriterium B 1.2			20
		Kriterium B 1.3			35
		Kriterium B 1.4			25
	Kriteriengruppe 2			80	
		Kriterium B 2.1			55
		Kriterium B 2.2			15
		Kriterium B 2.3			10
	Kriteriengruppe 3 *			80	
		Kriterium B 3.1			20
		Kriterium B 3.2			60
	Kriteriengruppe 4			50	
		Kriterium B 4.1			25
		Kriterium B 4.2			25
Kriterienhauptgruppe B			400		
	Kriteriengruppe 5 *			70	
		Kriterium B 5.1			70
	Kriteriengruppe 6 *			100	
		Kriterium B 6.1			20
		Kriterium B 6.2			80
	Kriteriengruppe 7 *			130	
		Kriterium B 7.1			10
		Kriterium B 7.2			30
		Kriterium B 7.3			50
		Kriterium B 7.4			40
	Kriteriengruppe 8			100	
		Kriterium B 8.1			65
		Kriterium B 8.2			15
		Kriterium B 8.3			20
Kriterienhauptgruppe C			180		
	Kriteriengruppe 9			120	
		Kriterium B 9.1			40
		Kriterium B 9.2			40
		Kriterium B 9.3			40
	Kriteriengruppe 10			60	
		Kriterium B 10.1			15
		Kriterium B 10.2			45
Kriterienhauptgruppe D *			90		
	Kriteriengruppe 12			90	
		Kriterium B 12.1			10
		Kriterium B 12.2			30
		Kriterium B 12.3			50
Summe:					**1.000**

** Die Kriterien A 3.1, A 5.1, A 6.1, A 7.1, A 11.1 und A 11.2 (und damit die gesamte Kriteriengruppe 11) spielen als A-Kriterien bei der Gewichtungsverteilung keine Rolle.*

Alternativ zur Verteilung von Gewichtungspunkten kann auch eine Verteilung von Prozentwerten erfolgen. In diesem Fall sind ausgehend von dem Wert 100 Prozent die Prozentwerte zunächst auf die einzelnen Kriteriengruppierungen (zum Beispiel: Kriterienhauptgruppen, Kriteriengruppen und Kriterien) zu verteilen. Dabei wird auf jeder Ebene von 100 Prozent ausgegangen, die zu verteilen sind:

Beispiel: Gewichtungsprozentverteilung auf Kriterienhauptgruppen und Kriteriengruppen

Kriterienhauptgruppe	Kriteriengruppe	Gewichtung	
Kriterienhauptgruppe A		35 %	
	Kriteriengruppe 1	35 %	100 %
	Kriteriengruppe 2	25 %	
	Kriteriengruppe 3	25 %	
	Kriteriengruppe 4	15 %	
Kriterienhauptgruppe B		40 %	
	Kriteriengruppe 5	20 %	100 %
	Kriteriengruppe 6	25 %	
	Kriteriengruppe 7	30 %	
	Kriteriengruppe 8	25 %	
Kriterienhauptgruppe C		15 %	
	Kriteriengruppe 9	70 %	100 %
	Kriteriengruppe 10	30 %	
Kriterienhauptgruppe D*		10 %	
	Kriteriengruppe 12	100 %	100 %
Summe:		**100 %**	

** Auf die Kriteriengruppe 11 entfallen keine Gewichtungspunkte, da diese vollständig aus A-Kriterien besteht.*

Das vorstehende Beispiel ist hinsichtlich der Prozentwerte keine exakte Abbildung des zuvor dargestellten Beispiels mit Gewichtungspunkten, sondern orientiert sich lediglich daran.

Auf Basis dieser Verteilung von Prozentwerten auf der Ebene von Kriterienhauptgruppen und Kriteriengruppen sind die Prozentwerte weiter auf die unterste Ebene der Kriterien zu verteilen, wie in nachfolgendem Beispiel verdeutlicht wird. Bei jedem Verteilungsschritt wird für die tiefer liegende Ebene wieder von 100 Prozent ausgegangen. Dementsprechend stellen die Prozentwerte für die Kriteriengruppen und nachfolgend für die Kriterien in Bezug auf das Gesamtgewicht lediglich relative Werte dar:

Beispiel: Gewichtungsprozentverteilung auf Kriterienhauptgruppen, Kriteriengruppen und Kriterien

Kriterienhauptgruppe (KHG)	Kriteriengruppe (KG) Kriterium (K)	Gewichtungspunkte	Anteil **
1. Ebene (KHG)	**2. Ebene (KG) 3. Ebene (K)**	**KHG KG K**	
Kriterienhauptgruppe A		35 %	
	Kriteriengruppe 1	35 %	
	Kriterium B 1.1	35 %	4,2875 %
	Kriterium B 1.2	15 %	1,8375 %
	Kriterium B 1.3	30 %	3,675 %
	Kriterium B 1.4	20 %	2,45 %
	Kriteriengruppe 2	25 %	
	Kriterium B 2.1	70 %	...
	Kriterium B 2.2	20 %	...
	Kriterium B 2.3	10 %	...
	Kriteriengruppe 3 *	25 %	
	Kriterium B 3.1	50 %	...
	Kriterium B 3.2	50 %	...
	Kriteriengruppe 4	15 %	
	Kriterium B 4.1	50 %	...
	Kriterium B 4.2	50 %	...
Kriterienhauptgruppe B		40 %	
	Kriteriengruppe 5 *	20 %	
	Kriterium B 5.1	100 %	...
	Kriteriengruppe 6 *	25 %	
	Kriterium B 6.1	20 %	...
	Kriterium B 6.2	80 %	...
	Kriteriengruppe 7 *	30 %	
	Kriterium B 7.1	10 %	...
	Kriterium B 7.2	25 %	...
	Kriterium B 7.3	35 %	...
	Kriterium B 7.4	30 %	...
	Kriteriengruppe 8	25 %	
	Kriterium B 8.1	65 %	...
	Kriterium B 8.2	15 %	...
	Kriterium B 8.3	20 %	...
Kriterienhauptgruppe C		15 %	
	Kriteriengruppe 9	70 % ***	
	Kriterium B 9.1	33,3 %	...
	Kriterium B 9.2	33,3 %	...
	Kriterium B 9.3	33,3 %	...
	Kriteriengruppe 10	30 %	
	Kriterium B 10.1	25 %	...
	Kriterium B 10.2	75 %	...
Kriterienhauptgruppe D*		10 %	
	Kriteriengruppe 12	100 %	
	Kriterium B 12.1	10 %	...
	Kriterium B 12.2	35 %	...
	Kriterium B 12.3	55 %	...
Summe:		**100 %**	**100 % *** **

** Die Kriterien A 3.1, A 5.1, A 6.1, A 7.1, A 11.1 und A 11.2 und damit die gesamte Kriteriengruppe 11 spielen als A-Kriterien bei der Gewichtungsverteilung keine Rolle.*

*** Der tatsächliche Anteil eines Kriteriums am Gesamtgewicht berechnet sich wie folgt: 100*Prozentwert KHG (als Dezimalzahl)*Prozentwert KG (als Dezimalzahl)*Prozentwert K (als Dezimalzahl). Beispiel für oben B 1.2: Anteil B 1.2 = 100 * 0,35 * 0,35 * 0,15 = 1,8375 %.*

****Hier wird eine Rundung der addierten Werte auf 100 Prozent vorgenommen (3 * 33,3 %).*

4.3.3. *Festlegung von Bewertungsmaßstäben und Bewertungspunkten für B-Kriterien*

Nach der Verteilung der Gewichtung erfolgt als nächster Schritt der Erstellung der Leistungsbewertungsmatrix die Festlegung von Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgrade) und Bewertungspunkten für alle B-Kriterien. Die Gewichtungspunkte werden im Rahmen der Angebotswertung mit den Bewertungspunkten multipliziert und ergeben so für jedes B-Kriterium entsprechende Leistungspunkte. Die Summe aller Leistungspunkte ergibt die Leistungspunktzahl „L“ im Rahmen der Einfachen und Erweiterten Richtwertmethode. Die Bewertungspunkte werden für jedes B-Kriterium vergeben nach in der Leistungsbewertungsmatrix festzulegenden Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgraden) und Punktesystemen. So kann als Punktesystem für die Bewertungspunkte beispielsweise eine Skala von 0 bis 10 Bewertungspunkten festgelegt und verwendet werden (aber auch jede andere Skala zum Beispiel: 0 bis 3 Bewertungspunkte).

In diesem Kapitel wird auf die Einzelheiten zur Festlegung der Bewertungsmaßstäbe (Zielerfüllungsgrade) und Punktesysteme für die Bewertungspunkte eingegangen. Die Festlegung der Gewichtungspunkte wurde zuvor erläutert.

4.3.3.1. Festlegung von Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgraden)

Im Interesse der bestmöglichen Qualität der Angebote im Wettbewerb, aber auch und insbesondere aufgrund der vergaberechtlichen Transparenzanforderungen hat der Auftraggeber bei der Festlegung der Bewertungsmaßstäbe (Zielerfüllungsgrade, auch: Erwartungshaltungen) erhöhte Sorgfalt anzulegen.

Gemäß den verlangten Inhalten zu den B-Kriterien im Kriterienkatalog ist in der Leistungsbewertungsmatrix für jedes B-Kriterium genau festzulegen, welche Angaben, Erklärungen, Nachweise und Unterlagen die Bieter einzureichen haben (zum Beispiel konkret geforderte Angaben zu Leistungskennzahlen einer Hardware).

Darüber hinaus muss der Auftraggeber konkret für jedes B-Kriterium angegeben, wie die Bewertung unter den einzelnen B-Kriterien erfolgt. Dabei hat der Auftraggeber die Anforderungen und Erwartungen unter dem einzelnen Kriterium deutlich zu machen und zu erläutern, nach welchem Bewertungsmaßstab (Zielerfüllungsrad) und Punktesystem für die Bewertungspunkte er die Bewertung unter dem einzelnen B-Kriterium vornimmt. Die Bieter müssen erkennen können, worauf es dem Auftraggeber ankommt und unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Bewertungspunktzahl vergeben wird. Der Bewertungsmaßstab sollte sich dabei nicht pauschal und undifferenziert auf alle Kriterien oder eine Gruppe von Kriterien beziehen, sondern stets auf jedes einzelne Kriterium abgestimmt sein. Dies kann beispielsweise geschehen, indem für jedes Kriterium auf die korrespondierenden Passagen der Leistungsbeschreibung Bezug genommen wird. Diesbezüglich legt der Auftraggeber dann fest, worauf es ihm im Besonderen ankommt.

Abhängig davon, ob sich einzelne Kriterien nach angegebenen Zahlen und Daten (zum Beispiel Leistungskennzahl einer Hardware) oder nach rein textlich erläuternden, beschreibenden Angaben der

Bieter (zum Beispiel Implementierungskonzept) richtet, sollte der jeweilige Bewertungsmaßstab und das jeweilige Punktesystem für die Bewertungspunkte zu dem einzelnen B-Kriterium bestimmt werden. Bei Zahlen und Daten lässt sich ein Punktesystem nach konkreten Zahlen- / Datenwerten einfacher aufstellen. Bei rein textlich erläuternden, beschreibenden Angaben bietet sich ein Punktesystem mit entsprechenden Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung an. Insbesondere bei Bewertungsmaßstäben und Punktesystemen mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bedarf es einer sorgfältigen Definition der Anforderungen und Erwartungen des Auftraggebers unter dem einzelnen Kriterium; zudem erfordern solche Kriterien im Rahmen der Leistungsbewertung eine besonders sorgfältige Begründung und eine entsprechende Dokumentation.

Bewertungsmaßstäbe und Punktesysteme mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber können zum Beispiel bei der Ausschreibung von Individualsoftwareentwicklung nebst zugehörigen Implementierungs-, Migrations-, Beratungs-, Unterstützungs- und Projektmanagementleistungen notwendig und sinnvoll sein. In solchen Fällen ergeben sich oftmals Spielräume für Bieter, etwa hinsichtlich Lösungs-, Vorgehenskonzepten und Methoden, die für die Wirtschaftlichkeit des Angebotes relevant und damit ein taugliches B-Kriterium darstellen. Naturgemäß lassen sich für solche B-Kriterien nur Bewertungsmaßstäbe mit Beurteilungsspielraum definieren, weil konkrete Lösungs-, Vorgehenskonzepte und Methoden gerade nicht vom Auftraggeber vorgegeben werden können und sollen. Die definierten Bewertungsmaßstäbe (Zielerfüllungsgrade) bleiben in solchen Fällen in der Regel so formuliert, dass dem Auftraggeber bei der Bewertung der Angebote Beurteilungsspielräume verbleiben.

In diesen zuletzt genannten Fällen ist auch die Festlegung eines Schulnotensystems als Punktesystem denkbar, wenn Auftraggeber zumindest Bewertungsmaßstäbe für die betroffenen B-Kriterien formuliert haben anhand derer insbesondere die formalen und inhaltlichen Anforderungen und Erwartungen an die hierzu vom Bieter mit dem Angebot einzureichenden konzeptionellen Angaben, Erklärungen, Nachweise und Unterlagen für die Bieter erkennbar sind (Grundsatzurteil: BGH, Urteil v. 04.04.2017 – X ZB 3/17).

Die Festlegung von Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgraden) dient auch der Qualitätssicherung für den Auftraggeber, denn hier kann der Auftraggeber nochmals seine Anforderungen und Erwartungen auf Zweckmäßigkeit und Machbarkeit zu den einzelnen B-Kriterien prüfen.

4.3.3.2. Festlegung von Punktesystemen für die Bewertungspunkte

Neben der Festlegung von Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgraden) bedarf es der Festlegung eines Punktesystems auf der Ebene der Bewertungspunkte. In der Praxis der IT-Beschaffung haben sich Punktesysteme für die Bewertungspunkte in Form eine Skala zum Beispiel von 0 bis 10 Bewertungspunkten (oder auch andere Skalenbreiten: 1 bis 3 Bewertungspunkte) etabliert und bewährt.

Im Interesse der bestmöglichen Qualität der Angebote im Wettbewerb, aber auch und insbesondere aufgrund der vergaberechtlichen Transparenzanforderungen hat der Auftraggeber die festgelegten Bewertungsmaßstäbe (Zielerfüllungsgrade) und Punktesysteme für die Bewertungspunkte (jeweilige Skala) miteinander zu verknüpfen. Dies wird bei einer kleineren Skala (zum Beispiel 1 bis 3 Bewertungspunkten) und einer überschaubaren Anzahl von B-Kriterien auch leistbar sein. Bei einer breiteren Skala (zum Beispiel 1 bis 10 Bewertungskriterien) und zahlreichen B-Kriterien entstehen bei der Verknüpfung der Bewertungsmaßstäbe (Zielerfüllungsgrade) und der einzelnen Bewertungspunkte jedoch hohe Aufwände. Der Auftraggeber hat daher jeweils kritisch und sorgfältig

zu prüfen, ob und inwieweit sich im Einzelfall für welche B-Kriterien welche Bewertungsmaßstäbe (Zielerreichungsgrade) und Bewertungspunktesysteme (Bewertungsskalen) tatsächlich sinnvoll und machbar verknüpfen lassen. Der Aufwand, der mit der Leistungsbewertungsmatrix sowohl bei der Erstellung durch den Auftraggeber als auch bei der Angebotserstellung durch die Bieter betrieben wird / werden muss, soll sich in einem angemessenen Verhältnis zu Inhalt und Umfang des Beschaffungsgegenstandes halten.

Wichtiger Hinweis:

Die konkrete Gestaltung von Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgraden) und Punktesystem für Bewertungspunkte (Bewertungsskalen) sollte aufgrund sehr dynamischer Rechtsentwicklungen, insbesondere Rechtsprechung, in diesem Bereich stets kritisch fachlich und vergaberechtlich geprüft werden. Die in Vorversionen der UfAB noch enthaltene Gestaltung einer pauschalen, allgemeinen Beschreibung von Zielerfüllungsgraden und zugehörigen Bewertungspunktespannen (zum Beispiel „0 bis 3 Punkte“, „4 bis 7 Punkte“ und „8 bis 10 Punkte“) sollte vor diesem Hintergrund nicht mehr verwendet werden.

4.3.3.3. Mindestpunktzahlen

Auftraggeber können innerhalb der Leistungsbewertungsmatrix bei der Festlegung von Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgraden) und dem zugehörigen Punktesystem (Gewichtungspunkte und Bewertungspunkte) im Sinne der Vorgabe einer Mindestqualität für die Leistung an sich, Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen im Rahmen der Angebotswertung zu erreichende Mindestpunktzahlen festlegen. Die Festlegung von Mindestpunktzahlen kann sicherstellen, dass Angebote, die nicht durchgängig über alle Kriteriengruppen eine bestimmte Mindestqualität einhalten, nicht zum Zuge kommen können.

Dabei kann der Auftraggeber zwei Ansätze wählen:

- Festlegung von Mindestpunktzahlen für Kriterienhauptgruppen oder Kriteriengruppen
- Festlegung einer prozentualen Untergrenze der erreichbaren Maximalpunktzahl, die für die gesamte Leistung erreicht werden muss (zum Beispiel 60 Prozent der erreichbaren Maximalpunktzahl).

Bei der Angebotswertung wird für die betreffende Kriterienhauptgruppe oder Kriteriengruppe, für die eine Mindestpunktzahl festgelegt wurde, ermittelt, ob die Mindestpunktzahl erreicht wurde. Angebote, die diese in der Leistungsbewertungsmatrix eindeutig definierte Mindestpunktzahl nicht erreichen, werden bei der weiteren Angebotswertung nicht berücksichtigt, weil sie die vorgegebene Mindestqualität nicht erfüllen. Es ist zu beachten, dass innerhalb einer größeren Kriterienhauptgruppe oder Kriteriengruppe bei Einzelkriterien ein Ausgleich zwischen schlechter und besser bewerteten Kriterien stattfinden kann, d.h. es könnte passieren, dass mit höher gewichteten Einzelkriterien genügend Leistungspunkte zum Erreichen der Mindestpunktzahl erreicht werden, ohne dass die restlichen Kriterien die erwartete Leistung der Auftraggeber erfüllen.

Sofern Mindestpunktzahlen für die Kriterienhauptgruppen oder Kriterienruppen verwendet werden, können diese je nach Wichtigkeit für den Beschaffungsgegenstand unterschiedlich hoch sein. So kann

im nachfolgenden Beispiel der dortigen Leistungsbewertungsmatrix beispielsweise für die KG 3 eine Erfüllung von 200 Punkten (= circa 66 Prozent) und für die KG 4 eine Erfüllung von 10 Punkten (= circa 33 Prozent) vorgegeben werden. Je höher die vorgegebene Mindestpunktzahl, desto höher allerdings auch die Gefahr, dass Bieter schon in einer Kriterienhauptgruppe oder Kriteriengruppe die Mindestqualität nicht erfüllen und sich der Wettbewerb entsprechend verengt. Auch die Festlegung von Mindestpunktzahlen bedarf daher einer besonderen Sorgfalt durch den Auftraggeber bei der Aufstellung der Leistungsbewertungsmatrix.

4.3.3.4. Transparenz von Bewertungsmaßstäben und Punktesystem

Im Interesse der bestmöglichen Qualität der Angebote im Wettbewerb, aber auch und insbesondere aufgrund der vergaberechtlichen Transparenzanforderungen ist die vollständig aufgestellte Leistungsbewertungsmatrix als Bestandteil der Vergabeunterlagen den Bietern im Vergabeverfahren zur Verfügung zu stellen. Dies umfasst auch die vorgesehenen Bewertungsmaßstäbe (Zielerfüllungsgrade) und Punktesysteme für die Bewertungspunkte (einschließlich Bewertungsskalen und etwaigen Mindestpunktzahlen).

4.3.3.5. Beispiel: Struktur Leistungsbewertungsmatrix

Nachstehendes Beispiel stellt eine mögliche Struktur einer Leistungsbewertungsmatrix mit Gewichtungspunkten, Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgraden) und Punktesystemen, einschließlich Mindestpunktzahlen vor. Die Beschreibung der einzelnen Kriterien (nebst Anforderungen und Erwartungen) sowie die Bewertungsmaßstäbe und Zielerfüllungsgrade zu den einzelnen Kriterien sind verkürzt, nicht vollständig und nicht abschließend dargestellt. Im konkreten Einzelfall bedarf es – abhängig vom konkreten B-Kriterium – jeweils einer ausführlicheren, vollständigen und abschließenden Beschreibung.

Beispiel: Leistungsbewertungsmatrix

	Kriterium	GP	MP	BP	LP	Bewertungsmaßstab (Zielerfüllungsgrad)*		
						1 BP	2 BP	3 BP
...	...	...		...	...	...	...	...
KG 1: Projektmanagement		50		_	_			
B 1.2	Darstellung der Projekt-organisation mit Rollen, Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber sowie Betreuung anzubindender Systeme.	30				Die Darstellung zur Projektorganisation lässt eine ausreichende Projektorganisation erwarten. Für die Bewertung ist maßgeblich, …	Die Darstellung zur Projektorganisation lässt eine befriedigende Projektorganisation erwarten. Für die Bewertung ist maßgeblich, …	Die Darstellung zur Projektorganisation lässt eine gute Projektorganisation erwarten. Für die Bewertung ist maßgeblich, …
...	...	...				...	...	...
KG 3: Hochverfügbarkeit		100	200	_	_			
B 3.1	Darstellung technischer und organisatorischer Maßnahmen zur Sicherstellung der geforderten	60				Die Darstellung zu den technischen und organisatorischen Maßnahmen führen zu einem niedrigen	Die Darstellung zu den technischen und organisatorischen Maßnahmen führen zu einem mittleren	Die Darstellung zu den technischen und organisatorischen Maßnahmen führen zu einem hohen Erwartungsgrad

	Kriterium	GP	MP	BP	LP	Bewertungsmaßstab (Zielerfüllungsgrad)*		
						1 BP	2 BP	3 BP
	Verfügbarkeit (99,5 %).					Erwartungsgrad hinsichtlich der Sicherstellung der geforderten Verfügbarkeit. Für die Bewertung ist maßgeblich, …	Erwartungsgrad hinsichtlich der Sicherstellung der geforderten Verfügbarkeit. Für die Bewertung ist maßgeblich, …	hinsichtlich der Sicherstellung der geforderten Verfügbarkeit. Für die Bewertung ist maßgeblich, …
…	…	…				…	…	…
KG 4: Bildschirme		30	10					
B 4.1	Geben Sie die maximale physikalische Auflösung des Bildschirms an.	20				< 1680 x 1050	= / > 1680 x 1050 bis = 1920 x 1080	> 1920 x 1080
B 4.2	Pixelabstand	10				> / = 0,29mm	< 0,29mm bis = 0,27mm	< 0,27mm
…	…	…				…	…	…
…	**…**	**1.000**						

** Es sind sowohl „Und-Verknüpfungen“ als auch „Oder-Verknüpfungen“ möglich (zum Beispiel 3 Bewertungspunkte entsprechend den Produkteigenschaften „A“ und „B“ oder „B“ und „C“). Bei der Verwendung von „Und- / Oder-Verknüpfungen“ ist zu beachten, dass Redundanzen in den einzelnen Zielerfüllungsgraden vermieden werden und die Definition der Zielerfüllungsgrade ausreichend abstrahiert für die vorab nicht im Einzelnen bekannten Angebotsinhalte der Bieter ist.*

Legende:

B = B-Kriterium
GP = Gewichtung des Kriteriums beziehungsweise der Kriteriengruppe (Gewichtungspunkte)
MP = Mindestpunktzahl
BP = Bewertungspunkte (hier als Beispiel Skala von 0 Punkten = nicht erfüllt / keine Antwort bis max. 3 Punkte als höchste Bewertungspunktzahl)
*LP = Leistungspunkte = Bewertungspunkte * Gewichtungspunkte je Kriterium*

4.4. Eignungsbewertungsmatrix

Aufbau und Struktur einer Leistungsbewertungsmatrix zum Zwecke der Leistungsbewertung – wie vorstehend näher erläutert – können auch für eine Eignungsbewertungsmatrix verwendet werden. Dies gilt insbesondere für die Kriterienklassifizierung in A- und B-Kriterien sowie die Festlegung von Gewichtungspunkten, Bewertungsmaßstäben und Punktesystemen.

Mindestanforderungen an die Eignung der Bewerber / Bieter werden dann als A-Kriterien im vorbeschriebenen Sinne definiert. Insbesondere für den Fall einer Vergabeverfahrensart mit Teilnahmewettbewerb, bei der der Auftraggeber nach § 51 VgV, § 36 UVgO die Zahl der Bieter begrenzt, die er anschließend zur Angebotsabgabe auffordern möchte, sind innerhalb der dann aufzustellenden Eignungsbewertungsmatrix dann auch B-Kriterien im vorbeschriebenen Sinne zu definieren. Über die Eignungsbewertungsmatrix erfolgt dann die Eignungsprüfung nebst Auswahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Bieter.

Abhängig vom konkreten Inhalt des B-Kriteriums innerhalb der Eignungsbewertungsmatrix sind für das jeweilige B-Kriterium Gewichtungspunkte, Bewertungsmaßstab und Punktesystem festzulegen. Auch bei B-Kriterien in Eignungsbewertungsmatrizen gilt, dass einzelne solcher B-Kriterien methodisch rein

zahlenbezogen bewertet werden, zum Beispiel ein von den Bietern anzugebender Umsatz, indem für konkret definierten Umsatzspannen entsprechend konkrete Punktzahlen zugeordnet werden. Werden hingegen B-Kriterien definiert, bei denen dem Auftraggeber bei der Bewertung ein Beurteilungsspielraum verbleibt, muss der Auftraggeber zur Herstellung der erforderlichen Transparenz seine Erwartungen und Anforderungen unter solchen B-Kriterium genau definieren, wenn er die Erfüllung dieser Erwartungen und Anforderungen durch die Bewerber differenziert bewerten will. Dies erfolgt beispielsweise regelmäßig bei der Prüfung und Wertung von Referenzen oder auch Mitarbeiterprofilen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen zu Eignungskriterien, insbesondere in den Kapiteln zur Planung und zum Design einer Beschaffung verwiesen.

4.5. Transparenz und Dokumentation

Im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte lassen sich die grundsätzlich zu veröffentlichende Informationen zur Angebotsbewertung, insbesondere die vorstehend erläuterten Methoden zur Angebotswertung, nicht vollständig in den vorgegebenen Mustern für Auftragsbekanntmachungen abbilden.

Die vorstehend erläuterten Methoden für die Angebotswertung sind daher in den Vergabeunterlagen anzugeben, insbesondere in den Bewerbungsbedingungen, in der Leistungsbewertungsmatrix und im Kriterienkatalog. Ist die Verwendung einer der vorstehend beschriebenen Bewertungsmethoden vorgesehen, so ist dies in den Vergabeunterlagen eindeutig und unmissverständlich anzugeben werden.

Im Falle von Losbildungen muss eine eindeutige Angabe zur Bewertung der einzelnen Lose in den Vergabeunterlagen erfolgen.

Die Vorgehensweise, in der Auftragsbekanntmachung beziehungsweise in den Vergabeunterlagen lediglich eine „Gewichtung“ von Leistung und Preis anzugeben, ohne ergänzend die zugehörige Bewertungsmethode und zugehörige Formel zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes darzustellen, führt zu einem Transparenzdefizit. Von einer solchen Vorgehensweise ist daher abzuraten.

Bei B-Kriterien mit Beurteilungsspielräumen für den Auftraggeber bei der Bewertung (im oben stehenden Beispiel einer Leistungsbewertungsmatrix etwa bei den Kriterien B.1.2 und B.3.1) bedarf es im Rahmen der Leistungsbewertung einer besonders sorgfältigen Begründung und eine entsprechenden Dokumentation durch den Auftraggeber. Nach dem oben bereits angeführten Grundsatzurteil des BGH (Urteil v. 04.04.2017 – X ZB 3/17) ist die Gefahr einer Überbewertung qualitativer B-Kriterien zum Nachteil einzelner Bieter durch eingehende Dokumentation des Wertungsprozesses zu begegnen. Die Leistungsbewertung und ihre Dokumentation müssen daher stets insgesamt plausibel, schlüssig und konsistent über alle bewerteten Angebote sein. Das gilt für alle getroffenen Wertungsentscheidungen, insbesondere die Bepunktung des Angebotes des zum Zuschlag vorgesehenen Bieters, auch in Relation zu allen übrigen Angeboten.

5. Preisgestaltung

5.1. Einführung

Der Preis der zu beschaffenden Leistung kann unter verschiedenen Aspekten betrachtet werden.

5.1.1. *Angebotspreis*

Der Angebotspreis ist der Preis, den der Bieter für seine angebotenen Leistungen in seinem Angebot angeben muss. Dieser Angebotspreis kann ein Gesamtpreis der angebotenen Leistung sein oder auch aus einer Liste von Einzelpreisen bestehen. Er bildet sowohl die Grundlage für den Wertungspreis als auch die Basis für die Leistungsabrechnung im Zuschlagsfall. Die Vorgaben zur Bestimmung des Angebotspreises müssen in den Vergabeunterlagen eindeutig und abschließend beschrieben sein (Preisblatt, gegebenenfalls mit dazugehörigen Erläuterungen). Es empfiehlt sich, ein separates Preisblatt in Formularform vorzugeben, in dem sich jegliche Preisangaben wiederfinden.

Alternativ können auch die bei einzelnen EVB-Verträgen angebotenen Standardmuster (zum Beispiel die Vergütungszusammenfassung des EVB-IT Systemvertrages) angewendet werden. Bei der Erstellung der Vergabeunterlagen ist die Konsistenz und Widerspruchsfreiheit aller Vertragsunterlagen, insbesondere der Vertragsbedingungen, eines etwaigen Preisblattes und eines etwaiges Angebotsschreiben zu gewährleisten.

5.1.2. *Wertungspreis*

Der Wertungspreis wird für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes herangezogen. Kommen zum Angebotspreis keine weiteren Preis- und Kostenelemente hinzu, ist der Wertungspreis identisch mit dem Angebotspreis. Allerdings können in den Wertungspreis auch andere Kosten- und Preiselemente mit einfließen. Dies können zum Beispiel Neben- und / oder Folgekosten sein (etwa für Verbrauchsmaterial, Schulungen, Energiekosten, Migrationskosten etc.). Weiterhin kann sich der Wertungspreis aufgrund eines (fiktiven) Preismodells ergeben, in welches qualifizierte Annahmen des Auftraggebers (zum Beispiel zu Abnahmemengen bei Rahmenvereinbarungen) einfließen. Die Ermittlung des Wertungspreises muss in den Vergabeunterlagen transparent dargestellt und diskriminierungsfrei ausgestaltet sein.

5.1.3. *Vertragspreisregelungen*

Darüber hinaus kann es Preisregelungen im Vertrag geben (Vertragspreisregelungen oder Preisgleitklauseln). Solche Preisregelungen im Vertrag bestimmen mögliche Preisentwicklungen beziehungsweise -anpassungen auf Basis des Angebotes während der Vertragslaufzeit. Die Vorgaben zur Ausgestaltung des Vertragspreises sind in den Vertragsunterlagen abschließend zu beschreiben.

5.1.4. *Berücksichtigung von Kosten*

Sogenannte Folgekosten und Nebenkosten – Kosten, die während der Nutzung der beschafften Güter oder Leistungen anfallen – wie etwa Energieverbrauchskosten können bei der Frage der Wirtschaftlichkeit von Angeboten Berücksichtigung finden, soweit dies aus den Vergabeunterlagen hervorgeht. Es besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit, Kosten im Rahmen der Leistungsbewertung zu behandeln, anstatt als eigene Position im Preisblatt abzufragen. So können etwa Kosten für Verbrauchsmaterial mittels eines Bewertungskriteriums abgefragt und entsprechend bewertet werden.

Wichtiger Hinweis:

Unzulässig ist – auch aufgrund des haushaltsrechtlichen Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit – die Vorgabe eines feststehenden Preises (oder die Angabe der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel) bei gleichzeitig nicht festgelegter Beschaffungsmenge beziehungsweise nicht spezifiziertem Leistungsumfang durch den Auftraggeber.

Zulässig ist dagegen die Angabe der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel als Obergrenze des Beschaffungsvolumens, soweit die Beschaffungsmenge beziehungsweise der Leistungsumfang präzise beschrieben sind. Auf diese Weise kann Bietern bei schwierig kalkulierbaren Leistungen ein Anhaltspunkt für die Ausgestaltung der anzubietenden Preise gegeben werden.

Diese Vorgehensweise entbindet den Auftraggeber jedoch nicht von der Verpflichtung, eine sorgfältige Schätzung des Auftragswertes vorzunehmen und zu dokumentieren.

5.2. Vorgaben des Auftraggebers zum Preis in den Vergabeunterlagen

5.2.1. *Grundprinzipien*

Als Preisgestaltung wird hier die Art und Weise der Festlegungen und Vorgaben zum Angebots- beziehungsweise Wertungspreis in den Vergabeunterlagen verstanden. Diese Festlegungen und Vorgaben erfolgen durch den Auftraggeber.

Unter Preisbildung ist hier die Bildung des Angebotspreises durch den Bieter im Rahmen seiner Preiskalkulation auf Basis der Festlegungen und Vorgaben zur Preisgestaltung in den Vergabeunterlagen zu verstehen.

Die Art der Preisgestaltung muss eindeutig, transparent und nachvollziehbar sein. Im Rahmen der Preisgestaltung sind alle erforderlichen Informationen bereitzustellen, die die Bieter für die Kalkulation ihres Angebotspreises benötigen. Die Rahmenbedingungen und Vorgaben für die Preisgestaltung müssen die Vergleichbarkeit der Angebotspreise beziehungsweise der Wertungspreise sicherstellen.

5.2.2. *Behandlung von Nettopreisen und Bruttopreisen*

Es kann aus verschiedenen Gründen unterschiedliche Steuersätze geben (zum Beispiel andere Steuersätze bei Lieferanten aus dem EU-Ausland oder Steuerprivilegierungen etwa für

Behindertenwerkstätten), die bei der Feststellung des Angebotspreises Berücksichtigung finden müssen.

Der Auftraggeber muss in den Vorgaben zur Bestimmung des Angebotspreises eine Festlegung zur Frage treffen, ob der Preis als Nettopreis (also exklusive der zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe geltenden gesetzlichen Umsatzsteuer) oder als Bruttopreis (also inklusive der zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe geltenden gesetzlichen Umsatzsteuer) anzugeben ist. Daneben sollte der für den Bieter und die angebotene Leistung geltende gesetzliche Umsatzsteuersatz im Preisblatt abgefragt werden.

Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes muss auf Grundlage der Bruttopreise erfolgen, wenn dieser Preis auch haushaltswirksam zu Buche schlägt. Dieser Sachverhalt ist in den Vergabeunterlagen stets anzugeben.

Eine Abfrage nur des Nettopreises ohne Angaben zum geltenden Umsatzsteuersatz wird nicht empfohlen, da dann eine Feststellung des Bruttopreises nicht zweifelsfrei möglich ist.

5.2.3. *Festpreise und Preise nach Aufwand*

Grundsätzlich abzugrenzen sind Festpreise von Preisen nach Aufwand. Festpreise enthalten alle anfallenden Kosten und schützen den Auftraggeber regelmäßig von vornherein vor unerwünschten (beispielsweise aufwandsbedingten) Zusatzkosten. Dies setzt allerdings voraus, dass alle zur Preisbildung notwendigen Informationen und Faktoren in den Vergabeunterlagen enthalten sind und die Leistungsbeschreibung vollständig und abschließend ist.

Im Rahmen der vertraglichen Regelungen (beim Vertragspreis) sollte abgesichert werden, dass es nicht zu unerwarteten Zusatzkosten kommt. So kann etwa auch bei Preisen mit Vergütung nach Aufwand eine Obergrenze (zum Beispiel an Personenstunden) bestimmt werden. Eine solche Obergrenze ist auch bei der Gestaltung des Preisblattes zu berücksichtigen. Zudem sind die Folgen, die bei der Überschreitung der Obergrenzen eintreten werden, in den Vertragsunterlagen zu regeln.

Die Frage, ob die Angabe eines Festpreises verlangt werden kann oder nach Aufwand abgerechnet wird, kann von der Art der Leistung abhängen. Werkvertragliche Leistungen werden häufig auf Grundlage eines Festpreises beschafft. Demgegenüber erfolgt die Beschaffung von Dienstleistungen häufig auf Grundlage einer Vergütung nach Aufwand. Die Preisgestaltung ist somit im Einzelfall zu prüfen, wobei auch eine Kombination erfolgen kann.

5.2.4. *Einzel- beziehungsweise Stückpreise und Gesamtpreise*

Sofern nicht nur Einzelstücke beschafft werden, besteht regelmäßig eine Differenzierung zwischen Einzel- beziehungsweise Stückpreisen und Gesamtpreisen.

Üblicherweise sollen neben dem Gesamtpreis auch Einzelpreise abgefragt werden, um beispielsweise Nachbestellungen zum gleichen Preis zu ermöglichen. In Ausnahmefällen kann darauf verzichtet werden.

Bei der Abfrage von Einzelpreisen erfolgt häufig die Ermittlung eines Gesamtpreises durch die Bildung von Preisprodukten (Multiplikation) und Preissummen (Addition) aus Einzelpreisen und Zwischenergebnissen.

5.2.5. *Preise für Optionen*

Werden in der Leistungsbeschreibung und / oder im Kriterienkatalog Optionen vorgesehen, so müssen sich diese Optionen im Preisblatt wiederfinden. Es muss also Kongruenz zwischen Optionen in der Leistungsbeschreibung und / oder im Kriterienkatalog einerseits und Optionen bezüglich des Angebotspreises im Preisblatt andererseits bestehen.

Sofern Optionen vorgesehen werden, ist festzulegen, ob und gegebenenfalls wie diese bei der Feststellung des Wertungspreises Berücksichtigung (vollständige Berücksichtigung beim Wertungspreis, anteilige Berücksichtigung beim Wertungspreis) finden sollen.

5.2.6. *Staffelpreise*

Ein weiteres Spezifikum bei der Preisgestaltung sind sogenannte Staffelpreise. Diese können beispielsweise bei Rahmenvereinbarungen eine Rolle spielen. Wenn etwa die Abnahmemengen nicht klar sind, jedoch eine Auswirkung der Menge auf den Preis anzunehmen ist, können für unterschiedliche Mengenstaffeln unterschiedliche Preisangaben verlangt werden. Diese sind als Angebotspreise zu verstehen.

Der Wertungspreis ergibt sich aus der Schätzmenge, die für die Rahmenvereinbarung ermittelt wurde.

5.2.7. *Berücksichtigung von Skonti*

Sofern Skonti bei der Feststellung des Wertungspreises Berücksichtigung finden sollen, ist dies im Preisblatt darzustellen. Skonti können nur dann innerhalb des Wertungspreises berücksichtigt werden, wenn die Bedingungen des zu gewährenden Skontos vom Auftraggeber festgesetzt werden und damit für alle Bieter gleich zu berücksichtigen sind.

5.2.8. *Handhabung von Reisekosten*

Mitunter ist auch die Frage der Berücksichtigung von Reisekosten bei der Aufstellung des Preismodells von Bedeutung. Hier sind grundsätzlich zwei verschiedene Vorgehensweisen denkbar: Reisekosten werden gar nicht vergütet oder Reisekosten werden vergütet (die EVB-IT enthalten hierzu entsprechende Auswahlmöglichkeiten für den Auftraggeber bei der Erstellung der Vertragsunterlagen).

Im ersten Fall wird man damit zu rechnen haben, dass Bieter anfallende Reisekosten bei der Kalkulation des Angebotspreises berücksichtigen werden. Dabei werden dann möglicherweise nicht zutreffende Annahmen von der Bieterseite zugrunde gelegt. Um diese zu vermeiden, kann der Auftraggeber bei Aufträgen, die ein gewisses Reisevolumen erwarten lassen, eine Reisekostenvergütung vorsehen und diese Reisekosten im Preisblatt berücksichtigen. Damit eine Gleichbehandlung der Bieter besteht,

sollten diesbezüglich Annahmen getroffen werden. Beispielsweise sollte der Auftraggeber die Anzahl erwarteter Dienstreisen und / oder Übernachtungen festlegen. Daneben sollte geregelt werden, in welcher Menge und Höhe beziehungsweise bis zu welchem Maximalbetrag für Reisen und / oder Übernachtungen jeweils Reisekosten vergütet werden. Weiterhin ist – mindestens bei den Vertragspreisregelungen – eine klare Regelung für die Fälle vorzusehen, die von der vorstehenden Vergütungsregelung nicht erfasst werden. Denkbar ist zudem auch, dass Bezug genommen wird auf das Bundesreisekostenrecht.

5.3. Preisverordnung

Die Preisverordnung (Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953) stellt Regelungen für Auftragnehmer zur Preisbildung auf. Die Preisverordnung gilt – ohne, dass dies in den Bewerbungsbedingungen zu erwähnen ist – bei allen öffentlichen Aufträgen, wobei öffentliche Aufträge im Sinne dieser Preisverordnung Aufträge des Bundes, der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechtes sind (eine Ausnahme gilt für Bauleistungen im Sinne der Preisverordnung, § 2 Abs. 5 der Preisverordnung).

Sofern die Preisverordnung Anwendung findet, gilt schon im Rahmen der Preisbildung (Bildung des Angebotspreises durch den Bieter) folgendes:

Für marktgängige Leistungen dürfen die im Verkehr üblichen preisrechtlich zulässigen Preise nicht überschritten werden (Grundsatz der Marktpreise). Für nicht marktgängige – also spezifische und auf dem Markt nicht vergleichbare – Leistungen können regelmäßig keine Marktpreise festgestellt werden. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn es keine öffentlich zugänglichen Vergleichspreise gibt oder eine Leistung erstmalig auf dem Markt angeboten wird. In Vergabeverfahren können solche Konstellationen insbesondere bei Verhandlungsvergaben oder Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter auftreten.

Insbesondere wenn Marktpreise nicht festgestellt werden können, dürfen ausnahmsweise Selbstkostenpreise im Sinne der Preisverordnung vereinbart werden. Selbstkostenpreise müssen auf die angemessenen Kosten des Auftragnehmers abgestellt werden. Selbstkostenpreise können vereinbart werden als

- Selbstkostenfestpreise
- Selbstkostenrichtpreise
- Selbstkostenerstattungspreise

Bei diesen Ausprägungen der Selbstkostenpreise besteht eine Rangfolge (von oben nach unten). Demnach haben Selbstkostenfestpreise Vorrang vor Selbstkostenrichtpreisen und diese wiederum Vorrang vor Selbstkostenerstattungspreisen.

Die Kalkulationsregeln sowie nähere Erläuterungen dazu ergeben sich aus den Leitsätzen für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953).

Für den Fall von Selbstkostenpreisen sollen möglichst Selbstkostenfestpreise aufgrund von Vorkalkulationen ermittelt werden. Hierbei ist der Selbstkostenfestpreis über eine präzise Vorkalkulation festzustellen.

Sofern kein Selbstkostenfestpreis festgestellt werden kann, sind sogenannte Selbstkostenrichtpreise zu ermitteln. Der Selbstkostenrichtpreis ist ein vorläufiger Selbstkostenpreis. Der Selbstkostenrichtpreis ist vor Beendigung der Fertigung des Produktes oder vor Abschluss der Leistungserbringung, sobald die Grundlagen der Kalkulation übersehbar sind, möglichst in einen Selbstkostenfestpreis umzuwandeln.

Kann weder ein Selbstkostenfestpreis noch ein Selbstkostenrichtpreis ermittelt werden, besteht die Möglichkeit, einen Selbstkostenerstattungspreis zu vereinbaren.

Der Auftragnehmer hat den für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden das Zustandekommen des Preises auf Verlangen nachzuweisen.

Die für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden (Preisüberwachungsstellen) sind berechtigt, zu prüfen, ob die Vorschriften der Preisverordnung beachtet worden sind. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die zu diesem Zwecke erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Die Preisprüfung kann als Initiativprüfung nach Ermessen der Preisüberwachungsstelle erfolgen.

Unter bestimmten Umständen ist auch der Auftraggeber berechtigt, festzustellen, dass ein Selbstkostenpreis den Vorschriften der Preisverordnung entspricht.

Preisrechtsverstöße, insbesondere gegen das Höchstpreisprinzip, sind mit Geldbußen sanktionierte Ordnungswidrigkeiten nach dem Wirtschaftsstrafgesetz. Daneben sind in der Praxis auch die zivilrechtlichen Folgen von Preisrechtsverstößen zu berücksichtigen. Preisrechtlich unzulässige Preise machen den zugrundeliegenden Vertrag nicht nach § 134 BGB als Ganzes nichtig. Konsequenz eines preisrechtlich unzulässigen Preises ist jedoch, dass der Vertrag als zum preisrechtlich zulässigen Preis zustande gekommen gilt. Demgemäß können sich Rückforderungsansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer ergeben, wenn der Auftraggeber den preisrechtlich unzulässigen Preis bereits gezahlt hat. Solche Rückforderungsansprüche des Auftraggebers können wiederum ausgeschlossen sein, wenn der Auftraggeber vorsätzlich oder zumindest leichtfertig den preisrechtlich zulässigen Höchstpreis missachtet hat.

Näheres zu den Verfahrensweisen und Auswirkungen findet sich in der Preisverordnung.

5.4. Sonstige Gestaltungsmöglichkeiten für Preismodelle

Unter dem Begriff Preismodell versteht man die Umsetzung der Überlegungen zur Preisgestaltung (zum Beispiel Strukturierungen, Annahmen etc.), die in das Preisblatt mit den Vorgaben für den Angebotspreis und in die Vergabeunterlagen mit den Vorgaben für den Wertungspreis Eingang finden. Ein solches Preismodell stellt die Anlage 9 zu dem als Beispiel ausgefüllten EVB-IT Systemvertrag dar, der auf der Internetseite des Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik (www.cio.bund.de) abgerufen werden kann. Dort sind die Funktionen eines Preisblattes anschaulich erläutert.

Sofern im Rahmen von Preismodellen, insbesondere bei der Ausgestaltung der Wertungspreise, vom Auftraggeber Annahmen getroffen werden (zum Beispiel voraussichtlicher Abruf von 40 Personentagen), muss gegenüber den Bietern klargestellt werden, dass aus solchen Annahmen keine Abnahmeverpflichtungen entstehen.

Insgesamt bestehen vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten von Preismodellen, die nachfolgend in einer nicht abschließenden Übersicht aufgezeigt werden.

Annahmen für Preismodelle

Es besteht – insbesondere bei Rahmenvereinbarungen – die Möglichkeit, dass der Auftraggeber für Preismodelle, die in das Preisblatt Eingang finden, bestimmte Annahmen trifft. Beispielsweise kann bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen für die Bestimmung des Wertungspreises die Schätzmenge zugrunde gelegt werden. Diese wäre dann eine Annahme des Auftraggebers, die aber nicht zwingend eintreten muss.

Alternativ wäre denkbar, als Wertungspreis auch eine angegebene Höchstmenge festzulegen. Werden in den genannten Beispielen vom Auftraggeber keine Annahmen getroffen, kann dies für die Bieter Fragen aufwerfen. Wichtig ist, dass sich getroffene Annahmen möglichst realistisch an der Abrufplanung orientieren.

Gewichtete Preismodelle

Gewichtete Preismodelle berücksichtigen die Tatsache, dass eine unterschiedliche Beauftragungswahrscheinlichkeit bezüglich angebotener Leistungen (Optionen oder Staffelpreise) vorliegt. Es besteht in diesen Fällen die Möglichkeit, die im Preisblatt anzugebenden Preise untereinander verschieden zu gewichten. Beispielsweise können Preise für Optionen je nach Beauftragungswahrscheinlichkeit mit verschiedenen Gewichten (zum Beispiel Faktor 0,5 beziehungsweise 50 Prozent bei geringer Beauftragungswahrscheinlichkeit) versehen werden. Der Auftraggeber sollte bei solchen gewichteten Preismodellen jeweils antizipieren, wie mögliche Bieter auf diese Form der Gestaltung der Vergabeunterlagen reagieren, um eine spekulative Preisgestaltung durch die Bieter, die zu verzerrten Wertungsergebnissen im Vergabeverfahren führen können, von vornherein auszuschließen.

5.5. Feststellung des Angebotspreises

5.5.1. *Formale Prüfung*

Zunächst erfolgt im Rahmen der formalen Prüfung die Feststellung der Grundlagen für die Ermittlung des Angebotspreises. Dabei ist nach allgemeinen Grundsätzen die Vollständigkeit sowie formale Widerspruchsfreiheit der Preisangaben im Preisblatt zu prüfen.

Für den Fall, dass der Bieter Additions- oder Multiplikationsfehler macht, kann dies gegebenenfalls den Ausschluss vom Vergabeverfahren zur Folge haben, wird aber zumindest zu Widersprüchlichkeiten führen (zum Beispiel Unklarheit, ob der Einzelpreis oder das Produkt beziehungsweise die Summe gelten soll). Damit eine eindeutige Ermittlung des Angebotspreises ermöglicht wird, kann in den Vergabeunterlagen eine klarstellende Regelung für auftretende Additions- oder Multiplikationsfehler aufgenommen werden. So sollte etwa geregelt werden, dass bei Additions- oder Multiplikationsfehlern allein die Einzelpreise als richtige Preise erachtet und für die Bestimmung des ausschlaggebenden Angebotspreises herangezogen werden.

Leere Preisblattpositionen sind grundsätzlich als fehlende Preisangaben zu interpretieren. Demgegenüber führt die Angabe eines Preises mit „0“ nicht ohne weiteres dazu, dass von einer fehlenden Preisangabe auszugehen ist. Vielmehr ist in solchen Fällen grundsätzlich davon auszugehen,

dass die Leistung ohne gesonderte Vergütung angeboten werden soll. Jedoch muss sicher sein, dass die betreffende Leistung überhaupt angeboten wird.

Sofern Anhaltspunkte vorliegen, dass ein Bieter die Preise zwischen verschiedenen Leistungspositionen verschoben hat (zum Beispiel von der Position der monatlich zu zahlenden Pflegeleistung auf den Kaufpreis) muss geprüft werden, ob eine sogenannte Mischkalkulation vorliegt, die möglicherweise zum Ausschluss des Angebotes von der Wertung führen kann.

Soweit Bedarf besteht, kann von zulässigen Aufklärungs- sowie gegebenenfalls Nachforderungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht werden.

Sollte im Rahmen der formalen Prüfung festgestellt werden, dass Preisangaben fehlen (dazu gehört auch das Fehlen der geforderten Angabe der Umsatzsteuer), so ist eine Nachforderung solcher Preisangaben nur dann möglich, wenn es sich um unwesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

5.5.2. *Preisfeststellung*

Die Preisfeststellung erfolgt, indem die in den Vergabeunterlagen definierte Vorgehensweise angewandt wird. Diese Vorgehensweise ist nach dem Grundsatz der Selbstbindung des Auftraggebers strikt zu befolgen. Auf diese Weise ist auf Grundlage der Angaben im Preisblatt und des zugrunde liegenden Preismodells der Angebotspreis und – soweit abweichend – der Wertungspreis festzustellen.

Soweit Bedarf besteht, kann von zulässigen Aufklärungs- sowie gegebenenfalls Nachforderungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht werden.

5.5.3. *Berücksichtigung von Folgekosten*

Einen Sonderfall stellt die Ermittlung von Folgekosten dar. Hierbei spielen insbesondere zwei Aspekte aus dem Bereich der Betriebskosten eine Rolle:

Energiekosten sowie umweltschutzrelevante Lebenszykluskosten

Sofern energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen beschafft werden, sind regelmäßig konkrete Angaben zum Energieverbrauch zu verlangen und in geeigneten Fällen soll eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten vom Bieter gefordert werden. Im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes ist die anhand der diesbezüglichen Informationen im Angebot zu ermittelnde Energieeffizienz als Zuschlagskriterium angemessen zu berücksichtigen. Dies kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass entsprechende Kosten ermittelt werden (zum Beispiel Energiekosten, soweit der Auftraggeber diese trägt) und als Folgekosten bei der Feststellung des Wertungspreises Berücksichtigung finden.

Kosten für Verbrauchsmaterial

Kosten für Verbrauchsmaterial spielen unter anderem bei Druckern oder Multifunktionsgeräten eine wichtige Rolle. Nicht selten fallen Kosten für Verbrauchsmaterial über die Betriebsdauer eines Druckers höher aus als die eigentlichen Beschaffungskosten für das Gerät. Somit kann es sinnvoll sein,

die Kosten für Verbrauchsmaterial auf der Basis von Herstellerangaben oder Ähnliches zu ermitteln und bei der Ermittlung des Wertungspreises zu berücksichtigen.

Es gibt zahlreiche weitere Arten von Lebenszykluskosten, die bei der Ermittlung des Wertungspreises Berücksichtigung finden können, wie etwa Kosten für Verschleißteile beim Drucker (zum Beispiel Belichtungseinheit) oder Entsorgungskosten nicht mehr nutzbarer Geräte, soweit diese Kosten beim Auftraggeber anfallen.

5.6. Preisvorbehalte

Bei längeren Laufzeiten insbesondere von Dienstleistungsaufträgen, welche nach Aufwand abgerechnet werden, kann es für den Auftraggeber vorteilhaft sein, eine Preisanpassung nach einem bestimmten Zeitraum – etwa nach zwei Jahren – vorzusehen, wenn eine Steigerung des Preises für die Leistung zu erwarten ist. Für solche Fälle kann ein Preisvorbehalt vorgesehen werden. Andernfalls kann der Fall eintreten, dass Bieter solche Preisentwicklungen von vornherein berücksichtigen und der Angebotspreis teurer ausfällt, als wenn ein Preisvorbehalt vereinbart worden wäre. Bei der Entscheidung über die Frage, ob und wie ein Preisvorbehalt vorgesehen wird, ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten.

Soll ein Preisvorbehalt berücksichtigt werden, so bieten die EVB-IT Musterverträge entsprechende Ankreuzfelder zur Auswahl. Dort finden sich in den AGB auch Absicherungsmechanismen, damit Preisvorbehalte nicht der Auftraggeberseite zum Nachteil gereichen.

5.7. Preisfindungs- und Preisanpassungsklauseln

Insbesondere bei Rahmenvereinbarungen oder Dauerschuldverhältnissen wie zum Beispiel Mietverträgen besteht – vor allem bei längeren Laufzeiten – häufig der Bedarf, für die Vertragslaufzeit eine Preisanpassungsmöglichkeit vorzusehen. Dies erfolgt bezüglich der angebotenen Produkte durch Preisanpassungs- oder auch Preisgleitklausen. Bei reinen Kaufverträgen oder Verträgen mit kurzer Laufzeit ergeben Preisanpassungsklauseln in der Regel keinen Sinn.

Es gibt eine Reihe von verschiedenen Preisanpassungsmodellen, die nachfolgend kurz beschrieben werden:

Öffentliche Preislisten und Rabatt

Verbreitet ist das Preislistenmodell mit Rabattregelung, bei welchem verlangt wird, dass der Bieter offizielle Preislisten – regelmäßig des Herstellers – einreicht und den Produkten oder Produktklassen zuordnet. Gleichzeitig ist ein allgemeiner oder jeweils ein produktklassenbezogener Rabatt als Prozentsatz bezogen auf den relevanten Listenpreis im Preisblatt anzugeben. Der Bieter wird verpflichtet, bei allen künftigen Bestellungen den jeweiligen Listenpreis der offiziellen Preisliste des Produktes zugrunde zu legen sowie den Rabattsatz abzuziehen. Ebenso wird bei neuen beziehungsweise Folgeprodukten verfahren. Der Einstandspreis des Angebotes muss anhand der aktuell gültigen Preisliste(n) mithilfe der Rabattregeln berechnet beziehungsweise überprüft werden und wird für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes herangezogen.

Dieses Modell funktioniert gut, wenn alle Bieter beziehungsweise alle Hersteller der angebotenen Produkte über offizielle Preislisten verfügen. Diese Frage sollte im Vorfeld der Beschaffung über Markterkundungen oder Recherchen geklärt werden.

Preisindizes

Ein weiteres Modell basiert auf der Grundlage offizieller Preisindizes. Es wird ein mit den beschafften Produkten möglichst gut vergleichbarer offizieller Preisindex gesucht (zum Beispiel über das Statistische Bundesamt Deutschland) und für die Vertragspreisregelungen zugrunde gelegt. Während der Vertragslaufzeit werden, gekoppelt an die Entwicklung des gewählten Preisindexes, die Preise zum jeweiligen Beschaffungszeitpunkt bestimmt. Problematisch ist bei derartigen Preismodellen stets die Tatsache, dass gut vergleichbare offizielle Preisindizes kaum existieren. Weiterhin muss insbesondere bei dieser Methode der Berechnungsmechanismus klar und eindeutig sein. Eine Kontrolle des Einstandspreises aus dem Angebot lässt diese Methode nicht zu, was eine Schwäche der Methode darstellt. Bei der Wahl dieser Methode wird daher empfohlen, den Einstandspreis für eine gewisse Dauer festzuschreiben, so dass Bieter hier gezwungen sind, wettbewerbliche Preise zu bilden.

Offenlegung des Einkaufspreises und feste Marge

Dieses Preisanpassungsmodell geht davon aus, dass der Bieter zum jeweiligen Beschaffungszeitpunkt seinen Einkaufspreis offen legen muss. Im Angebot und den Vertragsunterlagen ist eine feste Marge als Prozentsatz anzugeben, die der Bieter auf den jeweiligen Einkaufspreis aufschlagen kann. So kann auch der Einstandspreis aus dem Angebot kontrolliert werden.

Dieses Modell funktioniert aber nicht, wenn der Bieter selbst Hersteller ist. Dann müssten statt der Einkaufspreise die Produktionskosten zugrunde gelegt werden. Die Sicherstellung der Vergleichbarkeit stellt bei dieser Methode somit ein Problem dar.

Bezugnahme auf Marktpreise

Auch eine Bezugnahme auf Marktpreise kann als Methode zur Preisfestlegung zum jeweiligen Beschaffungszeitpunkt festgelegt werden. Die Parteien vereinbaren zum Vertragspreis, dass der jeweilige zu einem bestimmten Zeitpunkt geltende Marktpreis den Einkaufspreis bestimmt. Aber auch hier – wie bei der vorstehenden Methode – bestehen hohe Anforderungen an die Definition von Bezugsgrößen und Parametern, die Bestimmung des relevanten Marktes und die Sicherstellung der Vergleichbarkeit, wenn ein machbares und praktikables Vorgehensmodell entwickelt und im Vertrag festgelegt werden soll. Dieses Modell wird mitunter auch als Auffangtatbestand zur Anwendung gebracht.

Bei der Auswahl eines Preisanpassungsmodells sind gesetzliche Regelungen, insbesondere das PrKG und das dort verankerte Preisklauselverbot, zu berücksichtigen. Weiterhin ist das Höchstpreisverbot nach § 4 WiStrG vom Bieter stets zu beachten.

Stets sind die Parameter, Bezugsgrößen und Berechnungsmodelle für die Preisfindung und -anpassung bei den Vertragspreisregelungen in den Vertragsunterlagen präzise festzulegen.

Alle vorgestellten Preisfindungs- und -anpassungsmodelle können während der Vertragslaufzeit zu niedrigeren und höheren Preisen führen. Daraus ergeben sich auch Risiken für den Auftraggeber, die bewertet werden sollen. Als Gegenmaßnahme ist die Definition einer Preisobergrenze auf Basis des Angebotspreises denkbar, gegebenenfalls mit einem Sonderkündigungsrecht für den Auftraggeber, wenn diese Preisobergrenze überschritten wird. Eine solchermaßen einseitig begrenzte Preisfindungs-

und -anpassungsklausel kann von Bietern bei unsachgemäßer Gestaltung jedoch als unzumutbar eingeordnet werden. Insofern ist auf ausgewogene Regelungen zu achten.

Bei der Auswahl des Preisanpassungsmodells sollte stets auch der Markt dahingehend erforscht werden, welche Preisanpassungsmodelle jeweils gebräuchlich sind, damit vermieden werden kann, dass sich ein Bieter allein wegen der Anwendung eines bestimmten Preisanpassungsmodells diskriminiert fühlt, von einer Angebotsabgabe gänzlich absieht oder die Klauseln zum Anlass einer Erhöhung seiner Angebotspreise nimmt.

Schwer umsetzbar und gegebenenfalls sogar für Bieter unzumutbar sind sogenannte Meistbegünstigungsklauseln. In diesen wird der Bieter verpflichtet, einen etwaig niedrigeren Preis als den Angebotspreis, den Dritte erhalten, in das Vertragsverhältnis zu übernehmen. Solche Modelle scheitern häufig an der Praktikabilität und sind kaum gebräuchlich.

Spezialfall: Dollarpreisanpassungsklauseln

Mitunter wird von Bietern versucht, sogenannte Dollarpreisanpassungsklauseln zu vereinbaren. Solche Klauseln machen – beispielsweise bei Rahmenvereinbarungen – die Preise von Waren vom aktuellen Wechselkurs des Dollars im Verhältnis zum Euro abhängig. Dies soll der Absicherung von Währungsrisiken dienen.

Solche Vorgehensweisen beinhalten Gefahren. Die Auswirkungen sind für den Auftraggeber aufgrund der unvorhersehbaren Währungsschwankungen wenig transparent. Generell ist von solchen Dollarpreisanpassungsklauseln daher abzuraten. Der Auftraggeber kann gegen eine Doppelpreisanpassungsklausel argumentieren, dass Währungsrisiken klassisch in das unternehmerische Risiko des Bieters fallen.

Sollten solche Klauseln aufgrund der Marktsituation ausnahmsweise vereinbart werden, so ist auf Folgendes zu achten:

- Es müssen im Angebot Basiswerte für Preise und den Wechselkurs festgelegt werden.
- Es muss ein eindeutiger Rechenalgorithmus festgelegt werden.
- Es muss klar geregelt sein, zu welchen Zeitpunkten Preisanpassungen vorzunehmen sind.
- Es muss klar sein, aus welcher Quelle zum Stichtag der Wechselkurs ermittelt wird.

6. Bewerber- und Bieterkonstellationen

6.1. Kurze Einführung

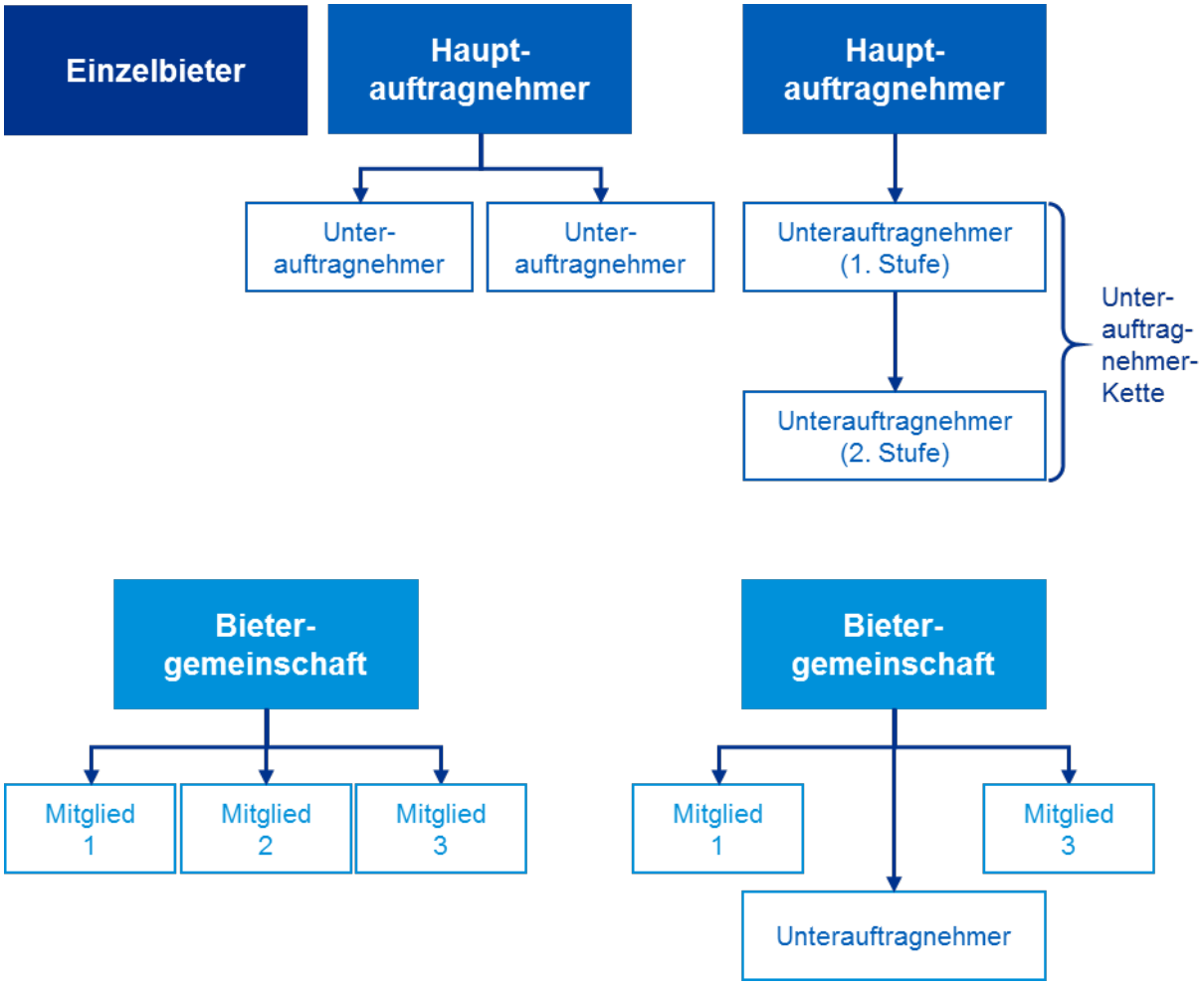
Neben dem Gebot der Aufteilung des Auftragsgegenstandes in Lose stellt die Möglichkeit des Auftretens eines Unternehmens in verschiedenen Bewerber- und Bieterkonstellationen eine weitere wichtige Säule der Mittelstandsförderung im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe dar. Auf diesem Weg können kleine und mittlere Unternehmen sich auch an Vergabeverfahren für größere Aufträge beteiligen. Sie haben die Möglichkeit, entweder mit anderen Unternehmen als Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft gemeinsam und gleichgestellt anzubieten oder von anderen Unternehmen als sogenannte Unterauftragnehmer eingebunden zu werden.

Nachfolgend wird der Umgang mit verschiedenen Konstellationen von Bewerbern und Bietern in einem Vergabeverfahren dargestellt. Es ist dabei in der Regel nicht zwischen europaweiten Verfahrensarten und nationalen Verfahrensarten zu differenzieren, so dass – soweit nicht anders dargestellt – die nachfolgenden Ausführungen zu europaweiten Verfahrensarten auf nationale Verfahrensarten übertragen werden können.

6.2. Überblick zu Bewerber- und Bieterkonstellationen

Im Wesentlichen können folgende Bewerber- und Bieterkonstellationen auftreten:

- Einzelbewerber beziehungsweise -bieter
- Bewerber beziehungsweise Bieter mit eingebundenem Unterauftragnehmer
- Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft, bei welcher sich verschiedene Unternehmen zusammenschließen, um an einem Vergabeverfahren teilzunehmen



Je nach Verfahrensphase spricht man von einem Bewerber beziehungsweise einer Bewerbergemeinschaft oder – nach Einreichung eines Angebotes – von einem Bieter beziehungsweise einer Bietergemeinschaft. Im weiteren Text wird teilweise nur von Bietern beziehungsweise Bietergemeinschaften gesprochen, wobei damit Bewerber beziehungsweise Bewerbergemeinschaften eingeschlossen werden.

Es besteht die Möglichkeit, dass eine Bietergemeinschaft einen Unterauftragnehmer einbindet, sodass vorstehende Konstellationen auch miteinander kombiniert auftreten können.

Bei der Unterauftragnehmerschaft kann entweder nur ein Unterauftragnehmer oder es können mehrere Unterauftragnehmer eingebunden werden, wobei auch der Fall auftreten kann, dass ein Unterauftragnehmer seinerseits einen weiteren Unterauftragnehmer einbindet und so weiter, was auch mit Unterauftragnehmern zweiter oder dritter Stufe beziehungsweise mit Unterauftragnehmerkette umschrieben wird.

Den freien Zusammenschluss von Unternehmen in den beschriebenen Bieterkonstellationen haben Auftraggeber grundsätzlich zu akzeptieren, da es zumindest bei EU-weiten Vergabeverfahren – mit Ausnahmen – nicht zulässig ist, in den Bewerbungsbedingungen ein generelles Selbstausführungsgebot vorzuschreiben (also etwa keine Unterauftragnehmer zuzulassen).

Tipp für die Praxis:

Sofern kein Einzelbieter vorliegt, handelt es sich bei allen anderen Bieterkonstellationen um Gruppen von Unternehmen (auch „gemeinschaftliche Bieter" genannt). Auftraggeber können erforderlichenfalls in den Bewerbungsbedingungen durch sachliche Gründe gerechtfertigte und angemessene Bedingungen festlegen, wie Gruppen von Unternehmen die Eignungskriterien zu erfüllen und den Auftrag auszuführen haben. Mit solchen Festlegungen kann der Auftraggeber insbesondere die Modalitäten der Eignungsprüfung für Teilnehmer von Bietergemeinschaften und Unterauftragnehmer klarstellen.

Der Auftraggeber darf in diesem Zusammenhang aber nicht verlangen, dass Gruppen von Unternehmen eine bestimmte Rechtsform haben müssen, um einen Teilnahmeantrag zu stellen oder ein Angebot abzugeben.

6.3. Besonderheit der Eignungsleihe

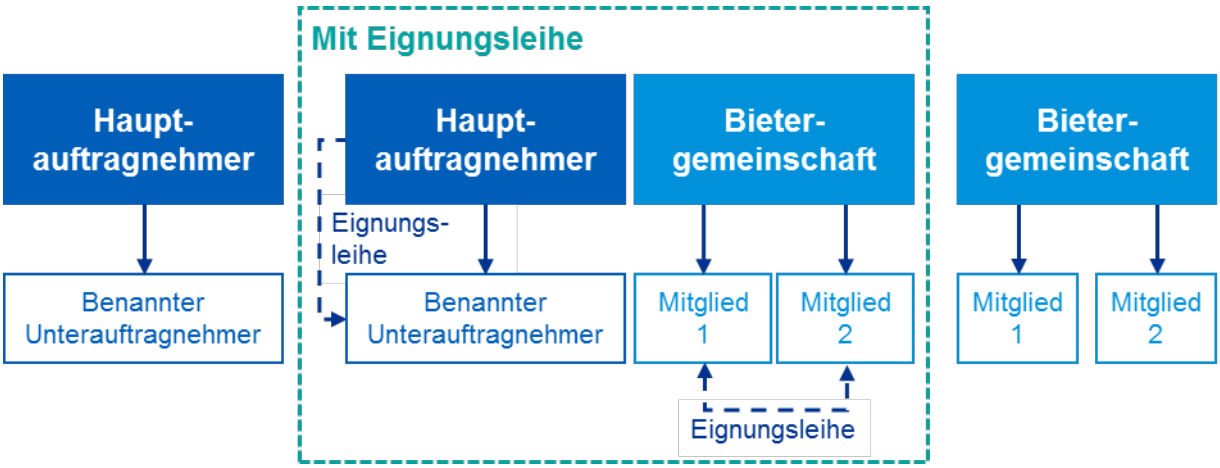
Für Unternehmen, die sich um einen Auftrag bewerben, besteht die Möglichkeit einer Eignungsleihe. Mittels der Eignungsleihe kann ein Bewerber oder Bieter gemäß § 47 VgV beziehungsweise § 36 UVgO für einen bestimmten öffentlichen Auftrag im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn er nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden. Im Regelfall bedeutet dieses Vorgehen jedoch nicht, dass das andere Unternehmen zwingend als Unterauftragnehmer eingebunden werden muss.

Umgekehrt kann ein Bieter, der selbst vollumfänglich geeignet ist, ein anderes Unternehmen – zum Beispiel nur zur Kapazitätsverstärkung – als Unterauftragnehmer einbinden, ohne dass gleichzeitig eine Eignungsleihe erfolgt.

Schließlich können beide Konstellationen – was häufig der Fall sein wird – zusammenfallen, wenn ein Bieter beispielsweise im Hinblick auf die erforderliche technische Leistungsfähigkeit per Eignungsleihe die Referenzen eines anderen Unternehmens mit dem Angebot einreicht und dieses Unternehmen gleichzeitig als Unterauftragnehmer benennt.

Nach dem Wortlaut von § 47 Abs. 4 VgV gelten die Regelungen zur Eignungsleihe auch für Bewerber- oder Bietergemeinschaften. Dies kann einerseits so interpretiert werden, dass Bewerber- oder Bietergemeinschaften (oder ihre Mitglieder) ihrerseits im Wege der Eignungsleihe Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen können, beispielsweise als Unterauftragnehmer. Andererseits findet auch bei Bietergemeinschaften regelmäßig eine gegenseitige Eignungsleihe zwischen den Mitgliedern der Bietergemeinschaft statt (zum Beispiel ein Unternehmen liefert eine Software während das andere Unternehmen das Customizing der Software übernimmt). Nachfolgend werden beide Auslegungen der Norm berücksichtigt.

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick zu Bieterkonstellationen und Eignungsleihe:



6.4. Konstellation mit Einbindung von Unterauftragnehmern

6.4.1. *Grundlagen zu Unterauftragnehmern*

Zunächst ist der Begriff Unterauftragnehmer näher zu umreißen. Von einem Unterauftragnehmer ist zu sprechen, wenn der Hauptauftragnehmer einen Teil des Auftrages von diesem Unternehmen ausführen lässt, sofern es sich nicht nur um unwesentliche Teilleistungen oder Zulieferungen handelt. Es empfiehlt sich, zur Klarstellung den Begriff des Unterauftragnehmers in den Bewerbungsbedingungen zu definieren.

Als Unterauftragnehmer kommen auch konzernangehörige Unternehmen oder aber Einzelpersonen in Betracht.

Hinsichtlich der Einbindung von Unterauftragnehmern ist die Konstellation, in der diese ohne eine Eignungsleihe erfolgt, von der Konstellation zu unterscheiden, in welcher gleichzeitig bezüglich des betreffenden Unterauftragnehmers eine Eignungsleihe durch den Bieter stattfindet. Als Ausgangspunkt wird zunächst die Unterauftragnehmerschaft ohne Eignungsleihe betrachtet.

6.4.2. *Regeln zur Einbindung von Unterauftragnehmern ohne Eignungsleihe*

Hinsichtlich der Einbindung von Unterauftragnehmern sind folgende Regeln zu beachten:

- Planungs- und Designphase einer Beschaffung
  - Der öffentliche Auftraggeber kann vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben bei Dienstleistungsaufträgen oder kritische Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag direkt vom Bieter ausgeführt werden müssen. Der Auftraggeber sollte den Begriff kritischer Aufgaben oder Installationsarbeiten eng auslegen und in der Vergabeakte ausführlich dokumentieren, warum eine Aufgabe oder Arbeit gegebenenfalls als kritisch erachtet wird (etwa wenn aus bestimmten Gründen bei einer Datenmigration ein Datenverlust oder eine Korruption von Daten drohen). Diese Einschränkung kann in EU-weiten Vergabeverfahren nur einen Teil der Leistung betreffen.
  - Der Auftraggeber kann Unternehmen auffordern, bei Angebotsabgabe die Teile des Auftrages, die sie im Wege der Unterauftragsvergabe an Dritte zu vergeben beabsichtigen. Falls dies den Bietern zumutbar ist, kann zudem verlangt werden, die vorgesehenen Unterauftragnehmer zu benennen (Unterauftragsliste). Sofern der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung einen Nachweis fordern will, dass dem Bieter die erforderlichen Mittel dieser Unterauftragnehmer zur Verfügung stehen (sogenannte Mittelbereitstellungserklärung), sollte er dies in den Bewerbungsbedingungen ankündigen. Gleiches gilt für etwaige Eignungsnachweise, die den Unterauftragnehmer betreffen.
  - Soweit keine Eignungsleihe vorliegt, kann die Vorlage etwaig erforderlicher Eignungsnachweise, die Unterauftragnehmer betreffen, erst vor Zuschlagserteilung verlangt werden.
  - Für den Fall der Unterauftragsvergabe und Benennung von Unterauftragnehmern sollte der Auftraggeber klarstellen, dass das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen auch für Unterauftragnehmer zu prüfen ist. Insoweit trifft den Auftraggeber eine Prüfpflicht. Er muss daher auch entsprechende Angaben verlangen.
- Durchführungsphase des Vergabeverfahrens
  - Vor Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber von den Bietern, die eine Unterauftragsvergabe an Dritte vorsehen und deren Angebote in die engere Wahl kommen, verlangen, noch nicht aufgelistete Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel dieser Unterauftragnehmer zur Verfügung stehen (sogenannte Mittelbereitstellungserklärung). Er muss dann auch die Einreichung entsprechender Angaben fordern, um das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen prüfen zu können.
  - Der öffentliche Auftraggeber muss vor Zuschlagserteilung prüfen, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen.

- Der Bieter hat ein Recht, einen zwingend auszuschließenden Unterauftragnehmer auszutauschen. Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe muss der öffentliche Auftraggeber vom Bieter daher die Ersetzung des Unterauftragnehmers verlangen, wobei eine Frist gesetzt werden sollte. Ist dem Bewerber oder Bieter ein Wechsel des Unterauftragnehmers innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird der Teilnahmeantrag beziehungsweise das Angebot ausgeschlossen.
- Der Auftraggeber kann dem Bewerber oder Bieter die Möglichkeit einräumen, einen fakultativ auszuschließenden Unterauftragnehmer auszutauschen. Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe (nach § 124 GWB) kann der Auftraggeber – beziehungsweise muss er bei entsprechender Festlegung in den Bewerbungsbedingungen – daher verlangen, dass dieser ersetzt wird, wobei hierfür eine Frist gesetzt werden sollte. Ist dem Bewerber oder Bieter ein Wechsel des Unterauftragnehmers innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird der Teilnahmeantrag beziehungsweise das Angebot ausgeschlossen.

Hinweis zu Abweichungen bei nationalen Vergabeverfahren:

Bei nationalen Vergaben können gemäß § 26 Abs. 6 UVgO alle oder bestimmte Aufgaben bei der Leistungserbringung durch Festlegung in den Bewerbungsbedingungen unmittelbar dem Auftragnehmer selbst vorbehalten werden, weshalb hier – und dies ohne spezifische Begründung – ein echtes Selbstausführungsgebot möglich ist.

Sofern der Auftraggeber Bewerber oder Bieter auffordert, einen auszuschließenden Unterauftragnehmer zu ersetzen, muss er diesem eine Frist setzen, die so zu bemessen ist, dass dem Auftraggeber durch die Verzögerung keine Nachteile entstehen.

6.4.3. *Ausführungsbedingungen und Mitteilungspflichten bezüglich Unterauftragnehmern*

Unterauftragnehmer in allen Stufen müssen bei der Ausführung des öffentlichen Auftrages alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einhalten, insbesondere Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung entrichten, die arbeitsschutzrechtlichen Regelungen einhalten und den Beschäftigten wenigstens die Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts gewähren.

Sofern Auftraggeber besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrages (Ausführungsbedingungen) in der Auftragsbekanntmachung oder den Bewerbungsbedingungen festgelegt haben (zum Beispiel wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen), gelten diese auch für die Unterauftragnehmer. Der Hauptauftragnehmer sollte daher mit einer entsprechenden Vertragsklausel verpflichtet werden, seinerseits Unterauftragnehmer in allen Stufen entsprechend zu verpflichten.

Wenn der Auftraggeber die Anwendbarkeit der Preisverordnung (Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953), die die Möglichkeit einer behördlichen Preisprüfung vorsieht, auch für Unterauftragsverhältnisse sicherstellen möchte, muss er vorschreiben und vertraglich festlegen, dass der Hauptauftragnehmer Unterauftragnehmer entsprechend vertraglich verpflichtet.

Bei Dienstleistungsaufträgen, die beim Auftraggeber unter dessen direkter Aufsicht zu erbringen sind, hat der Auftraggeber in den Vertragsbedingungen der Vergabeunterlagen verpflichtend vorzuschreiben, dass der Auftragnehmer spätestens bei Beginn der Auftragsausführung die Namen, die Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter seiner Unterauftragnehmer mitzuteilen hat und dass jede im Rahmen der Auftragsausführung eintretende Änderung auf der Ebene der Unterauftragnehmer mitzuteilen ist.

Eine solche Mitteilungspflicht kann der Auftraggeber bei Bedarf als Vertragsbedingung bei der Vergabe anderer Dienstleistungsaufträge oder bei der Vergabe von Lieferaufträgen vorsehen. Des Weiteren können die Mitteilungspflichten auch auf Lieferanten, die an Dienstleistungsaufträgen beteiligt sind, sowie auf weitere Stufen in der Unterauftragnehmerkette ausgeweitet werden.

Hinweis zu Abweichungen bei nationalen Vergabeverfahren:

In nationalen Vergabeverfahren ist die Vorgabe dieser Mitteilungspflicht in den Vertragsbedingungen in keinem Fall verpflichtend, sondern kann nach Bedarf erfolgen.

6.4.4. *Regeln zur Einbindung von Unterauftragnehmern mit Eignungsleihe*

Sofern sich ein Bieter hinsichtlich eines als Unterauftragnehmer benannten Unternehmens gleichzeitig der Eignungsleihe bedient, kommen zusätzlich zu den unter Kapitel 0. aufgeführten Regeln weitere Regelungen hinzu (sofern es sich nur um eine Eignungsleihe handelt, ohne dass das andere Unternehmen auch als Unterauftragnehmer benannt wird, gelten nur die hier aufgezeigten Regelungen betreffend die Eignungsleihe).

Hinsichtlich der Einbindung von Unterauftragnehmern im Rahmen einer Eignungsleihe sind zusätzlich folgende Regeln zu beachten:

- Planungs- und Designphase einer Beschaffung
  - Mittelbereitstellung
    Da eine Eignungsleihe von einem anderen Unternehmen nur dann wirksam erfolgen kann, wenn der Bieter nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden, sollte der Auftraggeber für Fälle der Eignungsleihe einen entsprechenden Nachweis (zum Beispiel eine Verpflichtungserklärung des anderen Unternehmens, die sogenannte Mittelbereitstellungserklärung) bereits mit dem Angebot verlangen. Nur bei einer Eignungsleihe bezüglich Studien- und Ausbildungsnachweisen sowie Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung für die Inhaberin, den Inhaber oder die Führungskräfte des Unternehmens ist – ausnahmsweise – eine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Eignungsleihe, dass der Bieter das betreffende andere Unternehmen auch tatsächlich zur Leistungserbringung einsetzt. Eine entsprechende Vorgabe sollte in die Bewerbungsbedingungen beziehungsweise in entsprechende Formulare aufgenommen werden.
  - Vorgabe zur Ersetzung zwingend auszuschließender Unterauftragnehmer

Der Auftraggeber hat – für Fälle der Eignungsleihe – vorzuschreiben, dass der Bieter ein als Unterauftragnehmer benanntes Unternehmen, das entweder ein ihn betreffendes Eignungskriterium nicht erfüllt oder bei dem zwingende Ausschlussgründe (nach § 123 GWB) vorliegen, ersetzen muss.

- Vorgabe zur Ersetzung fakultativ auszuschließender Unterauftragnehmer

  Daneben kann der Auftraggeber – für Fälle der Eignungsleihe – vorschreiben, dass der Bieter auch ein als Unterauftragnehmer benanntes Unternehmen, bei dem fakultative Ausschlussgründe (nach § 124 GWB) vorliegen, ersetzen muss.

- Vorgabe zur gemeinsamen Haftung

  Der Auftraggeber kann für den Fall, dass ein Bieter im Rahmen der Eignungsleihe die Kapazitäten eines anderen Unternehmens im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit – also etwa hinsichtlich der Umsatzangaben – in Anspruch nimmt, eine gemeinsame Haftung des Bieters und des anderen Unternehmens für die Auftragsausführung entsprechend dem Umfang der Eignungsleihe verlangen.

- Durchführungsphase des Vergabeverfahrens

  - Eignungsprüfung für Unterauftragnehmer

    Der öffentliche Auftraggeber hat im Rahmen der Eignungsprüfung zu überprüfen, ob die als Unterauftragnehmer benannten Unternehmen, deren Kapazitäten der Bieter für die Erfüllung bestimmter Eignungskriterien in Anspruch nehmen will, die entsprechenden Eignungskriterien erfüllen und ob Ausschlussgründe vorliegen. Bei Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung muss diese auch die Angaben zur Überprüfung der Unterauftragnehmer enthalten.

    Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe (nach § 123 GWB) – und bei entsprechender Festlegung in den Bewerbungsbedingungen auch bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe (nach § 124 GWB) – muss der öffentliche Auftraggeber vom Bieter die Ersetzung des Unterauftragnehmers verlangen, wobei eine Frist gesetzt werden sollte. Ist dem Bewerber oder Bieter ein Wechsel des Unterauftragnehmers innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird der Teilnahmeantrag beziehungsweise das Angebot ausgeschlossen.

    Gleiches gilt bei Vorliegen sonstiger Ausschlussgründe hinsichtlich eines den benannten Unterauftragnehmer betreffenden Eignungskriteriums, also etwa beim Fehlen der für den betreffenden Leistungsteil (zum Beispiel Hosting einer Softwareanwendung) geforderten Referenzen. Auch hier muss die Ersetzung des Unterauftragnehmers verlangt werden.

    Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe (nach § 124 GWB) kann der Auftraggeber – bei Fehlen anderslautender zwingender Festlegungen in den Bewerbungsbedingungen – die Ersetzung des Unterauftragnehmers verlangen, wobei eine Frist gesetzt werden sollte. Ist dem Bewerber oder Bieter ein Wechsel des Unterauftragnehmers innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird der Teilnahmeantrag beziehungsweise das Angebot ausgeschlossen.

Hinweis zu Abweichungen bei nationalen Vergabeverfahren:

Sofern der Auftraggeber Bewerber oder Bieter auffordert, einen auszuschließenden Unterauftragnehmer zu ersetzen, muss er diesem eine Frist setzen, die so zu bemessen ist, dass dem Auftraggeber durch die Verzögerung keine Nachteile entstehen.

6.4.5. *Spezielle Haftungsregelungen aufgrund der Eignungsleihe*

Sofern der Auftraggeber für Fälle der Eignungsleihe hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit in den Bewerbungsbedingungen eine gemeinsame Haftung des Bieters und des anderen Unternehmens verlangt, so ist diesbezüglich auch eine entsprechende Vertragsklausel in den Vertragsunterlagen vorzusehen. Die gemeinsame Haftung muss auf den Umfang der Eignungsleihe begrenzt werden.

6.5. Konstellation Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft

6.5.1. *Grundlagen zur Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft*

Eine Bietergemeinschaft (oder Bewerbergemeinschaft) ist ein Zusammenschluss von Unternehmen, um gemeinschaftlich an einem Vergabeverfahren teilzunehmen. Handelt es sich um Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb, so spricht man zunächst von einer Bewerbergemeinschaft, die den Teilnahmeantrag einreicht. Nach Einreichung eines Angebotes ist von einer Bietergemeinschaft, die nach dem Teilnahmewettbewerb aus der Bewerbergemeinschaft hervorgeht, die Rede.

Bewerber- und Bietergemeinschaften sind gemäß § 43 Abs. 2 VgV beziehungsweise § 33 Abs. 2 UVgO wie Einzelbewerber und -bieter zu behandeln.

6.5.2. *Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaften als Teilnehmer an Vergabeverfahren*

Hinsichtlich der Teilnahme von Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaften an Vergabeverfahren sind folgende Regeln zu beachten:

- Planungs- und Designphase einer Beschaffung
    - Bedingungen zur Erfüllung der Eignungskriterien und zur Auftragsausführung Erforderlichenfalls können durch sachliche Gründe gerechtfertigte und angemessene Bedingungen bestimmt werden, wie eine Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaft die Eignungskriterien zu erfüllen und den Auftrag auszuführen hat. Beispielsweise kann gefordert werden, dass in sicherheitskritischen Bereichen alle Mitglieder der Bietergemeinschaft als Maßnahme zur Qualitätssicherung ein IT-Sicherheitsmanagement etabliert haben.
    - Vorgabe einer Rechtsform für die Bietergemeinschaft nach Zuschlagserteilung Der Auftraggeber kann verlangen, dass eine Bietergemeinschaft nach Zuschlagserteilung (aber nicht bereits zuvor) eine bestimmte Rechtsform annimmt, soweit dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages erforderlich ist.
    - Benennung der Mitglieder der Bietergemeinschaften und der bevollmächtigten Vertreter

Der Auftraggeber muss vorschreiben, dass Bietergemeinschaften in der Interessensbestätigung, im Teilnahmeantrag oder im Angebot jeweils die Mitglieder sowie eines ihrer Mitglieder als bevollmächtigten Vertreter für den Abschluss und die Durchführung des Vertrages zu benennen haben.

- Hinweis beziehungsweise Vorgabe bezüglich kartellrechtlicher Zulässigkeit der Bietergemeinschaft

  Zur Vermeidung kartellrechtlicher Fragestellungen, die auftreten können, wenn sich Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen, sollte eine Erklärung angefordert werden, in welcher die kartellrechtliche Zulässigkeit des Zusammenschlusses der Unternehmen begründet wird.

- Hinweis zu Vorgabe bezüglich Parallelangeboten beziehungsweise Doppelbeteiligungen

  Der Auftraggeber sollte eine Regelung aufnehmen, wonach bei Konstellationen, in denen ein Unternehmen ein Angebot sowohl als Mitglied einer Bietergemeinschaft als auch als Einzelbieter oder als Mitglied von verschiedenen Bietergemeinschaften abgibt, dieses Unternehmen in einer Erklärung darzulegen hat, warum hierdurch nicht gegen den vergaberechtlichen Grundsatz des Geheimwettbewerbes verstoßen wird. Für den Fall, dass ein solcher Nachweis trotz Aufforderung nicht erfolgt, kann der Ausschluss der betreffende Bieter und der Bietergemeinschaft vom Verfahren vorgeschrieben werden.

- Eignungsleihe bei Bietergemeinschaften

  Sofern bei Bietergemeinschaften eine Eignungsleihe, also eine gemeinschaftliche Erfüllung der Eignungskriterien – und nicht nur eine Kapazitätsverstärkung – erfolgt, gelten die Regelungen zur Eignungsleihe entsprechend denen, die bei Unterauftragnehmern dargestellt wurden (siehe Kapitel 6.4.4.).

- Durchführungsphase des Vergabeverfahrens

  - Prüfung bezüglich der Benennung der Mitglieder und eines Bevollmächtigten

    Der Auftraggeber hat zu prüfen, dass Bietergemeinschaften in der Interessensbestätigung, im Teilnahmeantrag oder im Angebot jeweils die Mitglieder und eines ihrer Mitglieder als bevollmächtigten Vertreter für den Abschluss und die Durchführung des Vertrages benannt haben. Sofern eine dieser Angaben fehlt, ist sie auf entsprechende Anforderung des Auftraggebers vor der Zuschlagserteilung beizubringen.

  - Prüfung der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Bietergemeinschaft

    Der Auftraggeber hat anhand der diesbezüglichen Erklärung die kartellrechtliche Zulässigkeit der Bietergemeinschaft zu prüfen. Nur bei konkreten Indizien, die gegen die kartellrechtliche Zulässigkeit der Bietergemeinschaft sprechen, ist eine vertiefende Prüfung angeraten.

  - Behandlung von Parallelangeboten beziehungsweise Doppelbeteiligungen

    Soweit ein Unternehmen ein Angebot sowohl als Mitglied einer Bietergemeinschaft als auch als Einzelbieter oder als Mitglied von verschiedenen Bietergemeinschaften abgibt, ist anhand der eingereichten Erklärung zu klären, ob hierdurch nicht gegen den vergaberechtlichen Grundsatz des Geheimwettbewerbes verstoßen wird. Gegebenenfalls führt die Prüfung zum Ausschluss der betreffenden Angebote.

Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe (nach § 123 GWB) – und bei entsprechender Festlegung in den Bewerbungsbedingungen auch bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe (nach § 124 GWB) – muss der öffentliche Auftraggeber von der Bietergemeinschaft die Ersetzung des Mitglieds der Bietergemeinschaft verlangen, wobei eine Frist gesetzt werden sollte. Ist von der Bietergemeinschaft ein Wechsel des Mitgliedes der Bietergemeinschaft innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird der Teilnahmeantrag beziehungsweise das Angebot ausgeschlossen.

Gleiches gilt – im Falle einer Eignungsleihe – bei Vorliegen sonstiger Ausschlussgründe hinsichtlich eines das Mitglied der Bietergemeinschaft betreffenden Eignungskriteriums, also etwa beim Fehlen der für den betreffenden Leistungsteil (zum Beispiel Hosting einer Softwareanwendung) geforderten Referenzen. Auch hier muss die Ersetzung des Mitgliedes der Bietergemeinschaft verlangt werden.

Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe (nach § 124 GWB) kann der Auftraggeber – bei Fehlen anderslautender zwingender Festlegungen in den Bewerbungsbedingungen – die Ersetzung des Mitglieds der Bietergemeinschaft verlangen, wobei eine Frist gesetzt werden sollte. Ist der Bietergemeinschaft ein Wechsel des Mitglieds der Bietergemeinschaft innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird der Teilnahmeantrag beziehungsweise das Angebot ausgeschlossen.

6.5.3. *Spezielle Haftungsregelungen aufgrund einer Eignungsleihe*

Sofern der Auftraggeber für Fälle der Eignungsleihe hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit in den Bewerbungsbedingungen eine gemeinsame Haftung der Mitglieder der Bietergemeinschaft verlangt, so ist diesbezüglich auch eine entsprechende Vertragsklausel in den Vertragsunterlagen vorzusehen. Die gemeinsame Haftung muss auf den Umfang der Eignungsleihe begrenzt werden.

6.6. Festlegungen in der Auftragsbekanntmachung beziehungsweise den Vergabeunterlagen im Überblick

Folgende Festlegungen sollten für gemeinschaftliche Bewerber oder Bieter in der Auftragsbekanntmachung beziehungsweise den Vergabeunterlagen getroffen werden. Soweit etwaige Bedingungen oder etwaige Regelungen aufgeführt sind, ist vom Auftraggeber zu entscheiden, ob diese sinnvoll beziehungsweise erforderlich und – soweit erforderlich – begründbar sind:

Nr.	Stichwort	Regelungsaspekt	Unterlage*
A.	Allgemeine Regelungen für gemeinschaftliche Bieter		
(1)	Erfüllung der Eignungskriterien	Etwaige Bedingungen, wie Gruppen von Unternehmen die Eignungskriterien zu erfüllen haben	AB, BB
(2)	Auftragsausführung	Etwaige Bedingungen, wie Gruppen von Unternehmen den Auftrag auszuführen haben	AB, BB

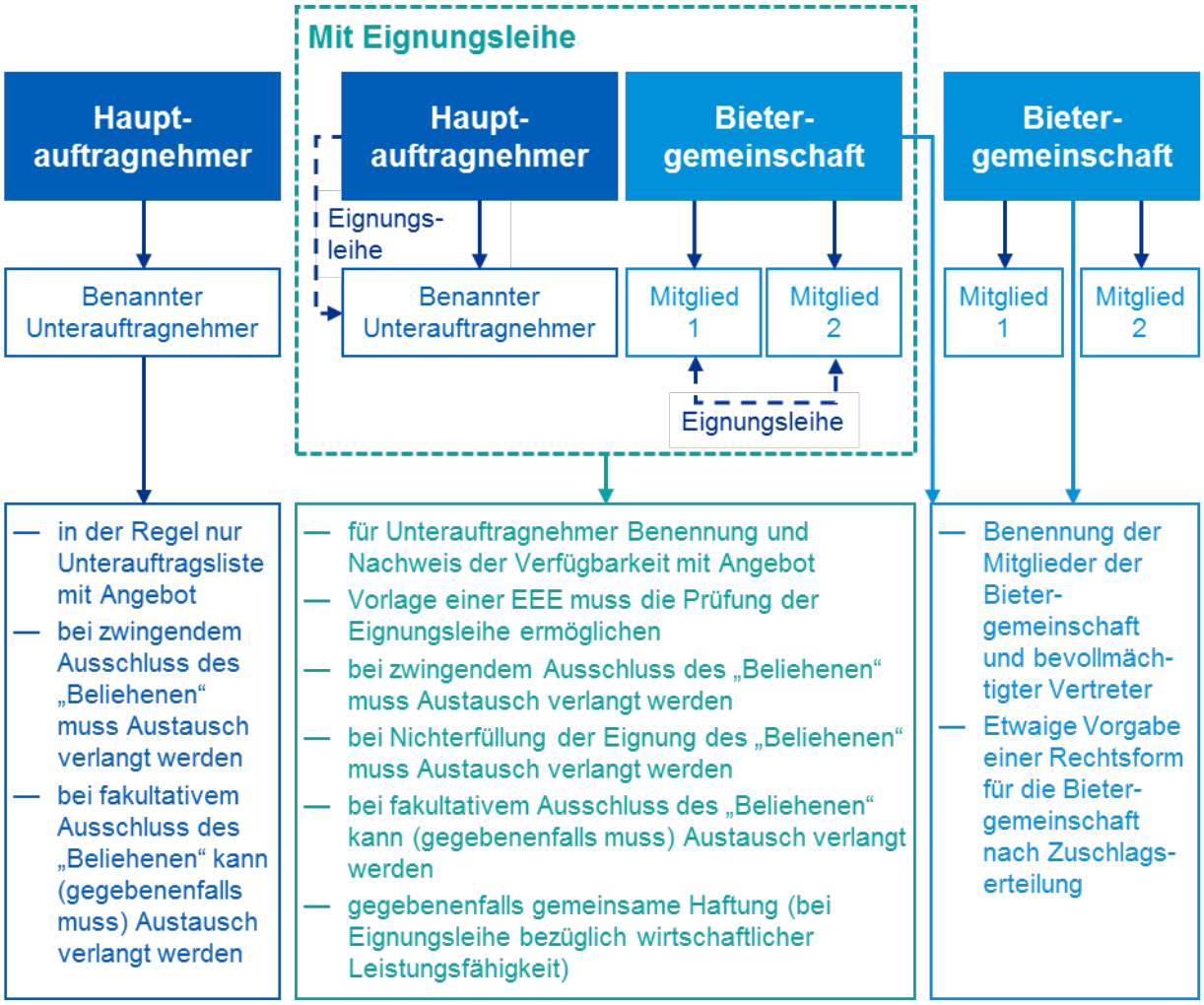
Nr.	Stichwort	Regelungsaspekt	Unterlage*
(3)	Selbstausführung	Etwaige Regelungen, dass bestimmte kritische Aufgaben / Installationsarbeiten durch Hauptauftragnehmer oder bestimmte Mitglieder der Bietergemeinschaft durchzuführen sind	AB, BB
B.	Regelungen für Unterauftragnehmerschaft		
(1)	Unterauftragsliste	Liste der Teile des Auftrages, die als Unterauftrag an Dritte vergeben werden sollen	BB
(2)	Unterauftragnehmer	Regelung, dass Unterauftragnehmer im Angebot zu benennen sind, falls dies zumutbar ist	BB
(3)	Unterauftragnehmer	Regelung, dass Unterauftragnehmer vor dem Zuschlag auf Anforderung zu benennen sind	BB
(4)	Mittelbereitstellung	Regelung, dass vor Zuschlag die Mittelbereitstellung durch Unterauftragnehmer nachzuweisen ist	BB
(5)	Eignungsnachweise	Regelung, dass etwaige Eignungsnachweise für Unterauftragnehmer auf Anforderung vor dem Zuschlag beizubringen sind	AB, BB
(6)	Ausschlussgründe	Klarstellung, dass fakultative / zwingende Ausschlussgründe für die gesamte Unterauftragnehmerkette gelten	AB, BB
(7)	Austausch bei zwingendem Ausschluss	Regelung, dass Unterauftragnehmer bei zwingenden Ausschlussgründen auf Anforderung auszutauschen ist	BB
(8)	Austausch bei fakultativem Ausschluss	Etwaige Regelung, dass Unterauftragnehmer bei fakultativen Ausschlussgründen auf Anforderung auszutauschen ist	BB
(9)	Ausführungsbedingungen	Klarstellung, dass etwaige Ausführungs-bedingungen (zum Beispiel sozialer Art) für gesamte Unterauftragnehmerkette gelten	BB, VE
(10)	Kontaktdaten	Bei Dienstleistungen unter Aufsicht: Vorgaben zu Namen und Kontaktdaten bezüglich der gesetzlichen Vertreter der Unterauftragnehmer (im Übrigen bei Bedarf festzulegen)	BB, VE
(11)	Geltung der Preisverordnung	Etwaige Vorgaben bezüglich Anwendbarkeit der Preisverordnung für gesamte Unterauftragnehmerkette	BB, VE
C.	Regelungen für Unterauftragnehmerschaft verbunden mit Eignungsleihe		
(1)	Mittelbereitstellung	Regelung, dass Mittelbereitstellung durch Unterauftragnehmer mit Angebot nachzuweisen ist	BB

Nr.	Stichwort	Regelungsaspekt	Unterlage*
(2)	Austausch bei Nichterfüllung der Eignung	Regelung, dass Unterauftragnehmer bei Nichterfüllung der Eignung auf Anforderung auszutauschen ist	AB, BB
(3)	Berufliche Befähigung / Erfahrung	Hinweis, dass Eignungsleihe bezüglich beruflicher Leistungsfähigkeit wie Ausbildungs- und Befähigungsnachweise oder die berufliche Erfahrung den Unterauftragnehmer bindet	BB
(4)	EEE	Vorlage einer EEE muss die Prüfung der Eignungsleihe ermöglichen	BB
(5)	Gemeinsame Haftung	Etwaige gemeinsame Haftung des Bieters und des Unterauftragnehmers	BB
D.	Regelungen für Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaften		
(1)	Zusammensetzung	Benennung der Mitglieder der Bietergemeinschaften und bevollmächtigter Vertreter	BB
(2)	Rechtsform	Etwaige Vorgabe einer Rechtsform für die Bietergemeinschaft nach Zuschlagserteilung	BB
(3)	Kartellrechtliche Zulässigkeit	Etwaiger Hinweis bezüglich kartellrechtlicher Zulässigkeit der Bietergemeinschaft	BB
(4)	Parallelangebote	Etwaiger Hinweis bezüglich der Zulässigkeit von Parallelangeboten beziehungsweise Doppelbeteiligungen	BB
E.	Regelungen für Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaften verbunden mit Eignungsleihe		
(1)	Austausch bei zwingendem Ausschluss	Regelung, dass Mitglied der Bietergemeinschaft bei zwingenden Ausschlussgründen auf Anforderung auszutauschen ist	BB
(2)	Austausch bei fakultativem Ausschluss	Etwaige Regelung, dass Mitglied der Bietergemeinschaft bei fakultativen Ausschlussgründen auf Anforderung auszutauschen ist	BB
(3)	EEE	Vorlage einer EEE muss die Prüfung der Eignungsleihe ermöglichen	BB
(4)	Berufliche Befähigung / Erfahrung	Hinweis, dass Eignungsleihe bezüglich beruflicher Leistungsfähigkeit wie Ausbildungs- und Befähigungsnachweise oder die berufliche Erfahrung das Mitglied der Bietergemeinschaft bindet	BB

Nr.	Stichwort	Regelungsaspekt	Unterlage*
(5)	Gemeinsame Haftung	Etwaige gemeinsame Haftung der Mitglieder der Bietergemeinschaft	BB

* AB = Auftragsbekanntmachung, BB = Bewerbungsbedingungen, VE = Vertragsunterlagen

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick zu wesentlichen Festlegungen hinsichtlich der Bieterkonstellationen und der Eignungsleihe:



6.7. Eignungsprüfung bei gemeinschaftlichen Bietern

Hinsichtlich der Eignungsprüfung gibt es einige Besonderheiten, die nachfolgend aufgegriffen werden.

6.7.1. *Eignungsprüfung bei der Einbindung von Unterauftragnehmern beziehungsweise bei der Eignungsleihe*

Im Rahmen der Eignungsprüfung sind bei der Einbindung von Unterauftragnehmern beziehungsweise im Hinblick auf eine Eignungsleihe folgende Aspekte zu berücksichtigen:

- Eine Unterauftragsvergabe kommt für Leistungsteile nicht in Betracht, für die der Auftraggeber eine Selbstausführung durch den Bieter verlangt.
- In jedem Fall ist das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen für die gesamte Unterauftragnehmerkette beziehungsweise das Unternehmen, welches per Eignungsleihe Kapazitäten bereitstellt, zu prüfen. Bei Unterauftragnehmern – ohne Eignungsleihe – können diesbezügliche Unterlagen erst vor dem Zuschlag von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, verlangt werden.
- Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe muss der Auftraggeber vom Bieter die Ersetzung des Unterauftragnehmers – regelmäßig innerhalb einer Frist – verlangen. Ist dem Bewerber oder Bieter ein Wechsel des Unterauftragnehmers innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird der Teilnahmeantrag beziehungsweise das Angebot ausgeschlossen.
- Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe beim Unterauftragnehmer kann – beziehungsweise muss bei diesbezüglicher Festlegung in den Bewerbungsbedingungen – der Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird, wobei hierfür eine Frist gesetzt werden sollte. Ist dem Bewerber oder Bieter ein Wechsel des Unterauftragnehmers innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird der Teilnahmeantrag beziehungsweise das Angebot ausgeschlossen.
- Im Rahmen der Eignungsleihe kann der Auftraggeber die Kapazitäten des anderen Unternehmens nur berücksichtigen, wenn der Bieter nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden.
- Die Eignungsleihe kann sich nur auf folgende Aspekte der Eignung beziehen:
  - Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie
  - Technische und berufliche Leistungsfähigkeit.
  - Eine Überwindung von zwingenden oder fakultativen Ausschlussgründen (nach §§ 123, 124 GWB) ist im Wege der Eignungsleihe nicht möglich.

  Bei einer Eignungsleihe bezüglich Studien- und Ausbildungsnachweisen sowie Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung für die Inhaberin, den Inhaber oder die Führungskräfte des Unternehmens muss vom Bieter – ausnahmsweise – bereits in den Vergabeunterlagen verlangt werden, dass er das betreffende andere Unternehmen auch tatsächlich zur Leistungserbringung einsetzt.
- Etwaige spezifische Bedingungen, wie Gruppen von Unternehmen die Eignungskriterien zu erfüllen haben, sind bei der Eignungsprüfung zu berücksichtigen.

6.7.2. *Eignungsprüfung bei Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaften*

Im Rahmen der Eignungsprüfung sind bei Bewerber- beziehungsweise Bietergemeinschaften folgende Aspekte zu berücksichtigen:

- Eine Verteilung von Leistungen auf mehrere Mitglieder einer Bietergemeinschaft kommt für Leistungsteile nicht in Betracht, für die der Auftraggeber eine Selbstausführung durch ein bestimmtes Mitglied der Bietergemeinschaft verlangt.
- Der Auftraggeber hat zu prüfen, dass Bietergemeinschaften in der Interessensbestätigung, im Teilnahmeantrag oder im Angebot jeweils die Mitglieder und eines ihrer Mitglieder als bevollmächtigten Vertreter für den Abschluss und die Durchführung des Vertrages benannt haben. Sofern eine dieser Angaben fehlt, so ist sie auf entsprechende Anforderung des Auftraggebers vor der Zuschlagserteilung beizubringen.
- In jedem Fall ist das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen für alle Mitglieder der Bietergemeinschaft zu prüfen.
- Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe bei einem Mitglied der Bietergemeinschaft muss der Auftraggeber von der Bietergemeinschaft die Ersetzung dieses Mitglieds der Bietergemeinschaft – regelmäßig innerhalb einer Frist – verlangen.

  Ist der Bietergemeinschaft ein Wechsel des Mitglieds der Bietergemeinschaft innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird der Teilnahmeantrag beziehungsweise das Angebot ausgeschlossen.
- Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe bei einem Mitglied der Bietergemeinschaft kann – beziehungsweise muss bei diesbezüglicher Festlegung in den Bewerbungsbedingungen – der Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird, wobei hierfür eine Frist gesetzt werden sollte. Ist bei einer Bietergemeinschaft ein Wechsel des Mitglieds der Bietergemeinschaft innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird der Teilnahmeantrag beziehungsweise das Angebot ausgeschlossen.
- Die Eignungsleihe kann sich im gegenseitigen Verhältnis der Mitglieder der Bietergemeinschaft untereinander auf folgende Aspekte der Eignung beziehen:
  - Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
  - Technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

  Eine Überwindung von zwingenden oder fakultativen Ausschlussgründen (nach §§ 123, 124 GWB) ist im Wege der Eignungsleihe aber nicht möglich.
- Auch eine Bietergemeinschaft oder Mitglieder der Bietergemeinschaft können ihrerseits im Wege der Eignungsleihe auf die Kapazitäten weiterer Drittunternehmen zugreifen.
- Etwaige spezifische Bedingungen, wie Gruppen von Unternehmen die Eignungskriterien zu erfüllen haben, sind bei der Eignungsprüfung zu berücksichtigen.

7. Nachforderungen

7.1. Kurze Einführung

Auftraggeber haben gemäß § 56 Abs. 2, 3 VgV beziehungsweise § 41 Abs. 2, 3 UVgO die Möglichkeit, im Rahmen von Vergabeverfahren von Bewerbern oder Bietern fehlende oder unvollständige Unterlagen nachzufordern und auf diesem Weg nachreichen oder vervollständigen zu lassen. Dabei sind die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung zu wahren, also insbesondere alle Bewerber beziehungsweise Bieter hinsichtlich der Nachforderung von Unterlagen jeweils gleich zu behandeln.

Ein Auftraggeber kann auf diese Nachforderungsmöglichkeit auch verzichten, indem er in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festlegt, dass er keine Unterlagen nachfordern wird.

Im Hinblick auf den Gegenstand der Nachforderung und der eigentlichen Spielräume bei den Nachforderungsmöglichkeiten muss der Auftraggeber eine differenzierte Betrachtung und stets eine konkrete Einzelfallprüfung vornehmen. Regelmäßig besteht aber keine Nachforderungspflicht für den öffentlichen Auftraggeber. Nur ausnahmsweise kann eine solche Nachforderungspflicht bestehen, wenn das Ermessen des Auftraggebers auf null reduziert ist (zum Beispiel wenn ohne Nachforderung gar kein zuschlagsreifes Angebot vorliegt). Die Entscheidung über die Nachforderung (oder auch über eine nicht erfolgende Nachforderung) und das Ergebnis der Nachforderung müssen in der Vergabeakte dokumentiert werden.

Die Nachforderungsregelungen für europaweite Vergabeverfahren sind mit denen für nationale Vergabeverfahren nach UVgO weitestgehend identisch.

Nachforderungsmöglichkeiten bestehen für Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote.

Hinweis zu Abweichungen bei nationalen Vergabeverfahren:

Nachforderungsmöglichkeiten sind bei nationalen Vergabeverfahren für Teilnahmeanträge und Angebote vorgesehen, aber nicht für Interessensbestätigungen, weil Interessen(s)bekundungsverfahren im nationalen Bereich gar nicht Gegenstand der UVgO sind.

7.2. Nachforderungsfähige Unterlagen

Auch wenn in den betreffenden Normen primär von „Unterlagen“ die Rede ist, so sind davon auch Angaben und Erklärungen umfasst. Diese Begriffe sind allesamt weit auszulegen, sodass letztlich alle Angaben und Unterlagen abgedeckt werden, deren Einreichung der Auftraggeber von Bewerbern oder Bietern verlangt, einschließlich etwaiger Muster und Proben.

7.3. Differenzierung nachzufordernder Unterlagen nach Eignung und Leistung

Zum Grundverständnis der Möglichkeiten, Unterlagen nachzufordern, ist es notwendig, zunächst hinsichtlich nachforderungsfähiger Unterlagen wie folgt zu differenzieren:

(1) Unternehmensbezogene Unterlagen (die Eignung betreffend) mit umfassenden Möglichkeiten zur Nachforderung

(2) Leistungsbezogene Unterlagen (also das Leistungs- und Preisangebot)

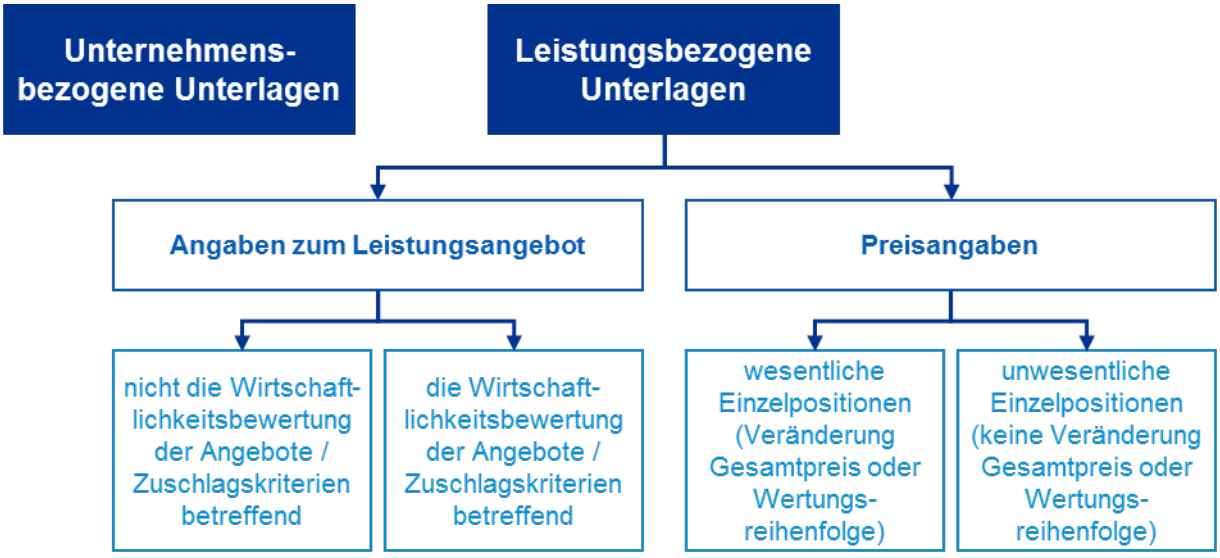
- Leistungsbezogene Unterlagen, die nicht die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, mit eingeschränkten Möglichkeiten zur Nachforderung
- Preisangaben, soweit es sich um unwesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen, mit eingeschränkten Möglichkeiten zur Nachforderung

Demgegenüber sind folgende Unterlagen zu differenzieren, hinsichtlich welcher gar keine Möglichkeit der Nachforderung besteht:

Leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen (außer Preisangaben)

Preisangaben, soweit es sich um wesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb beeinflussen

Nachfolgende Übersicht zeigt einen Überblick zur Differenzierung nachzufordernder Unterlagen nach Eignung und Leistung:



Die Voraussetzungen und Möglichkeiten der Nachforderung werden nachfolgend jeweils für unternehmensbezogene und leistungsbezogene Unterlagen näher dargestellt.

7.4. Nachforderung unternehmensbezogener Unterlagen

Zu den nachforderungsfähigen unternehmensbezogenen Unterlagen gehören insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise, die die Eignung des Unternehmens betreffen. Eine Nachforderung kommt in Betracht, wenn solche Unterlagen

- fehlen,
- unvollständig oder
- fehlerhaft sind.

Der Auftraggeber kann bezüglich solcher lückenhafter Unterlagen den Bewerber oder Bieter auffordern, diese

- nachzureichen,
- zu vervollständigen oder
- zu korrigieren.

Damit ist ein sehr weiter Bereich für Nachforderungen eröffnet. Es können etwa vollständig fehlende Unterlagen angefordert werden (zum Beispiel die Vorlage von angeforderten Referenzunterlagen, die nicht eingereicht wurden). Als fehlende Unterlagen sind auch solche Unterlagen zu betrachten, die unterzeichnet einzureichen sind, welche aber ohne Unterschrift vorgelegt werden.

Weiterhin können unvollständige Unterlagen zur Eignung nachgefordert werden, so etwa, wenn eine Unterlage, in welcher Ankreuzfelder auszuwählen sind, ohne gesetzte Kreuze, eingereicht wird oder wenn zu Referenzangaben die geforderte Nennung eines Ansprechpartners des Referenzauftraggebers fehlt. Angaben zu solchen eignungsbezogenen Unterlagen, die zwar nicht komplett fehlen, aber eben unvollständig sind, dürfen ebenfalls nachgefordert werden.

Schließlich können im Wege der Nachforderung auch fehlerhafte Unterlagen zur Eignung korrigiert werden, beispielsweise wenn anstatt der zu einem Referenzprojekt geforderten Angabe eines Projektumsatzes in Euro die Angabe von aufgewendeten Personentagen erfolgt. Hier kann dem Bieter Gelegenheit gegeben werden, eine korrigierte Unterlage mit der Angabe des Projektumsatzes in Euro nachzureichen.

Die Möglichkeiten der Nachforderung bezüglich unternehmensbezogener Unterlagen zur Eignung sind somit sehr flexibel und weitgehend.

Grenzen bestehen hier jedoch insoweit, als die Nachforderung nicht zu einer materiellen, das heißt inhaltlichen Verbesserung von bereits geprüften beziehungsweise bewerteten Unterlagen führen darf (so darf etwa nicht gefordert werden, dass anstatt bereits bewerteter schlechter – und gegebenenfalls lückenhafter – Referenzen bessere Referenzen vorgelegt werden).

7.5. Nachforderung leistungsbezogener Unterlagen

Für eine Nachforderung leistungsbezogener Unterlagen bestehen eng gesteckte Rahmenbedingungen, die im Folgenden erläutert werden.

Zu den nachforderungsfähigen leistungsbezogenen Unterlagen, gehören – mit Ausnahme von Preisangaben, siehe dazu Kapitel F.7.6. – nur solche, die nicht die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen. Dies können beispielsweise ergänzend angeforderte Produktblätter zu Hardwareprodukten sein. Nicht darunter fallen jedoch alle Angaben, die Grundlage der Bewertung der Leistung bilden, also etwa alle Antworten auf Bewertungskriterien eines Kriterienkataloges.

Eine Nachforderung nicht bewertungsrelevanter leistungsbezogener Unterlagen kommt nur in Betracht, wenn solche Unterlagen

- fehlen oder
- unvollständig sind.

Der Auftraggeber kann bezüglich solcher lückenhafter Unterlagen den Bewerber oder Bieter auffordern, diese

- nachzureichen oder
- zu vervollständigen.

Anders als bei den unternehmensbezogenen Unterlagen beziehungsweise Angaben ist eine Korrektur fehlerhafter Unterlagen beziehungsweise Angaben hier nicht umfasst. Insoweit sind die Nachforderungsmöglichkeiten bezüglich nicht bewertungsrelevanter leistungsbezogener Unterlagen eingeschränkt.

Im Ergebnis können beispielsweise – zum Nachweis der Einhaltung von bestimmten technischen Normen – geforderte Herstellerbescheinigungen, Schnittstellenbeschreibungen oder auch eine Erklärung zu Schutzrechten bezüglich der angebotenen Produkte, die nicht oder nicht vollständig eingereicht wurden, nachgefordert werden, solange diese nicht Gegenstand der Leistungsbewertung sind.

7.6. Nachforderung von Preisangaben

Preisangaben sind zwar leistungsbezogene Unterlagen, die in der Regel die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen und damit grundsätzlich nicht nachforderungsfähig erscheinen. Ausnahmsweise ist aber eine Nachforderung von Preisangaben gestattet, soweit es sich um unwesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinflussen.

Eine Nachforderung von Preisangaben ist somit unter den zwei Voraussetzungen gestattet, dass es sich

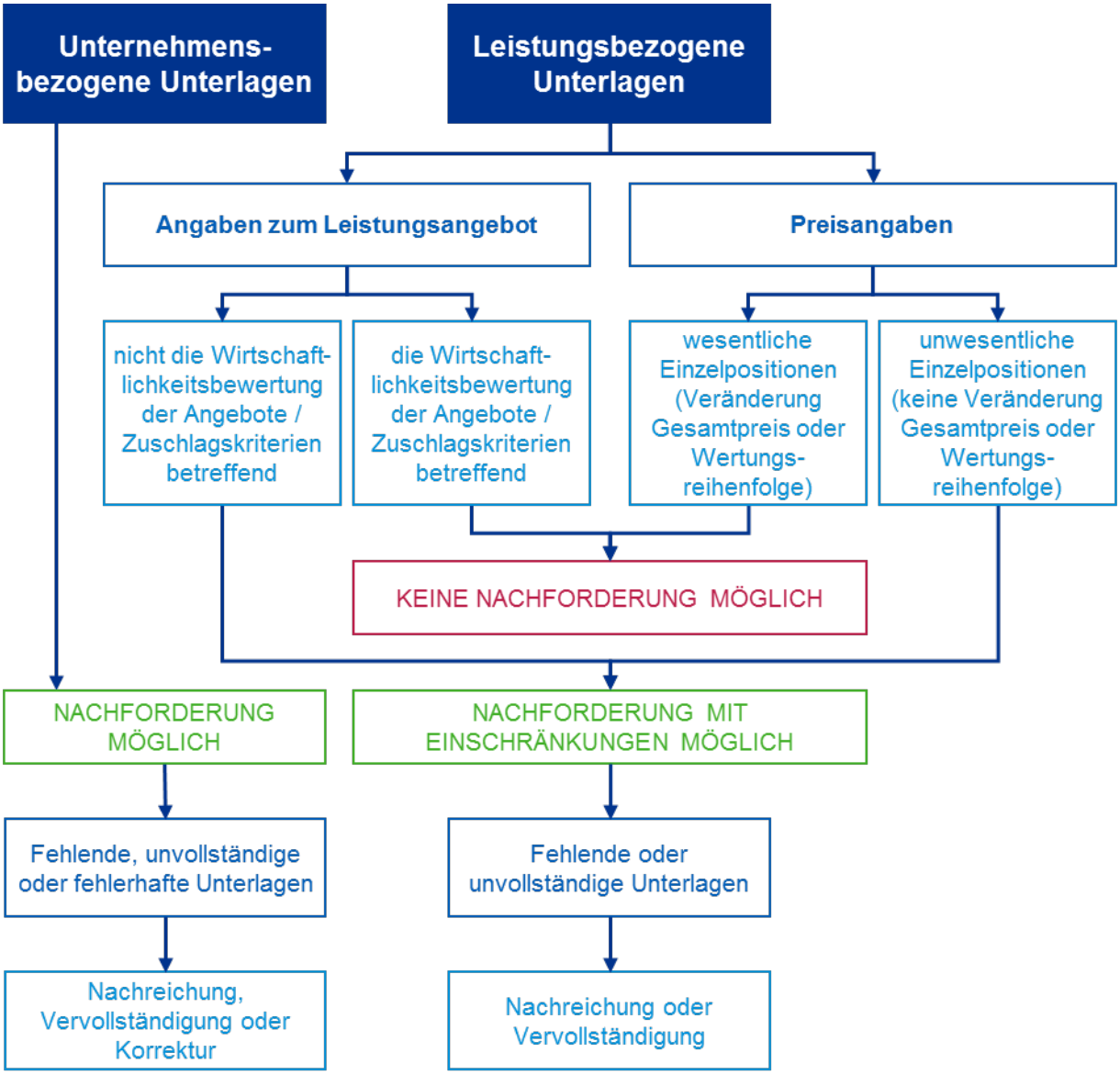
(1) um unwesentliche Einzelpositionen handelt,

(2) deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern (a) oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinflussen (b).

Die Feststellung des Vorliegens dieser Voraussetzungen bedarf einer sorgfältigen Einzelfallprüfung. Es kommt dabei insbesondere darauf an, welchen Anteil eine einzelne Preisposition im Verhältnis zum Gesamtpreis einnimmt. Dabei muss natürlich auch eine fundierte Prognose hinsichtlich der zu

erwartenden Höhe des Preises erfolgen. Die Entscheidung ist belastbar in der Vergabeakte zu begründen.

Die beschriebenen Nachforderungsmöglichkeiten werden in nachfolgender Graphik in der Übersicht dargestellt.



7.7. Umfang der Nachforderung

Da der Auftraggeber keinen Zuschlag auf ein unvollständiges Angebot erteilen darf, muss er für den Fall einer Nachforderung auch sämtliche fehlende beziehungsweise unvollständige (sowie bezüglich der Eignung fehlerhafte) Unterlagen nachfordern. Andernfalls wären auch nach erfolgreicher Nachforderung nach wie vor lückenhafte – und nicht zuschlagsreife - Angebote zu verzeichnen.

Aus Gründen der Gleichbehandlung muss für alle Bieter und Bewerber der gleiche Maßstab hinsichtlich der Nachforderung angelegt werden.

7.8. Nachforderung mit Fristsetzung

Sofern Unterlagen nachgefordert werden sollen, setzt der Auftraggeber den Bewerbern oder Bietern mit dem Nachforderungsschreiben eine angemessene Frist zur Nachreichung der Unterlagen. Diese Frist muss nach dem Kalender bestimmt werden, sodass eine Fristangabe wie etwa „innerhalb von sieben Tagen“ nicht ausreicht. Welche Frist angemessen ist, ist im Einzelfall zu prüfen und festzulegen. Abhängig ist dies insbesondere von dem Umstand, wie einfach oder kompliziert für die Bewerber beziehungsweise Bieter die Beibringung der Erklärungen beziehungsweise Unterlagen sein wird. Ein Orientierungspunkt kann die im Baubereich geltende Nachforderungsfrist von sechs Tagen sein. Aus Gründen der Gleichbehandlung muss für alle Bieter und Bewerber die gleiche Frist festgelegt werden.

Legt ein Bieter (oder Bewerber) nach Ablauf der Frist nicht alle nachgeforderten Unterlagen vollständig und fehlerfrei vor, so ist das Angebot des Bieters (oder der Teilnahmeantrag des Bewerbers) nach § 57 Abs. 1 VgV beziehungsweise nach § 42 Abs. 1 UVgO zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen. Eine Fristverlängerung oder eine erneute Nachforderung sieht das Vergaberecht nicht vor.

7.9. Adressaten der Nachforderung

Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, Unterlagen von allen Bewerbern oder Bietern anzufordern. Vielmehr kann er die Nachforderung auf Bewerber oder Bieter beschränken, die in die engere Wahl kommen. Dabei sollte der Kreis der Adressaten aber nicht zu klein geschnitten werden. Fehlen beispielsweise bei allen drei Bietern, die hinsichtlich der Wertung des wirtschaftlichsten Angebotes auf den Rängen 1 bis 3 liegen, geforderte Unterlagen, so sind diese von allen drei Unternehmen (also etwa nicht nur von den Bietern auf den Rängen 1 und 2) nachzufordern. Scheitert nämlich die Nachforderung bei den Bietern auf den Rängen 1 und 2, so wäre der Bieter auf Rang 3 der Zuschlagskandidat, weshalb auch gegenüber diesem die Unterlagennachforderung erfolgen sollte.

7.10. Entscheidung über die Nachforderung

Zur Entscheidung über die Nachforderung muss zunächst der Sachverhalt klar ermittelt und unter die Norm (§ 56 Abs. 2, 3 VgV beziehungsweise § 41 Abs. 2, 3 UVgO) subsumiert werden, also zum Beispiel die Frage geklärt sein, ob eine Unterlage eine unternehmensbezogene oder eine leistungsbezogene Unterlage ist. Auch die Fragestellung, ob eine unwesentliche oder eine wesentliche Einzelposition vorliegt, obliegt der Beurteilung des Auftraggebers im Rahmen der Anwendung der Normen.

Steht fest, dass eine Nachforderung möglich ist, so liegt die Frage, ob nachgefordert wird oder nicht, im Ermessen des Auftraggebers. Der Auftraggeber muss daher eine Abwägung der Interessen des Auftraggebers (insbesondere zügige Abwicklung des Verfahrens) mit Interessen der Bieter (insbesondere das Interesse, etwaiger kleine Fehler aufwendiger Angebote beheben zu dürfen) vornehmen.

Die Ermessensausübung und somit die Interessensabwägung ist in jedem Fall zu dokumentieren. Insbesondere ist es nicht zulässig, von einer Nachforderung abzusehen, ohne dafür Gründe in der Vergabeakte auszuführen.

7.11. Abgrenzungsfragen

Die Nachforderung gemäß § 56 Abs. 2, 3 VgV beziehungsweise § 41 Abs. 2, 3 UVgO ist abzugrenzen von folgenden anderen Nachforderungsmaßnahmen:

- Sofern sich der Auftraggeber zulässigerweise die Nachforderung bestimmter Unterlagen vorbehält, kann er mit Bezug auf diese Regelung die entsprechende Nachforderung durchführen.
- Hat ein Bewerber oder Bieter seine Eignung zunächst nur mit der Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) vorläufig belegt, so kann der Auftraggeber während des Verfahrens auffordern, sämtliche oder einen Teil der nach den §§ 44 bis 49 VgV geforderten Unterlagen beizubringen, wenn dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist; spätestens vor der Zuschlagserteilung muss der Auftraggeber den betreffenden Bieter auffordern, die geforderten Unterlagen beizubringen.

Daneben ist die Nachforderung gemäß § 56 Abs. 2, 3 VgV beziehungsweise § 41 Abs. 2, 3 UVgO abzugrenzen zu folgenden anderen Heilungsmöglichkeiten:

- Aufklärung nach § 15 Abs. 5 VgV beziehungsweise § 9 UVgO über das Angebot oder die Eignung im Offenen Verfahren beziehungsweise bei der Öffentlichen Ausschreibung
- Aufklärung nach § 60 Abs. 1 VgV beziehungsweise § 44 Abs. 1 UVgO über ungewöhnlich niedrige Angebote

Gerade gegenüber der Aufklärung über das Angebot oder die Eignung kann es Abgrenzungsprobleme geben. Liegen etwa widersprüchliche Angaben zur Eignung vor, so wäre denkbar, diese Unklarheit entweder aufzuklären oder durch eine korrigierte Unterlage, die nachgefordert wird, zu bereinigen.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass im Rahmen der Aufklärung über das Angebot oder die Eignung im Offenen Verfahren beziehungsweise bei der Öffentlichen Ausschreibung nach § 15 Abs. 5 VgV beziehungsweise § 9 UVgO keine Möglichkeit besteht, dass der Bewerber oder Bieter das Angebot ändert. Im Rahmen der Nachforderung von unternehmensbezogenen Unterlagen zur Eignung ist eine solche Änderung aber durchaus zulässig.

Daher muss sorgfältig geprüft werden, ob im Einzelfall eine Nachforderung oder eine Aufklärung das adäquate Mittel ist, ein widersprüchliches Angebot zuschlagsreif zu machen. Zu beachten ist auch, dass eine Aufklärung nicht ohne weiteres in eine Nachforderung umgedeutet werden kann und umgekehrt.

7.12. Keine Möglichkeit der Nachforderung

Zusammenfassend dargestellt besteht insbesondere in folgenden Konstellationen keine Möglichkeit der Nachforderung gemäß § 56 Abs. 2, 3 VgV beziehungsweise § 41 Abs. 2, 3 UVgO:

- In der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ist die Nachforderung ausgeschlossen worden.
- Die Nachforderung von Unterlagen, deren Anforderung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen bereits nicht wirksam erfolgte (zum Beispiel Unterlagen als Beleg der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit, die nicht von § 46 Abs. 3 VgV abgedeckt sind); hier wären korrigierende Maßnahmen notwendig (Rückversetzung des Verfahrens).

- Die betreffende Interessensbestätigung, der Teilnahmeantrag beziehungsweise das Angebot ist bereits gemäß § 57 Abs. 1 VgV beziehungsweise nach § 42 Abs. 1 UVgO zwingend auszuschließen.
- Es handelt sich um Unterlagen, die erstmalig angefordert werden sollen, die also nicht bereits mit der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen – auch nicht unter Vorbehalt – angefordert worden sind; eine solche Anforderung kann nicht mit § 56 Abs. 2, 3 VgV beziehungsweise § 41 Abs. 2, 3 UVgO – in der Regel auch nicht andersartig - begründet werden.
- Fehlende Unterlagen einer Interessensbestätigung oder eines Teilnahmeantrages sollen nachgefordert werden, nachdem die Phase der Prüfung der Interessensbestätigung oder des Teilnahmeantrages bereits abgeschlossen ist (also etwa, um aufgrund einer geringen Anzahl an Angeboten ehemals ausgeschiedene Bewerber wieder in das Verfahren hinein zu holen).

Eine Möglichkeit der Nachforderung nach anderen Normen als § 56 Abs. 2, 3 VgV beziehungsweise § 41 Abs. 2, 3 UVgO besteht in folgenden Fällen:

- Es handelt sich um einen Aufklärungstatbestand nach § 15 Abs. 5 VgV beziehungsweise § 9 UVgO (Aufklärung über Angebote oder Eignung im Offenen Verfahren beziehungsweise bei der Öffentlichen Ausschreibung).
- Es liegt ein Aufklärungstatbestand nach § 60 Abs. 1 VgV beziehungsweise § 44 Abs. 1 UVgO vor (Aufklärung über ungewöhnlich niedrige Angebote).
- Im Falle der Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) kann nach § 50 Abs. 2 VgV die Beibringung der gemäß §§ 44 bis 49 VgV geforderten Unterlagen verlangt werden, wenn dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist.

8. Beispielhafter Ablauf einer Verhandlungsrunde

Dem Verhandlungsverfahren kommt bei IT-Beschaffungen in der Praxis besondere Bedeutung zu. In diesem Kapitel wird das Vorgehen bei der Vorbereitung, Durchführung und Nachbereitung einer Verhandlungsrunde anhand der Darstellung eines beispielhaften Ablaufs einer Verhandlungsrunde vertieft. Die Ausführungen lassen sich auf Verhandlungsrunden im Rahmen einer Verhandlungsvergabe, einer Innovationspartnerschaft und auf Dialoge bei einem wettbewerblichen Dialog entsprechend übertragen.

Innerhalb eines Verhandlungsverfahrens kann es zu einer oder mehreren Verhandlungsrunden kommen. Eine Verhandlungsrunde besteht aus mehreren Verhandlungsgesprächen mit jeweils verschiedenen Bietern. Zum Abschluss einer Verhandlungsrunde werden regelmäßig entweder Folgeangebote eingeholt und / oder Verhandlungsergebnisse verbindlich schriftlich fixiert. Die Verhandlungen sollen so lange geführt werden, bis die letzte Verhandlungsrunde zur Abgabe zuschlagsreifer Angebote geführt hat. Darauf erfolgt eine letzte schriftliche Angebotsaufforderung als so genannter „last call“ mit einer Angebotsfrist zur Einreichung des endgültigen Angebotes („best and final offer“ – BAFO).

Ein beispielhafter Ablauf einer Verhandlungsrunde in einem komplexeren Verhandlungsverfahren mit einer so genannten Abschichtung von Angeboten ist nachfolgend dargestellt.

8.1. Vorbereitung der Verhandlungsrunde

Bereits bei der Planung des gesamten Verhandlungsverfahrens sollten alle Verhandlungsrunden geplant und Verhandlungsthemen priorisiert werden. Im Idealfall werden den Bietern bereits mit den Bewerbungsbedingungen die voraussichtlichen Zeiträume der Verhandlungsrunden mitgeteilt. Dabei sollte darauf hingewiesen werden, dass es sich um eine Planung handelt, die konkretisiert und modifiziert werden kann.

Sinnvoll ist es stets, bereits mit dem Erstangebot Verhandlungsvorschläge zu den Anforderungen des Auftragsgebers (zum Beispiel zu einzelnen Kriterien des Kriterienkataloges) bei den Bietern anzufragen. Diese sollten strukturiert eingereicht werden. Es empfiehlt sich, eine Vorlage zu verwenden (zum Beispiel gegliedert nach „Gegenstand des Verhandlungsvorschlages“, „Referenz in den Vergabeunterlagen“, „Inhalt des Verhandlungsvorschlages“, „Darstellung des Änderungsbedarfes in den Vergabeunterlagen“, „Einsparpotenzial in Euro“). Die Bieter sollten darauf hingewiesen werden, dass kein Anspruch auf ein Aufgreifen und eine Annahme von Verhandlungsvorschlägen besteht. Der Auftraggeber sollte alle Mindestanforderungen, A-Kriterien sowie vertragliche Anforderungen in verhandelbare und nicht verhandelbare Anforderungen beziehungsweise Vorgaben aufteilen und diese Informationen in die Vergabeunterlagen aufnehmen. In diesem Zusammenhang hat der Auftraggeber zu beachten, dass grundsätzlich über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden darf mit Ausnahme der vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien (§ 17 Abs. 10 S. 2 VgV, § 12 Abs. 4 S. 1 UVgO). Um die Flexibilität für die Verhandlungen zu wahren, sollte der Auftraggeber daher mit der Festlegung von Mindestanforderungen zurückhaltend sein und grundsätzlich nur alternativlose Leistungsanforderungen und Funktionalitäten als Mindestanforderung im Sinne von der vorgenannten Vorschriften festlegen.

Vor jeder Verhandlungsrunde werden eingegangene Angebote geprüft und ausgewertet. Eine solche Prüfung kann entfallen, wenn lediglich Zwischenergebnisse beziehungsweise Konsolidierungen von Verhandlungsergebnissen eingefordert werden. Sofern in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen eine Reduzierung von Bietern beziehungsweise Angeboten angekündigt ist, muss auf Grundlage der Angebote entschieden werden, ob das weitere Verfahren mit allen Bietern oder mit einem reduzierten Bieterkreis durchgeführt wird. Diese sogenannte Abschichtung erfolgt nach der Bewertung der Angebote anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien. Regelmäßig wird dazu auf Grundlage der Angebotswertung sowie des Verhandlungsstandes eine objektive Prognose hinsichtlich der Zuschlagschancen angestellt. Mit Bietern, bei denen keine Chance auf eine Zuschlagserteilung gesehen wird, werden die Verhandlungen nicht aufgenommen beziehungsweise nicht fortgesetzt. Diese Bieter sollten unter Angabe von Gründen darüber informiert werden, dass mit ihnen keine Verhandlungen durchgeführt beziehungsweise fortgeführt werden. Gleiches gilt für Bieter, deren Angebote aus formalen Gründen auszuschließen sind.

Es bietet sich an, zur Vorbereitung eines Verhandlungsgesprächs je Bieter eine Liste mit Aufklärungspunkten zu erstellen und gegebenenfalls zuvor an den jeweiligen Bieter zu versenden. Aufklärungspunkte sind vornehmlich Verständnisfragen zum Angebot und können regelmäßig schriftlich beantwortet werden.

Es sollte zur Vorbereitung eines Verhandlungsgesprächs je Bieter eine jeweils eigene Liste mit Verhandlungspunkten erstellt werden und gegebenenfalls zuvor an den jeweiligen Bieter versandt werden. Verhandlungspunkte sind Aspekte, hinsichtlich derer Änderungen und / oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen beziehungsweise an den Angebotsinhalten in Betracht kommen. Es empfiehlt sich hinsichtlich der Verhandlungseffizienz eine Priorisierung der Verhandlungspunkte.

Sofern Verhandlungsvorschläge vorliegen, sollte je Bieter eine Liste mit Stellungnahmen beziehungsweise Entscheidungen zu Verhandlungsvorschlägen erstellt werden und gegebenenfalls vor dem Verhandlungsgespräch an den einzelnen betroffenen Bieter versandt werden.

Für jedes Verhandlungsgespräch in einer Verhandlungsrunde sollte eine Agenda erstellt werden, die grundsätzlich für alle Bieter die gleichen Zeiten vorsieht. Da je Bieter allerdings unterschiedlicher Verhandlungsbedarf bestehen kann, sollte auch die Möglichkeit einer Abweichung von den vorgegebenen Zeiten vorgesehen und kommuniziert werden.

Beim Versand von Einladungen zu Verhandlungsgesprächen oder Informationen zum Verfahrensstand ist stets auf die Wahrung gleicher Fristen zu achten. Es ist von Fall zu Fall zu entscheiden, ob ein zeitversetzter Versand von Unterlagen erfolgen soll. Dies kann zum Beispiel erforderlich werden, wenn Verhandlungen mit je einem Bieter eine ganze Woche andauern und sich die Verhandlungsrunde daher über mehrere Wochen mit zeitversetzten Verhandlungsgesprächen erstreckt.

Es ist sinnvoll, die Größe des Verhandlungsteams auf Bieterseite mit einer Sollvorgabe der Maximalanzahl von Teilnehmenden zu begrenzen. Wenn dies erfolgen soll, so ist dies spätestens mit der Einladung mitzuteilen. Diese Begrenzung soll jedoch nicht zu einer Einschränkung der entscheidungsbefugten Teilnehmer führen.

Ein eventueller bieterinterner oder auftraggeberseitiger Diskussionsbedarf während des Verhandlungsgesprächs sollte durch eine entsprechende Raumplanung (Bereitstellung von Räumen zum Rückzug) berücksichtigt werden.

8.2. Durchführung der Verhandlungsrunde

Es können grundsätzlich zwei Strategien verfolgt werden: Entweder wird versucht, verbindliche Ergebnisse in einer Verhandlungsrunde zu erreichen und schriftlich zu fixieren oder es wird der Ansatz verfolgt, dass die Ergebnisse einer Verhandlungsrunde im Nachgang mittels Angebotsaufforderung und Folgeangebot aufgearbeitet werden.

Entsprechend der Agenda und den zeitlichen Vorgaben wird mit jedem Bieter ein Verhandlungsgespräch durchgeführt. Die zeitlichen Vorgaben aus der Agenda sind als Orientierungswerte zu verstehen, von denen je nach Verhandlungsbedarf abgewichen werden kann. Dies ist jedoch im Vorfeld anzukündigen.

Das Verhandlungsgespräch ist bezüglich des Ablaufs und der Ergebnisse für die Vergabeakte zu dokumentieren. Dabei sollte der Protokollführer nach Möglichkeit nicht in die Verhandlungen selbst eingebunden sein, um sicherzustellen, dass er sich voll und ganz auf die Protokollierung konzentrieren kann. Bei Bedarf gibt es auch die separate Rolle eines Moderators.

Es sollte eine Teilnehmerliste erstellt werden, in der sich jeder Teilnehmer einträgt und unterzeichnet. Die Protokollierung erfolgt regelmäßig für die Vergabeakte. Sofern Verhandlungsergebnisse im Protokoll festgehalten werden und vom Auftraggeber und Bieter jeweils gegengezeichnet werden sollen, ist das jeweilige Ergebnis laut zu diktieren und die Zustimmung des Bieters einzuholen (die Protokollführung mittels Visualisierung für alle Beteiligten, zum Beispiel per Beamer, bietet sich hierfür an). Das Ergebnisprotokoll ist an den jeweiligen Bieter zu übermitteln.

Während der Durchführung von Verhandlungsgesprächen ist in besonderem Maße auf die Wahrung der Gleichbehandlung zu achten. Dies betrifft insbesondere Fragen von Bieten und die Antworten darauf. Sofern beispielsweise in einem Verhandlungsgespräch einem Bieter weitergehende Informationen zum Leistungsgegenstand mitgeteilt werden, sind diese im Nachhinein aus Gründen der Gleichbehandlung auch allen anderen Bietern schriftlich mitzuteilen.

Am Ende einer Verhandlungsrunde werden jedem Bieter regelmäßig Informationen zum Verfahrensstand und ein Ausblick auf das weitere Vorgehen mitgeteilt. Bei den Informationen zum Verfahrensstand wird meist nur ein allgemeiner und unbestimmter Hinweis zur Einordnung des Angebotes im Preis- und Leistungsgefüge gegeben. Konkrete Informationen zur Rangfolge des Angebotes werden in der Regel nicht mitgeteilt, um den Wettbewerb nicht zu beeinträchtigen. Hinsichtlich jeglicher Informationen ist streng auf die Gleichbehandlung der Bieter bezüglich des Informationsgehalts zu achten.

8.3. Nachbereitung der Verhandlungsrunde

Als Nachbereitung muss regelmäßig eine Auswertung und Umsetzung der Verhandlungsergebnisse erfolgen. Die Verhandlungsergebnisse sowie etwaig neu entstandener Aufklärungsbedarf werden abschließend zusammengetragen. Dies führt gegebenenfalls zu einer Anpassung und Ergänzung der Listen zu (weiteren / neuen) Aufklärungspunkten und Verhandlungsthemen.

Weiterhin erfolgt eine Prüfung sowie Auswertung zu etwaigen Verhandlungsvorschlägen des Bieters aus dem Verhandlungsgespräch und gegebenenfalls eine (zustimmende oder ablehnende) Entscheidung darüber.

Soweit die Verhandlungsergebnisse dies bedingen, erfolgt eine Anpassung der Vergabeunterlagen, also insbesondere der Vertragsunterlagen. Dies kann durch das Verfassen ergänzender Unterlagen oder durch die Erstellung neuer Fassungen von bereits vorhandenen Dokumenten erfolgen. Die so angepassten Unterlagen sind allen noch im Verfahren befindlichen Bietern zu übermitteln. Es sollten den Bietern – neben einer Reinschrift – auch Dokumente mit einer Änderungskennzeichnung und / oder eine begleitende Liste mit Hinweisen zu Änderungen bereitgestellt werden. Dies dient auch der Erstellung einer konsolidierten Fassung der Vergabe- und insbesondere der Vertragsunterlagen.

Es kann sinnvoll sein, Verhandlungsthemen für den weiteren Ablauf des Verhandlungsverfahrens gegebenenfalls neu zu priorisieren und die Planung desselben anzupassen.

Schließlich erfolgt entweder eine nicht förmliche Aufforderung zur Überarbeitung von Angebotsteilen als Grundlage zur Fortsetzung der Verhandlungsgespräche oder die förmliche schriftliche Aufforderung zur erneuten Angebotsabgabe beziehungsweise Angebotsergänzung. Dabei sind alle ergänzenden Informationen mit zu übersenden (etwaig angepasste Vergabeunterlagen, konsolidierte Listen zu Aufklärungspunkten und Verhandlungsthemen, Stellungnahmen zu Verhandlungsvorschlägen etc.). Es ist sorgfältig zwischen bieterspezifischen und allgemeingültigen Informationen zu differenzieren. Allgemeingültige Verhandlungsergebnisse, wie etwa Anpassungen der Leistungsbeschreibung, werden allen Bietern mitgeteilt. Im Übrigen enthalten die Angebotsaufforderungen bieterspezifische Hinweise. Aus dem übermitteltem Aufforderungsschreiben muss klar hervorgehen, was der Bieter zu tun hat (zum Beispiel förmliche Einreichung eines neuen, vollständigen Angebotes, Einreichung einer Angebotsergänzung oder informelle Überarbeitung von Angebotsteilen beziehungsweise Beantwortung übersandter Fragen) und wie das weitere Verfahren sich gestaltet (zum Beispiel Durchführung weiterer Verhandlungsrunden, Ankündigung des „last calls“). Es sollte von den Bietern – neben einer Reinschrift – eine Änderungskennzeichnung des ergänzten Angebotes verlangt werden. Bieter sind weiterhin aufzufordern, schriftliche Unterlagen des Bieters aus dem Verhandlungsgespräch (zum Beispiel Präsentationsinhalte) entweder gesondert einzureichen oder diese in das neue Angebot im Zuge der nächsten Angebotsaufforderung zu überführen. Eine Überführung solcher Inhalte in das Angebot empfiehlt sich auch aus Gründen der Verbindlichkeit und Konsistenz sowie zum Zweck der Konsolidierung des Angebotes.

Eine förmliche schriftliche Angebotsaufforderung zur Einreichung eines Folgeangebotes mit einer Angebotsfrist wird allen noch im Verfahren verbliebenen Bietern übersandt.

Es erfolgt die Beantwortung etwaiger schriftlicher Bieterfragen zur Angebotsaufforderung rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist für das Folgeangebot.

Nach dem beschriebenen Vorgehen können mehrere Verhandlungsrunden durchgeführt werden. Je nach Verhandlungsstand können weitere Folgeangebote zur schrittweisen Angebotskonkretisierung eingefordert werden. Dies muss aber nicht nach jeder Verhandlungsrunde geschehen.

Wenn alle Verhandlungsthemen behandelt wurden und zuschlagsreife Angebote erwartet werden können, erfolgt eine letzte schriftliche Angebotsaufforderung als so genannter „last call“ mit einer Angebotsfrist zur Einreichung des endgültigen Angebotes (BAFO).

Über den gesamten Ablauf der Verhandlungsrunde(n) hinweg ist stets eine fortlaufende und zeitnahe Dokumentation des jeweiligen Verfahrensstandes in der Vergabeakte nachzuhalten.

9. Dokumentation und Vergabevermerk

Eine besondere Ausprägung des vergaberechtlichen Transparenzgrundsatzes sind die Dokumentationspflichten des Auftraggebers bei Beschaffungen. Wesentliches Ziel dieser Dokumentationspflichten ist die Herstellung der Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit der getroffenen Entscheidungen des Auftraggebers bei Beschaffungen. Im Anwendungsbereich der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) müssen Stand und Entwicklung der Vorgangsbearbeitung jederzeit (im Rahmen der Aufbewahrungsfristen) aus den elektronisch oder in Papierform geführten Akten nachvollziehbar sein (§ 12 Abs. 2 GGO).

9.1. Dokumentation im weiteren Sinne

Bei Beschaffung hat der Auftraggeber das Vergabeverfahren von Beginn an fortlaufend in Textform nach § 126b BGB zu dokumentieren, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist. Dazu gehört zum Beispiel die Dokumentation

- der Kommunikation mit Unternehmen und interner Beratungen,
- der Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen,
- der Öffnung der Angebote und Teilnahmeanträge,
- der Verhandlungen und der Dialoge mit den teilnehmenden Unternehmen
- sowie der Gründe für Auswahlentscheidungen und den Zuschlag.

9.2. Vergabevermerk und dessen Inhalt

Der Auftraggeber hat zudem über jedes Vergabeverfahren einen Vermerk in Textform nach § 126b BGB anzufertigen. Im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte gibt § 8 Abs. 2 VgV den Mindestinhalt dieses Vergabevermerks wie folgt vor (im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte kann sich der Auftraggeber an diesem Katalog orientieren):

- Name und Anschrift des Auftraggebers

  Auftraggeber und Vergabestelle sind nicht in jedem Fall dasselbe. Beispielsweise kann das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern als Vergabestelle auftreten, die Rolle des Auftraggebers nimmt jedoch die Behörde oder Organisation als Bedarfsträger im engeren Sinne ein, die das Beschaffungsamt mit der Durchführung der Vergabe beauftragt hat
- Gegenstand und Wert des Auftrages, der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems
- Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl
- nicht berücksichtigte Angebote und Teilnahmeanträge sowie die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Nichtberücksichtigung

Der Dokumentation der Prüfung und Wertung eingegangener Teilnahmeanträge und Angebote kommt besondere praktische Bedeutung zu. Bewertungen müssen in Übereinstimmung mit den in den Vergabeunterlagen enthaltenen Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie Eignungs- und Leistungsbewertungsmatrizen erfolgen. Die auf dieser Grundlage getroffenen Entscheidungen und Begründungen sind sorgfältig zu dokumentieren, so dass diese auch für Außenstehende nachvollziehbar sind. Besonders zu berücksichtigen ist, dass sich aus der Dokumentation ergibt, wie sich unterschiedlich bewertete Teilnahmeanträge und Angebote auch inhaltlich in Anwendung der Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie Eignungs- und Leistungsbewertungsmatrizen unterscheiden

- Gründe für die Ablehnung von Angeboten, die für ungewöhnlich niedrig befunden wurden,

  Hier geht es um Fälle des § 60 VgV, § 44 UVgO. Sowohl die im Rahmen der Angebotswertung hierzu getroffenen Feststellungen des Auftraggebers als auch etwaige Aufklärungen mit den betroffenen Bietern hierzu und die abschließenden Entscheidungen des Auftraggebers hierzu sind jeweils mit entsprechenden Begründungen zu dokumentieren

- Name des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebotes sowie, falls bekannt, den Anteil am Auftrag oder an der Rahmenvereinbarung, den der Zuschlagsempfänger an Dritte weiterzugeben beabsichtigt, und gegebenenfalls, soweit zu jenem Zeitpunkt bekannt, die Namen der Unterauftragnehmer des Hauptauftragnehmers

- bei Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialogen die in den Vorschriften über die Zulässigkeit dieser Vergabeverfahrensarten geregelten Umstände, die die Anwendung dieser Vergabeverfahrensarten rechtfertigen

  Die Dokumentation der Wahl der Vergabeverfahrensart erfordert eine intensive inhaltliche Auseinandersetzung mit den entsprechenden Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere gemäß § 14 VgV (im Bereich unterhalb der Schwellenwerte: § 8 UVgO) im Rahmen der Planung und des Designs einer Beschaffung. Dabei reicht es nicht, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 14 VgV (im Bereich unterhalb der Schwellenwerte: § 8 UVgO) nur zitiert werden. Vielmehr bedarf es einer konkreten einzelfallbezogenen Dokumentation der getroffenen Entscheidung nebst zugehöriger Begründung. In Korrelation damit sollten dann die Eignungs- und Zuschlagskriterien festgelegt werden

- bei Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb die in § 14 Abs. 4 VgV genannten Umstände, die die Anwendung dieser Vergabeverfahrensart rechtfertigen

- gegebenenfalls die Gründe, aus denen der Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrages, den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder die Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems verzichtet hat

- gegebenenfalls die Gründe, aus denen andere als elektronische Mittel für die Einreichung der Angebote verwendet wurden

- gegebenenfalls Angaben zu aufgedeckten Interessenkonflikten und getroffenen Abhilfemaßnahmen

- gegebenenfalls die Gründe, aufgrund derer mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben wurden

- und gegebenenfalls die Gründe für die Nichtangabe der Gewichtung von Zuschlagskriterien (§ 58 Abs. 3 S. 3 VgV)

  Grundsätzlich sind Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und Bewertungsmethode in Form einer Leistungsbewertungsmatrix als Bestandteil der Vergabeunterlagen transparent zu machen. Wird auf eine Gewichtung von Zuschlagskriterien verzichtet oder werden diese Gewichtungen nicht angegeben, dann schränkt dies diese Transparenz erheblich ein. Das Risiko der Angreifbarkeit, insbesondere von Nachprüfungsverfahren erhöht sich daher deutlich. Sollte es aber valide und nachvollziehbare objektive Gründe geben, warum die Gewichtungen der Zuschlagskriterien nicht angegeben werden kann, so müssen diese im Vergabevermerk dokumentiert werden. Empfehlenswert ist in solchen Fällen, neben fachlichen Gründen auch rechtliche Gründe zu prüfen und zu dokumentieren.

Der Vergabevermerk ist nicht erforderlich für Aufträge auf der Grundlage von Rahmenvereinbarungen, sofern diese gemäß § 21 Abs. 3 oder § 21 Abs. 4 Nr. 1 VgV geschlossen wurden. Soweit die Vergabebekanntmachung (§ 39 VgV) die geforderten Informationen enthält, kann sich der Auftraggeber auf diese beziehen.

9.3. Vergaberechtliche Aufbewahrungspflichten und Vorlagepflichten

Ungeachtet anderweitiger und weitergehender Aufbewahrungspflichten, die unberührt bleiben und ebenfalls zu beachten sind, ergeben sich aus Vergabevorschriften folgende Aufbewahrungspflicht hinsichtlich Dokumentation und Vergabevermerk:

Im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte sind die Dokumentation, der Vergabevermerk sowie die Angebote und die Teilnahmeanträge (sowie im Falle von Vorinformationen mit Aufruf zum Wettbewerb die Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen) nebst ihrer Anlagen bis zum Ende der Laufzeit des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung aufzubewahren, mindestens jedoch für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages. Gleiches gilt für Kopien aller abgeschlossenen Verträge, die mindestens den folgenden Auftragswert haben:

- eine Million Euro im Falle von Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen
- zehn Millionen Euro im Falle von Bauaufträgen

Im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte sind die Dokumentation sowie die Angebote, Teilnahmeanträge und ihre Anlagen mindestens für drei Jahre ab dem Tag des Zuschlages aufzubewahren.

Daneben gelten im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte Vorlagepflichten für den Auftraggeber: Der Vergabevermerk oder dessen Hauptelemente sowie die abgeschlossenen Verträge sind der Europäischen Kommission sowie den zuständigen Aufsichts- oder Prüfbehörden (zum Beispiel auch Nachprüfungsinstanzen wie Vergabekammer und Vergabesenat, § 163 Abs. 2 GWB) auf deren Anforderung hin zu übermitteln.

9.4. Dokumentation und Wahrung der Vertraulichkeit

§ 8 Abs. 6 VgV regelt für den Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte ausdrücklich, dass die Vorschriften über die Wahrung der Vertraulichkeit nach § 5 VgV unberührt bleiben.

Nach den Vertraulichkeitsvorschriften darf der Auftraggeber keine von den Unternehmen übermittelten und von diesen als vertraulich gekennzeichneten Informationen weitergeben, soweit dies in Rechtsvorschriften nichts anderes bestimmt ist. Dazu gehören insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und die vertraulichen Aspekte der Angebote einschließlich ihrer Anlagen.

Bei der gesamten Kommunikation sowie beim Austausch und der Speicherung von Informationen muss der Auftraggeber die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Teilnahmeanträge und Angebote (sowie im Falle von Vorinformationen mit Aufruf zum Wettbewerb die Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen) einschließlich ihrer Anlagen gewährleisten. Die Unterlagen sowie die Dokumentation über Öffnung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote sind auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

Zudem kann der Auftraggeber Unternehmen Anforderungen vorschreiben, die auf den Schutz der Vertraulichkeit der Informationen im Rahmen des Vergabeverfahrens abzielen. Hierzu gehört insbesondere die Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung

In welcher Konkurrenz Dokumentations-, Aufbewahrungs- und Vorlagepflichten des Auftraggebers einerseits und seine Vertraulichkeitsverpflichtungen andererseits gegebenenfalls zueinander stehen, bedarf der Prüfung im Einzelfall, idealerweise auch unter Hinzuziehung einer vertieften rechtlichen Prüfung.

9.5. Weitergehende Zwecke ordnungsgemäßer Dokumentation

Neben den Transparenzzwecken erfüllt die ordnungsgemäße Einhaltung der Dokumentationspflichten einen weiteren Zweck: Jede gut geführte und vollständige Dokumentation in der Vergabeakte stellt zum einen ein „best practice“-Exemplar für Auftraggeber dar, das Mitarbeitern beim Auftraggeber Hilfe und Unterstützung für zukünftige Beschaffungen sein kann. Dies gilt sowohl für Einsteiger als auch für erfahrene Kräfte im Bereich der öffentlichen Beschaffung. Zu berücksichtigen ist hier selbstverständlich, dass eine Verwendung von Inhalten aus der Dokumentation eines bereits abgeschlossenen Verfahrens stets darauf zu prüfen ist, ob und inwieweit sie sich für ein neues, anderes Vergabeverfahren eignen. Vor diesem Hintergrund ist eine gute Dokumentation des Vergabeverfahrens nicht nur eine Pflicht, sondern kann auch ein Effizienz- und Qualitätsfaktor für künftige weitere Vergabeverfahren sein.

Anhang I Checklisten

1. Checkliste: Bedarfsermittlung

Die nachstehende Checkliste dient als Hilfsmittel für die Praxis und nennt wesentliche zum oben genannten Thema zu berücksichtigende Aspekte bei der Beschaffung. Die Checkliste erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit kann keine Gewähr gegeben werden. Die Inhalte bedürfen in der Praxis der kritischen Prüfung und gegebenenfalls der Änderung oder Ergänzung durch den Auftraggeber im Einzelfall.

Nr.	Thema	Erläuterung	Check
1.	Bedarfe	Klärung und Schätzung, welche Bedarfe existieren, mind. Angaben zu: • Inhalte • Menge (ggf. Mindest- / Höchstabnahmemengen) • Zeitraum zur Bedarfsdeckung	☐
2.	Leistungs-erbringung	Klärung, ob Bedarfe oder Teile davon aus der Behörde selbst gedeckt werden können oder extern beschafft werden müssen	☐
3.	Bestehende Verträge	Klärung bestehender eigener Verträge (bzw. Rahmenverträge) oder bestehenden Verträgen (bzw. Rahmenverträgen) bei anderen Behörden mit entsprechender Bezugsberechtigung	☐
4.	Anzahl Bedarfsträger	Klärung ein oder mehrere Bedarfsträger	☐
5.	Bündelungs-möglichkeiten	Können mehrere Bedarfe, ggf. von mehreren Bedarfsträgern gebündelt werden?	☐
6.	Marktsichtung / -erhebung	Marktsichtung / -erhebung aktuell, Auswirkungen auf Eignungs- und / oder Leistungsanforderungen	☐
7.	Fachliche und technische Inhalte	Welche Leistungen hängen miteinander zusammen, welche können, sollen oder müssen (Losbildung) getrennt werden?	☐
8.	Auftragswert-schätzung	Vorhandensein von allen notwendigen Informationen, um eine Schätzung des Werts der zu beschaffenden Leistungen vornehmen zu können	☐
9.	Haushaltsmittel-schätzung	Haushaltsmittel entsprechend dem Auftragswert vorhanden, beantragt bzw. auch gesichert	☐
10.	Terminplan	Vorlage eines Terminplans zur Vorbereitung der Beschaffung und ggf. notwendige Abstimmung mit mehreren Bedarfsträgern	☐
11.	Risikoanalyse	Vorhandensein einer Risikoanalyse mit Betrachtung u.a. der Kritikalität Leistungsgegenstand und Zeit, Marktumfeld, rechtliche und fachliche Komplexität, politische Randbedingungen	☐
12.	Dokumentation	Vollständige Dokumentation zur Bedarfserhebung und ggf. Vorhandensein eines begründenden Vermerkes	☐
…	…	…	☐

2. Checkliste: Beschaffungskonzeption

Die nachstehende Checkliste dient als Hilfsmittel für die Praxis und nennt wesentliche zum oben genannten Thema zu berücksichtigende Aspekte bei der Beschaffung. Die Checkliste erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit kann keine Gewähr gegeben werden. Die Inhalte bedürfen in der Praxis der kritischen Prüfung und gegebenenfalls der Änderung oder Ergänzung durch den Auftraggeber im Einzelfall.

Nr.	Thema	Erläuterung	Check
1.	Aspekte der produktspezifischen Beschaffung	Klärung Umgang mit Produktvorgaben, deren Ausgestaltung sowie zugehöriger Gründe	☐
2.	Aspekte zum Gebot der losweisen Vergabe	Klärung eines möglichen Loszuschnitts sowie zugehöriger Gründe	☐
3.	Aspekte der Nachhaltigkeit	Klärung der Einbeziehung von Nachhaltigkeitsaspekten in die Beschaffung und Zuordnung zu: • Auftragsgegenstand • Leistungsbeschreibung / Vertragsbedingungen • Eignungskriterien • Zuschlagskriterien	☐
4.	Vorgabe Selbstausführungsgebot	Klärung der Vorgabe eines Selbstausführungsgebots sowie zugehöriger Gründe	☐
5.	Aspekte zu optionalen Leistungen	Klärung der Aufnahme von optionalen Leistungen, deren Ausgestaltung sowie zugehöriger Gründe	☐
6.	Nebenangebote	Klärung der Zulassung und Mindestanforderungen für Nebenangebote einschließlich Gestaltung der Zuschlagskriterien	☐
7.	Vergabeverfahrensart	Klärung der Wahl der Vergabeverfahrensart und zugehöriger Gründe, insbesondere Klärung der Frage des Bedarfs an Vergabeverfahrensart mit Verhandlungsmöglichkeit	☐
8.	Festlegung von Eignungskriterien	Klärung der Eignungskriterien, einschließlich Mindestanforderungen (A-Kriterien) an die Eignung und gegebenenfalls Eignungskriterien für eine differenzierte Bewertung (B-Kriterien)	☐
9.	Festlegung von Zuschlagskriterien	Klärung der Zuschlagskriterien, einschließlich Mindestanforderungen (A-Kriterien) an die Leistung und B-Kriterien für eine differenzierte Bewertung (Kriterienkatalog, Bewertungsmethode, Leistungsbewertungsmatrix)	☐
…	…	…	☐

3. Checkliste: Eignungskriterien

Die nachstehende Checkliste dient als Hilfsmittel für die Praxis und nennt wesentliche zum oben genannten Thema zu berücksichtigende Aspekte bei der Beschaffung. Die Checkliste erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit kann keine Gewähr gegeben werden. Die Inhalte bedürfen in der Praxis der kritischen Prüfung und gegebenenfalls der Änderung oder Ergänzung durch den Auftraggeber im Einzelfall.

Nr.	Thema	Erläuterung	Check
1.	Formelle Strukturierung der Eignungskriterien	Klärung, welche Eignungskriterien A-Kriterien (Mindestanforderungen an die Eignung) und gegebenenfalls welche Eignungskriterien B-Kriterien (insbesondere für eine differenzierende Bewertung im Teilnahmewettbewerb) sind	☐
2.	Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB	Klärung, wie Angaben der Bewerber / Bieter zu Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB verlangt und wie die Ausschlussgründe im Vergabeverfahren geprüft werden	☐
3.	Materielle Eignungskriterien (beachte Kataloge gemäß §§ 44 ff. VgV)	Festlegung der Eignungskriterien betreffend die Befähigung zur Berufsausübung	☐
4.		Festlegung der Eignungskriterien betreffend die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit	☐
5.		Festlegung der Eignungskriterien betreffend die technische und berufliche Leistungsfähigkeit	☐
6.	Nachweismittel für Eignungskriterien (beachte Kataloge gemäß §§ 44 ff. VgV)	Festlegung der Nachweismittel für die Eignungskriterien (Eigenerklärungen, Einheitliche Europäische Eigenerklärung, sonstiges)	☐
7.	Bewerber- / Bietergemeinschaften	Klärung, wie Angaben der Bewerber / Bieter bei etwaigen Bewerber- / Bietergemeinschaftskonstellationen verlangt und wie diese im Vergabeverfahren geprüft werden	☐
8.	Unterauftragnehmer / Eignungsleihe	Klärung, wie Angaben der Bewerber / Bieter bei etwaigem Unterauftragnehmereinsatz oder bei Eignungsleihe verlangt und wie diese im Vergabeverfahren geprüft werden	☐
9.	Eignungsbewertungsmatrix	Aufstellung einer Eignungsbewertungsmatrix für differenzierende Eignungsbewertung (zum Beispiel bei Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb)	☐
10.	Berücksichtigung besonderer Aspekte	Klärung der Notwendigkeit bestimmter besonderer Aspekte, zum Beispiel aufgrund von Datenschutz, Vertraulichkeit, Sicherheitsrelevanz	☐
…	…	…	☐

4. Checkliste: Zuschlagskriterien

Die nachstehende Checkliste dient als Hilfsmittel für die Praxis und nennt wesentliche zum oben genannten Thema zu berücksichtigende Aspekte bei der Beschaffung. Die Checkliste erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit kann keine Gewähr gegeben werden. Die Inhalte bedürfen in der Praxis der kritischen Prüfung und gegebenenfalls der Änderung oder Ergänzung durch den Auftraggeber im Einzelfall.

Nr.	Thema	Erläuterung	Check
1.	Formelle Strukturierung der Zuschlagskriterien	Klärung, ob neben dem Preis weitere Zuschlagskriterien Berücksichtigung finden sollen (Einfluss auf Bewertungsmethode, siehe Ziffer 3)	☐
2.		Klärung der Abgrenzung von A-Kriterien (Mindestanforderungen an die Leistung) und B-Kriterien einschließlich der damit verbundenen Festlegungen der B-Kriterien als Zuschlagskriterien (Abgleich und Kongruenz mit Kriterienkatalog)	☐
3.	Bewertungsmethode	Festlegung, welche Bewertungsmethode Anwendung finden soll (Reine Preiswertung, Einfache Richtwertmethode, Erweiterte Richtwertmethode)	☐
4.	Bestimmung der Bewertungsgrundlagen	Wertungspreises unter Berücksichtigung der Vertragsunterlagen (insbesondere Vertragsbedingungen, Preisblatt, Angebotsschreiben)	☐
5.		Bei weiteren Zuschlagskriterien neben dem Preis: Leistungspunktzahl (L) über Leistungsbewertungsmatrix	☐
6.	Leistungsbewertungs-matrix (bei weiteren Zuschlagskriterien neben dem Preis)	Erstellung einer Leistungsbewertungsmatrix in folgenden Schritten: • Festlegung Grundlage Kriterienkatalog (mindestens B-Kriterien) • Festlegung von Gewichtungspunkten für B-Kriterien, gegebenenfalls nach Kriterienhauptgruppen, Kriteriengruppen, Kriterien • Festlegung von Bewertungsmaßstäben (Zielerfüllungsgrade) je B-Kriterien • Festlegung von Punktesystem für Bewertungspunkte bei B-Kriterien • Gegebenenfalls von Mindestpunktzahlen	☐
7.	Nachweismittel für Zuschlagskriterien	Festlegung der Nachweismittel für Zuschlagskriterien (Eigenerklärungen, Zertifikate, Gütezeichen, sonstiges)	☐
8.	Berücksichtigung besonderer Aspekte	Klärung besonderer Aspekte und deren Berücksichtigung, zum Beispiel Nachhaltigkeit (Energieverbrauch u.ä.), „Design für Alle“, Umgang mit Nebenangeboten / Optimierungsvorschlägen	☐
…	…	…	☐

5. Checkliste: Vertragsgestaltung

Die nachstehende Checkliste dient als Hilfsmittel für die Praxis und nennt wesentliche zum oben genannten Thema zu berücksichtigende Aspekte bei der Beschaffung. Die Checkliste erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit kann keine Gewähr gegeben werden. Die Inhalte bedürfen in der Praxis der kritischen Prüfung und gegebenenfalls der Änderung oder Ergänzung durch den Auftraggeber im Einzelfall.

Nr.	Thema	Erläuterung	Check
1.	IT-fachliche Anforderungen des Bedarfsträgers	Klärung der IT-fachlichen Anforderungen des Bedarfsträgers / Fachbereichs an die Inhalte des EVB-IT Vertrages	☐
2.	Vertragliche Anforderungen des Bedarfsträgers	Klärung spezieller vertragliche Anforderungen des Bedarfsträgers / Fachbereichs (zum Beispiel Quelltexthinterlegung)	☐
3.	Haus- oder ressortinterne Vertragsregelungen	Klärung zu speziellen haus- oder ressortinternen Vertragsklauseln bzw. Vertragsbedingungen	☐
4.	Ausführungsbedingungen	Klärung spezieller Ausführungsbedingungen (zum Beispiel zu innovationsbezogenen, umweltbezogenen, sozialen oder beschäftigungspolitischen Belangen oder zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen)	☐
5.	Richtige Auswahl des EVB-IT Vertrages	Klärung der gemäß Vertragstyp richtigen Auswahl des EVB-IT Vertrages bzw. der EVB-IT Verträge (zum Beispiel EVB-IT Erstellungsvertrag bei Customizing von Software als Werkleistung)	☐
6.	Aktualität der EVB-IT	Prüfung der Aktualität des EVB-IT Vertragsformulars	☐
7.	Befüllung des EVB-IT Vertragsformulars	Sicherstellung der weitest möglichen Befüllung des EVB-IT Vertragsformulars im Voraus (mit entsprechender farbiger Kennzeichnung)	☐
8.	Vertragsanlagen und Rangfolge	Sicherstellung der Verankerung aller notwendiger Vertragsanlagen in der erforderlichen Rangfolge im EVB-IT Vertragsformular	☐
9.	Abdeckung Leistungsteile	Klärung der Abdeckung aller Leistungsteile durch gewählten EVB-IT Vertrag (beziehungsweise EVB-IT Verträge)	☐
10.	Konsistenz	Prüfung der Konsistenz zwischen dem befüllten EVB-IT Vertragsformular und den IT-fachlichen Festlegungen der Leistungsbeschreibung und des Kriterienkatalogs	☐
11.	Abstimmung des Vertrages	Sicherstellung der Beteiligung aller einzubeziehenden Stellen wie Bedarfsträger / Fachbereich, Vergabestelle, Justiziariat und bei Bedarf Datenschutzbeauftragte(r)	☐
12.	Rahmenvereinbarung	Klärung, inwiefern eine individuelle Rahmenvereinbarung notwendig ist, gegebenenfalls kombiniert mit einem EVB-IT Vertrag	☐
13.	Individualvertrag	Klärung, inwiefern ein Individualvertrag notwendig ist, gegebenenfalls in Kombination mit einem EVB-IT Vertrag	☐
…	…	…	☐

6. Checkliste: Zuschlag und Abschluss des Vergabeverfahrens

Die nachstehende Checkliste dient als Hilfsmittel für die Praxis und nennt wesentliche zum oben genannten Thema zu berücksichtigende Aspekte bei der Beschaffung. Die Checkliste erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit kann keine Gewähr gegeben werden. Die Inhalte bedürfen in der Praxis der kritischen Prüfung und gegebenenfalls der Änderung oder Ergänzung durch den Auftraggeber im Einzelfall.

Nr.	Thema	Erläuterung	Check
1.	Nachforderung zur Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE)	Bei Vorliegen einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) Aufforderung des Bieters vor Zuschlagserteilung, die zum Unternehmen bzw. zur Eignung geforderten Unterlagen beizubringen (sofern noch ausstehend)	☐
2.	Prüfung Unterauftragnehmer	Prüfung vor Zuschlagserteilung, ob noch Unterauftragnehmer zu benennen sind und Gründe für den Ausschluss von benannten Unterauftragnehmern vorliegen und ggf. Aufforderung des Bieters, einen etwaig auszuschließenden Unterauftragnehmer auszutauschen	☐
3.	Zuschlagsentscheidung mit Dokumentation	Entscheidung über den Zuschlag in der Regel unter Mitwirkung von zwei Vertretern des öffentlichen Auftraggebers; Begründung von Zuschlag und Nichtberücksichtigung	☐
4.	Gewerbezentralregisterauskunft	Ab 30.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) Auftragswert Einholung einer Auskunft vom Gewerbezentralregister (MiLoG-Abfrage nach dem Mindestlohngesetz) für Zuschlagskandidaten	☐
5.	Informationsschreiben	EU-weite Vergabe: Informationsschreiben gemäß § 134 GWB • mit vollständigen Informationen • mit Festlegung einer ausreichenden Wartefrist • an alle notwendigen Adressaten, insbesondere Bieter	☐
6.	Ergänzende Informationspflichten und Informationspflicht auf Antrag	Berücksichtigung der ergänzenden Informationspflichten und der Informationspflicht auf Antrag • Unverzügliche Mitteilungspflicht über Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder die Zuschlagserteilung gemäß § 62 Abs. 1 VgV beziehungsweise § 46 Abs. 1, S. 1 UVgO • Unverzügliche Informationspflicht auf Antrag gemäß § 62 Abs. 2 VgV bzw. § 46 Abs. 1, S. 3 UVgO	☐
7.	Zuschlagsschreiben	EU-weite Vergabe: Versand Zuschlagsschreiben frühestens nach Ablauf der Wartefrist gemäß § 134 GWB mit Nachweis des Zuganges vor Ablauf der Zuschlagsfrist	☐
8.	Dokumentation	Prüfung und gegebenenfalls Vervollständigung der Vergabeakte	☐
…	…	…	☐

Anhang II Stichwortverzeichnis

Agil ... 56, *84*, *87*, *195*
Application Service Providing (ASP) ... *56*
Aufdecken von Fehlern ... *84*
Auftragsverarbeiter ... *27*, *161*, *192*, *193*
Barrierefreiheit ... *171*
Change Request ... *38*, *82*, *83*, *179*, *550*
Cloud ... *27*, *195*
Concurrent-User-Lizenz ... *193*
Copyleft-Regelung ... *194*
Customizing ... *41*, *46*, *53*, *55*, *186*, *612*
Datenschutzbeauftragter ... *26*, *192*, *193*
Dienstgütevereinbarung (Service Level Agreements - SLA) ... *56*, *196*
Distribution Licence - BSD ... *194*
Dollarpreisanpassungsklauseln ... *609*
EN ISO 9241 ... *175*
Energieverbrauch ... *80*, *176*, *177*, *606*
Fernwartungs-Zugang ... *196*
GNU General Public License (GPL) ... (GPL) *194*
GNU Lesser General Public License (LGPL) ... *194*
Green IT ... *175*, *176*
Hardware ... *41*, *164*, *184*, *185*, *186*, *197*, *576*
Hosting ... *56*, *617*, *620*
Individualsoftware ... *53*, *55*, *186*, *187*
Infrastructure as a Service (IaaS) ... *56*, *196*
ISO / IEC 20000 ... *175*
ITIL (IT Infrastructure Library) ... *175*
IT-Rahmenvereinbarung ... *133*
IT-spezifische Standards ... *175*
IT-System ... *51*, 53, 54, *55*, *78*, *186*, *187*
Marktbeobachtung ... *28*, *50*
Markterkundung ... *41*, *49*, *50*, *51*, *52*, *70*, *119*, *193*, *195*
Mozilla Public License ... *194*
Nachhaltigkeit ... *71*, *79*, *80*, *166*
Named-User-Lizenz ... *193*
Newcomer ... *27*
Offene Daten ... *177*, *198*
Open Data ... *177*, *178*, *198*
Open Source ... *76*, *194*, *195*
Optimierungsvorschläge ... *84*
Outsourcing ... *132*, *191*, *196*
Platform as a Service (PaaS) ... *196*
Präsentation ... *52*
Produktneutralität ... *171*, *174*
Quellcodehinterlegungsvereinbarung (Escrow-Vereinbarung) ... *197*
Remote-Zugang ... *196*
Scrum ... *87*
Software ... *46*, *53*, *54*, *55*, *56*, *59*, *76*, *87*, *119*, 156, *184*, *193*, *577*

Software as a Service (SaaS) *27*, *56*, *195*, *196*
Standardsoftware *46*, *53*, *55*, *184*, *185*, *186*, *187*, *197*
Start-up *51*, *92*
Systemkomponente *186*, *54*, *55*, *186*, *568*
Technisch-organisatorischen Maßnahmen *192*
Technologieanpassungsklausel *135*, *197*, *198*
Teleservicevereinbarung *196*
Teststellung *45*, *46*, *150*, *176*, *583*
V-Modell XT *195*
Wasserfallmodell *87*, *195*
WiBe *59*, *60*