



BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

IT-PROJEKTE BESCHAFFEN UND AUSSCHREIBEN, ABER RICHTIG

Referent

Dr. Ludger Meuten, Rechtsanwalt



INHALTSÜBERSICHT

- ▶ Warum Beschaffungen planen?
- ▶ Adressat – Auftraggeber und Zuwendungsempfänger
- ▶ Leistungsbestimmungsrecht
- ▶ Verfahrensart
- ▶ Produktneutralität
- ▶ Losaufteilung

WARUM BESCHAFFUNGEN PLANEN?

- ▶ das "Ja, aber – Risiko"
- ▶ Verträge schließen ist wie heiraten
- ▶ OLG Celle, Urt. v. 29. Dezember 2022, Az.: 13 U 3/22
 - ▶ Der Kläger verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages über die Durchführung von Sicherheitskontrollen auf dem Verkehrsflughafen B. für die Zeit vom 1. April 2015 bis 31. März 2019 in Höhe von EUR 488.672,29.
 - ▶ zu der europaweiten Ausschreibung gab die Beklagte unter dem 9. Februar 2015 ein Angebot ab

WARUM BESCHAFFUNGEN PLANEN?

- ▶ Mit Zuschlagsschreiben vom 17. März 2015 erklärte der Auftraggeber, dass der Beklagten der Zuschlag erteilt werde. Er forderte die Beklagte auf, „mit der Ausführung der Leistung ab dem 1. April 2015 zu beginnen.“
- ▶ Weiter heißt es:
- ▶ „Sie werden gebeten, umgehend die anliegenden Schriftstücke unterzeichnet zurück zu senden:
- ▶ Eine Ausfertigung des Vertrags mitsamt Anlagen und Mitteilung über die Projektleitung.“

WARUM BESCHAFFUNGEN PLANEN?

- ▶ Der Vertragsentwurf war nicht Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen; die Beklagte erhielt diesen erstmals mit dem Zuschlagsschreiben.
- ▶ Der Vertragsentwurf weicht von dem auf den Ausschreibungsunterlagen beruhenden Angebot der Beklagten ab.
- ▶ Der Vertragsentwurf enthält verschiedene Regelungen, die sich in dem Angebot noch nicht in gleicher Weise wiederfinden (z. B. Rufbereitschaftszeiten, abgestimmte Dienstanweisung, die Frist zur Vorlage eines Versicherungsnachweises und die jährliche Vorlagepflicht).

WARUM BESCHAFFUNGEN PLANEN?

- ▶ Die Beklagte weigerte sich, den Vertragsentwurf zu akzeptieren, Verhandlungen zwischen den Parteien scheiterten.
- ▶ Der Auftraggeber "kündigte" daher den Vertrag mit der Beklagten und beauftragte das zweitplatzierte Unternehmen.
- ▶ Mit der Klage begehrt der Auftraggeber Ersatz der Mehrkosten.

WARUM BESCHAFFUNGEN PLANEN?

- ▶ Die Klage ist unbegründet.
- ▶ Der Kläger kann von der Beklagten keinen Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 BGB) verlangen. Denn es ist kein Vertrag zustande gekommen.
- ▶ Das Angebot der Beklagten hat der Kläger nicht wirksam angenommen.
- ▶ Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Inhalt die vorbehaltlose Akzeptanz des Antrags zum Ausdruck bringen muss.

WARUM BESCHAFFUNGEN PLANEN?

- ▶ Ob eine dahingehende Willenserklärung vorliegt, ist in Zweifelsfällen durch Auslegung zu ermitteln.
- ▶ Wird das Vertragsangebot unter Änderungen angenommen, handelt es sich gemäß § 150 Abs. 2 BGB nicht um eine Annahme, sondern um ein neues Angebot.
- ▶ Bei einer Annahme mit Änderungen handelt es sich nur dann nicht um ein neues Angebot, wenn der Auftraggeber deutlich macht, dass er nur unverbindliche Änderungswünsche äußert und der Vertrag unabhängig von deren Erfüllung zustande kommen soll.

WARUM BESCHAFFUNGEN PLANEN?

- ▶ Nur in einem solchen Fall würde es sich um eine Annahme des ursprünglichen Antrags handeln, der mit dem Angebot zur Vertragsergänzung oder -änderung verbunden wird.
- ▶ Hier bestand jedoch von vornherein keine Möglichkeit, den Abschluss des Vertrags zu den von dem Kläger gewünschten Bedingungen seines Vertragsentwurfs vergaberechtskonform zu erreichen.
- ▶ Letzteres wäre nur unter Verstoß gegen das Verhandlungsverbot möglich.

ADRESSAT

- ▶ Auftraggeber
- ▶ Zuwendungsempfänger
 - ▶ Aufträge sind nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu vergeben; ab einer Zuwendung von EUR 100.000,00 hat der Zuwendungsempfänger bei Aufträgen über EUR 5.000,00 (ohne Umsatzsteuer) grundsätzlich drei vergleichbare Angebote einzuholen und den Auftrag an den wirtschaftlichsten Bieter zu vergeben

LEISTUNGSBESTIMMUNGSRECHT

- ▶ grundsätzlich obliegt es dem Auftraggeber im Vorfeld einer Beschaffung zu entscheiden, ob und was beschafft werden soll und im Einzelnen festzulegen, welche Anforderungen an die zu beschaffende Leistungen zu stellen sind
- ▶ diese Bestimmungsfreiheit unterliegt im Hinblick des Grundsatzes der wettbewerbsoffenen Beschaffung vergaberechtlichen Grenzen

LEISTUNGSBESTIMMUNGSRECHT

- ▶ Leistungsbestimmung muss sachlich gerechtfertigt sein
- ▶ Auftraggeber benennt nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe
- ▶ die Gründe müssen tatsächlich vorhanden sein, d. h. notfalls feststellbar und erweisbar
- ▶ Leistungsbestimmung muss willkürfrei und diskriminierungsfrei erfolgen

LEISTUNGSBESTIMMUNGSRECHT

- ▶ keine Umgehung durch vermeintlich neutrale Leistungsbestimmung
 - ▶ OLG München, Beschl. v. 26. März 2020, Az.: Verg 22/19)
 - ▶ Der Auftraggeber schrieb europaweit die Lieferung der Medienausstattung für ein Gymnasium im offenen Verfahren aus. Leistungsgegenstand war die Lieferung und Montage folgender Geräte:
 - ▶ 30 Stück interaktiver Multi-Display
 - ▶ ein Stück Dokumentenkamera
 - ▶ ein Stück Bildschirme

LEISTUNGSBESTIMMUNGSRECHT

- ▶ 6 Stück Micro-PC
- ▶ 6 Stück Beamer
- ▶ 6 Stück Drucker-Kopierer
- ▶ Im Zuge diverser Bieterfragen wurden die technischen Anforderungen weiter präzisiert.
- ▶ Im Beschwerdeverfahren konnte ein unterlegener Bieter nachweisen, dass von 41 Produkten nur zwei Produkte des Herstellers Pr. die spezifischen Vorgaben der Ausschreibung erfüllen.

LEISTUNGSBESTIMMUNGSRECHT

- ▶ Auftraggeber konnte keine hinreichend nachvollziehbaren sachlichen Gründe benennen, dass nur die Tafeln der Firma Pr. die Anforderungen an ein für den Schulbetrieb geeignetes Display erfüllen können
- ▶ z. B. war ein sachlicher Grund, eine OPS-Schnittstelle zum Einschub eines PC zu fordern, nicht erkennbar, zumal über die vorgegebenen anderweitigen Schnittstellen auch externe mobile Computer angeschlossen werden können, die ebenfalls ein Betrieb der Tafel bei Ausfall des Internets ermöglichen

LEISTUNGSBESTIMMUNGSRECHT

- ▶ Die Ermittlung des Beschaffungsbedarf durch den beratenden Architekten mit den Lehrern im Vorfeld der Erstellung des Leistungsverzeichnisses, waren nicht geeignet, die - nicht dokumentierten - Erwägungen zu ersetzen, die erforderlich wären, um die Verengung des Wettbewerbs auf einen Hersteller nachvollziehbar zu begründen.
- ▶ Es mag durchaus sein, dass man sich dort umfangreiche Gedanken gemacht hat und es sich eingehend mit einzelnen Produkten befasst hat, um dann - anhand der Datenblätter der Firma Pr. - die Vorgaben in der Leistungsbeschreibung zu erstellen.

LEISTUNGSBESTIMMUNGSRECHT

- ▶ So mag es für einzelne Aspekte nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe gerade auch für die schulische Nutzung der Tafeln geben,
- ▶ dass jedoch gerade die Erfüllung aller Anforderungen aus objektiven, auftragsbezogene Gründen notwendig ist, kann nicht festgestellt werden.

LEISTUNGSBESCHREIBUNG - PRODUKTNEUTRAL

- ▶ § 31 Abs. 4 VgV
 - ▶ In der Leistungsbeschreibung kann ferner festgelegt werden, ob Rechte des geistigen Eigentums übertragen oder dem öffentlichen Auftraggeber daran Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen.

LEISTUNGSBESCHREIBUNG - PRODUKTNEUTRAL

- ▶ In der Leistungsbeschreibung darf nicht
 - ▶ auf bestimmte Produktion/Herkunft/besonderes Verfahren,
 - ▶ das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet,
 - ▶ auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprungverwiesen werden,
 - ▶ wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden,
- ▶ es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt.

LEISTUNGSBESCHREIBUNG - PRODUKTNEUTRAL

- ▶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019, Az.: Verg 66/18
 - ▶ Der Auftraggeber schrieb einen Auftrag zur Errichtung eines digitalen Alarmierungssystems für die nicht polizeiliche Gefahrenabwehr in seinem Kreisgebiet aus. Er beabsichtigte für die Bereiche Brandschutz, technische Hilfe, Rettungsdienst und Katastrophenschutz ein flächendeckendes digitales Alarmierung Netz an 44 Objektadressen einzurichten.
 - ▶ Für die zu beschaffenden digitalen Alarmgeber (DAG) und digitalen Alarmumsetzer (DAU) hat der Auftraggeber eine Produktvorgabe bezogen auf die Produkte des Herstellers T. gemacht.

LEISTUNGSBESCHREIBUNG - PRODUKTNEUTRAL

- ▶ Rechtfertigung wegen Kooperation mit benachbarten Landkreisen, die alle das System T nutzen?
 - ▶ Es liegt keine Inkompatibilität der Systeme vor, die Nutzung von Schnittstellen ist möglich und bedarf nur der Zustimmung von T und die Zahlung einer Lizenzgebühr.
 - ▶ Zwar ist das Verschlüsselungssystem der T proprietär. Jedoch unterstützt dieses System auch andere Verschlüsselungssysteme.

LEISTUNGSBESCHREIBUNG - PRODUKTNEUTRAL

- ▶ Rechtfertigung, weil topographische Besonderheiten des Kreisgebietes besondere Funktionalitäten des Endgerätes erfordern, die allein T anbieten könne?
 - ▶ Auftraggeber hat in der Leistungsbeschreibung zwar eine Empfindlichkeit der digitalen Meldeempfänger vorgegeben, um eine möglichst gute Feldverstärkung zu erreichen,
 - ▶ jedoch nicht dargelegt, dass Endgeräte mit geringerer Empfindlichkeit trotzdem die notwendige Feldverstärkung leisten können.

LEISTUNGSBESCHREIBUNG - PRODUKTNEUTRAL

- ▶ Rechtfertigung damit, ortsfremden Disponenten beim Ausfallszenario dieselbe Benutzeroberfläche der T zur Verfügung steht und keine Umstellung erforderlich ist?
 - ▶ nicht dargelegt, dass es innerhalb der Leitstelle nicht zugemutet werden könne, ein Alarmierungssystem über eine unbekannte Bedienoberfläche zu steuern und dass sich entsprechende Schulungen rein organisatorisch nicht organisieren und dauerhaft sicherstellen ließen
 - ▶ es ist bereits unklar, wodurch sich die Bedienoberflächen unterscheiden und welcher Umstellungsaufwand tatsächlich erforderlich wäre

LEISTUNGSBESCHREIBUNG - PRODUKTNEUTRAL

- ▶ allein ein Umstellungsaufwand rechtfertigt für sich gesehen eine Ausnahme von dem Gebot der produktneutralen Ausschreibung nicht
- ▶ VK Bund, Beschluss vom 9. Mai 2014, Az.: VK 2 – 33/14
 - ▶ die Tatsache, dass der Gerätehersteller den Verlust von Ansprüchen vorsieht, wenn nicht von ihm autorisiertes Verbrauchsmaterial zur Anwendung kommt, ist grundsätzlich und generell geeignet, einen sachlichen, auftragsbezogenen und nachvollziehbaren Grund darzustellen, um die Nachfragebeschränkung auf Originalmaterial zu legitimieren

VERFAHRENSARTEN

- ▶ § 14 Abs. 2 VgV – offenes und nicht offenes Verfahren
 - ▶ freie Wahl keine Begründung - aber Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung ist zu beachten
- ▶ § 14 Abs. 3 VgV – Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb
 - ▶ Bedürfnisse des Auftraggebers können nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden
 - ▶ Auftrag umfasst konzeptionelle oder innovative Lösungen
 - ▶ Auftrag kann aufgrund seiner Art, Komplexität oder damit einhergehenden Risiken nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden

VERFAHRENSARTEN

- ▶ § 14 Abs. 4 VgV – Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb
 - ▶ wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann,
 - ▶ weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist oder
 - ▶ wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, insbesondere von gewerblichen Schutzrechten
 - ▶ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15. November 2013, Aktenzeichen: 15 Verg 5/ 13
 - ▶ ausgeschrieben war ein Auftrag zur softwareseitigen Erweiterung eines bestehenden Einsatzleitsystems um eine Notrufvermittlung und Sprachdokumentation

VERFAHRENSARTEN

- ▶ Entscheidung des Auftraggebers, ein bereits vorhandenes System weiterhin zu nutzen und nicht durch ein neues (Teil-) System zu ersetzen, ist grundsätzlich sachgerecht
- ▶ Entscheidung des Auftraggebers, sich für eine softwareseitige Erweiterung des Bestandsystems zu entscheiden, da dieses ohne eine zusätzliche externe Schnittstelle auskommt wodurch Kompatibilitätsrisiken vermieden werden können, ist zulässig
- ▶ dies insbesondere dann, wenn die Schnittstelle noch nicht existiert, sondern vom Auftraggeber gegebenenfalls unter Einbindung des Betreibers des Bestandsystems erst geschaffen werden müsste

VERFAHRENSARTEN

- ▶ je wichtiger das System für Leib und Leben von Menschen ist, desto mehr ist der Auftraggeber berechtigt, auf Kompatibilitätsrisiken zu verzichten
- ▶ Auftraggeber hatte seine Entscheidungen zeitnah, umfangreich und unter Einbindung externen Sachverständigen dokumentiert

AUFTEILUNG IN LOSE

- ▶ § 97 Abs. 4 GWB
 - ▶ mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.
 - ▶ Leistungen sind 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

AUFTEILUNG IN LOSE

- ▶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juli 2016, Aktenzeichen: VII-Verg 6/16
 - ▶ Auftraggeber schrieb Vertriebsdienstleistungen im ÖPNV (Fahrkartenverkauf) aus. Folgende Vertriebskanäle waren zu unterhalten
 - ▶ personenbedienter Verkauf an ca. 35 Verkaufsstellen
 - ▶ Fahrweisautomaten
 - ▶ Abo-Vertrieb inklusive elektronischem Ticket
 - ▶ mobile Tickets
 - ▶ Onlineshop

AUFTEILUNG IN LOSE

- ▶ eine Aufteilung in Lose erfolgte nicht
- ▶ Antragsteller macht geltend, dass der stationäre und der online basierte Vertrieb einen jeweils eigenen Markt darstellen, sodass eine Losaufteilung erforderlich war
- ▶ hierzu das OLG
 - ▶ mehrere Lose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern
 - ▶ der Entscheidung des Auftraggebers für eine Gesamtvergabe hat eine umfassende Interessenabwägung vorauszugehen

AUFTEILUNG IN LOSE

- ▶ aner kennenswerte Gründe sind dabei jedoch nicht die Nachteile, die als typische Folge einer Aufteilung auftreten, etwa der mit einer Fachlosvergabe typischerweise verbundene Mehraufwand
- ▶ technische Gründe sind solche, die eine Integration aller Leistungsschritte in einer Hand zur Erreichung des angestrebten Qualitätsniveaus notwendig machen
- ▶ vorliegend war für den Auftraggeber von übergeordneter Bedeutung, dass die Vertriebswege exakt aufeinander abgestimmt sind und unmittelbar ineinander greifen, ohne dass es zu störungsanfälligen Kompatibilitätsproblemen und einer Vielzahl von Schnittstellen kommt

AUFTEILUNG IN LOSE

- ▶ Ziel des Auftraggebers war eine Qualitätsverbesserung durch einen kundenfreundlichen Vertrieb
- ▶ in technischer Hinsicht ging es um den Einsatz eines Vertriebshintergrundsystems, auf das die einzelnen Vertriebswege zugreifen können, um ein einheitliches System aufzubauen und zu pflegen

AUFTEILUNG IN LOSE

- ▶ bei einer Losaufteilung würde jeder Bieter ein auf sein Betriebszweck zugeschnittenes Betriebssystem installieren
- ▶ dies macht entweder zahlreiche Schnittstellen oder die Einrichtung eines übergeordneten Systems erforderlich
- ▶ letzteres kann der Auftraggeber jedoch nicht selbst betreiben
- ▶ zu einer solchen Beschaffung war er auch nicht verpflichtet



BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

KOMMUNIKATION PFLEGEN

Kleine Brüdergasse 3 - 5
01067 Dresden

Folgen Sie uns gern auf
LinkedIn und Twitter!

 +49 351 563900

 info@battke-gruenberg.de

 battke-gruenberg.de

