

Vergaberecht

Die Beschaffungspraxis öffentlicher Krankenhausträger

Dr. Oliver Esch
Rechtsanwalt / Partner
Fachanwalt für Vergaberecht

Seminar BVMed Akademie
14. Mai 2025, BVMed-Akademie, Berlin

Agenda

- Öffentliche Krankenhausträger und sonstige öffentliche Auftraggeber im Gesundheitsbereich
- Einkaufsgemeinschaften (EKG)
- Rechtsverhältnisse
- Rahmenvereinbarungen
- Intransparente Verfahren der Einzelabrufe
- „Listung“ aller Hersteller / Lieferanten – zulässig?
- Boni
- Beratungsunternehmen als „Herren des Verfahrens“

Agenda

- Verhandlungsverfahren und Innovationspartnerschaft
- Wirtschaftlichkeit vs. Qualität
- Komplexe Beschaffungsmodelle
- Konzeptbewertung im Vergaberecht
- Vorteile für Auftraggeber und Bieter
- Grundlagen erfolgreicher Konzepterstellung
- Auftragserweiterungen und Optionen
- Zulässige Mitwirkung bei der Verfahrensvorbereitung, „Vergabecompliance“

Agenda

- Vertragsänderungen und Preisanpassung
 - Rechtsrahmen und Besonderheiten bei öffentlicher Auftragsvergabe
 - Vertragsverlängerungen, Erweiterungen, Zusatzbestellungen
 - Preisanpassungsverlangen – Anspruchsgrundlagen und Voraussetzungen
- Berücksichtigung von sozialen und umweltbezogenen Kriterien
- Tipps und Tricks | dos and dont's in Vergabeverfahren
 - Vergabebekanntmachungen richtig lesen
 - Fragen und Rügen taktisch nutzen
 - Umgang mit indikativen Angeboten bei Verhandlungsverfahren
 - Umgang mit Vorabinformationsschreiben
 - Schwächen der Angebotswertungen und Dokumentation nutzen



Aktuelle Entwicklungen und Schwellenwerte 2025

Entwicklungen im Krankenhaussektor

- Infolge COVID-19-Krise → Trendumkehr → Trend in Richtung Rekommunalisierung / stärkerer Staatsbeteiligung, Bsp.:
 - COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz
 - 2., 3. Bevölkerungsschutzgesetz
 - KHZG, KHZF
- Trend zu Verknüpfung von Liefer- und Dienstleistungen

Aktuelle EU-Schwellenwerte

- § 106 Abs. 2 GWB: jeweils geltenden Schwellenwerte ergeben sich aus Art. 4 der RL 2014/24/EU "in der jeweils geltenden Fassung"
 - Öffentliche Bauaufträge und Konzessionen: EUR 5.538.000,00
 - **Öffentliche Liefer- und Dienstleistungen: EUR 221.000,00**
 - Öffentliche Dienstleistungsaufträge betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen nach § 130 GWB: EUR 750.000,00
 - **Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge von oberen und obersten Bundesbehörden: EUR 143.000,00**



Überblick Öffentliche Krankenhausträger

Krankenhausträger als öffentlicher Auftraggeber

- Öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB
- unabhängig davon, ob öffentlich (öffentlich-rechtliche Körperschaft oder rechtsfähige Anstalt öffentlichen Rechts oder privatrechtlich (GmbH; gGmbH; AG) organisiert
- **Krankenhäuser in kommunaler Trägerschaft; Universitätskliniken; GKV-getragene Krankenhäuser (Knappschaftskrankenhäuser)**
- vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 17. Februar 2004, 1 Verg 15/03; Beschluss vom 23. Dezember 2014, 2 Verg 5/14; Vergabekammer Lüneburg, Beschlüsse vom 10. September und 11. November 2015, VgK-32/2015 und VgK-41/2015. Siehe auch VK Südbayern, Beschluss vom 3. Mai 2015, Z3-3-3194-1-61-12/15
- auch: **Berufsgenossenschaftliche Kliniken (BG-Kliniken)**, vgl. Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 11. August 2014 – Z-3-3194-1-29-06/14
- grundsätzlich nicht:
 - materiell Private (z.B. Sana, Helios),
 - freigemeinnützige oder kirchliche Krankenhausträger

Öffentliche Investitionsförderung

- Materiell private / frei-gemeinnützige Krankenhausträger können **vorhabenbezogen** dem Vergaberecht unterliegen
- öffentliche Auftraggebereigenschaft (unabhängig von öffentlicher / privater Trägerschaft) nach § 99 Nr. 4 GWB
 - bei Erhalt von Subventionen zu über 50% für [...] die Errichtung von Krankenhäusern
 - beschränkt auf Tiefbaumaßnahmen und damit in Verbindung stehende Dienstleistungen, die diesem Zweck dienen
 - Verständnis des Begriffs "Errichtung von Krankenhäusern" wird weit verstanden, soll u.a. auch Altenpflegeheime erfassen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.01.2014, VII-Verg 11/13)
- **KHZG / KHZF-Förderung (Krankenhauszukunftsfonds)**
 - Fördermittelbescheid
 - UVgO

Weitere öffentliche Auftraggeber

- Bundesministerien, Bundesoberbehörden (z.B. RKI; PEI)
- Bundeswehr, d.h. Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (BAAINBw) für
 - Bundeswehr allgemein (Sanitätsdienst) und
 - Bundeswehrkrankenhäuser (z.B. Koblenz, Berlin, Hamburg, Ulm, Westerstede)
- Landesbehörden, Gesundheitsämter
- Rettungsdienstträger
- Gesetzliche Krankenkassen

Einkaufsgemeinschaften

Problemstellungen

- Einkaufsgemeinschaften fungieren vielfach als eine Art „Gatekeeper“
- Teilnehmende Häuser nicht klar / abschließend definiert
- Späterer Zutritt weiterer, zu Beginn nicht benannter Krankenhausträger vorbehalten
- Anzahl Rahmenvertragspartner nicht definiert / beschränkt
- Wechsel von Einkaufsgemeinschaften trotz bestehender (Rahmen-) Liefervereinbarungen
- Einkaufsgemeinschaft fordert ein Erstrecken von Ausschreibungskonditionen auch auf alle übrigen (auch nicht teilnehmenden) Häuser
- „Best-Preis-“ Klauseln
- Praxis der Einzelauftragsvergabe intransparent / Willkürlicher Bezug von Produkten
- Rahmenvereinbarungen werden nur „pro forma“ ausgeschrieben (sog. „Listung“)
- Hersteller / Lieferant läuft trotz Rahmenvereinbarung „leer“
- Einspielen in Warenwirtschaftssystem / Praxis der Vergabe der Einzelaufträge intransparent
- Zusätzliche sog. „Premium-Partner“-Verträge



Einkaufsgemeinschaften - Rechtsverhältnisse

Vollmachtsmodell

- Öffentlicher Krankenhausträger wird durch Zentrale Beschaffungsstelle (Einkaufsgemeinschaft) vertreten
- Der einzelne Krankenhausträger ist der spätere Vertragspartner des Herstellers / Lieferanten
- **Wichtig für die Rechtsposition des Herstellers / Lieferanten!**
- Hersteller / Lieferant kann insbesondere Recht auf ordnungsgemäße Verfahrensweise der Einzelauftragsvergabe **(auch) gegenüber jedem einzelnen KKH** geltend machen

Wechsel von Einkaufsgemeinschaften

Wechsel von Einkaufsgemeinschaften

- Fall: Das öffentliche Krankenhaus X teilt seinem Lieferanten mit, es habe die EKG gewechselt, so dass ab dem 01.07.2024 zu den Konditionen der neuen EKG zu liefern sei und die alten Verträge nicht mehr gelten – zulässig?
- **Nein.**
- Nur wenn:
 - Bestehende Rahmenvereinbarungen regulär ausgelaufen / ordnungsgemäß gekündigt
 - Die neue EKG so ausgeschrieben hat, dass auch Krankenhaus X von vorneherein - mit entsprechenden Mengen - als bezugsberechtigt benannt wurde
- **Bestandsverträge** haben ansonsten weiterhin volle Gültigkeit (Vollmachtsmodell)
- Wechsel der EKG nicht ohne weiteres möglich
- sog. „Einkaufsgemeinschafts - Hopping“ bei öffentlichen KKH-Trägern unzulässig (vgl. auch § 21 Abs. 2 Satz 2 VgV; sowie EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2018, Rs. C-216/17 - “Antitrust und Coopservice”)

§ 21 Abs. 2 Satz 2 VgV

Die Einzelauftragsvergabe erfolgt ausschließlich zwischen den in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung genannten öffentlichen Auftraggebern und denjenigen Unternehmen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Einzelauftrags Vertragspartei der Rahmenvereinbarung sind. Dabei dürfen keine wesentlichen Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vorgenommen werden.

Bestandsverträge

- Bestehende (Rahmen-) Verträge haben rechtlich grundsätzlich Bestand bis zu ihrem Auslaufen
- Krankenhausträger oder Einkaufsgemeinschaft (für den KKH-Träger) muss vor neuer Ausschreibung / vor Abschluss einer neuen (Rahmen-) Vereinbarung zunächst wirksam kündigen
- Sog. Verbot mehrerer kollidierender Rahmenvereinbarungen über denselben Gegenstand
- Beendigung entgegenstehender Verträge ist Bestandteil der sog. „Ausschreibungsreife“

Rahmenvereinbarungen



ESCH BAHNER LISCH

Rahmenvereinbarung, Überblick

- Vereinbarung, in der die Bedingungen für Einzelaufträge festgelegt werden, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, insbesondere über den in Aussicht genommenen Preis und ggf. die in Aussicht genommene Menge
- ≠ Einzelvertrag über bestimmte Leistung ("Kaufvertrag über xy")
- Praktisch stets bei medizinischen Verbrauchsgütern
- Grundsätzlich: Keine volle Abnahmeverpflichtung
- Grenze: § 313 BGB / Beeinträchtigung (Mengen-) Kalkulation
- Besondere Anforderungen an Ermittlung des voraussichtlichen Auftragsvolumens
- **Verbot mehrerer sich überschneidender Rahmenvereinbarungen!**
- **Bezugsberechtigte öffentliche Auftraggeber müssen zu Verfahrensbeginn abschließend feststehen!**



Rahmenvereinbarung – Bindung an Vergaberecht

- Besonderheiten einer Rahmenvereinbarung: grundsätzlich keine Abnahmeverpflichtung
- D.h. **Abnahmeverpflichtung - im Rahmen des Rahmenvertragssystems – (nur) dann, wenn tatsächlich Beschaffungsbedarf besteht**
- Für die Vergabe einer Rahmenvereinbarung gelten dieselben Voraussetzungen wie für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, d.h.: Ausschreibungspflicht (+), vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1. August 2012 - VII Verg 15/12 und nun § 103 Abs. 5 Satz 2 GWB und § 21 Abs. 1 VgV
- Laufzeit: maximal 4 Jahre

Rahmenvereinbarung – Ein- / Mehrpartnermodell

- Exklusiv oder nicht exklusiv (sog. "Mehrpartnermodell")
- Bei Mehrpartnermodell:
 - **Anzahl / Höchstzahl der Bieter**, mit denen eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird, muss in der Bekanntmachung angegeben werden, z.B.:

II.1.4) Angaben zur Rahmenvereinbarung

Rahmenvereinbarung mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern

Anzahl der an der geplanten Rahmenvereinbarung Beteiligten: 5

- Beachte: **kein „Open-House“-Verfahren**, da Auftraggeber (Krankenhausträger) Auswahl im Rahmen der Einzelauftragsvergaben / Abrufe trifft
- Weiterer Grundsatz aus § 21 VgV: Verbot mehrerer sich überschneidender Rahmenvereinbarungen (d.h.: keine parallele Rahmenvereinbarung über den gleichen Gegenstand außerhalb des Vergabeverfahrens!)

Rahmenvereinbarung - EuGH

- EuGH, Urt. vom 19. Dezember 2018, Rs. C-216/17, “Antitrust und Coopservice”:
 - Nochmals klargestellt: **abrufberechtigte Stellen müssen klar bezeichnet sein**; d.h.: kein nachträglicher Beitritt (kein „EKG-Hopping“), grundsätzlich aber auch kein nachträglicher Austritt einzelner abrufberechtigter Stellen (= einzelner KKH) möglich
 - Gesamt-/ Höchstmenge der Abrufmengen muss angegeben werden
 - Mengen müssen auf einzelne abrufberechtigte Stellen (einzelne Krankenhäuser) aufgeteilt werden
 - Wenn Abrufmenge erreicht: Rahmenvereinbarung endet, neues Vergabeverfahren erforderlich
- Folgen für derzeit laufende Rahmenvereinbarungen?
 - Wird eine Abnahmemenge als „Schätzwert“ etc. beschrieben, dürfte mit Erreichen dieser Abnahmemenge die Rahmenvereinbarung enden
 - Weitere Aufträge nur unter den Voraussetzungen der Auftragserweiterung, § 132 GWB



Rahmenvereinbarung - Beispiel

Problematisch:

Einkaufsgemeinschaft teilt mit, dass sie derzeit mit potentiellen Vertragseinrichtungen über einen Beitritt zur EKG verhandelt. Diese sollten später ebenfalls abrufberechtigt sein. Die entsprechenden Einrichtungen werden jedoch den Bietern gegenüber nicht namentlich bezeichnet. Sie sollen aber gleichwohl im Falle eines Beitritts zur EKG abrufberechtigt (also Rahmenvereinbarungspartner auf Auftraggeberseite) sein.

Rahmenvereinbarung – Vergabe Einzelaufträge

- „Ein-Partner-Modell“ (= nur 1 Rahmenvertragspartner → unproblematisch)
- „Mehrpartner-Modell“ (= mehrere Rahmenvertragspartner → **Vergabe der Einzelaufträge / Abrufe oft problematisch**)
- § 21 Abs. 4 und 5 VgV enthalten detaillierte Vorgaben zur Vergabe der Einzelaufträge im sog. "Mehrpartner-Modell":
 - erneutes Vergabeverfahren für jeden Einzelauftrag zwischen den Vertragspartnern der Rahmenvereinbarung, sofern nicht alle Bedingungen zur Erbringung der Leistung in der Rahmenvereinbarung festgelegt wurden ("Miniwettbewerb")
 - ohne erneutes Vergabeverfahren nach den Bedingungen der Rahmenvereinbarung, oder
 - Klare, objektive Regelungen, wie der Abruf der Einzelaufträge erfolgt erforderlich (Transparenzgebot; Gleichbehandlungsgebot)!
 - müssen in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festgelegt werden

Rahmenvereinbarung - Beispiele

nicht ausreichend z.B.:

Die Rahmenvereinbarung kommt mit den fünf Bietern zustande, welche das insgesamt wirtschaftlich günstigste Angebot abgeben.
Vor dem Bezug der Einzelaufträge werden die teilnehmenden Häuser die Rahmenvereinbarungspartne r für einen Abruf der konkreten Abnahmemengen konsultieren.

problematisch z.B.:

Auf einer Rahmenvereinbarung beruhende Einzelaufträge werden nach folgenden Kriterien vergeben:

- Die Einzelauftragsvergabe erfolgt ausschließlich zwischen dem in der Auftragsbekanntmachung genannten öffentlichen Auftraggeber (REK) und denjenigen Unternehmen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Einzelauftrags Vertragspartei der Rahmenvereinbarung sind (§ 21 Abs. 2 S. 2 VgV).
- Bei der Einzelauftragsvergabe werden keine wesentlichen Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vorgenommen (§ 21 Abs. 2 S. 3 VgV).
- Objektive Bedingung für die Auswahl der Unternehmen im Sinne des § 21 Abs. 4 Nr. 1 VgV ist:

Der Einzelabruf erfolgt durch den behandelnden Arzt unter Berücksichtigung der allgemeinen ärztlichen Berufspflichten (§ 2 Musterberufsordnung), der gegenüber den Patienten und Patientinnen bestehenden Pflichten (insbesondere § 7 Musterberufsordnung) anhand der jeweiligen Indikation.

Dem behandelnden Arzt kommt insofern eine verantwortliche Rolle zu, weil nur er kraft seiner Fachkunde die im Einzelfall für die Auswahl der geeigneten Endoprothetik in Betracht kommenden Umstände und Gesichtspunkte zu gewichtigen unwürdigen versteht. Die zur Anwendung kommenden berufsrechtlichen Vorschriften sind transparent und diskriminierungsfrei und bedürfen lediglich der pflichtgemäßen Anwendung durch den behandelnden Arzt auf den Einzelfall.



Rahmenvereinbarung - Beispiele

Problematisch z.B.:

Hinweis:

Es handelt sich um eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen nach § 21 VgV. Die angegebenen mengen sind Schätzmengen, verbindliche Absatzmengen werden nicht zugesichert. Maßgebliches Kriterium für den Abruf der Einzelaufträge ist der günstigste Preis.

In medizinisch begründeten Ausnahmefällen kann die jeweils abrufberechtigte Einrichtung hiervon abweichen.

Verfahren der “*Listung*” aller Hersteller

- Ausschreibung erfolgt nur pro forma, sämtliche Hersteller / Lieferanten werden „gelistet“, Mitgliedshäuser wählen dann (letztlich willkürlich) Hersteller / Lieferanten für ihre Bestellung aus
- **Rechtswidrig, denn**
 - Höchstzahl / Obergrenze Rahmenvertragspartner nicht festgelegt
 - Verstoß gegen Anforderungen zur Mengenbestimmung und –Aufteilung (siehe EuGH, Urt. Vom 19.12.2018, Rs. C-216/17 - “Antitrust und Coopservice”)
 - Verstoß gegen Grundsätze zur Vergabe der Einzelaufträge (§ 21 VgV)
 - valide Kalkulation für Bieter nicht möglich
 - Kein „Open-House“



Boni

Ausgestaltungsvarianten: Bonuszahlungen

- Umsatzbezogene Rückvergütung / nachträglicher Preisnachlass bei Erreichen bestimmter Abnahmengrenzen / bestimmtem Umsatz
 - **Achtung:** Abgrenzung zu korruptivem Verhalten, da der Preiswettbewerb an sich über direkte Preisnachlässe auf eine konkrete Rechnung / Bestellung erfolgen soll
 - Wichtig daher: muss am Anfang des maßgeblichen Zeitraums vereinbart werden und in seiner Höhe einem „marktüblichen Preisnachlass“ entsprechen
- Unzulässig: sog. „Administrationsboni“ / bestimmte „Logistikpauschalen“ wenn als „Eintrittsgeld“ für Zugang zu (insbesondere öffentlichen) KKH-Trägern
 - Keine äquivalente Gegenleistung
- „Benutzungs-/Anschlussgebühr“ z.B. für die Nutzung einer IT-Plattform: im Einzelfall zu entscheiden

Logistikboni / -Pauschalen

- Vorgabe von Boni / Logistikpauschalen grundsätzlich zulässig
- Sofern klar definiertes Paket an Gegenleistungen der EKG
- müssen von Beginn an **einheitlich** feststehen (Beispiel: fester %-Satz auf Umsatz)
- Problem ggf. nur wenn im Verhältnis zu übrigen Preiskomponenten zu hoch („Bestes Preis- / Leistungsverhältnis“)
- Abfragen unterschiedlicher Boni / Logistikpauschalen problematisch:
 - Vergaberechtlich schwer umsetzbar
 - Verhältnis zu den „normalen“ Preisbestandteilen muss feststehen
 - Muss als Preisbestandteil ausgewiesen und transparent bei der Wertung berücksichtigt werden (siehe auch § 13 Abs. 3 Kodex Medizinprodukte)
 - zu hohe Gewichtung kann Gebot der Auftragserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot verletzen („Bestes Preis- / Leistungsverhältnis“)
- Kalkulationsrelevante Daten / Informationen sind vom öffentlichen AG grds. kostenfrei zu liefern

Ausgestaltungsvarianten: Bonuszahlungen

- Unterschiedliche Boni / Logistikpauschalen:
 - problematisch sofern ausschlaggebend für Auswahl des Lieferanten
 - §§ 299, 299a, b StGB?
- beim „**Vollmachtsmodell**“ der Einkaufsgemeinschaft denkbar
- weit eher *unlauter*, als ohne Einkaufsgemeinschaft
- Grund: Mengen- / Staffelrabatt als %-Abschlag grundsätzlich zulässig → unmittelbar relevant für Beschaffungspreis
- Bei EKG: dient bei Lebensnaher Betrachtung nur der (dann ggf. unlauteren) Entscheidung über die Lieferantenauswahl
- § 299 a, b StGB nur bei Beteiligung eines Heilberufsangehörigen möglich (siehe Problematik „Arzt in der KKH-Geschäftsführung“ – noch unklar, ob von § 299a, b StGB erfasst)



Administrationsboni - Allgemein

- „Administrationsbonus“ = Bonus / Rückvergütung, die der Lieferant in Abhängigkeit von seinem (Jahres-) Umsatz mit den EKG-Mitgliedern an die EKG zu zahlen hat
- Teilweise Jahresbeträge in Höhe von x Mio. EUR
- EKG erbringt dafür keine relevanten Leistungen für den Hersteller / Lieferanten
- Leistungskatalog EKG enthält praktisch ausnahmslos Leistungen für deren Mitglieder
- Potentiell unzulässig:
 - Verstoß gegen Äquivalenzprinzip, § 3 Abs. 1 Nr. 4 des Kodex Medizinprodukte
 - nach § 7 Abs. 1 HWG unzulässige Zuwendung
 - dient Zugang zu weiteren Abnehmern bzw. ist dementsprechend Mittel der Absatzförderung
 - keine marktgerechte Gegenleistung
 - Kein Ausnahmetatbestand (auch § 7 Abs. 1 Nr. 2 HWG)

Administrationsboni – Vergaberecht

- Kein grundsätzliches vergaberechtliches Verbot, Kosten / Kostenblöcke auf Bieter umzulegen
 - Administrationsbonus betrifft die Gesamtwirtschaftlichkeit der Beschaffung
 - Ansonsten Administrationskosten, die der Auftraggeber (Krankenhausträger) zu tragen hätte
 - Voraussetzung aber:
 - Regelung zu Administrationsbonus muss in den Vergabeunterlagen enthalten sein
 - Regelung muss sein: transparent, zu angemessenen und kostendeckenden Konditionen
 - Regelung muss für alle Bieter einheitlich geregelt sein (grds. nicht umsatzabhängig, sondern in absoluter Höhe für alle Bieter gleich / mengenabhängig)
 - Zusätzliche Vergütung muss im Rahmen der Kalkulation berücksichtigt werden können
 - Ansonsten keine Übereinstimmung zwischen bezuschlagtem und letztlich abgerechnetem Preis
- Verstoß (auch) gegen Vergaberecht

Beratungsunternehmen als „Herren des Verfahrens“



ESCH BAHNER LISCH

Beratungsunternehmen

- Bereiten vielfach Leistungsbeschreibung vor (technische Anforderungen)
- ggf. zugleich Nähe zu bestimmten Anbietern / Herstellern
- Potentieller Ausschlussgrund und dadurch → Verfahrensmangel (§ 6 VgV)
- Ggf. wurden wesentliche Entscheidungen nicht vom Auftraggeber getroffen → Verfahrensmangel

§ 6 VgV

- (1) ... Mitarbeiter ... eines im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, bei denen ein Interessenkonflikt besteht, dürfen in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken.
- (2) 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.
- (3) Es wird vermutet, dass ein Interessenkonflikt besteht, wenn die in Absatz 1 genannten Personen
 1. Bewerber oder Bieter sind,
 2. einen Bewerber oder Bieter beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzliche Vertreter oder nur in dem Vergabeverfahren vertreten,

Verhandlungsverfahren und Innovationspartnerschaft



ESCH BAHNER LISCH

Verhandlungsverfahren – erweiterter Anwendungsbereich

Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, § 14 Abs. 3 VgV

- Besondere Bedürfnisse der AG erfordern Anpassung verfügbarer Lösungen
- Auftrag umfasst konzeptionelle / innovative Lösungen
- Wegen besonderer Umstände (etwa: Komplexität) sind vorherige Verhandlungen unabdingbar

Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, § 14 Abs. 4 VgV

- Auftrag kann nur von einem Unternehmen erbracht werden (etwa: technische Gründe, Ausschließlichkeitsrechte)
- Lieferleistung ausschließlich zu Forschungs- /Versuchszwecken (o.ä.)
- Zwingende technische Kompatibilität mit vorhandenem Material erforderlich

Ablauf Verhandlungsverfahren

- Erstmalig geregelt, § 17 VgV
- **Schritt 1:** Bekanntmachung im EU-Amtsblatt mit der Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen
- **Schritt 2:** Auswertung der Teilnahmeanträge durch den Auftraggeber

Ablauf Verhandlungsverfahren

- **Schritt 3:** Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten (**indikativ / verbindlich?!**)
 - Beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb: Aufforderung an vorher ausgewählte Unternehmen ohne vorherige Bekanntmachung
- **Schritt 4:** Verhandlungen mit allen über die Erst- und Folgeangebote über den gesamten Angebotsinhalt möglich; Ausnahme: **festgelegten Mindestkriterien** und **Zuschlagskriterien**
- **Schritt 5:** ggf. Reduktion der Bieteranzahl in aufeinander folgenden Verhandlungsphasen
- **Schritt 6:** Festlegen einer Frist für die Einreichung der finalen Angebote
- **Schritt 7:** Prüfung und Auswertung der finalen Angebote



Innovationspartnerschaft, § 19 VgV

- Für die "Entwicklung einer innovativen Liefer- und Dienstleistungen und deren anschließenden Erwerb"
- Nur zulässig, wenn es die bestimmte Leistung auf dem Markt nicht schon gibt
→ nur **echte Innovationen**
- Verfahren: ähnlich Teilnahmewettbewerb mit anschließendem Verhandlungsverfahren
- Durch Zuschlag: Begründung der Innovationspartnerschaft
- Preis darf nicht einziges Zuschlagskriterium sein
- Strukturierung in zwei aufeinander folgenden Phasen:
 - Forschungs- und Entwicklungsphase (z.B.: Herstellung v. Prototypen / Entwicklung der DL)
 - Leistungsphase, in der die Leistung erbracht wird



Zuschlagskriterien / Bewertungsmatrix / Konzepte

Bewertungskriterien: Ja/Nein-Kriterien

Beispiel für eine Tabelle, in der die Erfüllung von B-Kriterien vom Bieter abgefragt wird – hier in der Form von „ja/nein“-Kriterien.

Der Bieter hat in jeder Zeile mit „ja“ oder „nein“ zu antworten. Achtung:

- Abweichende Antworten führen zum Ausschluss!
- Fehlende Angaben führen zum Ausschluss!

Kriterium	Angabe des Bieters (ja: 10; nein: 0 Bewertungspunkte)	Gewichtungspunkte
[Kriterium 1]	Bitte angeben	10
[Kriterium 2]	Bitte angeben	30

Bewertungskriterien: Abschichtende Kriterien

- Grundlage: funktionale Beschreibung der Aufgabenstellung
- bestimmte Lösungen haben für den Auftraggeber einen größeren Mehrwert
- die Lösungen müssen dem Auftraggeber vorab bekannt sein
- die Zuschlagskriterien (Bewertungsmatrix) müssen entsprechend ausdifferenziert sein
- durch den Bieter soll nur eine Lösung bestätigend beantwortet werden
- je schlechter die Lösung für den Auftraggeber ist, desto weniger Punkte erhält ein Bieter für sein Angebot innerhalb des Kriteriums

Bewertungskriterien: Absichtende Kriterien

Beispiel für eine Tabelle, in der die Erfüllung von B-Kriterien vom Bieter abgefragt wird – hier in der Form von „Absichtenden“-Kriterien.

Kriterium	Angabe des Bieters – Bitte wählen Sie EINE Alternative aus		Bewertungspunkte	Gewichtungspunkte
[Kriterium 1]				10
	☐	Lösung 1	10	
	☐	Lösung 2	5	
	☐	Lösung 3	0	
[Kriterium 2]				20

Zunehmende Bedeutung konzeptioneller Zuschlagskriterien

Konzeptionelle Bewertungskriterien

- Grundlage funktionale Beschreibung der Aufgabenstellung (Zielstellung)
- Bestimmte Lösungen haben für den Auftraggeber (potentiell / möglicherweise) einen größeren Mehrwert
- Die Lösungen sind dem Auftraggeber hier jedoch nicht vorab bekannt bzw. können (oder sollen) vom Auftraggeber nicht beschrieben werden
- Die Zuschlagskriterien (Bewertungsmatrix) sind dementsprechend nicht vorab so ausdifferenziert, dass der Bieter unmittelbar (schematisch) erkennen kann, mit welcher Angabe er welche Punktzahl erhält

Konzeptionelle Bewertungskriterien

- für die Bieter muss jedoch ersichtlich sein, auf welche Punkte der Auftraggeber bei seiner Entscheidung Wert legt (Zielstellung und nach welchen Kriterien er die Konzepte bewertet)
- Bewertung ist vom Auftraggeber detailliert zu dokumentieren (Dokumentationsaufwand und – Anforderungen sehr hoch!)
- Nicht zum Zuschlag vorgesehen Bietern ist - auch und insbesondere im Hinblick auf die Konzeptwertung - detailliert mitzuteilen, weshalb sie nicht zum Zuschlag vorgesehen sind
- **Sehr hohe Fehlerquote beim Auftraggeber**

Grundlagen der Konzeptbewertung

- Ausgangspunkt: Definierte Zielstellung des Auftraggebers ≠ „freies Sich-Präsentieren“
- Maßgebend sind:
 - Zwingende Inhalte / Anforderungen
 - Zuschlags- / Wertungskriterien
- „Schlüsselbegriffe“ / Überschriften
- Was will (bzw. muss!) zwingend im Konzept stehen?
- Merke: was im Konzept nicht dargestellt / ausgefüllt ist / sich nicht klar (zuordenbar) aus den Unterlagen ergibt → ist nicht vorhanden / nicht wertbar

Konzeptionelle Bewertungskriterien

- Grundlage auch hier: funktionale Beschreibung der Aufgabenstellung (Zielstellung)
- bestimmte Lösungen haben für den Auftraggeber (potentiell / möglicherweise) einen größeren Mehrwert
- die Lösungen sind dem Auftraggeber hier jedoch nicht vorab bekannt bzw. können (oder sollen) vom Auftraggeber nicht beschrieben werden
- die Zuschlagskriterien (Bewertungsmatrix) können dementsprechend nicht vorab so ausdifferenziert sein, dass der Bieter unmittelbar (schematisch) erkennen kann, mit welcher Angabe er welche Punktzahl erhält
- ggf. ist gerade gezielt beabsichtigt, die konzeptionelle Darstellung – und damit bereits die Ermittlung / Entwicklung der qualitativ besten Lösung – dem Bieter zu überlassen (ansonsten: reine Abfrage von Stichpunkten / „Schlüsselbegriffen“)

Grundlagen der Konzeptbewertung

- Ausgangspunkt: Definierte Zielstellung des Auftraggebers ≠ „freies Sich-Präsentieren“
- maßgebend sind:
 - zwingende Inhalte / Anforderungen
 - Zuschlags- / Wertungskriterien
- „Schlüsselbegriffe“ / Überschriften
- was will (bzw. muss!) zwingend im Konzept stehen?
- merke: was im Konzept nicht dargestellt / ausgefüllt ist / sich nicht klar (zuordenbar) aus den Unterlagen ergibt → ist nicht vorhanden / nicht wertbar

Auftragserweiterungen und Optionen

Auftragserweiterungen (auch Verlängerungen)

- Nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig
- Grundsatz: Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren
- De minimis-Regelung:
 - Gesamtcharakter des Auftrags ändert sich nicht
 - Erweiterung überschreitet Schwellenwert nicht
 - Bleibt < 10% des ursprünglichen Auftragswertes
- Praktisch relevante Ausnahmen:
 1. zusätzliche Liefer- oder Dienstleistungen erforderlich, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und Wechsel des Auftragnehmers
 - a) kann aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen und
 - b) wäre mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden.



Auftragserweiterungen (auch Verlängerungen)

2. Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert.
3. Unternehmensnachfolge / -Transaktion (unter bestimmten Voraussetzungen)

Optionen, § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB

Zulässig, wenn

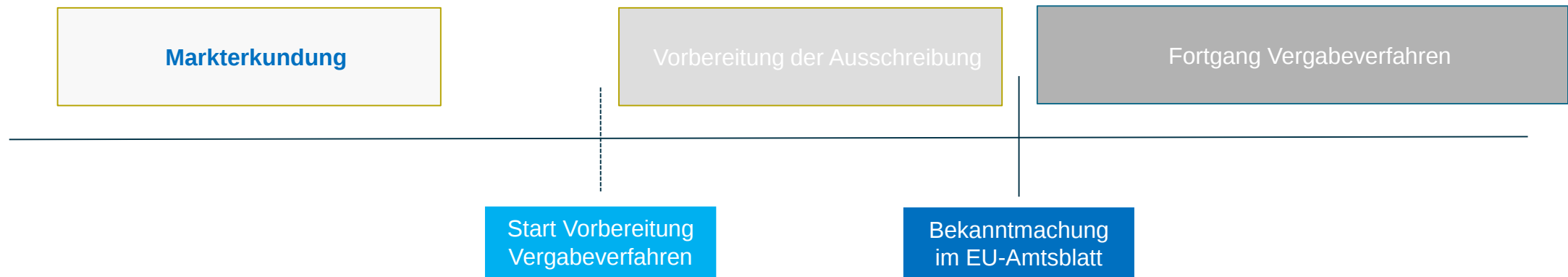
- Option in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert
- im Sinne von Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen und
- sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert.

Markterkundungen



ESCH BAHNER LISCH

Markterkundung



Markterkundung

- Rechtsgrundlage: Art. 40 Richtlinie 2014/24/EU und § 28 VgV
- Spielt sich zeitlich vor Beginn des Vergabeverfahrens ab
- Zweck: Vorbereitung Vergabeverfahren und Information potentieller Bieter
- Markterkundung darf
 - nicht ohne Vergabeverfahren in Beauftragung münden
 - nicht missbräuchlich ohne Beschaffungsabsicht erfolgen
 - nicht rein der Ermittlung von Preisen dienen
- es besteht keine Pflicht zur Teilnahme
- grundsätzlich keine Nachteile bei Nichtteilnahme

Vergabecompliance

Möglichkeiten, Phasen

- „early influencing“ (früher Zeitpunkt; Projektantenproblematik!)
- Bieter- / Teilnehmerfragen
- Rügen (s.u.)

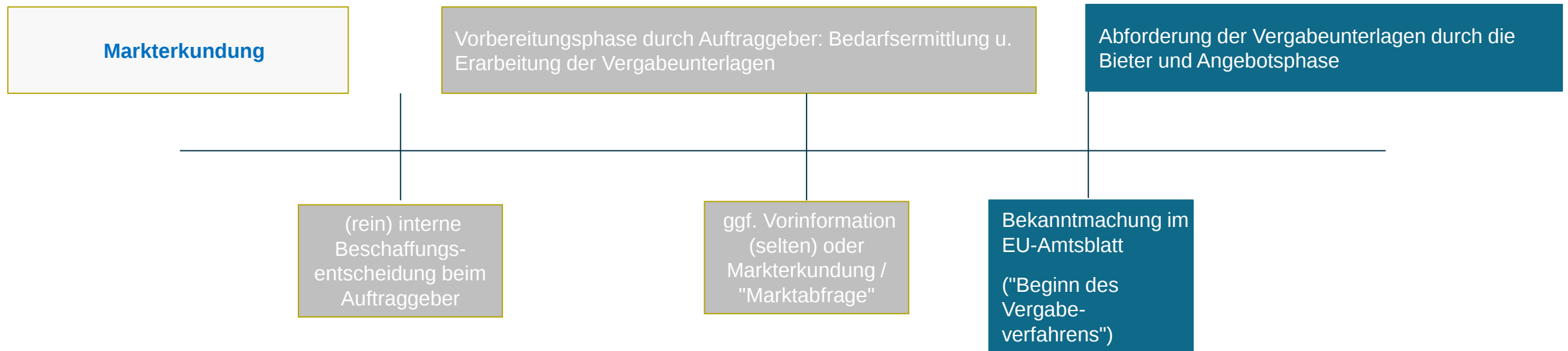


SWOT-Analyse vs.
Wettbewerber

Kommunikation mit dem Auftraggeber

Was ist wann zulässig?

Entscheidend ist der Zeitpunkt, zu dem die Kommunikation erfolgt



Kommunikation mit dem Auftraggeber

- Bindungen des Vergaberechts gelten erst mit dessen Beginn (Absendung der Bekanntmachung), d.h.: Kommunikation mit dem Auftraggeber (spätestens) ab jetzt nur noch über den "offiziellen" Weg
- Vorsicht: auch **vorher** entfaltet das Vergaberecht Vorwirkungen -> Risiko v.a. „Projektantenproblematik“

Projektantenproblematik

- *Unternehmen, das „vorbefasst“ ist, weil es durch Unterstützung des Auftraggebers im Vorfeld des Vergabeverfahrens Sonderwissen erhält, das ihm gegenüber späteren Mitbewerbern einen echten Wettbewerbsvorteil verschafft*
- fakultativer **Ausschluss möglich** wg. Wettbewerbsverzerrung auf Grund Einbeziehung des Unternehmens in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens, wenn Wettbewerbsverzerrung nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen möglich (§ 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB)
- Ausschluss: ultima ratio
- § 7 VgV: AG muss "angemessene Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb nicht verzerrt wird", v.a.:
 - Ausgleich des Informationsvorsprungs durch umfassende Unterrichtung aller Bieter in den Vergabeunterlagen
 - Festlegung angemessener Fristen (über die Mindestfristen hinaus)
 - Umfassende Dokumentation des Umfangs der Mitwirkung und der Vorbefassung des Projektanten
- Nachweis, dass die Beteiligung bei der Vorbereitung des Verfahrens den Wettbewerb nicht verzerren kann, obliegt dem Projektanten!

Kommunikation mit dem Auftraggeber

Die eigene Kommunikation mit dem Wettbewerber - „Verhaltenstipps“

- Auf Gesprächsangebot eingehen
- Aber: den Auftraggeber nicht sehenden Auges "ins Verderben rennen lassen"
- Besprechungen sind erlaubt – Versprechungen nicht
- Dem Auftraggeber keine Arbeit abnehmen
- Kein "Diktieren" eines Leistungsverzeichnisses
- Ggf. Hinwirken auf "Karenzzeit"

Kommunikation mit dem Auftraggeber

Der Auftraggeber kommuniziert mit meinem Wettbewerber - „Verhaltenstipps“

- Grundsätzlich kein Anspruch darauf, dass der Auftraggeber im Rahmen der Verfahrensvorbereitung auch mit mir spricht
 - Aber: dem Auftraggeber "auf die Finger schauen" und die Einhaltung der Transparenz und Gleichbehandlung (Stichwort: Produktneutralität) anmahnen
 - Dokumentation anfertigen!
 - Genaue Prüfung des Leistungsverzeichnisses
-
- Vorsicht: bei Kenntnis von einem möglichen Vertragsschluss maximal sechs Monate Zeit

Ausschlussgründe

- Fakultative Ausschlussgründe, § 124 GWB
 - *Neu:* Nr. 4: "hinreichende Anhaltspunkte" für eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung mit anderen Unternehmen
 - *Neu:* Nr. 5: Interessenkonflikt bei der Durchführung des Vergabeverfahrens, der die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit einer für den AG tätigen Person bei der Durchführung des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte, wenn keine Beseitigung durch andere, weniger einschneidende Maßnahme möglich
 - *Neu:* Nr. 6: Wettbewerbsverzerrung auf Grund **Einbeziehung des Unternehmens in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens** wenn Wettbewerbsverzerrung nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen möglich ("Projektant")
 - *Neu:* Nr. 7: erhebliche oder fortdauernde mangelhafte Erfüllung "wesentlicher Anforderungen bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags", die zu Kündigung oder Schadenersatz geführt haben

Vergabesperre, § 126 GWB

- Bei zwingenden Ausschlussgründen nach § 123 GWB (einschlägige Strafbarkeit oder Versäumnisse bzgl. Abführung von Sozialversicherungsabgaben):
 - Ausschluss des Bieters / Bewerbers bis zu 5 Jahren möglich (§ 126 Nr. 1 GWB)
- Bei fakultativen Ausschlussgründen nach § 124 GWB (sonstige Verfehlungen; Wettbewerbsbeschränkende Abreden; Interessenkonflikte; etc.):
 - Ausschluss des Bieters / Bewerbers bis zu 3 Jahren möglich (§ 126 Nr. 2 GWB)
- Bundesweites Vergabeausschlussregister (Wettbewerbsregistergesetz, in Kraft seit 29.07.2017)

Selbstreinigung, § 125 GWB

- Selbstreinigung nach dem Wortlaut nur möglich / anwendbar bei Angebotsausschlüssen wegen Straftaten und / oder persönlichen Fehlverhaltens → Unzuverlässigkeit
- Ziel: Vermeidung Ausschluss von Vergabeverfahren / Vergabesperre
- Voraussetzungen:
 - Ausgleichszahlung (oder Verpflichtung zur Ausgleichszahlung) für Schäden, die durch Straftaten oder Fehlverhalten entstanden sind
 - Umfassende Aufklärung aller relevanten Tatsachen und Umstände
 - Konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen zur künftigen Vermeidung von Fehlverhalten

Weitere Tatbestände

- §§ 299a, 299b StGB
 - § 299 StGB
 - § 266 StGB (Untreue)
 - § 128 SGB V
 - MedTech Europe Code of Ethical Business Practice
 - BVMed Kodex Medizinprodukte
-
- Besondere Relevanz bei Vergabeverfahren / Beschaffungsverhalten von Krankenhäusern / Einkaufsgemeinschaften
 - Direktbeauftragungen
 - Beispiel: Boni-Zahlungen an EKGen

Vertragsänderungen und Preisanpassung



ESCH BAHNER LISCH

Gründe für Vertragsänderungen

- Allgemeine Preissteigerungen
- Preissteigerungen infolge besonderer, unvorhergesehener Ereignisse (z.B. Ukraine-Krise; Corona-Krise; akute Störung von Lieferketten aus besonderen Gründen)
- Vertragsverlängerungen
- Auftragserweiterungen
- Auftraggeberseitige Anpassungsverlangen aus unterschiedlichen Gründen

Besonderheit bei öffentlichen Aufträgen

- Vertragsänderung kann eine Pflicht zur Beendigung und Neuvergabe auslösen
- Insbesondere bei
 - wesentlichen Vertragsänderungen und
 - einer Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers
- Grund: Gegenstand der Verlängerung / Erweiterung bzw. die Preiserhöhung wird dem (Ausschreibungs-) Wettbewerb entzogen

Grundfragen

1. Besteht für den Auftraggeber überhaupt die Möglichkeit zu einer Vertragsanpassung?
 - ▶ Vergaberecht; Haushaltsrecht; ggf. öffentliches Preisrecht (VO 30/53)
2. Kann der Auftragnehmer eine solche Auftragsänderung (insbes. Preiserhöhung) geltend machen / durchsetzen?
 - ▶ Wirtschaftlicher / tatsächlicher Druck; § 313 BGB

Rechtsrahmen

- Vertragsanpassungsregelungen im Vertrag ► gelten vorrangig!
 - Optionen (Verlängerung; Erweiterung)
 - Indizes für Preissteigerungen
- § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage)
- § 132 GWB (Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit) ► Strenge Regelungen
- [Erlasse / Verwaltungsvorschriften]

Erlasse, Verwaltungsvorschriften

- u.a. Erlass des Bundeswirtschaftsministerium mit Hinweisen zum Umgang mit Preiserhöhungen bei Verträgen über Liefer- und Dienstleistungen
- Diverse Erlasse auf Landesebene
- Problem: Einkaufsgemeinschaften und Krankenhausträger sind nicht Adressat dieser Erlasse, hieran demnach nicht gebunden
- Erlasse können aber als Argumentation- und Auslegungshilfe dienen

Grundsätze / Ausgangspunkt

- Vereinbarte Preise (insb. Festpreise) gelten, d.h. kein Anspruch auf Erhebung von Zuschlägen oder einer Erhöhung der Artikelpreise wegen gestiegener Kosten
- gilt unterschiedslos bei öffentlichen und bei nichtöffentlichen KKH-Trägern
- Daher keine einseitige Ankündigung / Durchsetzung höherer Preise
- Mögliche Anspruchsgrundlage: **§ 313 BGB**

Vergaberechtlicher Spielraum - § 132 GWB

- Grundsatz: Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren, § 132 Abs. 1 Satz 1 GWB, insbesondere bei
 - Änderung Bieterreihenfolge
 - Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers
 - Eröffnung der Möglichkeit der Beteiligung anderer Bieter (potentielles Interesse reicht aus)
 - Erhebliche Ausweitung des Auftragsumfangs
 - Ersetzung des Auftragnehmers
- ▶ Dann (vergaberechtskonform) grundsätzlich keine Vertragsänderung zulässig!

Ausnahmetatbestände, § 132 Abs. 3 GWB

- De-minimis-Regelung, § 132 Abs. 3 GWB ► Auftragsänderung stets zulässig, wenn:
 - Keine Änderung des Gesamtcharakters des Auftrages
 - Wert der Änderung den Schwellenwert (netto EUR 221.000) nicht übersteigt
 - Wert der Änderung $\leq 10\%$ des ursprünglichen Auftragswertes
- Beachte: Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich

Ausnahmetatbestände, § 132 Abs. 2 GWB

- Ausnahmetatbestände, § 132 Abs. 2 GWB ► Auftragsänderung ggf. zulässig, wenn:
 - Nr. 2: zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers
 - a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und
 - b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre
 - Nr. 3: die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert
- Beachte: der Preis darf um nicht mehr als **50 Prozent** des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden
- Änderungen auf Grund von § 132 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB ► im EU-Abl. zu veröffentlichen (TED)



§ 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage)

- **Voraussetzungen:**

Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, müssen sich nach Vertragsschluss schwerwiegend geändert haben und die Parteien hätten den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten.

- **Rechtsfolge:**

Auftragnehmer kann Vertragsanpassung verlangen, sofern ihm unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann

§ 313 BGB, Beispiele

- Corona-Pandemie / Störung von Lieferketten
- Preiserhöhungen infolge außergewöhnlicher Ereignisse (z.B. Ukraine-Krise)

§ 313 BGB – Geschäftsgrundlage

- Parteien haben den Vertrag in der Annahme geschlossen, dass
 - sich die erforderlichen Materialien grundsätzlich beschaffen lassen und
 - deren Preise nur den allgemeinen Unwägbarkeiten des Wirtschaftslebens unterliegen

§ 313 BGB – Schwerwiegende Veränderung

- wenn davon auszugehen ist, dass eine der Parteien oder beide Parteien den Vertrag bei Kenntnis der Änderung nicht oder nur mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten
- Argumentation (vereinfacht):
 - Verträge, die z.T. noch vor der Pandemie und deren Folgen für die globalen Lieferketten und zweitens und vor allem vor Kriegsbeginn in der Ukraine geschlossen wurden, wären mit diesem Inhalt so nicht zustande gekommen, hätten beide Parteien gewusst, dass die kommenden derartigen Einfluss auf die Preisentwicklung nehmen würden
 - Auftragnehmer / Lieferant hat allenfalls das Risiko für solche Preiserhöhungen übernommen, die sich im Rahmen des Vorhersehbaren halten

§ 313 BGB – Festhalten am Vertrag unzumutbar

- Festhalten am Vertrag ist „unzumutbar“, wenn ein Festhalten an der ursprünglichen Regelung (= den Preisen) zu einem untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarem Ergebnis führen würde
- setzt keine Existenzgefährdung o.ä. voraus
- Aber: je eher die Störung vorhersehbar war, umso weniger lässt sich Unzumutbarkeit annehmen
 - Beispiel: wurden Preise bereits während der Pandemie kalkuliert, ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Auftraggeber einer Preisanpassung unter Bezugnahme auf die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie zustimmt, deshalb gering(er).
- Bei erheblichen, nachweisbaren Kostenerhöhungen und z.B. einer Abhängigkeit von ukrainischen Herstellern oder anderen ursächlich durch das Sonderereignis gestörten Lieferketten Voraussetzungen des § 313 BGB ggf. zu bejahen
- Nachweispflicht beim Auftragnehmer / Lieferanten

§ 313 BGB – Rechtsfolgen

- Anspruch auf Anpassung des Vertrags, d.h. vor allem der Preise (und ggf. der Lieferfristen, wenn dauerhafte Lieferprobleme im Raum stehen).
- bedeutet nicht, dass der Auftraggeber sämtliche die Kalkulation übersteigenden Kosten trägt. Die Höhe der Vertragsanpassung ist im Einzelfall festzusetzen, wobei die Gesichtspunkte der Zumutbarkeit zu berücksichtigen sind.
- Bezugspunkt der Anpassung sind nur die erhöhten (Herstellungs-) Kosten, d.h. die Allg. Kosten sowie Wagnis und Gewinn bleiben unberücksichtigt.
- Anspruch auf Vertragsanpassung kann gerichtlich durchgesetzt werden!
- Auftragnehmer / Lieferant steht ein Sonderkündigungsrecht nach § 313 Abs. 3 BGB zu, wenn ein Fall des § 313 BGB vorliegt, die Zumutbarkeit durch eine Preisanpassung aber nicht wiederhergestellt werden kann

A low-angle photograph of a modern building with a large glass facade reflecting the sky and surrounding greenery. The building has a brick upper section and a glass lower section. Lush green trees are visible in the foreground and background, framing the building. The sky is clear and blue.

Berücksichtigung von sozialen und umweltbezogenen
Kriterien (ESG-Kriterien)

Environment (Umwelt), Social (Soziales) und
Governance (Unternehmensführung)



ESCH BAHNER LISCH

Vergaberechtstransformationsgesetz (VergRTransfG) **NICHT VERABSCHIEDET!**

- (Referenten-) Entwurf der letzten Legislaturperiode
- Nicht über Entwurfsfassung (E) hinausgegangen
- E-eines neuen § 120a GWB ‚Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien‘
- E-§ 28 Abs. 2 Satz 2 VgV n.F.: „Die Markterkundung soll umweltbezogene, soziale und innovative Aspekte der Nachhaltigkeit umfassen und vornehmlich digital durchgeführt werden.“
- E-§ 8 Abs. 2 VgV n.F.: Dokumentationspflicht - Verpflichtung zur Begründung für die Nichtberücksichtigung eines sozialen oder eines umweltbezogenen Kriteriums bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens
- E-Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung)

Entwurf § 120a GWB

3-stufiger Ansatz zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien:

1. Soll-Vorgabe für soziale und umweltbezogene Kriterien:

Öffentliche Auftraggeber sollen in der Leistungsbeschreibung oder auf anderen Stufen des Vergabeverfahrens mindestens ein soziales oder ein umweltbezogenes Kriterium berücksichtigen.

2. Besondere Eignung für nachhaltige Beschaffungen:

Bei bestimmten, für eine nachhaltige Beschaffung besonders geeigneten Waren, Bau- oder Dienstleistungen ist die Berücksichtigung mindestens eines umweltbezogenen oder sozialen Kriteriums zwingend.

3. Negativliste:

Definiert bestimmte Beschaffungsgegenstände, die aus Nachhaltigkeitsgründen nicht mehr beschafft werden dürfen.



Integration von Umwelt-, Sozial- und Governance-Kriterien (ESG)

- spielen eine zunehmend wichtige Rolle in öffentlichen und privaten Vergabeverfahren
- beziehen sich auf die Verantwortung von Unternehmen in Bezug auf ökologische, soziale und ethische Aspekte
- beeinflussen zunehmend die Entscheidungen von Auftraggebern bei der Auswahl von Lieferanten und Dienstleistern
- in Vergabeverfahren können ESG-Kriterien sowohl als Eignungs- als auch als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden

ESG-Kriterien als Eignungskriterien

- Eignungskriterien dienen dazu, die grundlegende Fähigkeit eines Unternehmens oder Bieters festzustellen, den Auftrag auszuführen
- Wenn ESG-Aspekte als Eignungskriterien in einem Vergabeverfahren eingebracht werden, bedeutet das, dass ein Bieter bestimmte Mindestanforderungen erfüllen muss, um überhaupt für die Zuschlagserteilung in Betracht gezogen zu werden
- ESG-Eignungskriterien können z.B. sein:
 - Umweltmanagementsysteme: Vorhandensein eines zertifizierten Umweltmanagementsystems wie ISO 14001
 - Soziale Standards: Einhaltung von Arbeitsrechten und sozialen Standards (z. B. keine Kinderarbeit, faire Arbeitsbedingungen)
 - Corporate Governance: Vorhandensein eines ethischen Verhaltenskodex oder einer klaren Governance-Struktur, die korruptionsfrei ist und Transparenz gewährleistet

ESG-Kriterien als Zuschlagskriterien

- Zuschlagskriterien betreffen die Bewertung und Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots
- ESG-Aspekte als Zuschlagskriterien fließen sie in die Bewertung der Angebote ein
- Beispiele für ESG-Aspekte als Zuschlagskriterien:
 - Umweltfreundlichkeit der angebotenen Produkte/Dienstleistungen: Zum Beispiel CO₂-Emissionen des Produkts oder die Verwendung umweltfreundlicher Materialien
 - Maßnahmen zur Förderung von Diversität und Inklusion, faire Arbeitsbedingungen, Unterstützung von lokalen Gemeinschaften
 - Nachhaltige Geschäftspraktiken: Strategien zur Reduzierung von Abfall und Ressourcenverbrauch, Umsetzung von Kreislaufwirtschaftsprinzipien

Tipps und Tricks | dos and dont's in Vergabeverfahren

Vergabebekanntmachungen

- Auffinden über TED
- CPV-Referenz-Ziffern:
 - von 33000000-0 Medizinische Ausrüstungen, Arzneimittel und Körperpflegeprodukte / bzw. 33100000-1 Medizinische Geräte
... bis ...
 - 33198200-6 Sterilisationstaschen oder -hüllen aus Papier / bzw. 33199000-1 Medizinische Kleidung
- Recherche auch nach
 - Bekanntmachungen vergebener Aufträge
 - Bekanntmachungen von Vertragsänderungen gemäß § 132 Abs. 5 GWB
- Kritische Prüfung von Eignungsanforderungen unter Ziff. III.2.1 - 3 der Bekanntmachung
- Abgleich mit Eignungsanforderungen nach Vergabeunterlagen / Bewerbungsbedingungen

Erhalt weitergehender Informationen

- § 62 Abs. 2 VgV:

Der öffentliche Auftraggeber unterrichtet auf Verlangen des Bewerbers oder Bieters unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrags in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs,

1. jeden nicht erfolgreichen Bewerber über die Gründe für die Ablehnung seines Teilnahmeantrags,
2. jeden nicht erfolgreichen Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebots,
3. jeden Bieter über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Bieters und
4. jeden Bieter über den Verlauf und die Fortschritte der Verhandlungen und des wettbewerblichen Dialogs mit den Bietern

- Empfehlung: **zusätzlich zu § 134 GWB** beantragen



Taktische Nutzung von Fragen und Rügen

Taktischer Umgang mit indikativen Angeboten bei Verhandlungsverfahren

Vorabinformation § 134 GWB

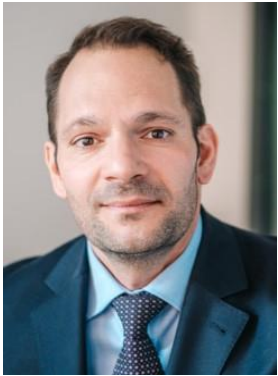
- Mindestinhalt
 - Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll
 - **Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung** und
 - frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses
- 10 tägige Wartefrist bis zum Zuschlag ab Absendung der Vorabinformation
- Bei Zuschlag unter Missachtung der Wartefrist: Zuschlag / Vertrag kraft Gesetzes unwirksam
- § 134 GWB – Mitteilung ► häufige Fehlerquelle + ggf. Ansatz für Vergabeverfahrensrügen!
- Achtung: Bieter kann sich nicht auf Zusicherung des Auftraggebers verlassen, den Zuschlag nach Rüge bis auf Weiteres nicht zu erteilen ► ausdrückliche Rücknahme der § 134 GWB – Vorabinformation erforderlich!

Umgang mit potentiellen Schwächen der Angebotswertung und -Dokumentation



Ausblick

Kontakt



Dr. Oliver Esch

Rechtsanwalt / Partner
Fachanwalt für Vergaberecht

ESCH BAHNER LISCH Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Erftstraße 19a (Altes Eichamt)
50672 Köln

T +49 221 716 116 0
F +49 221 716 116 1
oliver.esch@eschbahnerlisch.de



ESCH BAHNER LISCH