

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Die Vergabeunterlagen bei der IT-Beschaffung (Teil 4, Die Bewerbungsbedingungen: Hinweise und Muster zur Angebotserstellung für den Bieter in den Bewerbungsbedingungen)

Im vierten Teil der [Serie „Die Vergabeunterlagen bei der IT-Beschaffung“](#) erfolgen Informationen über den Teil der Bewerbungsbedingungen, die dem Bieter Hinweise und Muster zur Angebotserstellung vermitteln. Die Bewerbungsbedingungen sollten von Vergabestellen, die ständig Leistungen vergeben, standardisiert werden. Sie sind reine Verfahrensregeln und sollten auf keinen Fall Vertragsbestandteil werden. Das heißt der Zuschlag sollte sich nicht auch auf diese Bedingungen beziehen.

Überblick

1. Form, Inhalt und Aufbau der Angebote
2. Hinweis zu Änderungsverbot
3. Bewerber- und Bietergemeinschaften
4. Unteraufträge
5. Schutzrechte
6. Sonstige Hinweise

Hinweise und Muster zur Angebotserstellung

Die Bieter müssen Hinweise erhalten, wie sie ihr Angebot zu gestalten haben. Gegebenenfalls wird auf entsprechende Anlagen, die Hilfsmittel zur Angebotserstellung enthalten oder die auszufüllen und einzureichen sind, verwiesen. Hierzu gehören insbesondere folgende Punkte:

1. Form, Inhalt und Aufbau der Angebote

An dieser Stelle erfolgt die Information über die geforderte Form zur Angebotsstruktur und zum erwarteten Inhalt der Angebote. Die VOL/A (siehe § 16 EG Abs.2) bestimmt, dass die Vergabestelle die Unversehrtheit und Vertraulichkeit der Angebote zu gewährleisten hat. Auf dem Postweg oder direkt zu übermittelnde Angebote sind daher in einem verschlossenen Umschlag einzureichen, als solche zu kennzeichnen und bis zum Ablauf der Angebotsfrist unter Verschluss zu halten. Bei elektronisch zu übermittelnden Angeboten ist die Unversehrtheit durch entsprechende organisatorische und technische Lösungen nach den Anforderungen des Auftraggebers und die Vertraulichkeit durch Verschlüsselung sicherzustellen. Die Verschlüsselung muss bis zum Ablauf der Angebotsfrist aufrechterhalten bleiben.

Um die Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen, sollen die Bieter veranlasst werden, ihr Angebot alle in derselben Form abzugeben. Das heißt dem Bieter ist vorzuschreiben, auf welchen Mustern und in welcher Reihenfolge er welche Angaben in seinem Angebot zu machen hat.

Nachfolgende Gliederungsvorgabe ist beispielhaft. Die konkrete Ausgestaltung hängt von Art und Umfang der Leistung ab:

Beispiel für die Form der Angebote und deren Inhalte

“

Form der Angebotes

Das Angebot ist in einem verschlossenen Umschlag mit der Adressenangabe und dem Adressaufkleber sowie mit der Aufschrift „Nicht öffnen – Angebot: xxxx“ bei o.a. Stelle abzugeben. (Es ist der beiliegende Adress-Aufkleber zu nutzen)

Das Angebot erfolgt auf der Grundlage des in Ziffer 1 genannten EVB-IT Systemlieferungsvertrages und der dort aufgeführten Anlagen. Dieser EVB-IT Systemlieferungsvertrag wird nach Zuschlagserteilung unter Berücksichtigung des Angebotes des bezuschlagten Bieters vervollständigt. Der vorausgefüllte EVB-IT Systemlieferungsvertrag ist vom Bieter nicht zu modifizieren. Er muss nicht mit dem Angebot zurückgeschickt werden. Das Angebot muss die Preise und alle sonstigen geforderten Angaben und Erklärungen enthalten. Das Angebot ist in deutscher Sprache in Papierform einzureichen. Die Anlagen Nr. 2, 3 und 4 sind darüber hinaus als Microsoft Excel Datei auf einem Datenträger (bspw. CD-Rom, USB-Stick) zur Verfügung zu stellen. Soweit gefordert, sind die jeweiligen Angebotsunterlagen ordnungsgemäß zu unterschreiben. Soweit die eigenen Eintragungen geändert sind, muss dies zweifelsfrei erkennbar sein. Änderungen und Ergänzungen an den Vertragsunterlagen in den vorzulegenden Anlagen und dem Anschreiben sind unzulässig und führen zum Ausschluss.

Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse sind in den Angebotsunterlagen entsprechend kenntlich zu machen.

Die Preise im Angebot sind in Euro ohne Berücksichtigung der Umsatzsteuer anzugeben.

Die Auftragserteilung und die Zahlungen erfolgen in Euro.

Auf den Antwortblättern zu Anlage B2 ist lediglich die Nummer der Frage zu vermerken.

Eine Wiederholung der Frage ist nicht gestattet.

Inhalt und Gliederung des Angebots

Das Angebot ist nach folgender Gliederung zusammen zu stellen. Die einzelnen Gliederungspunkte sind durch ein Register zu trennen.

”

Nr.	Art der Unterlage	Als Anlage dieser B erwerbungsbedingu ngen	Als Anlage des EVB- IT Systemvertrages	Rechtsverbindliche Unterschrift zwingend
1	Formloses Anschreiben mit Datum, Dieses Anschreiben hat außer Betreff, Anrede und Unterschrift nur noch folgenden Satz zu enthalten: „In der Anlage finden Sie die für unser Angebot erforderlichen Unterlagen als Anlagen zum EVB-IT Systemlieferungsve rtrag, den wir ebenfalls zum Gegenstand unseres Angebotes machen.“			
2	Eignungsmatrix	H0		Ja
2a	Unternehmensdars tellung	H1		Ja, ausgedruckte Version
2b	Eigenerklärung Insolvenz	H2		Ja
2c	Eigenerklärung zur Verhütung von Manipulationen	H3		Ja
2d	Eigenerklärung zur Schwarzarbeit	H4		Ja
2e	Eigenerklärung zum Nichtvorliegen von Straftaten	H5		Ja
2f	Übersicht zu Nachu nternehmerleistung en	H6		Ja
2g	Erklärung zur Bietergemeinschaft	H7		Ja
2h	Referenzliste	H8		Ja
3	Leistungsverzeichni s (mit Antworten des Auftragnehmers)	Anlage B2	Anlage 2	Ja

auf den
Fragenkatalog
(ausgedruckt mit
Unterschrift sowie
elektronisch als
Datei)

4	Vom Bieter ausgefülltes Preisblatt (ausgedruckt und digital)	Anlage C	Anlage 3	Ja, ausgedruckte Version
5	Nutzungsrechtsregeln aus den Lizenzbedingungen des Rechteinhabers der Standardsoftware		Anlage 4	Nein
6	ADV mit vom Bieter ausgefüllten technischen und organisatorischen Maßnahmen	Anlage D	Anlage 5	Ja, ausgedruckte Version
7	Produkthandbuch der Standardsoftware		Anlage 6	Nein
8	Vom Bieter zu erstellender Schulungsplan auf Basis der Angaben im Systemlieferungsvertrag in Nummer 5 und Nummer 1.1 der Anlage 1 des EVB-IT Systemlieferungsvertrages	Anlage 7	Ja, ausgedruckte Version	
9	Ausgefüllte Teleservicevereinbarung	Anlage E	Anlage 8	Ja, ausgedruckte Version
10	Ausgefüllte Nutzungsrechtmatrix	Anlage F	Anlage 9	Ja, ausgedruckte Version

2. Hinweis zu Änderungsverbot

Es sollte in den Vergabeunterlagen der Hinweis erfolgen, dass Bieter keine inhaltlichen Änderungen an den Vertragsunterlagen vornehmen dürfen (siehe auch § 16 EG Abs. 4 VOL/A). Eine Änderung liegt vor, wenn ein Bieter den Umfang der ausgeschriebenen Leistungen einschränkt oder erweitert oder wenn er inhaltlich eine andere Leistung anbietet, als der Auftraggeber fordert. Damit sind neben Korrekturen auch Ergänzungen als Änderungen anzusehen. Dies ist anerkannt, obwohl in § 16 EG Abs. 4 S. 1 VOL/A im Gegensatz zu § 19 EG Abs. 4 lit. d VOL/A nicht ausdrücklich von „Ergänzungen“ die Rede ist. Oft legen Bieter ihren Angeboten umfangreiche Begleitschreiben bei. Diese gelten dann als Änderungen, wenn sie ausdrücklich untersagt sind (weil die Vergabestelle sich nicht der Mühe unterziehen will, die Begleitschreiben auf mögliche Änderungen zu untersuchen, oder weil das Begleitschreiben den Vertragsunterlagen widerspricht oder sie modifiziert. Denn grundsätzlich wird ein solches Begleitschreiben auch Bestandteil des Angebots. Enthält das Begleitschreiben dagegen nur Klarstellungen, Kalkulationsannahmen und Hinweise auf die Preisermittlung, wird es nicht zum Vertragsinhalt, weil es nur interne Kalkulationsgrundlagen offen legt. Aber Achtung: In den seltensten Fällen stellen Kalkulationsannahmen keine Änderung der Vertragsunterlagen dar. Z.B. kommt es vor, dass Bieter sich wie folgt ausdrücken:

„Unserer Kalkulation der Installationskosten liegt die Annahme zu Grunde, dass keine Vertragsstrafe für die Nichteinhaltung von Ausführungsfristen geltend gemacht wird (obwohl die Vertragsunterlagen eine solche vorsehen)“

Beispiel

Änderungen der Vertragsunterlagen und ihrer Anlagen führen zum Ausschluss des Angebotes des Bieters. Dies gilt nicht, wenn der Bieter explizit aufgefordert wird, eine Ergänzung in einem Dokument vorzunehmen, z.B. eine Unterschrift oder einen Eintrag in einem Feld eines Musterformulars. Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bieters sind nicht zugelassen. Angebote, die solche enthalten, werden zwingend ausgeschlossen.

3. Bewerber- und Bietergemeinschaften

Es sollen Ausführungen zu Anforderungen an Bewerber- und Bietergemeinschaften gemacht werden. Nach § 3 Abs. 1 und § 6 EG Abs. 2 S. 1 VOL/A sind Bewerber- und Bietergemeinschaften wie Einzelbewerber bzw. -bieter zu behandeln. Die Vorschrift stellt ebenfalls eine Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes dar. Eine Bietergemeinschaft darf daher nicht ausgeschlossen werden.

Die Vergabestelle muss daher erfragen, ob das Angebot durch einen Einzelbieter oder durch eine Bietergemeinschaft erfolgt. Aus der Formulierung in § 6 Abs.1 S. 2, § 6 EG Abs.2 S. 2 VOL/A „Für den Fall der Auftragserteilung können die Auftraggeber verlangen, dass eine Bietergemeinschaft eine bestimmte Rechtsform annimmt, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages notwendig ist“, ist zu entnehmen, dass eine Bietergemeinschaften nicht dazu verpflichtet werden kann, bereits im Rahmen des Vergabeverfahrens eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Unzulässig ist es daher,

bereits mit dem Teilnahmeantrag oder mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe von den Bewerbern/Bietern zu verlangen, dass sich diese schon in der Rechtsform der zukünftigen Projektgesellschaft bewerben oder das Angebot abgeben. Der Aufwand für eine Gesellschaftsgründung (bspw. Aufbringung des Stammkapitals) ist angesichts der unsicheren Erfolgslage zu groß. Wird der Auftrag allerdings an eine Bietergemeinschaft erteilt, so kann der Auftraggeber eine für die Auftragsausführung sinnvolle Rechtsform vorgeben, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages notwendig ist.

Bietergemeinschaften haben aber bereits mit Angebotsabgabe jeweils alle Mitglieder der Bietergemeinschaft sowie eines ihrer Mitglieder als bevollmächtigten Vertreter zu nennen. Dieser Vertreter ist dann zum Abschluss und für die Durchführung des Vertrages zu benennen. Fehlt einer dieser Angaben im Angebot, so ist sie vor der Zuschlagserteilung beizubringen (§ 16 EG Abs. 5 VOL/A).

Exkurs zu Bietergemeinschaften:

Bezüglich der rechtlichen Einordnung einer gemeinschaftlichen Angebotsabgabe bestehen oft Unsicherheiten bei der Vergabestelle. Oft wird fälschlicherweise auch ein Subunternehmer als Teil einer Bietergemeinschaft angesehen. Die Bewerbung eines Hauptunternehmers mit einem oder mehreren Subunternehmern erfüllt aber nicht den Begriff Bietergemeinschaft, da bei der Einschaltung von Subunternehmern nur der Hauptunternehmer Vertragspartner wird. Bei einer Bietergemeinschaft werden aber alle Bieter zusammen Hauptunternehmer.

Die VOL/A 2009 kennt folgende Begriffe:

- „Bewerbergemeinschaft“ ist der Zusammenschluss mehrerer Unternehmen im Rahmen eines vorgelagerten Teilnahmewettbewerbs etwa in nicht offenen und Verhandlungsverfahren.
- Eine „Bietergemeinschaft“ ist dagegen der Zusammenschluss von mehreren Unternehmen, mit dem Ziel, ein gemeinschaftliches Angebot abzugeben und die Leistung gemeinsam zu erbringen.
- Weggefallen sind in der neuen VOL/A die Begriffe „Arbeitsgemeinschaft“ und „gemeinschaftliche Bewerber“.

Bietergemeinschaften werden gegründet, weil kleine und mittlere Unternehmen (KMU) alleine nicht in der Lage sind, die Eignungs- und Leistungskriterien zu erfüllen. Die VOL/A bestimmt, dass Bietergemeinschaften Einzelbietern gleichzusetzen sind. Es ist also zu überprüfen, ob die Bietergemeinschaft durch ihren Zusammenschluss geeignet ist, den Auftrag auszuführen. Hinsichtlich der Leistungsfähigkeit und Fachkunde kommt es dabei auf die Bietergemeinschaft insgesamt an. Das heißt zusammen muss die Bietergemeinschaft die geforderte Eignung aufweisen. Ein Mitglied einer Bietergemeinschaft kann daher die Defizite eines anderen Mitglieds beispielsweise hinsichtlich der Kenntnisse und Erfahrung im Projektmanagement ausgleichen. Daher müssen die Nachweise von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft vorgelegt werden. Jedes Mitglied für sich muss aber alle Zuverlässigkeitskriterien erfüllen. Auch hat der Auftraggeber stets zu ermitteln, ob in der Bildung einer Bietergemeinschaft eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB zu sehen ist und die Bietergemeinschaft gemäß § 19 EG Abs. 3 lit. f VOL/A auszuschließen ist. Hier gilt aber, dass Bietergemeinschaften immer dann kartellrechtlich unbedenklich sind, wenn und soweit ihre Gründung auf wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Überlegungen beruht. Bei

Bietergemeinschaften ist darauf zu achten, dass jeder Bieter das Angebot und die Nachweise zu unterschreiben hat.

4. Unteraufträge

Hier werden Anforderungen an die Vergabe von Unteraufträgen auf der Grundlage von § 11 EG Abs. 5 geregelt. Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der Auftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge an Dritte vergibt, die Regeln über die Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 2 EG Absatz 2) einzuhalten. Das heißt er muss also auch wieder losweise vergeben. Diese Regelung ist fast deckungsgleich mit § 97 Abs. 3 S. 4 GWB und gilt nur für solche Aufträge, bei denen der Auftragnehmer mit der Erfüllung öffentlicher Aufträge betraut ist. Hierzu gehören nicht die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen, sondern originär öffentliche Aufgaben z.B. im Rahmen einer öffentlich-privaten Zusammenarbeit bzw. Partnerschaft (ÖPP).

Für sonstige Beschaffungsfälle findet die Regelung wohl auch keine Anwendung. Denn wenn eine Losvergabe nicht aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen ausgeschlossen ist, dann hat diese Aufteilung bereits durch den öffentlichen Auftragsgeber (und nicht erst bei der Vergabe von Unteraufträgen durch den bezuschlagten Bieter zu erfolgen.

Exkurs zu Sub/Nachunternehmern:

Gemäß § 7 EG Abs. 9 kann sich ein Unternehmen, auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft, zum Nachweis der Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen. Es muss in diesem Fall dem Auftraggeber nachweisen, dass ihm die erforderlichen Mittel bei der Erfüllung des Auftrags zur Verfügung stehen, indem es beispielsweise eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen vorlegt. Ein Ausschluss von Subunternehmen wie von Bietergemeinschaften ist damit unzulässig.

Diese Regelungen gelten jedoch nur bei Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte. Ein Ausschluss der Beauftragung von Unterauftragnehmern bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte ist daher auch zukünftig möglich. Inwieweit die Rechtsprechung zur Einschränkung der Zulässigkeit der Vergabe von Aufträgen an Generalunternehmer für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte herangezogen werden kann, ist in der Rechtsprechung noch nicht geklärt. Allerdings ist auch hier die Tendenz in der Rechtsprechung des EuGH, die Grundsätze des EG-Vertrages auch auf Vergaben unterhalb der Schwellenwerte anzuwenden, zu berücksichtigen. Es ist daher durchaus damit zu rechnen, dass Generalunternehmer insbesondere im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot mit Erfolg gegen einen grundsätzlichen Ausschluss von Ausschreibungen vorgehen können.

Die Vergabestelle kann sich die vorgesehenen Unterauftragnehmer aber im Angebot benennen lassen und Nachweise über die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit dieser Unternehmen fordern. Angesichts der strengen Rechtsprechung zum Ausschluss von Angeboten wegen fehlender Nachunternehmerverzeichnisse sollte der öffentliche Auftraggeber aber nur solche Nachweise fordern, die tatsächlich erforderlich sind.

Der BGH geht davon aus, dass eine Forderung der Angabe der Nachunternehmer bereits im Angebot unzumutbar sein kann, [BGH, Urteil v. 10.6.2008 – X ZR 78/07](#), VergabeR 2008, 782. Die Nennung der Subunternehmer müsse spätestens bei Vertragsunterzeichnung vorgelegt werden.

Diese BGH-Entscheidung erging aber zum Baurecht, somit zur VOB/A. Nach der in die VOL/A mit § 7 EG Abs. 12 neu eingefügten Vorschrift ist nun geregelt, dass die geforderten Nachweise, wenn diese nicht für den Auftraggeber auf elektronischem Weg verfügbar sind, vor Ablauf der Teilnahme- oder der Angebotsfrist oder der nach § 19 EG Abs. 2 VOL/A vorgesehenen Frist einzureichen sind. Somit enthält die VOL/A nunmehr eine ausdrückliche Regelung, bis zu welchem Zeitpunkt die Nachweise auch für Subunternehmer eingereicht werden müssen. Denn als Nachweise sind alle Unterlagen zu verstehen, die der Auftraggeber von den Bietern nach § 7 EG Abs. 1 VOL/A zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit verlangen kann. Die Norm soll damit sicherstellen, dass die Eignungsnachweise zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung vorliegen. Im Gegensatz zu den Regelungen des § 19 EG Abs. 2 und Abs. 3 lit. A VOL/A, welche zwischen Erklärungen und Nachweisen unterscheiden, spricht aber Abs. 12 nur von Nachweisen. Demnach bezieht sich die Pflicht zum Einreichen vor Ablauf der Teilnahme- und Angebotsfrist nicht auf Erklärungen. Die Antwort auf die Frage, ob Abs. 12 VOL/A auch Nachweise über die Verfügbarkeit eines Subunternehmers abdeckt, hängt also davon ab, ob es sich um echte Nachweise oder Erklärungen handelt, meint der Kommentar Müller-Wrede zur VOL/A (3. Auflage) zu § 7 Abs. 12 VOL/A.

„Die rechtliche Qualität von Verfügbarkeitsnachweisen ist umstritten. Teilweise wird vertreten, dass Verfügbarkeitsnachweise bei systematischer Betrachtung Eignungsnachweise darstellen, da sich der Bieter gerade zum Nachweis seiner Eignung auf fremde Ressourcen beruft. Gegen die Annahme eines Eignungsnachweises spricht jedoch, dass Verfügbarkeitsnachweise nichts über die Nachunternehmer oder deren Qualifikation aussagen. Im Ergebnis muss auch hier unterschieden werden, ob ein Bieter grds. selbst in der Lage ist, die geforderten Eignungsnachweise zu erbringen oder ob das Unternehmen allein gar nicht leistungsfähig ist. Ist ein Unternehmen auf „fremde Eignung“ angewiesen, stellt der Verfügbarkeitsnachweis funktional einen Eignungsnachweis dar. Somit ist dieser Fall von der Regelung des Abs. 12 erfasst; mithin ist der geforderte Eignungsnachweis mit Angebotsabgabe einzureichen.“ Eine vertragliche Klausel, nach der während der Vertragsdurchführung Unterauftragnehmer nur nach deren Benennung und vorheriger Zustimmung durch den Auftraggeber eingesetzt werden dürfen, enthält § 4 Nr. 4 der VOL/B. Demnach hat der des öffentlichen Auftraggebers ein Zustimmungsrecht während der, der Vertragslaufzeit, wenn Unterauftragnehmer eingesetzt oder ausgetauscht werden sollen. Die EVB-IT System und die EVB-IT Systemlieferung kennen ähnliche Regelungen.

5. Schutzrechte

Der Bieter hat gemäß § 13 Abs. 5 bzw. § 16 EG Abs. 5 VOL/A auf Verlangen im Angebot anzugeben, ob für den Gegenstand des Angebots gewerbliche Schutzrechte bestehen oder solche von dem Bieter oder anderen beantragt sind. Der Bieter hat stets anzugeben, wenn er erwägt, Angaben aus seinem Angebot für die Anmeldung eines gewerblichen Schutzrechtes zu verwenden. Diese Regelung in der VOL/A widerspricht dem Prinzip der Trennung zwischen Bewerbungsbedingungen und Vertragsunterlagen. Hier wird bereits ein Teil des Angebotsinhalts in den Bewerbungsbedingungen verlangt, der aber richtigerweise erst in den Vertragsunterlagen durch eine entsprechende Frage oder durch eine Vorgabe geregelt werden kann. Es ist daher davon abzuraten, in den Bewerbungsbedingungen eine solche vertragsinhaltliche Regelung aufzunehmen. Will die Vergabestelle die notwendige Sicherheit über das Bestehen von Rechten Dritter oder über das Schicksal von angesichts der Vertragserfüllung gemachter Erfindungen erhalten, hat sie dies in den Vertragsunterlagen zu regeln.

6. Sonstige Hinweise

Beispielsweise kann hier darauf hingewiesen werden, dass Verweise auf Produktblätter nicht zugelassen sind.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin