

Moritz Philipp Koch

Vergaberecht im Zeitalter der Digitalisierung Praktikerhandbuch



Berliner
Wissenschafts-Verlag

Inhalt

Einleitung	15
Kapitel 1	
Vergaberecht als Treiber der Digitalisierung	25
I. Beschleunigung statt Verzögerung!	25
II. Verwaltungsinterne Beschaffungsexperten als Basis für bessere Beschaffungen	28
III. Rechtmäßigkeit bedeutet nicht maximale Sicherheit	30
IV. Modernes Sourcing, strategisches Lieferantenmanagement und Kooperationen statt Beschaffungs-Bürokratie	33
1. Einführung einer modernen organisatorischen Grundstruktur für den öffentlichen Einkauf (Sourcing)	34
2. Gründung eines zentralen Lieferantenmanagements	36
a) Grundlagen zur Einführung eines zentralen Lieferantenmanagements	36
b) Aufgaben des zentralen Lieferantenmanagements	38
aa) Vor und während eines Vergabeverfahrens	38
bb) Nach der Zuschlagserteilung	40
cc) Durchführung von Lieferantendialogen.	41
dd) Einsatzmöglichkeiten nach dem Ende der Vertragsbeziehung	42
c) Plädoyer für die Einführung eines zentralen Lieferantenmanagements	42
3. Kooperationen.	43
a) Vielfältige Potenziale von Kooperationen	43
b) Festlegung des Kooperationsgegenstandes.	44
c) Auswahl des geeigneten Kooperationspartners	45
d) Abschluss und Durchführung von Kooperationen durch den Bereich Sourcing	47
e) Vergaberechtliche Zulässigkeit von Kooperationen	47
aa) Vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft nach § 108 Abs. 1 bis 5 GWB	48
bb) Horizontale Zusammenarbeit nach § 108 Abs. 6 GWB	49
cc) Forschungs- und Entwicklungskooperationen („F&E Kooperationen“), vgl. § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB	52

- dd) Art. 91c GG – Zusammenwirken von Bund und Ländern
bei informationstechnischen Systemen 52
- V. Wahrung digitaler Souveränität. 54
 - 1. Begriff der digitalen Souveränität 54
 - 2. Festlegung strategischer Ziele zur Stärkung digitaler Souveränität 57
 - 3. Zusätzliche Fokussierung auf zentrale Themen: IT-Sicherheit und
Datenschutz 58
 - 4. Umgang mit Verstößen gegen die digitale Souveränität. 59
 - 5. Zusammenfassung und Ausblick – Digitale Souveränität – quo vadis? . . . 62
- VI. „Schnell lesen, verstehen und wiederholen“ –
Zusammenfassung zu Kapitel 1. 63

Kapitel 2

Die erfolgreiche Vorbereitung und Planung einer Beschaffung 65

- I. Die besondere Bedeutung der Vorbereitungs- und Planungsphase 65
- II. Rechtzeitige Einbindung der benötigten Expertise. 67
- III. Vergaberecht einfach erklären! 69
- IV. Die Bedarfsermittlung 71
- V. Die Durchführung einer Markterkundung (§28 VgV) 73
- VI. Die Wahl der richtigen Verfahrensart 75
 - 1. Offenes Verfahren. 76
 - a) Grundlagen des öffentlichen Verfahrens 76
 - b) Beschleunigtes offenes Verfahren 77
 - 2. Nichtoffenes Verfahren 77
 - 3. Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb
(§ 17 VgV) 78
 - a) Grundlagen zum Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem
Teilnahmewettbewerb 78
 - b) Möglichkeit eines Verhandlungsvorbehalts beim Verhandlungs-
verfahren mit Teilnahmewettbewerb 80
 - c) Beschleunigtes Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. . . 80
 - 4. Verhandlungsverfahren ohne vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb
(§ 17 VgV) 81

5. Möglichkeiten zur Direktbeauftragung eines Unternehmens	85
6. Wettbewerblicher Dialog (§ 18 VgV)	86
7. Innovationspartnerschaft (§ 19 VgV)	87
8. Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich	88
a) Öffentliche Ausschreibung (§ 9 UVgO)	89
b) Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb (§ 10 UVgO)	90
c) Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 3 UVgO i. V.m. § 11 UVgO)	91
d) Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 4 i. V.m. § 12 UVgO)	91
e) Pandemiebedingte Anpassungen der Vergabemöglichkeiten im Unterschwellenbereich	93
VII. Aufstellen eines belastbaren Zeitplans.	94
1. Grundlagen für die Aufstellung eines realistischen Zeitplans	94
2. Besondere Bedeutung von Fristen bei der Erstellung eines belastbaren Zeitplans	96
a) Relevante Fristen im Vergaberecht.	96
b) Möglichkeit einer Fristverlängerung.	97
VIII. Entscheidung über die Frage der Losvergabe	98
IX. Aufstellen belastbarer Eignungskriterien	99
1. Auswahl der passenden Eignungskriterien.	99
2. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung.	101
3. Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit.	101
4. Technische und berufliche Leistungsfähigkeit	102
a) Referenzen über frühere Aufträge	102
b) Wichtiges Praxisproblem – Nachfordern von Referenzen	103
c) Kein Verzicht auf die Einreichung von Referenzen wegen angeblicher Individualvereinbarungen	104
d) Forderung öffentlicher Aufträge als Referenz – Pro und Contra einer wichtigen Debatte rund um Start-ups in der öffentlichen Verwaltung!.	105
5. Abgrenzung zwischen Eignung und Leistung mit Blick auf § 58 Abs. 2 VgV und § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UVgO	106
6. Eigenerklärungen über das (Nicht-)Vorliegen von Ausschlussgründen . .	107

Inhaltsverzeichnis

- 7. Vorlage der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) 108
- 8. Berufung auf die Leistungsfähigkeit und Fachkunde Dritter (Eignungsleihe) 109
- 9. Bewerber- und Bietergemeinschaften. 110
- 10. Informationsmemorandum zum Teilnahmewettbewerb 110
- X. Beschreibung der Leistung 112
 - 1. Anforderungen an die Leistungsbeschreibung 112
 - 2. Aufstellen von Kriterien 113
 - 3. Produktneutralität oder Produktschärfe? 115
 - 4. Bedeutung einer Markterkundung 116
 - 5. Einzelne Kriterien mit übergeordneter Bedeutung. 117
 - a) Barrierefreiheit. 117
 - b) Regelungen über den Datenschutz. 118
 - c) Ökologische und soziale Aspekte 118
- XI. Die Bewertung der Angebote 119
 - 1. Grundlagen der Angebotswertung 119
 - 2. Die Bedeutung des Preises 120
 - 3. Die Bewertung der Leistung 120
 - 4. Bewertung einer Bieterpräsentation. 120
 - 5. Bewertungsmethoden 122
- XII. Erstellung des Vertrages 125
 - 1. Zusammenspiel zwischen Leistungsbeschreibung und Vertrag 125
 - 2. Hinweise und Empfehlungen zur Vertragsgestaltung 125
 - 3. Lehren aus Corona – Aufnahmen zusätzlicher Vertragsregelungen 127
- XIII. „Schnell lesen, verstehen und wiederholen“ –
Zusammenfassung zu Kapitel 2. 128

Kapitel 3

Die Durchführung des formalen Vergabeverfahrens bis zur Zuschlagserteilung 131

- I. Kommunikation während des Vergabeverfahrens 131
 - 1. Kommunikation im laufenden Vergabeverfahren 131

2.	Formerfordernisse im Rahmen der Kommunikation	133
II.	Dokumentation im Vergabeverfahren	135
1.	Grundlagen und Ziele ordnungsgemäßer Dokumentation.	135
2.	Rechtliche Grundlagen für die vergaberechtlichen Dokumentations- pflichten.	135
3.	Besondere Dokumentationspflichten.	138
a)	Besonders genaue Dokumentation beim Rückgriff auf Ausnahmetatbestände	138
b)	Besondere Dokumentationspflicht bei Ermessensentscheidungen . .	138
c)	Besondere Dokumentationspflicht bei der Angebotswertung	139
4.	Rechtsfolgen mangelhafter Dokumentation.	139
5.	Abschließende Zusammenfassung und Empfehlungen zum Thema Dokumentationspflichten	140
III.	Durchführung von Verhandlungen	141
1.	Grundsätzlicher Ablauf der Verhandlungen	141
2.	Vorbereitung der Verhandlungen	141
3.	„Abschichtung“ von Bietern	145
4.	Empfehlungen für erfolgreiche Durchführung der Verhandlungen.	145
5.	Nachbereitung der Verhandlungsrunde	146
IV.	Gefahr durch Rügen und Nachprüfungsanträge im laufenden Vergabe- verfahren.	146
1.	Rechtsschutz vor den Vergabekammern	147
2.	Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	147
3.	Empfehlungen für Rechtsschutzverfahren.	148
V.	„Schnell lesen, verstehen und wiederholen“ – Zusammenfassung zu Kapitel 3.	149

Kapitel 4
Die Vertragsphase im Anschluss an die Zuschlagserteilung 151

I.	Die Bedeutung der Vertragsphase	151
II.	Vertragsanpassungen / Change Requests.	151
1.	Grundlagen zum Umgang mit Vertragsanpassungen (Change Requests) und ihrer Bedeutung für erfolgreiche Digitalisierungsprojekte	152

Inhaltsverzeichnis

2. Vergaberechtliche Voraussetzungen für Vertragsanpassungen.	152
a) Grundlagen zur Anwendung des § 132 GWB	152
b) § 132 Abs. 2 GWB als wichtige Vorschrift zur Bekämpfung der Corona-Pandemie	155
c) Ermöglichung von Mehrabrufen aus Rahmenvereinbarungen über § 132 GWB.	155
III. „Schnell lesen, verstehen und wiederholen“ – Zusammenfassung zu Kapitel 4.	156

Kapitel 5

Die besondere Bedeutung der EVB-IT für erfolgreiche Digitalisierungs-Beschaffungen 157

I. Grundlagen der EVB-IT	157
1. Überblick und Einordnung der EVB-IT	157
2. Verhandlung der EVB-IT zwischen öffentlicher Hand und IT-Wirtschaft . .	158
3. Akzeptanz / Nicht-Akzeptanz der EVB-IT in der (IT-) Wirtschaft.	159
4. EVB-IT – Vorteile und Optimierungspotenziale.	160
II. Bestandteile der EVB-IT	161
1. Nutzerhinweise zu den EVB-IT	162
2. Verschiedene EVB-IT Vertragstypen	163
3. Auswahl des passenden EVB-IT Vertrages.	163
a) EVB-IT für die Überlassung von Standardsoftware	164
b) Anpassung der EVB-IT mit Blick auf Nutzungsrechte.	164
III. Die Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen (UfAB).	165
IV. „Schnell lesen, verstehen und wiederholen“ – Zusammenfassung zu Kapitel 5.	167

Kapitel 6

Rahmenvereinbarungen als flexibles und erfolgreiches Beschaffungsinstrument 169

I. Rahmenvereinbarungen als Erfolgsfaktor	169
II. Rechtliche Grundlagen für Rahmenvereinbarungen.	169

III. Festlegung von Höchstmengen – Verunsicherung durch EuGH-Rechtsprechung	172
1. Einleitende Bemerkungen zur Rechtsprechung	172
2. Sachverhalt (stark verkürzt) und Kernaussagen des EuGHs	173
3. Eigene Einschätzung und rechtliche Einordnung der EuGH-Kernaussagen	174
4. Konsequenzen des Erreichens der Höchstmenge / des Höchstwerts	175
5. Zulässigkeit einer Abweichung zwischen Höchstmenge und Schätzmenge	176
6. Auswirkungen auf bereits bestehende Rahmenvereinbarungen.	176
7. Konkrete Empfehlungen für die Praxis mit Blick auf die Angabe einer Höchstmenge / eines Höchstwertes	177
IV. Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen als Vertragspartner	178
1. Grundlagen zu Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen.	178
2. Durchführung von Miniwettbewerben	178
a) Variante 1: Preis (z.B. 40 %) und Konzept (z.B. 60 %)	179
b) Variante 2: Preis (z.B. 40 %) und Konzept (z.B. 40 %) mit Präsentation (z.B. 20 %)	179
c) Variante 3: Preis (z.B. 40 %), Konzept (ohne Präsentation) (z.B. 40 %) und Personal (z.B. 20 %)	180
d) Übergreifende Empfehlungen zu Miniwettbewerben	180
V. „Schnell lesen, verstehen und wiederholen“ – Zusammenfassung zu Kapitel 6	182

Kapitel 7

Zukunftsfelder der IT-Vergabe 183

I. Die Beschaffung von Open-Source-Software (OSS)	183
1. Angestiegene Bedeutung von OSS	183
2. Kurze Einordnung von OSS	184
3. Vergaberechtliche Besonderheiten bei der Beauftragung von OSS	185
a) Grundlegende Frage nach der Anwendbarkeit des Vergaberechts.	186
b) Vergaberechtliche Zulässigkeit einer Beschränkung auf OSS.	187

Inhaltsverzeichnis

- c) Problem: Vergaberechtliche „Vergleichbarkeit“ bei Zulassung von OSS und proprietärer Software 188
 - d) Mögliche Konflikte mit den EVB-IT Verträgen 188
- II. Die Vergabe von Cloud-Leistungen 189
 - 1. Der Einsatz von Cloud-Lösungen in der öffentlichen Verwaltung 189
 - 2. Vorteile und Hürden beim Einsatz von Cloud-Lösungen. 190
 - 3. Bedarf nach Standards und Grenzen für öffentliche Beschaffungen von Cloud-Lösungen. 191
 - 4. Hinweise zur Vertragsgestaltung mit Blick auf Cloud-Lösungen 192
 - a) Beschreibung der Leistung und Benennung des Vertragsgegenstandes. 192
 - b) Regelungen über den Leistungsort 193
 - c) Regelungen über die Verfügbarkeit 194
 - d) Regelungen über das Vertragsende 195
 - e) Regelungen über den Datenschutz. 195
 - f) Regelungen über die IT-Sicherheit bzw. Datensicherheit 197
- III. Die Vergabe agiler Softwareentwicklungsprojekte 197
 - 1. Potenziale agiler Vorgehensweisen 197
 - 2. Agilität vs. Öffentliche Verwaltung?. 199
 - 3. Agilität – was ist das? 199
 - 4. Vertragliche Einordnung. 201
 - 5. Besonderheiten im Vergabeverfahren. 202
 - 6. Einzelne vergaberechtliche Aspekte. 203
 - a) Schätzung des Auftragswerts nach § 3 VgV. 203
 - b) Bewertung der Angebote und Beschreibung der Leistung 203
 - c) Wahl der richtigen Verfahrensart. 203
 - d) Regelungen über die Vergütung 204
 - e) Ausstiegsszenario vertraglich einplanen 204
 - 7. Zusammenfassung: Praxisempfehlung für die erfolgreiche Ausschreibung agiler Projekte 204
- IV. Kurzer Ausblick – Beschaffung von KI-Leistungen. 205
- V. „Schnell lesen, verstehen und wiederholen“ – Zusammenfassung zu Kapitel 7. 206

Kapitel 8	
Nachhaltige Beschaffungen	209
I. Angestiegene Bedeutung und Nachhaltigkeit als zentrale Herausforderung . .	209
II. Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten in den EVB-IT	211
III. Bestehende Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeits- aspekten in Vergabeverfahren	211
1. Erstellung der Leistungsbeschreibung	212
2. Zuschlagskriterien	213
3. Praxisbeispiele für soziale und umweltbezogene Kriterien	214
 Fazit und Ausblick	 217
 Schlusswort: Seien Sie ein „Digitalisierer“, „kein Traditionalist“!	 221

Einleitung

1. Die Digitalisierung Deutschlands ist die zentrale Herausforderung der kommenden Jahre.
 2. Eine erfolgreiche Digitalisierung setzt zwingend erfolgreiche Beschaffungen (Sourcing) voraus.
 3. Schnelle und effiziente Beschaffungen sind auch unter der Geltung des Vergaberechts möglich.
-

Diese drei Aussagen sind der Grundstein für die Entstehung dieses Praktiker-Handbuchs!

Die Digitalisierung ist in aller Munde, spätestens seit der im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie eingetretenen „Digitalisierungswelle“. Allerdings digitalisiert sich Deutschland nicht von selbst. Erforderlich sind zahlreiche Kraftanstrengungen in Bund, Ländern und Kommunen. Diese können nur erfolgreich gemeistert werden, wenn die benötigten Ressourcen zur Verfügung stehen. **Erfolgreiche Beschaffungen sind daher ein wichtiger Treiber für die Digitalisierung der Bundesrepublik Deutschlands!**

Hier kommt das Vergaberecht ins Spiel. Öffentliche Aufträge müssen grundsätzlich ausgeschrieben werden und den rechtlichen Anforderungen des EU-Vergaberechts sowie den geltenden nationalen Regelungen genügen. Das Vergaberecht erscheint dabei auf den ersten Blick als eine Art „Digitalisierungsbremse“. Dieses Praktiker-Handbuch hat sich zum Ziel gesetzt, mit den bestehenden Vorurteilen aufzuräumen und die Potenziale und Möglichkeiten der öffentlichen Beschaffung für eine erfolgreiche Digitalisierung aufzuzeigen.

Es handelt sich um einen Ratgeber „**aus der Praxis, für die Praxis**“, der allein den praktischen Nutzen in den Vordergrund stellt. Denn ein Blick auf viele Stellen der öffentlichen Hand verdeutlicht, dass die Bedeutung der öffentlichen Beschaffung für eine erfolgreiche Digitalisierung noch nicht überall erkannt wird und dass vielen Beschafferinnen und Beschaffern das praxisorientierte Handwerkszeug fehlt, um schnell und effizient zu beschaffen.

Bitte merken Sie sich ab sofort:

Der Erfolg der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung steht in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Beschaffungspraxis in Bund, Ländern und Kommunen!

Für eine erfolgreiche Digitalisierung benötigen alle öffentlichen Stellen die richtigen Mittel und Werkzeuge („Leistungen“) und Unterstützung („Dienstleistungen“). Was öffentliche Stellen nicht selbst können, müssen sie beschaffen. **Daher muss vieles, was für eine erfolgreiche Digitalisierung erforderlich ist, beschafft werden.** Das muss **schnell und effizient** erfolgen, ohne dass der Boden des geltenden Rechts verlassen wird. Damit erklärt sich die Relevanz der öffentlichen Beschaffung praktisch von selbst!

Sie sind Beschafferin oder Beschaffer?

Dann tragen Sie unmittelbar zum Erfolg unserer Digitalisierung bei, indem Sie die Praxisaussagen und Praxisempfehlungen dieses Buches verstehen und umsetzen! Verinnerlichen Sie die in Kapitel 1 vorgestellten strategischen Rahmenbedingungen für erfolgreiche Beschaffungen und **verwenden Sie dieses Buch ab Kapitel 2 als Anleitung für Ihre eigene Beschaffungspraxis.**

Sie sind Führungs- und Leitungskraft oder Behördenleitung?

Dann verstehen Sie den Zusammenhang zwischen öffentlicher Beschaffung und erfolgreicher Digitalisierung und stärken Sie anschließend Ihren Einkauf! Dieses Praktiker-Handbuch wird Ihnen dabei helfen – insbesondere **Kapitel 1 ist ein MUSS für Sie!**

Sind Sie Bieter- bzw. Auftragnehmer-Vertreter?

Dann profitieren auch Sie von den Praxisaussagen dieses Handbuchs. Es wird Ihnen dabei helfen, die öffentliche Verwaltung noch besser zu verstehen. Davon wiederum werden die Beschaffungspraxis und die Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung profitieren!

Für Sie alle gilt:

Beginnen Sie, **so schnell es geht!** Die Digitalisierung darf und kann nicht länger warten! Die öffentliche Verwaltung muss auch in klassischen Bereichen wie der öffentlichen Beschaffung einen modernen Ansatz verfolgen. Dabei kommt es maßgeblich auf die handelnden Personen an. Jede und jeder Einzelne kann etwas dazu beitragen, die öffentliche Verwaltung moderner, bürgerfreundlicher und serviceorientierter zu gestalten.

Die Voraussetzungen dafür sind derzeit gegeben. Denn nicht zuletzt die Corona-Pandemie hat die Digitalisierung zu einem besonders präsenten Thema gemacht. Im Frühjahr 2022 kämpften Bund, Länder und Kommunen inzwischen seit mehr als zwei Jahren gegen die Auswirkungen einer weltweiten Pandemie, die das Leben in vielerlei Hinsicht verändert hat. Das zeigte sich einmal mehr im Rahmen der „4. Welle“ im November und Dezember 2021, die Deutschland mit großer Wucht traf. Aktuell (Stand März 2022) hat die bereits „5. Welle“ Deutschland mit einer neuen Virusvariante („Omikron“) im Griff. Auch vor diesem Hintergrund sind digitale Lösungen und Formate derzeit wichtiger und gefragter als jemals zuvor.

Bereits in den ersten Wochen der Pandemie, als Kontakte während der sog. „Lockdowns“ auf ein Minimum reduziert wurden, verlegten zehntausende Menschen ihren Arbeitsplatz in das eigene Zuhause. Viele von ihnen sind bis heute nur noch sporadisch im Büro anzutreffen, die Tätigkeit im Home-Office ist genauso selbstverständlich geworden wie die damit verbundenen Telefon- und Videokonferenzen. Diese Veränderungen erfordern eine moderne IT-Ausstattung der Betroffenen, flächendeckend leistungsstarkes Internet, eine möglichst schnelle Unterstützung bei IT-Problemen sowie ausreichend digitale Telefon- und Videokonferenzräume. Außerdem müssen, z. B. in Ministerien, auch vor Ort moderne Konferenzräume und IT-Strukturen geschaffen werden, um auch insoweit „krisenfest“ zu sein. Insbesondere **kritische Infrastrukturen** müssen über eine zuverlässige und belastbare IT verfügen. Neben der Pandemie hat das auch die Flutkatastrophe in Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz im Sommer 2021 noch einmal verdeutlicht.

Von digitalen Prozessen geprägt sind auch die Überlegungen, wie eine Rückkehr zu einem möglichst normalen gesellschaftlichen Leben schnellstmöglich gelingen kann. Die Themen digitale Kontaktnachverfolgung und digitale Testnachverfolgung spielen eine wichtige Rolle. Insoweit wurde häufig Neuland betreten, digitale Lösungen mussten unter Hochdruck entwickelt und erprobt werden. Gleichzeitig geht es jetzt darum, für zukünftige Krisensituationen besser gerüstet zu sein. Denn bislang werden längst nicht alle Möglichkeiten und Potenziale erschlossen. Das gilt im Februar 2022 nach zwei Jahren Pandemie leider weiterhin. Die Krise hat sehr deutlich gemacht und verdeutlicht weiterhin, dass an vielen Stellen **akuter Handlungsbedarf** beim Thema Digitalisierung besteht. Insofern erweist sich die Krise für die Digitalisierung Deutschlands als eine ernste Mahnung, bisherige Versäumnisse aufzuholen. Sie bietet zugleich eine Chance, schon lange erforderliche Digitalisierungsschritte in der öffentlichen Verwaltung des Bundes, der Länder und Kommunen einzuleiten und – noch wichtiger – schnell umzu-

Einleitung

setzen. Ähnlich formuliert ein Positionspapier des Normenkontrollrats (NKR), in dem es heißt:

In der Krise wird deutlich, was auch in „normalen“ Zeiten immer öfter Sorgen bereitet: Deutschland ist, denkt und handelt zu kompliziert.¹

Das gilt auch für den Bereich der öffentlichen Beschaffung.

Festzuhalten bleibt bereits im Rahmen dieser einleitenden Bemerkungen: Deutschland muss – unabhängig von Krisen! – noch einiges tun, um ein Vorreiter im Bereich der Digitalisierung zu werden.

Die Erwartungen an die Verantwortlichen in Politik und öffentlicher Verwaltung sind dementsprechend hoch. Viele Bürgerinnen und Bürger erwarten nun zu Recht schnelle Erfolge. Um den bestehenden Erwartungen gerecht zu werden, ist eine Kraftanstrengung erforderlich. Insbesondere die Jahre 2022 und 2023 müssen daher ganz im Zeichen der Digitalisierung stehen.

Eine schnelle Digitalisierung Deutschlands kann jedoch nur gelingen, wenn der **Konflikt zwischen maximaler Geschwindigkeit und maximalem Qualitätsanspruch** in Einklang gebracht wird. In vielen Fällen ist es nicht möglich, beide Ziele gleichermaßen zu erreichen. Stets müssen aber beide Ziele bedacht und ein geeigneter Mittelweg gefunden werden. Die Behördenwelt in Deutschland tut sich insoweit teilweise noch schwer und pendelt zwischen den Extremen. Häufig brauchen wirklich gute Lösungen einerseits noch viel zu viel Zeit. Andererseits leidet die Qualität der Digitalisierungsprojekte, wenn von vornherein die Zeit fehlt. Hier gilt es, einen Mittelweg zu finden: Die Qualität der (digitalen) Lösungen darf nicht zugunsten der Geschwindigkeit geopfert werden, umgekehrt steht für die Suche nach guten Lösungen kein endloser Zeitrahmen zur Verfügung. Das belegen derzeit zahlreiche Projekte, u. a. in den Bereichen E-Government und Online-Zugangsgesetz (OZG), in denen laufende Fristen zu verstreichen drohen. Es ist die Pflicht der Verantwortlichen, **Geschwindigkeit und Qualität zu gewährleisten**, um erfolgreich zu sein.

Hier schließt sich der Kreis zur **öffentlichen Beschaffung**, denn dieser kommt sowohl mit Blick auf die Geschwindigkeit als auch mit Blick auf die Qualität der beauftragten IT-Leistungen eine entscheidende Rolle zu.

1 <https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/72494/1936832/503cc3c5b6d4393803f9b39ef4a0cd99/120625-initiative-leistungsfae-hige-verwaltung-zukunfts-fester-staat-data.pdf>, dort S. 4 von 33 (zuletzt abgerufen am 23.03.2022).

Das verdeutlichen insbesondere folgende Zusammenhänge:

1. Kommt es bei der Ausschreibung eines Digitalisierungsprojektes zu Verzögerungen, kann möglicherweise das gesamte Projekt nicht rechtzeitig beginnen. Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens verzögert i. d. R. auch das Projekt selbst. Vergabeverfahren müssen daher **schnell und effizient** und gleichwohl rechtssicher erfolgen.
2. Erstellt der öffentliche Auftraggeber qualitativ schlechte Vergabeunterlagen, erhält er oftmals inhaltlich qualitativ schlechtere Angebote und/oder unwirtschaftlichere Angebote. Die Qualität des bezuschlagten Angebotes wiederum hat oftmals erheblichen Einfluss auf den späteren Projektverlauf. Die Qualität der Vergabeunterlagen wirkt sich somit in einer Art „Kettenreaktion“ immer wieder aus, über die Qualität der Angebote bis hin zur Qualität des gesamten Digitalisierungsprojektes.
3. Öffentliche Beschaffung bedeutet mehr als die Durchführung eines formalen Vergabeverfahrens. Öffentliche Beschaffung im Sinne eines **modernen Sourcing**s bedeutet **„Agieren statt Reagieren“**. Agieren in diesem Sinne bedeutet frühzeitig und daher proaktiv und übergreifend zu beschaffen, um die benötigten Bedarfe später durch schnelle Abrufe aus flexiblen Rahmenvereinbarungen bedienen zu können. Das ist ein unmittelbarer Beitrag zu einer schnellen und effizienten Digitalisierung. Rein reaktive Beschaffungsbereiche – wie sie noch viel zu oft existieren – nutzen diese Potenziale nicht.
4. Die öffentliche Beschaffung umfasst auch die **Betreuung und Beratung der Fachlichkeit** in Vergabe- und Vertragsfragen. In der Praxis beschränkt sich diese Beratung derzeit leider oftmals auf das Beantworten konkreter Fragen und in der Behandlung konkreter Problemen. Zukünftig sollten die IT-Bereiche durch kompetente Ansprechpartner frühzeitig, schon weit vor dem formalen Vergabeverfahren und während der gesamten Vertragsbeziehung im Hinblick auf eine optimale Bedarfsdeckung beraten werden („von der Wiege bis zur Bahre“). Die beschaffenden Bereiche müssen ein stets **aktiver Berater und Begleiter der Fachlichkeit** sein. Dadurch handelt auch die Fachlichkeit schneller und effizienter und zugleich steigt die Qualität der Digitalisierungsprojekte.
5. Die öffentliche Beschaffung umfasst ferner die Anbahnung und den Abschluss von **Kooperationen**. Bund, Länder und Kommunen sind gemeinsam stärker. Der Grundgedanke „Einer für Alle“ aus dem OZG-Kontext sollte deutlich häufiger die Basis für eine erfolgreiche Digitalisierung der öffentlichen Hand bilden. Gemeinsame Lösungen schonen Ressourcen und bringen Geschwindigkeit. Daher sind Kooperationen innerhalb der öffentlichen Hand elementar wichtig. Diese sind u. U. sogar vergaberechtsfrei möglich, teilweise ist jedoch auch das Vergaberecht

relevant. Um dies im Einzelfall zu klären muss die Thematik durch die Beschaffungsbereiche bearbeitet und dort etabliert werden.

6. Die öffentliche Beschaffung muss ferner gewährleisten, dass die Zusammenarbeit mit Wirtschaftsunternehmen professionell und partnerschaftlich erfolgt. Das ist essentiell für eine hohe Qualität in gemeinsamen Projekten. Die öffentliche Hand benötigt dafür zukünftig viel häufiger ein professionelles zentrales Lieferantenmanagement als Teil des Einkaufs. Gleichzeitig muss die digitale Souveränität der öffentlichen Hand gestärkt werden.

Die vorstehenden sechs Aspekte sind nur einige Beispiele für die Bedeutung öffentlicher Beschaffungen („Sourcing“). Sie werden in diesem Praktiker-Handbuch umfassend aufgegriffen und mit Praxisempfehlungen versehen. **Dadurch erhalten Sie schnell Impulse für Ihre eigene Praxis!**

Denn Fakt ist: Viele große Digitalisierungsprojekte laufen bereits in der Phase der Beschaffung schlecht an. Bereits insoweit entstehen häufig vermeidbare Verzögerungen, bereits insoweit werden viel zu viele Fehler gemacht und bereits insoweit bleiben viel zu viele Chancen ungenutzt.

Mit Hilfe dieses Praktiker-Handbuchs können Sie einen Beitrag dazu leisten, bereits im Rahmen der öffentlichen Beschaffung den Grundstein dafür zu legen, dass Leistungen und Dienstleistungen mit möglichst hoher Qualität in möglichst kurzer Zeit beauftragt werden. Das ist – wie bereits erwähnt – auch unter der Geltung des Vergaberechts möglich.

Der erste Schritt besteht darin, die „**Angst vor dem Vergaberecht**“ zu verlieren. Die oftmals stiefmütterliche Auseinandersetzung mit den Potenzialen der öffentlichen Beschaffung hat vielerlei Gründe. Sie ist aber insbesondere darauf zurückzuführen, dass das Vergaberecht noch viel zu häufig als ein „notwendiges Übel“ betrachtet wird. Vergabestellen werden oftmals als „Bremsen“ betrachtet, die inhaltliche Materie gilt als sperrig. Entsprechend dieser **traditionell negativen Betrachtung** wird auch das Verhältnis zwischen dem Vergaberecht und der Digitalisierung von vornherein kritisch beäugt. Die oben beschriebenen Zusammenhänge zwischen öffentlicher Beschaffung und erfolgreicher Digitalisierung verraten bereits, dass ein solches Verständnis verhängnisvolle Konsequenzen haben muss.

Das schlimmste ist:

Ein solches Verständnis ist falsch. Meistens ist nicht das Vergaberecht das Problem, sondern der Umgang mit dem Vergaberecht.

Die Angst vor einem praxisorientierten Umgang mit dem Vergaberecht führt häufig dazu, dass die zahlreichen Potenziale effizienter Beschaffungen oftmals ungenutzt blei-

ben. Das Vergaberecht selbst sieht nämlich verschiedene Möglichkeiten und Instrumente vor, um Ausnahmesituationen durch den Rückgriff auf Ausnahmetatbestände sachgerecht zu lösen. Indem ein Rückgriff auf diese Möglichkeiten unterbleibt, wird dem Vergaberecht die Chance genommen, sich selbst als Treiber der Digitalisierung zu beweisen. Dieses Praxisbuch soll das ändern und verfolgt das Ziel, Ihr **Begleiter auf dem Weg zu schnelleren, effizienteren und damit erfolgreicherem Beschaffungen** zu sein!

Um dieses Ziel zu erreichen, wird bewusst ein neuer Weg eingeschlagen, der von klassischen Lehrbüchern abweicht und die Bedürfnisse der Praxis in den Mittelpunkt stellt. **Das Buch kommt aus der Praxis und soll der Praxis dienen.**

Es basiert daher auf folgenden Prämissen:

- Um möglichst schnelle und konkrete Hilfestellungen zu bieten, werden **konkrete Praxisaussagen getätigt und konkrete Praxisempfehlungen gegeben**. Diese werden durch Praxisbeispiele ergänzt.
- Auf die Darstellung akademischer Streitigkeiten ohne messbaren Praxisbezug wird bewusst verzichtet. Die Inhalte dieses Praxiswerkes zielen nicht darauf ab, im Rahmen akademischer Diskussionen Recht zu behalten. Sie haben nur einen Fokus: Das „**Machen**“ **im Tagesgeschäft**.
- Daher werden **Rechtsprechung und Literatur** nur dort angeführt, wo es erforderlich ist oder in Fällen, in denen die Ausführungen besonders wertvolle Impulse enthalten.
- Die wichtigsten **Praxisaussagen und Praxisempfehlungen** werden in den jeweiligen Kapiteln noch einmal deutlich hervorgehoben. Das erleichtert die Lesbarkeit und stärkt die Fokussierung auf besonders wichtige Inhalte.
- Jedes Kapitel schließt mit einer **Kurzzusammenfassung** der wesentlichen Ergebnisse („Schnell lesen, verstehen und wiederholen“).

Die Praxisaussagen und Praxisempfehlungen wurden mit großer Sorgfalt ausgewählt. Sämtliche Aussagen und Empfehlungen basieren auf den nachfolgenden Grundlagen und Erfahrungen:

- Mehr als 5 Jahre eigene Erfahrungen mit IT-Beschaffungen und mit der rechtlichen Begleitung und Beratung von IT-Großprojekten als Verantwortlicher eines großen Vergabebereiches im Land NRW,
- Mehrjährige Erfahrungen als Projektleiter für die Reorganisation eines großen IT-Einkaufs innerhalb der öffentlichen Hand,

Einleitung

- Mehrjährige persönliche Erfahrungen als Mitglied der Arbeitsgruppe EVB-IT des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat und weiterer bundesweiter Formate.
- Zahlreiche Gespräche mit vielen langjährigen Beschaffern und Experten (Expertennetzwerk).
- Erfahrungen aus zahlreichen Seminaren zum Vergaberecht und Vertragsmanagement.

Insbesondere die Gespräche mit zahlreichen Beschaffern und Experten haben verdeutlicht, dass nahezu alle erfolgreichen Beschaffer auf der Grundlage ähnlicher Überzeugungen und mit einem vergleichbaren Handwerkszeug agieren. Diese Überzeugungen und Erfolgsrezepte vieler Beschaffungsexperten bilden daher eine wichtige Basis für die Praxisaussagen und Praxisempfehlungen in diesem Buch. Ihre Umsetzung in der täglichen Beschaffungspraxis kann innerhalb von kurzer Zeit dazu beitragen, auch Ihren eigenen Beschaffungserfolg zu steigern!

Zu guter Letzt:

Die Praxisaussagen und Praxisempfehlungen dieses Buches müssen immer wieder wiederholt und vertieft werden. Das geschieht insbesondere durch:

- Eine feste Etablierung und **Umsetzung in der eigenen Beschaffungspraxis**,
- Den Aufbau eines **eigenen Expertennetzwerks** und den regelmäßigen Austausch innerhalb dieses Netzwerkes.
- Den **Besuch von Seminaren und Fortbildungen** und den damit verbundenen Austausch.

Der regelmäßige Austausch mit Beschaffern in Bund, Ländern und Kommunen im Rahmen von Seminaren ist für viele Praktiker und auch für mich ein wertvoller Impuls und hat die Entstehung dieses Praktiker-Handbuchs stark beeinflusst.

Um diesen Austausch weiter zu fördern und zu intensivieren, werden als Ergänzung zu diesem Buch zukünftig **begleitende Praktiker-Seminare** unter dem Titel „**Vergaberecht im Zeitalter der Digitalisierung**“ mit weiteren Expertentipps über die „**Fortbildungskampagne Öffentliches Recht**“ angeboten.

Weitere Informationen, eine Agenda und die Anmeldung erfolgen über:
www.fortbildungskampagne.de/dr_koch

Zu Allerletzt:

Wer aufhört besser zu werden, hat aufgehört gut zu sein! (Philip Rosenthal)

Auch Ihre Erfahrungen können daher dazu beitragen, dieses Praktiker-Handbuch weiter zu verbessern. Eine regelmäßige Aktualisierung ist geplant und erforderlich, denn die Digitalisierung macht keine Pause. Sie wird sich auch in den kommenden Wochen, Monaten und Jahren immer weiterentwickeln. Auch das Vergaberecht selbst und seine Auslegung und Anwendung in der Praxis werden sich kontinuierlich weiterentwickeln und verändern. Wie unsicher die Basis für Praxisempfehlungen sein kann, hat zuletzt die Rechtsprechung zu Rahmenvereinbarungen mit sich widersprechenden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und der Vergabekammer Bund (VK Bund) einmal mehr bewiesen (vgl. dazu im Einzelnen Kapitel 6 – Rahmenvereinbarungen, III. Festlegung von Höchstmengen – Verunsicherung durch EuGH-Urteil).

Feedback, Anregungen und Kritik sind daher jederzeit willkommen und können an dr.koch@vergabe-leicht-gemacht.de gerichtet werden.

Ergänzende Hinweise zur Arbeit mit diesem Buch

Die Inhalte dieses Praktiker-Handbuchs sind nach bestem Wissen und mit außerordentlich großer Sorgfalt erstellt worden. Im Hinblick auf die riesige Vielzahl von Einzelfällen in der täglichen Praxis können die Praxisempfehlungen dieses Buches jedoch nicht den Anspruch auf Vollständigkeit oder Ausschließlichkeit erheben. Dementsprechend kann auch keine Haftung für die Inhalte übernommen werden. Auch für Hinweise auf andere Webseiten oder sonstige Inhalte wird keinerlei Haftung übernommen. Im Einzelfall empfiehlt sich zur Ergänzung dieses Buches u. U. eine individuelle Beratung durch eine vergaberechtlich spezialisierte Kanzlei.

Die Inhalte dieses Praktiker-Handbuchs stellen **ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers** dar. Sie repräsentieren weder die Meinung des Landesbetriebs Information und Technik Nordrhein-Westfalen (IT.NRW), noch die Meinung des Ministeriums für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen (MWIDE NRW). Gleiches gilt mit Blick auf die Arbeitsgruppe EVB-IT des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (BMI) und die weiteren Mitglieder dieser Arbeitsgruppe sowie sonstige öffentliche Auftraggeber.

Mit Blick auf eine bessere Lesbarkeit erfolgt keine Differenzierung nach geschlechterspezifischen Personenbezeichnungen. Die hier verwendete männliche Form schließt daher stets alle möglichen Formen der Personenbezeichnung ein.