

## Das waren die 10. Kölner Vergabetage!

Die **10. Jubiläumsveranstaltung der Kölner Vergabetage** wurde auch in diesem Jahr von Anfang bis Ende digital durchgeführt – am 20. und 21. September 2022. Das Wohl und die Gesundheit unserer vielen Teilnehmenden in Zeiten von Corona - aber auch die Vermeidung von teuren Sprit- bzw. Anreisekosten – lagen uns bei der Entscheidung der Veranstaltungsformats der diesjährigen Kölner Vergabetage besonders am Herzen.

An zwei Kölner Vergabetagen erwarteten Auftraggeber und Unternehmen drei spannende Themenmodule rund um ökonomisch nachhaltige Beschaffung, aktuelle Vergaberechtsprechung 2022 sowie Herausforderungen und Strategien für Bewerber-/Bieter-Unternehmen. Abgerundet wurde das mit hochkarätigen Persönlichkeiten in ihren Fachgebieten besetzte Programm durch ein viertes praxisorientiertes Veranstaltungs-Modul zu Schulungszwecken. Und das alles online, interaktiv und live in Echtzeit – mit viel Gespräch, Diskussion und Meinungsaustausch zwischen Fachexpert\*innen und Teilnehmenden, Auftraggebern der öffentlichen Hand und Unternehmen.



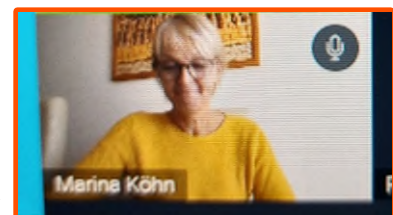
Übrigens: Auch in diesem Jahr waren alle Module einzeln buchbar, so dass sich die Teilnehmenden ihren Vergabetags-Ablauf individuell zusammenstellen konnten. Mit großem Erfolg! Insgesamt wurden 542 Module von Auftraggebern und Bewerbern/Bietern gebucht – von der Teilnahme an einem Veranstaltungs-Modul bis hin zur Teilnahme an allen 4 Modulen an 2 Vergabetagen. Durch die Online-Veranstaltung führte wieder Patrick Schwab, Marketing-Mitarbeiter der subreport Verlag Schawe GmbH, in gewohnt entspannter und sympathischer Weise.

### Modul I „Ökologisch - ökonomische Beschaffung – Nachhaltigkeit als Wettbewerbsvorteil?“ am Vormittag des 20.09.2022



Nach einer kurzen organisatorischen und technischen Einweisung durch Patrick Schwab, eröffnete Geschäftsführerin Christiane Schäffer die 10. Jubiläumsveranstaltung der Kölner Vergabetage. Sie ermunterte zugleich die zahlreichen Teilnehmenden des 1. Veranstaltungs-Moduls, sich rege mit ihren Fragen, ggf. auch Antworten und Tipps im Chat oder per Ton und Bild zum Thema „ökologisch nachhaltige Beschaffung“ zu beteiligen. Denn nur die Kommunikation mit- und untereinander führt zu einer aktiven und lebhaften digitalen Veranstaltung.

**Marina Köhn**, Green-IT-Expertin in der Beratungsstelle für nachhaltige Informations- und Kommunikationstechnik beim Umweltbundesamt (UBA), schaltete sich aus dem sonnigen Berlin-Kreuzberg in den digitalen Veranstaltungsraum zu. Sie begann Ihren Fachvortrag „Ökologische und ökonomische Vorteile bei der Beschaffung von umweltverträglicher IT“ mit einem Quiz. Aber alle Teilnehmenden lagen mit ihrer Einschätzung falsch, wann sich ein Neukauf eines Notebooks für das Klima gelohnt haben würde. Die korrekte Antwort: Die Anschaffung eines energiesparenden Notebooks amortisiert sich erst nach 88 Jahren, denn IT-Geräte sind in der Herstellung sehr energieaufwendig.



Daraus lässt sich auch eine neue Empfehlung zur Nutzungsdauer von IT-Geräten ableiten. Wird ein Notebook 6 statt 3 Jahre genutzt, dann verringern sich die Treibhausgasemissionen um 28%. Grundsätzlich empfiehlt es sich daher heute, die Geräte so lange zu nutzen, wie es technisch möglich ist. „Das ist der beste Beitrag für den Klimaschutz!“, resümierte Köhn. Recycling ist zwar auch sehr wichtig, um Rohstoffe zu schonen und andere negative Umweltauswirkungen – Wasserverbrauch etc. – zu mindern, aber es bringt nur wenige kg CO<sub>2</sub> (e)-Einsparung je Notebook. Denn Green-IT berücksichtigt bei der Beschaffung natürlich alle Lebenszykluskosten, wie Bereitstellung (Kauf), Nutzung (Energie, Ver-

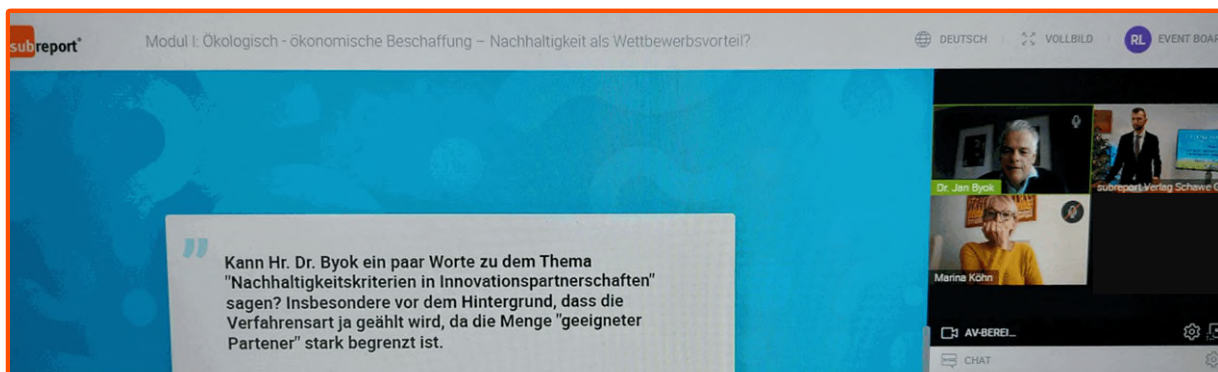
brauchsteile, Ersatzteile) und Entsorgung. Marina Köhn gab allen Teilnehmenden noch wertvolle Linktipps zu ausführlichem Informationsmaterial, Leitfäden, Öko-Vergleichsrechner für Arbeitsplatz-Rechner, 6-Punkte-Plan als Ratgeber, Blauer-Engel etc. auf der Homepage des Umweltbundesamtes an die Hand. Schlussendlich hat die Green-IT-Expertin in nur ca. 30 Minuten bewiesen, dass eine umweltfreundliche Beschaffung oft die wirtschaftlichere Beschaffung ist! Ihr abschließender Appell richtete sich an alle Auftraggeber, zukünftig Umweltkriterien als Zuschlagskriterien in Vergabeverfahren zu definieren, um den Markt in Richtung Umweltschutz zu verändern. Denn der Schutz von Umwelt und Klima durch nachhaltige, ökonomische Beschaffung muss sich immer stärker durchsetzen!



**Dr. Jan Byok**, Partner und Fachanwalt für die Bereiche Vergaberecht und Informationstechnologie bei Bird & Bird LLP in Düsseldorf, konzentrierte sich in seinem Fachbeitrag auf das milliardenschwere Sondervermögen der Bundeswehr und die Rolle des neuen Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetzes (BwBBG) vom 10. Juni 2022. Aus dem vorliegenden Gesetz geht hervor, dass verschiedene "Erleichterungen" für die Beschaffung von Rüstungs- und Verteidigungsgüter bis zum 31. Dezember 2026 befristet vorgesehen sind.

Zu den wichtigsten Neuerungen im BwBBG zählen die Gesamtvergabe, bei der Teil- oder Fachlose abweichend von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB künftig zusammen vergeben werden können, wenn wirtschaftliche, technische oder zeitliche Gründe dies rechtfertigen. Laut Dr. Byok sind diesbezüglich keine großen Auswirkungen für Unternehmen zu erwarten, da auch zuvor Vergabeverfahren ohne Lose durchgeführt wurden. Es erspart jedoch Auftraggebern das Nachdenken darüber, ob eine Losvergabe überhaupt sinnvoll erscheint. Eine weitere Neuerung des BwBBG beinhaltet die Einführung von Sanktionen statt Erklärung der Unwirksamkeit eines Verfahrens. Heißt: Wird dem Auftraggeber rechtswidriges Verhalten nachgewiesen, so haben geschlossene Verträge weiterhin Bestand; die Vergabe muss nicht wiederholt werden. Das BwBBG schreibt zudem verpflichtende Markterkundungen vor, um am Markt verfügbare Leistungen und Produkte im Vorfeld zu identifizieren. Die verpflichtende Markterkundung, also „mehr Beschaffungen von der Stange“ wird für die Auftraggeber von großer Bedeutung sein, beurteilt Dr. Byok. Auch Nachprüfungsverfahren bei Vergabekammern sowie vor den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte sollen beschleunigt werden, um Risiken für Auftraggeber einzuschränken. Grundsätzlich sind darüber hinaus die Sicherheitsinteressen in Vergabeverfahren stärker zu berücksichtigen.

Wie ist das BwBBG zu bewerten? Trotz vieler Neuerungen finden sich keinerlei Nachhaltigkeitsvorgaben im BwBBG. Ein Zielkonflikt zwischen mehr Beschleunigung und Nachhaltigkeit ist vorprogrammiert. Denn möglich ist, dass interessierte Bewerber/Bieter, die ein besonders umweltfreundliches Produkt anbieten, das Recht auf eine Klimaschutzabwägung im Sinne des § 13 Bundes-Klimaschutzgesetzes (BKSG) für sich in Anspruch nehmen. Es bleibt abzuwarten, ob das vollständige Unterlassen – oder eine ggf. fehlende Dokumentation – der Klimaschutzabwägung im Nachprüfungsverfahren gerügt und angegriffen werden kann. „Da fließt noch viel Wasser den Rhein herunter!“, ist sich Dr. Byok sicher. „Gesetzesänderungen alleine genügen nicht, um die Beschaffungsstruktur zu verändern. Und wie werden sich Nachhaltigkeit und Klimaschutzziele auswirken? Es ist künftig mit weiteren Änderungen des Vergaberechts im Sicherheits- und Verteidigungsbereich zu rechnen.“, bilanziert Dr. Byok.



In den folgenden 30 Minuten beantworteten Marina Köhn und Dr. Jan Byok detailliert die zahlreichen Fragen der teilnehmenden Auftraggeber und Bewerber/Bieter zum ersten Themen-Modul. Marina Köhn

gab u.a. nochmal wichtige Tipps zum Berechnungstool des Öko-Vergleichsrechners, und machte Mut zur Bestreitung neuer Wege, die noch nie zuvor gegangen wurden. Dr. Byok betonte, wie wichtig eine fortwährende Fortbildung zum Vergaberecht von nicht-juristischen Mitarbeitenden in der Beschaffung sei. Und er appellierte an alle teilnehmenden Auftraggeber, doch zukünftig Startups, mit ihren innovativen, kreativen und ökologischen Zielen an Vergabeverfahren teilnehmen zu lassen.

## Modul II „Aktuelles aus dem Vergaberecht 2022“ am Nachmittag des 20.09.2022

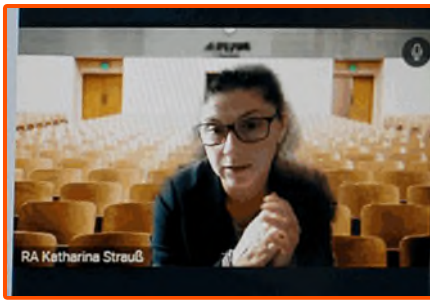
Der Nachmittag des ersten Veranstaltungstages stand ganz im Zeichen des aktuellen Vergaberechts. Über 250 Teilnehmende, Auftraggeber sowie Bewerber/Bieter, nahmen am digitalen Vergaberechts-Modul teil.



**Dr. Berthold Kohl**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht bei Kohl Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH widmete sich aus dem digitalen subreport-Studio heraus dem brisanten Thema „Baustoffexplosion: Lieferengpässe, Preissteigerungen, Ukraine-Krise – was nun?“. Bestehende Verträge sind unverändert einzuhalten („pacta sunt servanda“), der Auftragnehmer trägt das Materialbeschaffungs- und Preisrisiko, so lautet der Grundsatz. Die seit dem 24. Februar 2022 stattfindenden Angriffskriegs-Ereignisse in der Ukraine begründen jedoch den Ausnahmetatbestand von höherer Gewalt – und damit auch die Störung der Geschäftsgrundlage des Vertrages im Sinne von § 313 BGB.

Dr. Kohl klärte alle Teilnehmenden über die 3 Tatbestandsvoraussetzungen des § 313 BGB sowie über deren Folgen für die Bau- und Vergabepraxis auf. Für Altverträge, die vor dem 24.02.2022 abgeschlossen wurden, ergibt sich vorrangig eine Vertragsanpassung als Rechtsfolge (§ 313 Abs. 1 BGB); bei Unzumutbarkeit der Vertragsanpassung ist eine Kündigung für beide Vertragsparteien möglich (§ 313 Abs. 3 BGB). Dr. Kohl stellte den Teilnehmenden vor, wie die „schwammigen“ Formulierungen des § 313 BGB umzusetzen und mögliche Vertragsanpassungen unter Beachtung von AGB vorzunehmen sind.

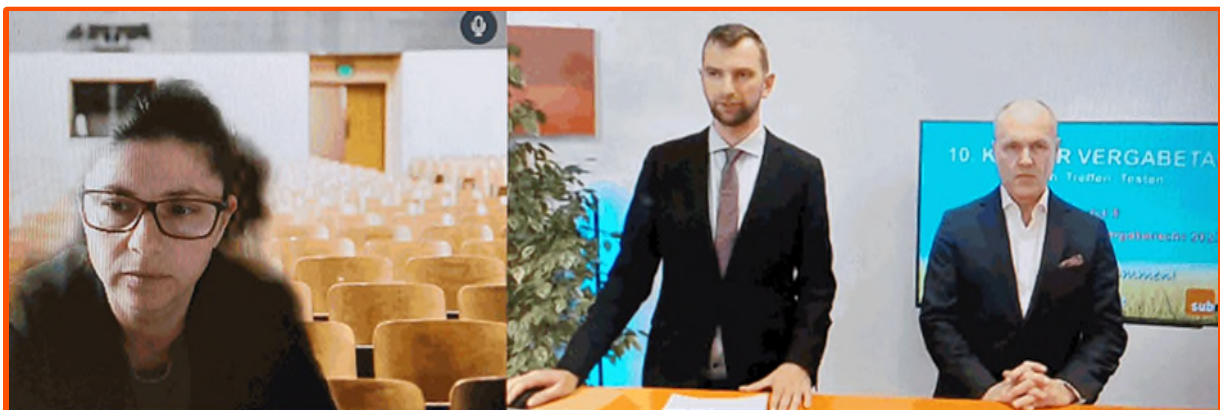
Für Neuverträge (ab dem 24.02.2022) ist der Vertragsanpassungs-Mechanismus hingegen auszu-schreiben! Das heißt, bei zukünftigen Ausschreibungen muss der öffentliche Auftraggeber darauf achten, eine geeignete Stoffpreisgleitung mit auszuschreiben. Der zugrunde liegende Erlass „Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs“ wurde vom Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen bis zum Jahresende 2022 verlängert. Die Klausel zur Preisgleitung soll die sprunghaften Preissteigerungen für Baustoffe in Folge des Ukraine-Kriegs gerechter zwischen Auftragnehmer und öffentlichem Auftraggeber aufteilen. § 313 BGB regelt zugleich auch die Grenzen der Zu- bzw. Unzumutbarkeit der Ausgleichregelung. Ist eine Vertragsanpassung für eine Vertragspartei unzumutbar, so steht der betroffenen Partei ein Kündigungsrecht vor. Abschließend gab Dr. Kohl wertvolle Tipps, wie sich Bieter und Auftraggeber bei laufenden Vergabeverfahren vor Zuschlagserteilung richtig verhalten. Auch stellte Dr. Kohl klar, dass eine Preisgleitung sowohl für steigende als auch fallende Preis gültig sei.



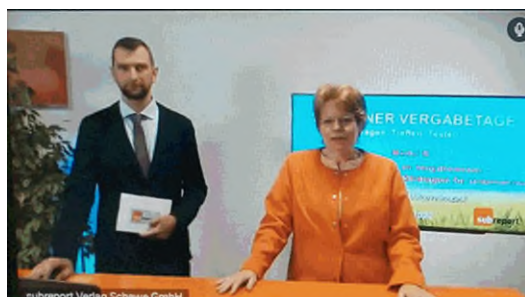
**Katharina Strauß**, Fachanwältin für Vergaberecht bei KUNZ Rechtsanwälte, brachte den über 250 Zuhörenden Themen und Beschlüsse der aktuellen Vergaberechtsprechung 2022 mit. Sie startete mit den Beschlüssen vom 13.09.2022 und 11.10.2022 des OLG Zweibrücken zum „Rechtsschutz und Rügeobliegenheit im Unterschwellenbereich“. Bei Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz in Unterschwellen-Vergabeverfahren ist der Bieter zunächst gehalten, erkannte oder erkennbare Vergaberechtsverstöße unverzüglich gegenüber der Vergabestelle zu rügen. Ihr Tipp an die Bieterseite: „Prüfen Sie Bekanntmachung und Vergabeunterlagen sehr präzise auf Ungereimtheiten und rügen Sie!“

Der Beschluss vom OLG Koblenz sieht einen „Ausschluss bei fortdauernder mangelhafter Erfüllung gerechtfertigt“. Katharina Strauß empfiehlt den Auftraggebern, mangelnde Leistungen wie in einer Art Tagebuch schwarz auf weiß zu dokumentieren. Ihr Leitspruch: „Wer schreibt, der bleibt!“ Bieter sollten daher bei der Auftragsausführung stets Folgeaufträge im Blick halten, da anhaltende Schlechtleistung, Konsequenzen für künftige Vergabeverfahren haben kann. Zugleich sollten Bieter in der heutigen Zeit jedoch nicht zu hart beurteilt werden, rät Frau Strauß. Im Anschluss erläuterte sie den Beschluss vom BGH zum Thema „Aufhebungsvertrag lässt Zuschlag mit Rückwirkung entfallen“ mit seinen zwei denkbaren Umsetzungs-Konstellationen. Grundsätzlich kann ein Aufhebungsvertrag ein hilfreiches Mittel sein, wenn ein Fehler erst nach Zuschlagserteilung bemerkt wird oder die Vertragsparteien einen anderen Aufhebungsgrund haben, weil bspw. die Leistung durch den Auftragnehmer nicht zu erwarten ist. Unter der Rubrik „Verschiedenes“ zeigte Katharina Strauß weitere Beschlüsse der aktuellen Vergaberechtsprechung auf, wie z.B. zum Zuschlag, zur eVergabe, den neuen Schwellenwerten, zur Abfragepflicht im Wettbewerbsregister und zum Lieferkettengesetz.

In der anschließenden Frage- und Diskussionsrunde sprachen beide Expert\*innen den Bieterfirmen nochmal die Empfehlung aus, dringende Punkte, z.B. zu lange Angebotsphasen, zu rügen.

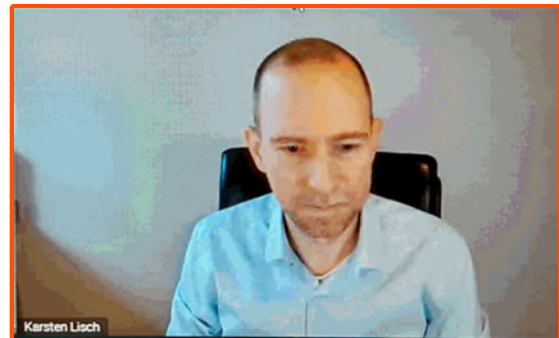


**Modul III „Digitalisierung im Vergabewesen – Herausforderungen und Strategien für Unternehmen“ am Vormittag des 21.09.2022**



Auch der 2. Vergabetag startete mit einer herzlichen Begrüßung durch Christiane Schäffer und Patrick Schwab an alle Teilnehmenden. Neben 160 Bieterfirmen hatten sich auch über 30 Auftraggeber zu diesem Themenmodul zugeschaltet.

**Dr. Karsten Lisch**, Rechtsanwalt und Partner bei Esch Bahner Lisch Rechtsanwälte Partnerschaft mbB klärte aus dem Homeoffice in der Eifel die Teilnehmenden über die häufigsten Ausschlussgründe im Rahmen von Vergaberechtsmodernisierung, Datenschutz, Technik auf. Sozusagen ein „Sammelsurium“ darüber, womit Bieter gut klarkommen und an welchen Stellen es hakt – zusammengestellt aus den Praxiserfahrungen der letzten Jahre. Wie lassen sich also mögliche Ausschlussgründe vermeiden?



Unter der Überschrift „Datenschutz“ ging Dr. Lisch zunächst auf die „unvollständige Referenz“ bei geforderten Nachweisen ein. Er machte deutlich, dass Bieter die geforderten personenbezogenen Angaben machen sollten; im Zweifel mit vorheriger Zustimmung der betroffenen Referenz-Person. Denn der Auftraggeber darf diese Angaben verlangen, ohne sie ist die Referenz nicht prüfbar. Welche Besonderheiten sind bei der Angebotsabgabe über eine Vergabeplattform zu berücksichtigen? Zum Beispiel: Frist ist Frist! Ausschlaggebend für den Zeitpunkt des Eingangs ist die vollständige Übermittlung des Angebots - gemäß Beschluss der VK Südbayern vom 15.11.2021. Und auch analog zur Papierform, wo der Umschlag rechtzeitig auf dem Schreibtisch des Auftraggebers liegen muss. „Bei der Angebotsabgabe ist hinreichend Zeit, mindestens 1 Stunde, für unvorhergesehene Schwierigkeiten einzuplanen!“, empfiehlt Dr. Lisch. Und was tun, wenn's klemmt? In solchen Situationen sollte das Angebot auf keinen Fall über die Nachrichtenfunktion der Vergabeplattform eingereicht werden. Denn dies führt nach der Rechtsprechung zwingend zum Ausschluss. „Meines Erachtens ist die einzige überhaupt noch erfolgsversprechende Maßnahme die Bitte um Fristverlängerung gegenüber dem Auftraggeber.“, so schätzt Dr. Lisch ein. Geht ein Angebot hingegen zu spät ein, so ist es auszuschließen (§ 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV). Eine Ausnahme gilt, wenn der Bieter dies „nicht zu vertreten“ hat. Das ist nur der Fall, wenn der Bieter die Verspätung trotz Aufbietung aller gebotener Sorgfalt nicht vermeiden konnte. Im Anschluss ging Dr. Lisch detailliert auf die Textform mit ihren Anforderungen nach § 126b BGB ein, die zu 99,9 % Anwendung in Vergabeverfahren findet.



**Dr. Christoph Kins**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht bei abante Rechtsanwälte Kins Lohmann PartG mbB widmete seinen Fachvortrag dem Thema „Erfolgreiche Bieterstrategien im Ausschreibungsprozess“. Dr. Kins betonte, dass seine Strategie-Tipps das Ergebnis jahrelanger Praxis, u.a. aus Nachprüfungsverfahren, seien. In einem 5-minütigen Parforceritt stellte er zunächst die Inhalte und Unterschiede des präventiven und repressiven Rechtsschutzes dar.

Gemäß dem Zitat „I am reality“ von Sgt. Barnes (Tom Berenger) im Kinofilm „Platoon“ steht die erste Bieterstrategie ganz im Zeichen des Kampfes. Heißt: Eine sich u.U. auch erst abzeichnende negative Vergabeentscheidung wird nicht hingenommen, sondern bekämpft – mit Hilfe von Rügen und Nachprüfungsverfahren. Geeignete Ausschreibungen hierfür sind Dauerverträge (Reinigung, Bewachung, Grünpflege, Winterdienst, IT-Dienstleistung, Bauunterhalt, Arzneimittellieferung etc.) oder auch 100%-Preisausschreibungen (Bau- und Lieferleistungen). Bei Ausschreibungen mit weichen Zuschlagskriterien kommt die Bieterstrategie „Kuscheln“ zum Einsatz, bei der eine positive Vergabeentscheidung „erkschelt“ werden soll. Als Mittel hierfür eignen sich z.B. positive Aussagen in Branchentreffs, Arbeitskreisen, Markterkundungen oder durch lobende Bieterfragen etc. Bei der Strategie „Schweigen“ soll eine positive Vergabeentscheidung als Überraschungserfolg „aus dem Nichts“ erzielt werden, bei dem sich ein Außenseiter mit einem starken Angebot beteiligt.

In der anschließenden Frage- und Diskussionsrunde gingen Dr. Lisch und Dr. Kins ausführlich auf die Fragen der Teilnehmenden ein. Hat ein Bieter die „Frist für Bieterfragen“ verbummelt oder stellt er erst kurz vor Angebotsfrist eine Unklarheit in den Vergabeunterlagen fest, so empfiehlt Dr. Kins, die Bieterfragen - mit einer freundlichen Rüge zum Abschluss - zu stellen. Dem Auftraggeber drohe Druck und Ungemach, sollte er die Fragen nicht rechtzeitig beantworten.



#### Modul IV „Praxis-Schulung zu Veranstaltungsinhalten in virtuellen Proberäumen – Live erleben, selbst testen!“ am Nachmittag des 21.09.2022

Wie bei den Kölner Vergabetagen üblich, war auch bei den 10. Kölner Vergabetagen ein Praxis-Modul fester Bestandteil des Programms. Knapp 60 Teilnehmende erhielten wertvolle Tipps von unseren Vertriebs-Profis Lorraine Alletto und Stefan Ehl zur Umsetzung ihres neuen Wissens in der eVergabe-Plattform subreport ELViS – zielgruppenorientiert aufgeteilt für Auftraggeber und Bewerber/Bieter.



#### Fazit:

Wir freuen uns über die gelungenen und wiederholt digital durchgeführten Kölner Vergabetage und sagen „Danke!“ an alle Mitwirkenden und Teilnehmenden. Im September 2023 heißen wir Sie wieder herzlich willkommen zum 11. Kölner Vergabetag bzw. zu den 11. Kölner Vergabetagen – entweder live oder digital. Tschüss, bis zum nächsten Jahr – bleiben Sie gesund!