

# Auswirkungen des Kriegs in der Ukraine auf IT-Ausschreibungen

**Rechtsanwältin Monika Prell, SammlerUsinger Rechtsanwälte, Berlin**  
Live-Online-Seminar, 18. Mai 2022

In diesem Seminar und der dazugehörigen Präsentation wird aus Gründen der besseren Verständlichkeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und weitere Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgenannt, soweit es für die Aussage erforderlich ist.

1

# Möglichkeit der Preisanpassung?

# Risikoverteilung bei Preiserhöhungen

- Bei Vergabeverfahren grundsätzlich Vorgabe von Festpreisen für Dauer der Vertragslaufzeit
- Nur im Einzelfall Preisanpassungen vorgesehen
- Risiko von Preissteigerungen grundsätzlich beim Bieter/Auftragnehmer
- Grenze für Liefer- und Dienstleistungen (IT-Vergaben): „**Unzumutbares Risiko**“
- Regelung nur (noch) für Bauleistungen als „ungewöhnliches Wagnis“ in § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (EU)
- Bei Liefer- und Dienstleistungen Prüfung nach § 97 Abs.1 und Abs. 2 GWB unter Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz

# Unzumutbares Risiko

- Keine Definition, allgemeine Voraussetzungen:
  - Unzumutbare Anforderungen an die Bieter unter Beachtung allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze, Missbrauch der Nachfragemacht des öffentlichen Auftraggebers
  - Bieter wird rechtliches, technisches, **wirtschaftliches Risiko** aufgebürdet, vernünftige kaufmännische Kalkulation nicht möglich
  - In Bezug auf ausgeschriebene Leistung ungewöhnlich, übersteigt „normales“ unternehmerische Risiko und „normale“ Risikoverteilung, Abweichen vom gesetzlichen Leitbild, **enorme finanzielle Risiken**
  - Immer **einzelfallbezogen** nach Art und Umfang der nachgefragten Leistung unter Beachtung der Branchenüblichkeit und der Möglichkeit der Einflussnahme des Bieters

# Aktuelle Rechtsprechung

- **OLG Celle, Beschluss vom 02.02.2021 - 13 Verg 8/20**
  - Ausschreibung Postdienstleistungen, Festpreis für Vertragslaufzeit von vier Jahren
  - Prüfung im Rahmen von § 97 Abs. 2 GWB
  - Umfassendes Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, Grenze Missbrauch der Nachfragemacht, wenn vernünftige kaufmännische Kalkulation nicht möglich
  - Keine unverhältnismäßige Belastung der Bieter, wenn sie im Rahmen ihrer Kalkulation etwaige Preissteigerungen anhand Heranziehung Preissteigerungen vergangener Jahr prognostizieren können
- **Risiko für Kostensteigerungen tragen grundsätzlich Bieter**

# Aktuelle Preissteigerungen und Lieferengpässe

- Deutlicher Anstieg von Rohstoff- und Kraftstoffpreisen, Energie, Strom, Lebensmittel seit Ukraine-Krieg
- Monatlicher aktueller Überblick: Statistische Bundesamt (<https://www.destatis.de>)
- Auch Einhaltung von Lieferfristen abhängig von der jeweiligen Beschaffung ggf. problematisch
- Preiserhöhungen und Materialbeschaffung in Risikosphäre des Auftragnehmers/Bieter
- Aktuell Prognose für Auftragnehmer/Bieter und für Vergabestellen nicht möglich
- Festpreise und ggf. auch kurze Lieferzeiten **können** zu unzumutbarem Risiko führen

# Erlass des Bauministeriums vom 25.03.2022

- Für Bauvergaben des Bundes
- Vorgabe: Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel für Produktsondergruppen (Stahl und Stahllegierungen, Aluminium, Kupfer, Erdölprodukte, Epoxidharze, Zementprodukte, Holz, Gusseiserne Rohre) - Formblatt 225 VHB
- Voraussetzungen
  - Vertragsunterlagen ermöglichen indexbasierte Preisgleitung (eigene Ordnungsziffer)
  - Wert der Betriebsstoffe > 1% des Auftragswerts
  - Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lieferung/Fertigstellung > 1 Monat
- Befristung des [Erlasses](#) bis 30.06.2022, Übernahme durch viele Bundesländer

# Erlass des Bauministeriums vom 25.03.2022

- **Neue Vergabeverfahren**
  - „nicht kalkulierbares Preisrisiko“ als Voraussetzung für **Stoffpreisgleitklausel** erfüllt
  - Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel für Produktsondergruppen
  - Anpassung Vertragsfristen, Vertragsstrafen **nur** in begründeten Ausnahmefällen
- **Laufende Vergabeverfahren**
  - **nachträgliche** Einbeziehung der Stoffpreisgleitklausel,
  - Anpassung der Ausführungsfristen an aktuelle Situation
- **Anpassungen bei bestehenden Verträge**
  - Verlängerung Ausführungsfristen nach § 6 VOB/B (höhere Gewalt)
  - Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB, Einzelfallprüfung
  - Veränderung von Verträgen, Anpassungsmöglichkeit nach § 58 BHO
  - Nachträgliche Einbeziehung einer Stoffpreisgleitklausel
  - Möglichkeit der Vertragsänderung nach § 132 GWB bzw. § 22 EU VOB/A



# Übertragbarkeit auf IT-Vergaben

- Kein entsprechender Erlass für Liefer- und Dienstleistungsbereich
- Grundsätzlich Ansatz des Erlasses für Bauvergaben auch auf IT-Vergaben übertragbar
- Aber keine entsprechende Regelung bzw. Anwendung einer Stoffpreisgleitklausel mit Berechnung für Erhöhung bei Liefer- und Dienstleistungen (kein Formular „VHB 225“)
- Konkrete Erhöhung bezogen auf die Leistung muss dargelegt und nachgewiesen werden
- Bei Bauvergaben grundsätzlich Hinterlegung einer Urkalkulation, bei IT-Vergaben nicht vorgesehen
- Problem bei pauschaler Vergütung, funktionaler Leistung, „Mischpositionen“ und Dienstleistungen (welcher Index?)

# Übertragbarkeit auf IT-Vergaben

## ▪ Geplante Vergabeverfahren

- **Im Vorfeld:** Klärung der **konkreten** Auswirkungen der aktuellen Entwicklung der Preise auf eigene Leistungsbereiche, ggf. unter Einbeziehung von Herstellern
- Soweit möglich: Darstellung der Erhöhung mit weiterer (ungewisser Prognose) gegenüber der Vergabestelle/ Fachabteilung, Vorschlag einer Indexierung unter Verweis auf Erlass des Bauministeriums
- Verweis auf bestehende Lieferengpässe unter Einbeziehung der Hersteller

## ▪ Laufende Vergabeverfahren

- Soweit relevant: **Bieterfrage** mit **Nachweis der aktuellen konkreten Preissteigerungen für die ausgeschriebene Leistung**, nicht absehbarer weiterer Entwicklung und Verweis auf Erlass Bauministerium und nachträgliche Einbeziehung einer entsprechenden „Stoffpreisgleitklausel“ für IT
- Soweit relevant: **Bieterfrage** zu **Anpassung der Ausführungsfristen** unter Nachweis der Liefersituation (Bestätigung Hersteller) nach § 5 Nr. 2 Abs.1 VOL/B/Verzugsregelung nach EVB-IT AGB und Verweis auf Erlass Bauministerium

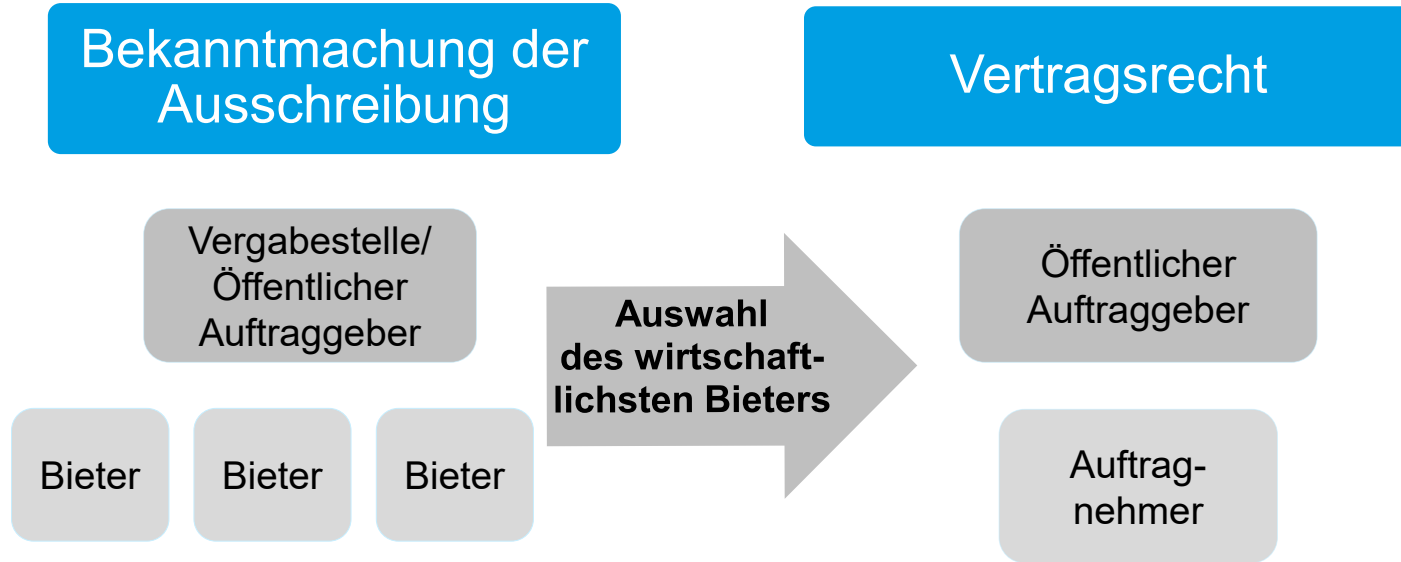
# Übertragbarkeit auf IT-Vergaben

- **Anpassungen bei bestehenden Verträge**
  - Verlängerung Ausführungsfristen unter Verweis auf Krieg in der Ukraine als höhere Gewalt möglich, wenn Leistungsgegenstand betroffen (Darlegung)
  - Preisanpassungen als Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) eher schwer zu begründen
  - Veränderung von Verträgen, Regelung in § 58 BHO/58 LHO
    - **Möglichkeit** für Preisanpassungen „unterhalb der Schwelle“ von § 313 BGB „zum Nachteil des Bundes/des Landes“
    - Gesamtabwägung der Vor- und Nachteile
    - Selbst Mehrkosten kein Nachteil im wirtschaftlichen Sinn, z.B. Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten, Preisanpassung fördert termingerechten Fortgang/Einhaltung von Lieferzeiten, Einsparung höheren Verwaltungsaufwandes, Einsparung von Folgekosten
    - Hinweis auf Erlass des Bauministeriums und entsprechender Anwendung im IT-Bereich unter Darlegung des Vorteils
  - Möglichkeit der Vertragsänderung nach § 132 GWB auch bei IT-Vergaben

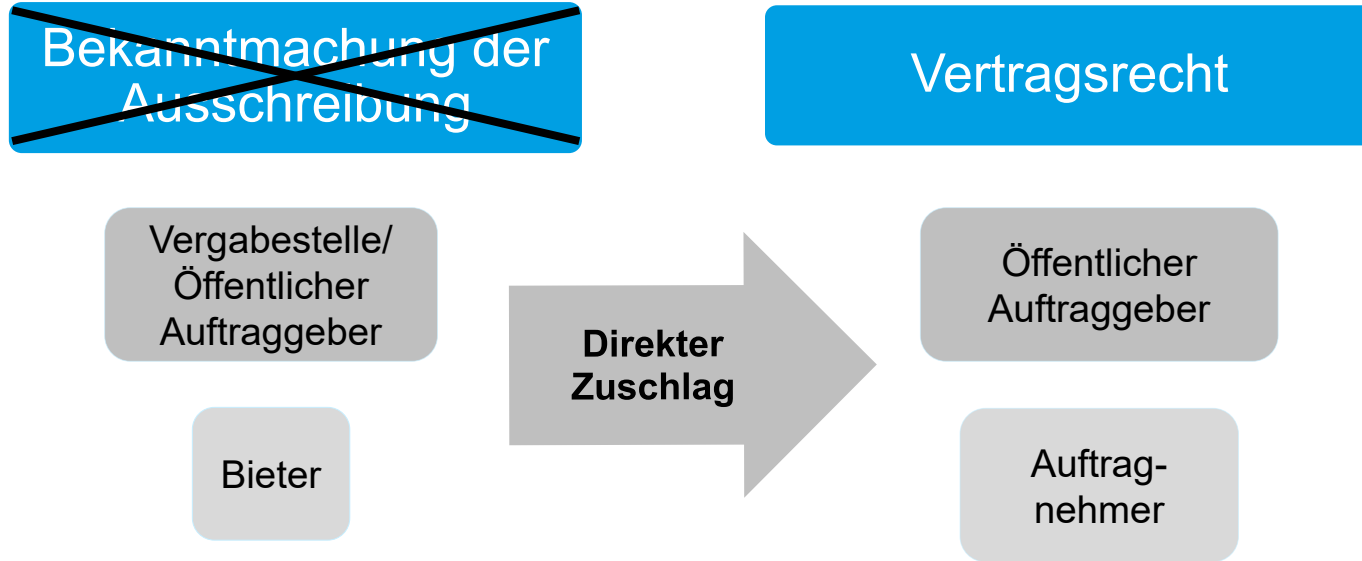
# 2

## Möglichkeit der Direktvergabe wegen Dringlichkeit?

# Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatz, § 97 Abs. 2 GWB: Veröffentlichung der Bekanntmachung



# Direktvergabe wegen Dringlichkeit



# Die gesetzliche Regelung bei Direktvergaben

- Vertragsschluss **ohne Veröffentlichung** der Bekanntmachung:
  - Vertrag **von Anfang an unwirksam** (unzulässige „De-facto-Vergabe“)
  - wenn nicht **aufgrund eines Gesetzes gerechtfertigt**, § 135 Abs. 1 GWB
- Unwirksamkeit muss von Unternehmen im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden
  - Innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information an betroffene Bieter oder
  - oder 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe („Ex-post-Veröffentlichung“), § 135 Abs. 2 GWB („vergebene Aufträge“, [www.ted.europa.eu](http://www.ted.europa.eu)) oder
  - **spätestens sechs Monate** nach Vertragsschluss
- Nach Fristablauf: unzulässige De-facto-Vergabe auch ohne gesetzliche Rechtfertigung geheilt

# Rechtfertigung aufgrund Gesetz bei Dringlichkeit



## Ab Schwellenwert

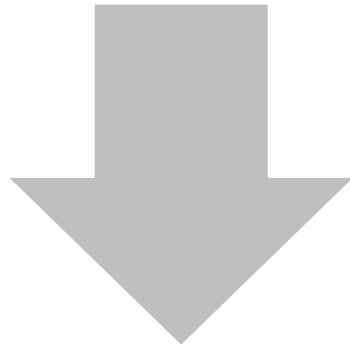
Verhandlungsverfahren ohne TN-Wettbewerb:

§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV

§ 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO

§ 12 Abs. 1 Nr. 1 b VSVgV

**Schwellenwert Liefer- und Dienstleistungen: 215.000 € /431.000 € netto**



## Unterhalb Schwellenwert

Verhandlungsvergabe ohne TN-Wettbewerb:

§ 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO

Haushaltsrecht/Ländervergabegesetze



# Voraussetzungen der Dringlichkeitsvergabe

- Äußerst dringliche, zwingende Gründe (bei UVgO „besondere dringliche Gründe“)
- Im Zusammenhang mit Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte
- Dringliche Ereignisse lassen es nicht zu, die vorgeschriebenen Mindestfristen bei EU-weiten Vergabeverfahren einzuhalten
- Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen sein

# Rundschreiben des Wirtschaftsministeriums vom 13.04.2022

- Hinweis zur Anwendung von **dringlichen Vergaben im Zusammenhang mit dem russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine:**

*„Im Fall von Beschaffungen, die **im Zusammenhang mit dem russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine** stehen, sind damit die Voraussetzungen eines unvorhergesehenen Ereignisses und äußerst dringlicher zwingender Gründe, die kausal eine Einhaltung der Mindestfristen nicht zulassen, für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gem. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV bzw. des § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A EU regelmäßig gegeben. Etwas anderes gilt insbesondere, soweit im Einzelfall noch ein Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb unter Einhaltung der Mindestfristen möglich ist....“*

- Aktuelle Aufstellung (Stand 02.05.2022) über Regelungen der Bundesländer unter [SammlerUsinger-News-Vergaberecht](#)

# „Im Zusammenhang mit russischem Krieg gegen Ukraine“

- Beschaffung dient der **Unterstützung der Ukraine** oder **der aus der Ukraine geflüchteten Menschen**
  - Unterbringung und Versorgung (Verpflegung, medizinische Behandlung)
- Beschaffung dient der **Sicherheit Deutschlands** und seiner Verbündeten oder **Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs**, insbesondere
  - zur Abwehr potenzieller Angriffe im Bereich der **IT- und Cybersicherheit**
  - zur Sicherstellung des Zivil- und Katastrophenschutzes, der Gefahrenabwehr, des Gesundheitsschutzes sowie der Versorgungssicherheit (einschließlich Energieversorgung und in Reaktion auf gestörte Lieferketten)
  - Keine abschließende Aufzählung

# Umsetzung bei Vergabeverfahren

## ▪ EU-weite Vergabeverfahren ab Schwellenwert

- Kein Teilnahmewettbewerb, keine zeitlichen Vorgaben („*bis hin zu 0 Tagen*“)
- Wegen Vorgabe der Rechtsprechung völliger Verzicht auf Wettbewerb „ultima ratio“, wenn möglich Aufforderung von drei Unternehmen (OLG Rostock, Beschluss v. 11.11.2021, 17 Verg 4/20)
- Direkte Vergabe an einen Wettbewerbers möglich, wenn nur ein Unternehmen „*in der Lage sein wird, den Auftrag durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwänge zu erfüllen*“

## ▪ Nationale Vergabeverfahren unterhalb Schwellenwert

- Angemessene Fristen, die „*sehr kurz*“ sein können
- „Besondere“ Dringlichkeit bei Beschaffungen im Zusammenhang mit Krieg gegen Ukraine regelmäßig gegeben
- Grundsätzlich drei Angebote, bei Dringlichkeitsvergabe auch nur ein Unternehmen
- Erhöhung der Direktvergabe auf 5.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungen

# Ausweitung bei bestehenden Verträgen

- Verweis auf Möglichkeit nach **§ 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB** und **§ 47 Abs.1 UVgO**
- Zulässige Auftragsänderungen **während** Vertragslaufzeit
  - Änderung aufgrund von Umständen erforderlich, die der Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflichten **nicht vorhersehen** konnte
    - bei Zusammenhang mit Krieg gegen Ukraine gegeben
  - **Gesamtcharakter** des Auftrags **ändert sich nicht**
    - Änderung: Dienstleistung anstatt Lieferleistung
    - Keine Änderung: Erhöhung der Liefermenge oder Ergänzung um weitere Gegenstände, die dem gleichen oder ähnlichen Zweck dienen
- Änderung **nicht > 50%** des ursprünglichen Auftragswertes

# Mögliche Auswirkung auf IT-Vergaben

- **Direktvergabe wegen Dringlichkeit** - Zwingend erforderliche IT-Leistungen im Zusammenhang mit
  - der Versorgung/medizinischen Verpflegung (Logistik etc.)
  - der Sicherheit Deutschlands und seiner Verbündeten oder Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs
    - z.B. Verbesserung der IT- und Cyber-Sicherheit
- **Erweiterung bestehender Verträge**
  - Bei Hardware: Erhöhung Liefermenge/weitere Hardware in Bezug auf Sicherheitsrelevanz
  - Bei Software: Erweiterung der Features im Hinblick auf IT-Sicherheit
  - Dienstleistung: Erweiterung des Leistungsumfangs wegen erhöhten Anforderungen an IT-Sicherheit
  - Begrenzung auf < 50% des ursprünglichen Auftragswertes

# 3

## Ausschluss von Unternehmen mit russischer Beteiligung

# 5. Sanktionspaket der EU-Kommission vom 09.04.2022

- [Verordnung \(EU\) 2022/576 \(Sanktions-VO\)](#): Mit Inkrafttreten unmittelbare Auswirkung auf Vergabeverfahren **ab Erreichen der EU-Schwellenwerte** (§ 106 GWB), Änderung der [Verordnung \(EU\) Nr. 833/2014](#)
  
- **Art. 5 k Sanktions-VO**: Öffentliche Aufträge/Konzessionen mit „Bezug zu Russland“
  - **seit 09.04.2022: Zuschlagsverbot** für laufende Vergabeverfahren
  - **ab 11.10.2022: Vertragserfüllungsverbot**
  - Ausnahmen für bestimmte Beschaffungen/Verträge bedürfen ausdrücklicher Genehmigung
  
- **„Bezug zu Russland“**
  - a. russische Staatsangehörigkeit des Bewerbers/Bieters oder der Niederlassung
  - b. Beteiligung mit **Anteilen > 50%** bei in a) aufgeführten Bewerbern/Bietern
  - c. Handeln **auf Anweisung** eines unter a) oder b) genannten Bewerbers/Bieters
  - d. Beteiligung mit **mehr als 10% des Auftragswerts** durch russische Unterauftragnehmer/Lieferanten/„Eignungsverleiher“



# Rundschreiben Wirtschaftsministerium vom 14.04.2022

- Erster/vorläufiger [Überblick](#) zu Informationszwecken zu Art. 5 k Sanktions-VO
- Geltung nur für EU-weite Vergabeverfahren **ab Schwellenwert**, auch für Ausnahmetatbestände, wenn kein Vergabeverfahren nach GWB erforderlich (Aufstellung als Anlage zum Rundschreiben)
- Geltung auch bei doppelter (EU) Staatsbürgerschaft
- Für Zuschlags- und Vertragserfüllungsverbot kein Ermessensspielraum, **zwingender** (eigener) **Ausschlussgrund** und zwingender **Beendigungsgrund** (Kündigung)
- Bei Beteiligung von Unterauftragnehmer/Lieferanten/Eignungsverleiher Kündigung des Vertrags von Auftragnehmer bis 10.10.2022, ansonsten Kündigung des Vertrags mit Auftragnehmer
- Ausschluss von Schadenersatzansprüchen nach Art. 11 der Verordnung (EU) Nr. 833/2014

# Umsetzung in der aktuellen Praxis

- **Noch nicht abgeschlossene** EU-weite Vergabeverfahren
  - Zwingende Abgabe/Nachforderung einer (neuen) Eigenerklärung
  - Nichtabgabe führt zu Ausschluss nach § 57 Abs.1 Nr. 2 VgV
- Bei **laufenden** Verträgen
  - Information an Auftragnehmer unter Verweis auf Art. 5 k Sanktions-VO
  - Nachforderung der Bestätigung von Unternehmen bzw. dass Unterauftragnehmer/Lieferanten/Eignungsverleiher mit mehr als 10% Beteiligung an Auftrag keinen „Bezug zu Russland“

# Offene Punkte

- Bei Vergabeverfahren
  - Art. 5k Sanktions-VO zwingender Ausschlussgrund „**sui generis**“ - zulässig?
  - Abschließende Regelung der zwingenden Ausschlussgründe in § 123 GWB
  - Eigener Ausschlussgrund verhältnismäßig unter Beachtung der gelisteten Personen in [Verordnung \(EU\) Nr. 269/2014](#)?
- Bei laufenden Verträgen
  - Nichtig mit Ablauf des 10.10.2022 als gesetzliches Verbot nach § 134 BGB?
  - Rechtliche Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB?
  - Außerordentliche Kündigung nach §§ 313, 314 BGB?
- Umsetzung und Überprüfung durch Auftraggeber?
- Noch keine abschließende Klärung, weitere Diskussion verfolgen

# Vielen Dank - Kontakt

## Bitkom Akademie

T 030 27576 0  
Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

[info@bitkom-akademie.de](mailto:info@bitkom-akademie.de)  
[www.bitkom-akademie.de](http://www.bitkom-akademie.de)



### Monika Prell

Rechtsanwältin  
Partnerin/Fachanwältin für Vergaberecht

SammlerUsinger Rechtsanwälte  
Partnerschaft mbB

[monika.prell@sammlerusinger.com](mailto:monika.prell@sammlerusinger.com)  
030 263 9509 197



### Marc Danneberg

Bereichsleiter Public Sector

[m.danneberg@bitkom.org](mailto:m.danneberg@bitkom.org)  
030 27576 526



### Marie-Isabelle Gey

Leitung Seminarmanagement  
Bitkom Akademie

[m.gey@bitkom-service.de](mailto:m.gey@bitkom-service.de)  
030 27576 163

# Unsere Kanäle



Webseite  
[bitkom-akademie.de](http://bitkom-akademie.de)



Newsletter:  
[bitkom-akademie.de/  
newsletter](http://bitkom-akademie.de/newsletter)



Seminare:  
[bitkom-akademie.de/  
seminare](http://bitkom-akademie.de/seminare)



Facebook:  
[@BitkomAkademie](https://www.facebook.com/BitkomAkademie)



Twitter:  
[@BitkomAkademie](https://twitter.com/BitkomAkademie)



LinkedIn:  
[Bitkom Akademie](https://www.linkedin.com/company/Bitkom-Akademie)



XING-Gruppe:  
[Bitkom Akademie](https://www.xing.com/group/Bitkom-Akademie)



YouTube:  
[Bitkom Akademie](https://www.youtube.com/Bitkom-Akademie)