

IT-Beschaffung

Bieterbedingungen für Cloud-Leistungen im Fokus



Holger Schröder,
Fachanwalt für Vergaberecht
Rödl & Partner, Nürnberg

Die Ergänzenden Vertragsbedingungen für IT-Leistungen, kurz EVB-IT, regeln auch Beschaffungen von Cloud-Leistungen durch die öffentliche Hand. Dabei müssen Auftraggeber die Anlage zur Einbeziehung von auftragnehmerseitigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Auge behalten. Ihre Berücksichtigung kann einige vergaberechtliche Fragen aufwerfen.

NÜRNBERG. Die ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Cloud-Leistungen, kurz EVB-IT Cloud wurden entwickelt, um die hohen Anforderungen an Qualität, IT-Sicherheit und Kontrollmöglichkeiten bei Cloud-Diensten vertraglich abzubilden. Sie decken verschiedene Cloud-Modelle ab, darunter die Anmietung externer Hardware, Serverkapazitäten, Netzwerke und Datenspeicher (Infrastructure as a Service, IaaS) oder die Nutzung von Software wie etwa Office-Anwendungen (Software as a Service SaaS).

Hohe Anforderungen an die Leistungsqualität und IT-Sicherheit

Bei der Beschaffung solcher Cloud-Leistungen gehören die „EVB-IT Cloud“ gemäß Paragraph 29 der Vergabeverordnung (VgV) zu den Vertrags- und Vergabeunterlagen. Die Nutzungshinweise der EVB-IT Cloud weisen darauf hin, dass die Anlage die Einbindung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Bieter in die EVB-IT Cloud vergaberechtskonform erlaubt. Dies ist oft notwendig, da Cloudleistungen häufig standardisiert sind.

Insbesondere die starke Marktposition von Anbietern wie Amazon



Öffentliche Auftraggeber können die EVB-IT Cloud als Ergänzende Bedingungen in die Vertragsunterlagen aufnehmen. FOTO: IMAGO/PANTHERMEDIA

Web Services und Microsoft Azure beeinflusst dies. Wer sie nicht als Subunternehmer einbezieht, der kann als Anbieter die hohen Anforderungen der ausschreibenden Stellen an die Leistungsqualität und IT-Sicherheit kaum erfüllen. Die AGB können somit die Bedingungen des Hauptauftragnehmers oder eines Unterauftragnehmers umfassen, falls dieser die Cloud-Leistungen bereitstellt. Die Anlage zielt somit darauf ab, die Wahrscheinlichkeit von Angeboten durch Cloudanbieter zu steigern.

Die Anlage bietet zwei Möglichkeiten für die Einbindung von bieterseitigen AGB. Erstens kann durch Anhang I eine nachrangige Einbeziehung von auftragnehmerseitigen AGB zu Art und Umfang der Cloud-Leistungen geregelt werden, falls dies nicht schon durch Nummer 1.2.4 des EVB-IT Cloudvertrags erfolgt ist.

Zweitens ermöglicht Anhang II eine teilweise, auf maximal neun Klauseln beschränkte, vorrangige Einbindung bieterseitiger AGB gegenüber den EVB-IT Cloud AGB. Diese Klauseln beziehen sich auf den Leistungsort, den Übergabepunkt, die

Nutzer, die Lizenzmetrik, die Endgeräte, die Datensicherung, Gutschriften, die Protokollierung und das Reporting. Um die Vergleichbarkeit von Angeboten sicherzustellen, wird jedoch gemäß den Nutzungshinweisen von einer umfassenden Einbindung bieterseitiger AGB abgesehen. Stattdessen soll die Vergabestelle vor der Ausschreibung (Markterkundung nach Paragraph 28 VgV) die relevanten Punkte identifizieren, bei denen bieterseitige AGB in Betracht kommen könnten, und diese gegebenenfalls zum Gegenstand des Verfahrens machen, etwa in Form von Kriterien in einer Leistungsbewertungsmatrix.

In offenen und nichtoffenen Vergabeverfahren beispielsweise legt der öffentliche Auftraggeber die Vertragsbedingungen in den Vergabeunterlagen endgültig fest. Dadurch ist der Vertragsinhalt für den Bieter bei Angebotsabgabe bereits bestimmt. Gemäß Paragraph 1 Nummer 2 Buchstabe c der Verdingungsordnung für Leistungen Teil B (VOL/B) kann der öffentliche Auftraggeber die EVB-IT Cloud als Ergänzende Vertragsbedingungen in die Vertragsunterlagen auf-

Land empfiehlt die EVB-IT

Baden-württembergischen Kommunen ist die Anwendung der ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Cloud-Leistungen (EVB-IT) empfohlen. Dies regelt Nummer 2.3.2 der Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich (VergabeVwV) zusammen mit Nummer 12.1.2 Buchstabe e der Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VwV Beschaffung).

nehmen. Nutzt die Vergabestelle Anhang II der Anlage, so sind für bis zu neun leistungsbezogene Aspekte keine abschließenden Regelungen in den Vergabeunterlagen getroffen, da die konkrete Vertragsgestaltung den Bietern überlassen bleibt.

Laut Paragraph 58 Absatz 2 der Vergabeverordnung (VgV) ist die Berücksichtigung unterschiedlicher Vertragsqualitäten möglich, setzt aber voraus, dass der öffentliche Auftrag-

geber entsprechende Zuschlagskriterien festlegt, um einen effektiven Bieterwettbewerb bei vorrangiger Einbeziehung bieterseitiger AGB zu gewährleisten. Ohne eine angemessene vergaberechtliche Bewertung könnte es bei der Nutzung von Anhang II an der notwendigen Vergleichbarkeit der Angebote fehlen.

Einbeziehung der AGB erfolgt nur nachrangig

Die Einbindung der AGB des Auftragnehmers in Anhang I scheint dagegen möglich zu sein. Die Einbeziehung der auftragnehmerseitigen AGB zu Art und Umfang der Cloudleistungen erfolgt nur nachrangig gegenüber allen anderen Regelungen und nur, soweit sie allen anderen vertraglichen Regelungen weder entgegenstehen noch diese beschränken. Dafür dürfte auch ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18. Juni 2019 (Aktenzeichen: X ZR 86/17) sprechen, wonach ein Angebotsausschluss nach Paragraph 57 Absatz 1 Nummer 4 VgV wegen Nichteinhaltung der Bieter-AGB nicht immer zwingend ist.