

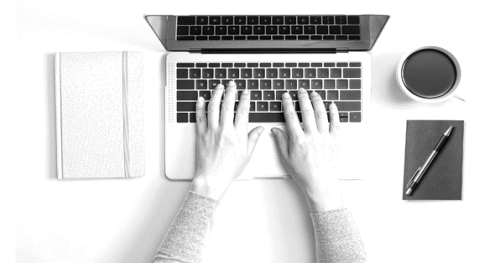


1. Online-Fachtag Vergaberecht 2020 E-Vergabe 2020

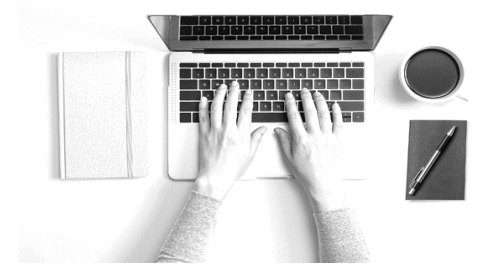
- _ Aktuelle Rechtsprechung und die Umsetzung in der Praxis
- _ E-Vergabe in Zeiten der Corona-Pandemie

Rechtsanwältin Monika Prell
Fachanwältin für Vergaberecht, SammlerUsinger Rechtsanwälte Berlin
23.04.2020

Agenda



1. Momentaner Stand
2. Aktuelle Rechtsprechung/Umsetzung in der Praxis
3. E-Vergabe in Zeiten der Corona-Pandemie



Momentaner Stand

Grundlagen der E-Vergabe



- Art. 22 Abs. 1 S. 1 RL 2014/24/EU

„Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die gesamte Kommunikation und der gesamte Informationsaustausch nach dieser Richtlinie, insbesondere die elektronische Einreichung von Angeboten, unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel (.....) erfolgen“

- Umsetzung in § 97 Abs. 5 GWB

„Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren verwenden Auftraggeber und Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel nach Maßgabe der aufgrund des § 113 erlassenen Verordnungen“

- Nicht davon umfasst: Dokumentation/Vergabevermerk

Pflicht zur E-Vergabe



- EU-weit: seit 18.10.2018
- National: bei Geltung UVgO seit 01.01.2020, VOB/A optional

Bekanntmachung/
Zugang zu Unterlagen

Angebotsabgabe

Vorabinformation



Kommunikation

Angebotsöffnung

Zuschlag



Aktuelle Rechtsprechung

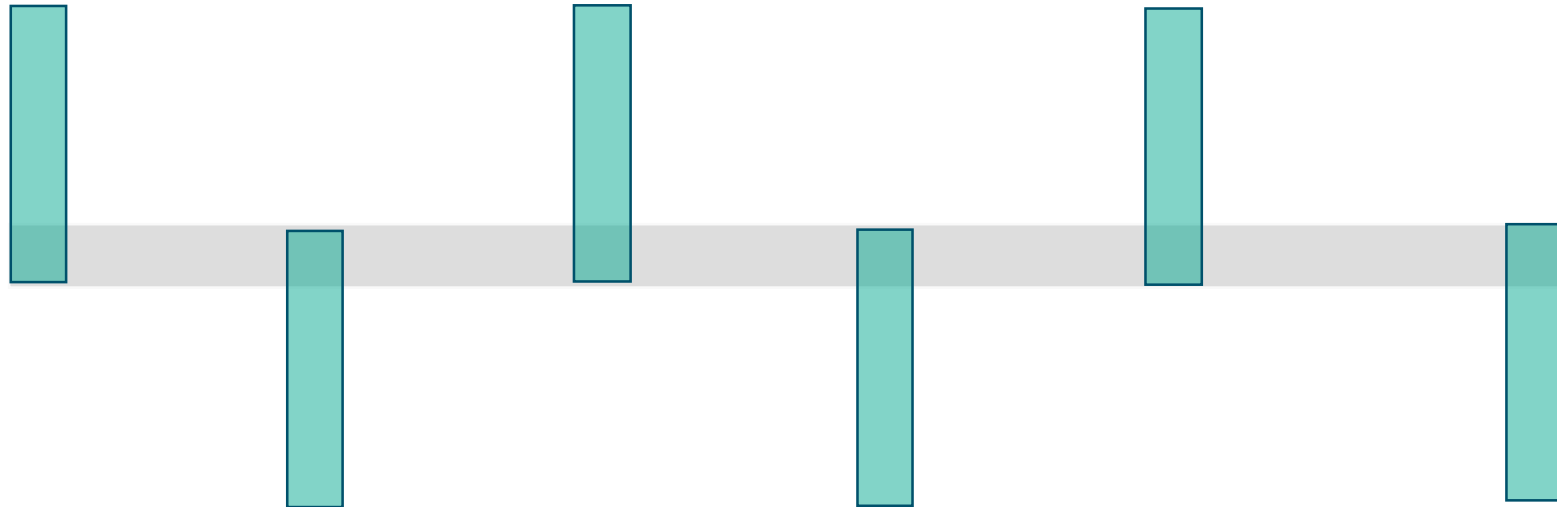
E-Vergabeverfahren



1)
**Bekanntmachung/
Zugang zu Unterlagen**

Angebotsabgabe

Vorabinformation

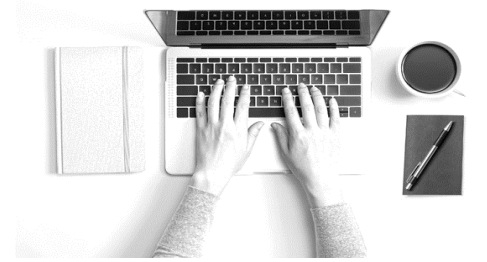


Kommunikation

Angebotsöffnung

Zuschlag

Bekanntmachung/Unterlagen



- Regelungen
 - EU: §§ 39 ff. VgV, 38 ff. SektVO, 12 EU VOB/A
 - National: §§ 30 UVgO, 12 VOB/A
- Ohne Registrierung
- Bekanntmachung: Internetadresse zum Abruf der Vergabeunterlagen
 - Unentgeltlich
 - Direkt
 - Uneingeschränkt
 - Vollständig

Direkt?



- **OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 - Verg 24/18, OLG Dresden, Beschluss vom 15.02.2019 - Verg 5/18**
 - Eignungskriterien und -nachweise können mittels Link zu Formblatt ("Eigenerklärung zur Eignung") wirksam bekannt gemacht werden
 - Unmittelbare Einbindung des Links bei Bekanntmachungsformular bei entsprechenden Eignungsanforderungen
 - Durch „bloßes Anklicken“ zum Formblatt
- **OLG München, Beschluss vom 25.02.2019 - Verg 11/18**
 - Keine wirksame Bekanntmachung der geforderten Eignungskriterien, wenn in der Auftragsbekanntmachung lediglich pauschal auf die Auftragsunterlagen verwiesen wird
 - Link in Bekanntmachung, der nur auf eine Plattform der Vergabestelle mit mehreren laufenden Vergabeverfahren führt, unzureichend

Vollständig?



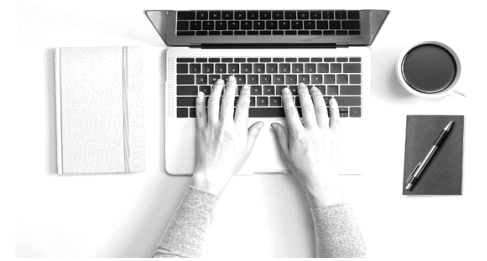
- **OLG München, Beschluss vom 13.03.2017 - Verg 15/16**

- Der Auftraggeber hat auch bei zweistufigen Vergabeverfahren (hier Verhandlungsverfahren) in der Bekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen uneingeschränkt und vollständig abgerufen werden können
- Vollständig abrufbar: über Internetadresse können sämtliche Vergabeunterlagen und nicht nur Teile abgerufen werden

- **OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2018 - Verg 26/18**

- Der Auftraggeber ist in einem nicht offenen Verfahren mit TN-Wettbewerb nicht dazu verpflichtet, den Bewerbern bereits mit der Bekanntmachung vor Ablauf der Teilnahmefrist den vorgesehenen Vertragsentwurf zur Verfügung zu stellen
- Nur Angaben nötig, die "erforderlich" sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Teilnahme an dem Vergabeverfahren zu ermöglichen

Umsetzung in der Praxis



- In der Bekanntmachung alle Eignungskriterien nennen
- Wenn Link, dann Deeplink an entsprechender Stelle im Bekanntmachungsformular
- Bei zweistufigem Verfahren (Teilnahmeantrag): Entwurfsfassung von Angebotsunterlagen langt im Zweifel

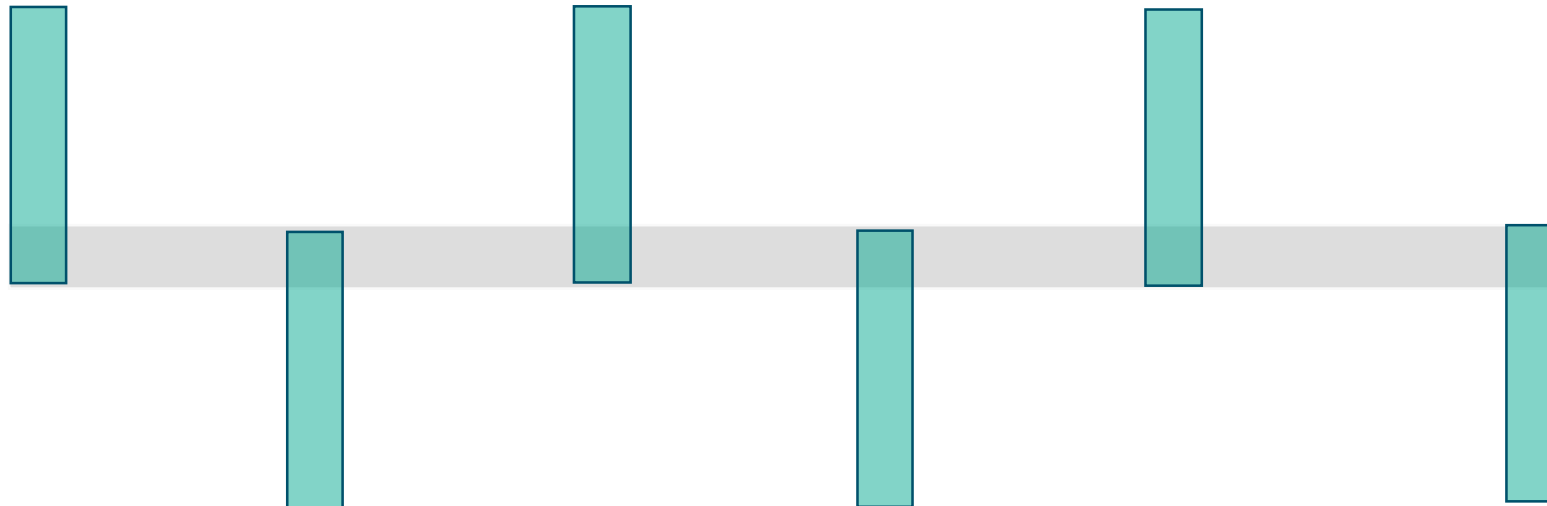
E-Vergabeverfahren



Bekanntmachung/
Zugang zu Unterlagen

Angebotsabgabe

Vorabinformation



2) Kommunikation

Angebotsöffnung

Zuschlag

E-Kommunikation



- Regelungen
 - EU: §§ 9 ff. VgV, 9 ff. SektVO, 11 f EU VOB/A
 - National: §§ 7 UVgO, 11 VOB/A
- Verwendung von elektronischen Mitteln (keine Mail!), Vergabestelle legt das erforderliche Sicherheitsniveau fest
- Komplette Kommunikation (Bieterfragen/Rügen/...) über Plattform
- Elektronische Mittel und deren technische Merkmale müssen
 - allgemein verfügbar, diskriminierungsfrei
 - kompatibel mit verbreiteten Geräten und Programmen sein und
 - dürfen den Zugang von Unternehmen zum Vergabeverfahren nicht einschränken

Geänderte Vergabeunterlagen



- **VK Südbayern, Beschluss vom 17.10.2016 - Z3-3-3194-1-36-09/16**
 - Geänderte Vergabeunterlagen und Antworten auf Bieterfragen müssen auf einer elektronischen Plattform bereitgestellt werden
 - Gegenüber allen registrierten Bietern/Interessenten besteht eine Bringschuld des Auftraggebers: es muss elektronisch über die Änderung der Vergabeunterlagen informiert werden
 - Nicht registrierte Bieter/Interessenten haben Holschuld

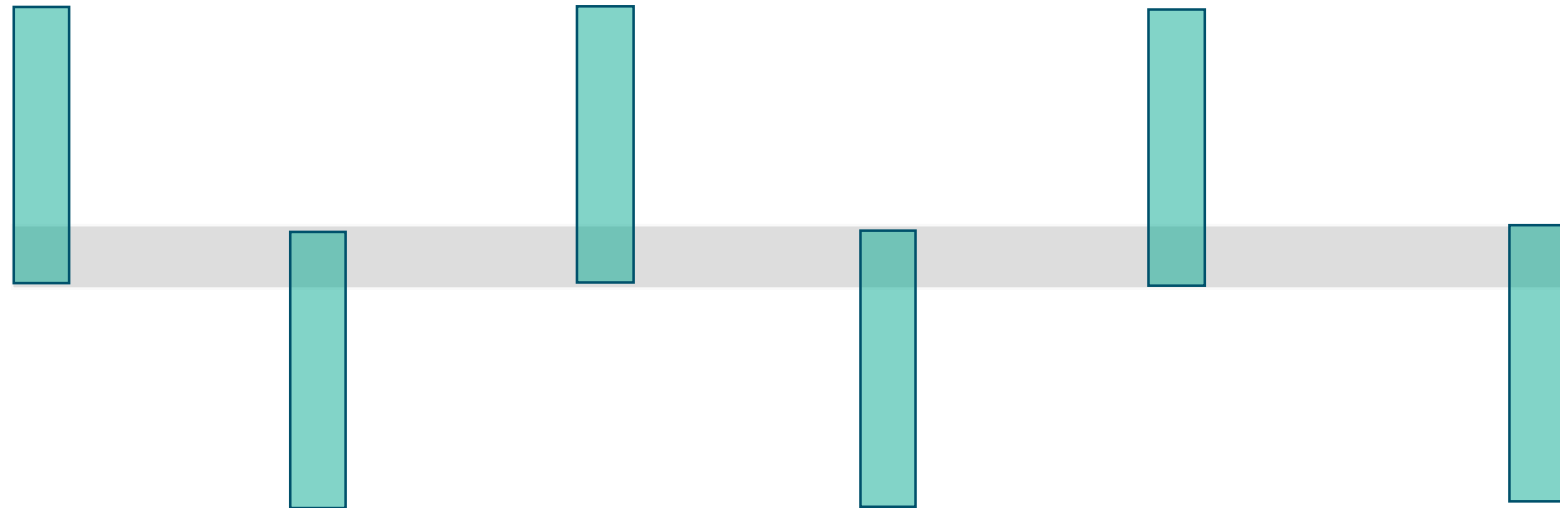
E-Vergabeverfahren



Bekanntmachung/
Zugang zu Unterlagen

3) Angebotsabgabe

Vorabinformation



Kommunikation

Angebotsöffnung

Zuschlag

Abgabe des Angebots



- Anforderungen an die Abgabe eines elektronischen Angebots-/Teilnahmeantrags
 - EU: §§ 53 VgV, 43 SektVO, 11 Abs. 4 EU VOB/A
 - National: §§ 38 UVgO, 13 VOB/A
- Textform nach § 126 b BGB mithilfe elektronischer Mittel
- Grundsätzlich bei E-Vergabe keine fortgeschrittene/qualifizierte elektronische Signatur mehr erforderlich
- Ausnahme: „erhöhte Anforderungen an die Sicherheit“
- Ausnahme der elektronischen Angebotsabgabe bei Modellen/Mustern

Textform I



OLG Naumburg, Beschluss vom 04.10.2019 - 7 Verg 3/19

- Kein Formmangel, wenn Eigenerklärungen lediglich ausgefüllt werden und nicht ausgedruckt, unterschrieben, ggf. gestempelt und wieder eingescannt worden sind
- Bieter nach § 53 Abs. 1 VgV berechtigt, ihre Angebote (insgesamt) in Textform nach § 126b BGB mithilfe elektronischer Mittel zu übermitteln
- Auftraggeber hat lediglich Ermessen über Sicherheitsniveau, § 10 Abs. 1 VgV. Bei elektronischer Übermittlung "des Angebots" in allen seinen Teilen genügt die Übermittlung des Angebotsschreibens und aller zum Angebotsinhalt bzw. zur Angebotserläuterung gehörender Erklärungen des Bieters sowie aller seiner sonstigen Eigenerklärungen jeweils die Textform, welche keine, auch keine eingescannte Unterschrift vorsieht
- Anders, wenn der Auftraggeber in eindeutiger, unmissverständlicher Weise weitere oder andere Anforderungen an die Form der Angebote gestellt und keiner der Teilnehmer des Vergabeverfahrens dies als vergaberechtswidrig gerügt hat

Textform II



- **OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.02.2020 - 15 Verg 1/20**

- Vorgabe bei Angebotsformblatt:

„Ist ... bei einem elektronisch übermittelten Angebot in Textform der Name der natürlichen Person, die die Erklärung abgibt, nicht angegeben wird das Angebot ausgeschlossen.“

- Ausschluss wegen fehlender Angabe des Bieters, Rüge und Nachprüfungsverfahren, Angaben nicht verpflichtend im Angebotsschreiben, sondern aus der Gesamtheit der Angebotsunterlagen der Vergabepattform

- Vorgabe bei Angebotsblatt verbindlich

- Person des Erklärenden muss genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden

- Rüge wegen Verschärfung des Textformerfordernis präkludiert

Textform III



- **OLG Dresden, Beschluss vom 21.02.2020 - Verg 7/19**

- Vorgabe von Angebotsabgabe in Textform und Muster (Schutzweste) in postalischer Form

- In Checkliste Vergabeunterlagen:

- „Angebotskennzettel, ausgefüllt und auf den verschlossenen Umschlag geklebt, in dem sich ihre vollständigen Angebotsunterlagen befinden.“

- Ausschluss wegen kompletter postalischer Angebotsabgabe

- Ausschluss nicht gerechtfertigt, Risiko unklarer Vergabeunterlagen trägt Vergabestelle

Fremdes Benutzerkonto



- **VK Bund, Beschluss v. 31.01.2020 - VK 2-102/19 (n.r., Beschwerde: OLG Düsseldorf - Verg 6/20)**
 - Öffentliche Auftraggeber können weitergehende über § 126 b BGB Anforderungen aufstellen, die eine hinreichende Beweis- und Klarstellungsfunktion bei dem Vergabeverfahren sicherstellen
 - Hierzu gehören insbesondere auch - verhältnismäßige - formelle Anforderungen, die eine zuverlässige und sichere Identifikation des Bieters bzw. Senders von Daten und die Gewährleistung einer gesicherten und vertraulichen elektronischen Kommunikation im Ausschreibungsverfahren ermöglichen
 - Verlangt der Auftraggeber, dass das Angebot über ein auf den Bieter registriertes Benutzerkonto hochzuladen ist, ist das Angebot einer Bietergemeinschaft, das von der Muttergesellschaft eines der BIEGE-Mitglieder hochgeladen wird, vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn keine auf die Muttergesellschaft lautende Vollmacht vorgelegt wird

Signaturerfordernis



- **OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.09.2018 - Verg 32/18**

- Ausschluss wegen Angebotsabgabe in Textform ohne geforderte fortgeschrittene elektronische Signatur
- Rüge des Bieters wegen Verstoß gegen Vorgabe von Textform und hilfsweise Nachforderungspflicht der Vergabestelle
- Öffentliche Auftraggeber können bei erhöhten Anforderungen an die Sicherheit fortgeschrittene oder qualifizierte elektronische Signaturen (oder Siegel) verlangen
 - Rüge der Bieter wegen Verstoß gegen Textform bis Angebotsabgabe
- Geforderte fortgeschrittene elektronische Signatur kein "sonstiger Nachweis" gem. § 56 Abs. 2 VgV, keine Nachforderung möglich

Teilnahmeantrag



- **VK Lüneburg, Beschluss v. 11.12.2018 - VgK-50/2018**

- Auch Teilnahmeanträge müssen verschlüsselt sein
- Keine Verschlüsselung, wenn Bieter seinen Teilnahmeantrag in der für den Auftraggeber jederzeit frei zugänglichen Rubrik „Kommunikation“ des Vergabeportals einstellt
- Auftraggeber (und Vergabeportal) haben (nur) Obliegenheit, für den Bieter deutlich sichtbar unterschiedliche Eingabefelder für die (offene) Kommunikation einerseits und die (verschlüsselten) Teilnahmeanträge oder Angebote andererseits vorzusehen
- Auftraggeber sind nicht verpflichtet, etwaigen Fehlern durch weitere Erläuterungen in den Vergabeunterlagen vorzubeugen

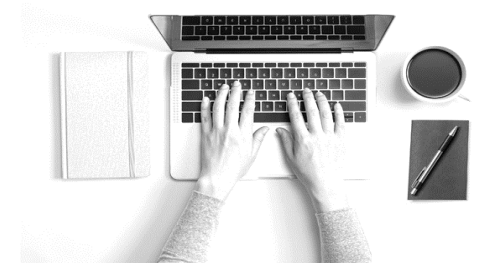
Probleme bei Angebotsabgabe



- **OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.06.2019 - Verg 8/19**

- Ausschluss wegen fehlendem (nicht hochgeladenem) Preisblatt
- Rüge nach Angebotsabgabe, strittig, ob Vergabestelle Aufklärungspflicht
- Technische Schwierigkeiten je nach Risikosphäre
 - Schwierigkeiten beim Betrieb der Plattform gehen nicht zu Lasten der Bieter
 - Bieter tragen Übermittlungsrisiko ihrer Angebote
- Bei Schwierigkeiten bei der Angebotsabgabe hat der Bieter den Auftraggeber vor Ablauf der Angebotsfrist zu informieren, damit er die Möglichkeit hat, ggf. durch Verlängerung der Angebotsfrist zu reagieren
- Nachforderung fehlender Unterlagen nach § 56 Abs. 2 VgV, bei Preisblatt als wesentliche Preisangabe nicht möglich

Umsetzung in der Praxis



- Formulare konsequent auf E-Vergabe anpassen
- Klare Vorgaben für die Angebotsabgabe
 - an welcher Stelle
 - in welcher Form (was gilt bei Mustern?)
 - wie erfolgte Angebotsabgabe mit Anlagen für Bieter dokumentiert wird
 - ggf. Hinweis zu Vorgehen bei technischen Problemen
- Grundsätzlich Textform
 - bei Vorgabe fortgeschrittener/qualifiziert elektronische Signatur zwingender Ausschluss bei Nichterfüllung
- Bei technischen Problemen:
 - Genaue Dokumentation der Verfügbarkeit des Systems
 - Vor Ausschluss Prüfung der Verantwortlichkeit
- Im Zweifel kein Ausschluss und Fristverlängerung

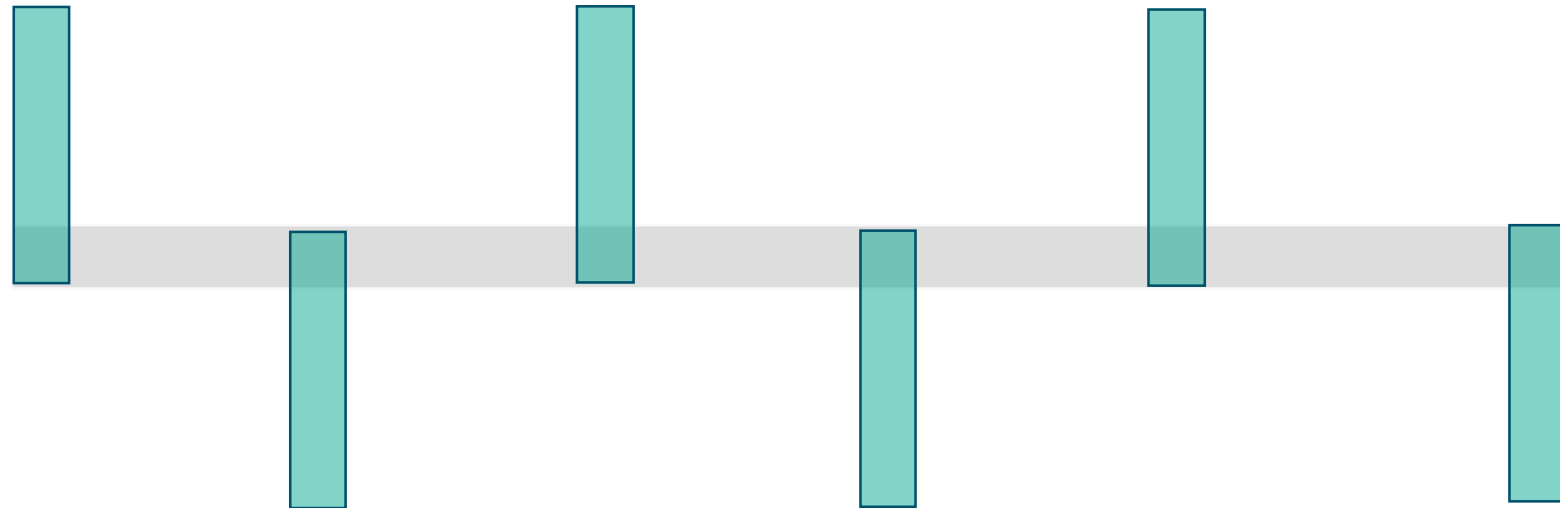
E-Vergabeverfahren



Bekanntmachung/
Zugang zu Unterlagen

Angebotsabgabe

Vorabinformation



Kommunikation

4) Angebotsöffnung

Zuschlag

Angebotsöffnung



- Anforderungen an Angebotsöffnung
 - EU: §§ 55 ff. VgV, 43 SektVO, 14 ff. EU VOB/A
 - National: §§ 40 ff. UVgO, 14 ff. VOB/A
- Ablauf
- „Unverzüglich“ nach Ablauf der Angebotsabgabefrist
- Öffnung durch mind. zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers
 - Ausnahme § 14a VOB/A (Einreichung schriftlicher Angebote)
- Bieter sind grundsätzlich nicht zugelassen
 - Ausnahme: § 14a VOB/A (Eröffnungstermin)

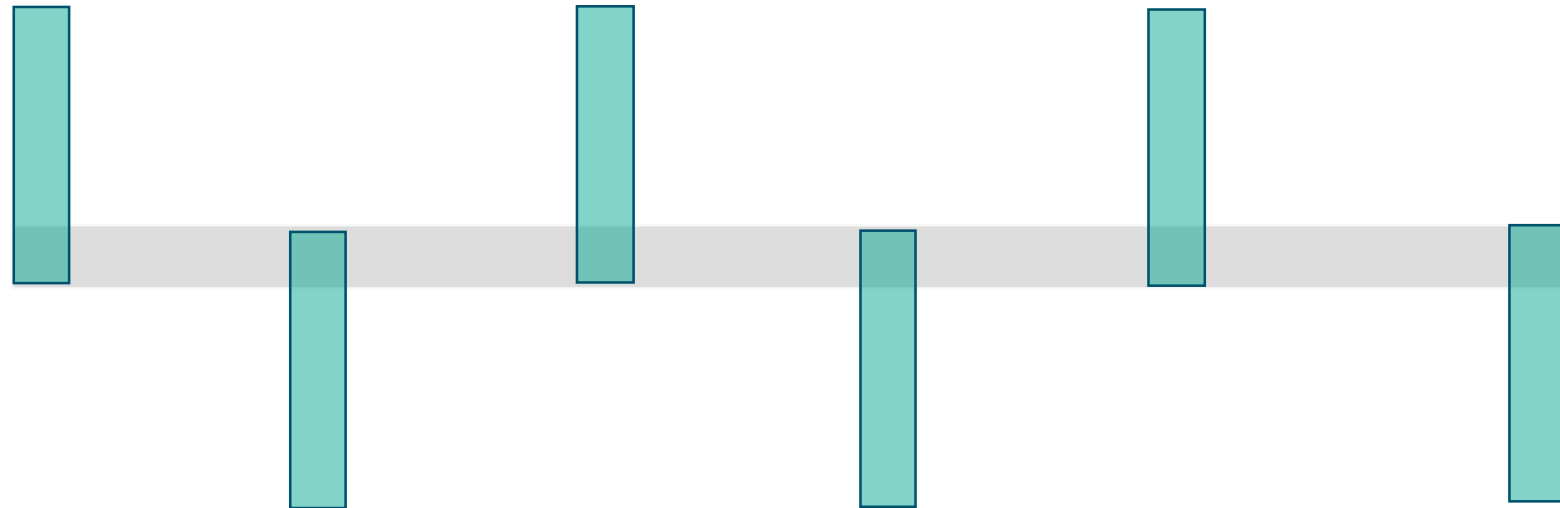
E-Vergabeverfahren



Bekanntmachung/
Zugang zu Unterlagen

Angebotsabgabe

5) Vorabinformation



Kommunikation

Angebotsöffnung

Zuschlag

Information nach § 134 GWB



- Die Regelung in § 134 Abs. 1 GWB
„Öffentliche Auftraggeber haben die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über
 - *den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll*
 - *über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und*
 - *über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses**unverzüglich **in Textform zu informieren....“***
- Vertragsschluss erst nach zehn Kalendertagen nach Absendung der Information nach § 134 Abs. 1 GWB (§ 134 Abs. 2 GWB, Warte-/ Stillhaltefrist)

Die richtige Information?



- **VK Südbayern, Beschluss v. 29.03.2019 - Z3-3-3194-1-07-03/19**
 - Anforderungen nach § 134 Abs. 1 GWB werden nicht erfüllt bei Einstellung in einem internen Bieterbereich der Vergabepattform und Information an Bieter, dass eine neue Nachricht vorliegt
 - Dies gilt auch dann, wenn die Nachricht den Hinweis enthält, dass eine Information nach § 134 GWB eingestellt wurde
 - Stillhaltefrist nach § 134 Abs. 2 GWB läuft in dem Fall nicht
- **Nachfolgend: OLG München, Beschluss v. 28.08.2019 - Verg 10/19**
 - Abweisung der sofortigen Beschwerde durch Betreiber der E-Vergabepattform als „schwerwiegend Betroffener“ als unzulässig, da nicht am Verfahren vor der Vergabekammer nach § 171 Abs. 1 GWB beteiligt

Umsetzung in der Praxis



- Mitteilung nach § 134 GWB im internen Bieterbereich unter Kommunikation nicht ausreichend
 - „Nachricht“ an Bieter auch mit Verweis auf § 134 GWB nicht ausreichend
 - Lösung über
 - Benachrichtigung der Bieter, dass Mitteilung nach § 134 GWB vorliegt mit Information nach § 134 GWB direkt als Anlage
- oder
- Nachricht über Portal und Information nach § 134 GWB zusätzlich über E-Mail/Fax (Zwei-Wege-Lösung)

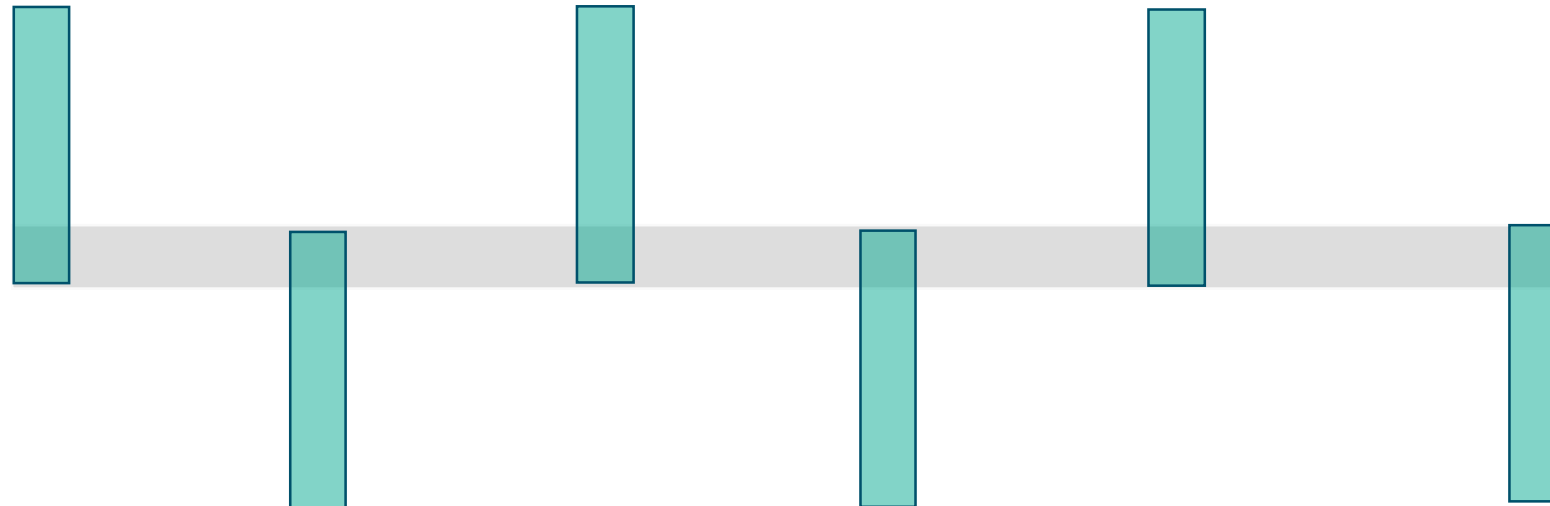
E-Vergabeverfahren



Bekanntmachung/
Zugang zu Unterlagen

Angebotsabgabe

Vorabinformation



Kommunikation

Angebotsöffnung

6) Zuschlag

Zuschlag



- Regelungen
 - EU: §§ 58 VgV, 127 GWB, 52 SektVO, 18 EU VOB/A
 - National: §§ 43 UVgO, 18 VOB/A
- Zuschlag unterliegt grundsätzlich keinem Formerfordernis
- Es sei denn,
 - Schriftform ist gesetzlich vorgeschrieben,
 - oder bestehende Formvorschriften des öffentlichen Rechts
 - die Vergabeunterlagen sehen eine besondere Form vor



E-Vergabe in Zeiten der Corona-Pandemie

Herausforderungen



- Durchführung der Vergabeverfahren im Homeoffice
 - Fehlende technische Ausstattung
 - Durchführung der Angebotsöffnung mit 4-Augenprinzip
- Berücksichtigung von Problemen der Bieter bei Abgabe von Angeboten oder Teilnahmeanträgen
- Durchführung von Verhandlungsrunden
- ...

Angebotseröffnung



- §§ 55 Abs. 2 VgV, 14 Abs. 1 EU VOB/A; §§ 40 Abs. 2 UVgO, 14 Abs. 1 VOB/A: Öffnung von **mind. 2 Vertretern** des Auftraggebers
- Bei Unmöglichkeit der gemeinsamen Durchführung (bspw. wegen Zugangs-/Kontaktverbot):
 - Elektronische Angebotsöffnung unter Nutzung einer Übertragungs-/ Konferenzsoftware
 - Eintragen des Nutzernamens/Passworts, Übertragung der Steuerung mit der Fernsteuerung oder Remote Control
 - Entschlüsselung der Angebote mit Eingabe der Benutzernamen und des Kennworts
 - Durchführung der Angebotsöffnung gemeinsam in Videokonferenz

Eröffnungstermin via E-Vergabe



- **§ 14a VOB/A: Öffnung/Verlesung in Anwesenheit der Bieter**
- Hinweis des BMI vom 27.03.2020: Bei Unmöglichkeit der Durchführung (bspw. wegen Zugangs-/Kontaktverbot) wird folgende Vorgehensweise empfohlen:
 - Prüfung, ob die Möglichkeit der Durchführung über E-Vergabepattform besteht
 - Falls Nein: Entfall des Öffnungstermins und unverzügliche Information der Bieter entsprechend § 14 Abs. 3 EU VOB/A

E-Verhandlungsverfahren



- Verschiebung der Termine nur begrenzt möglich
- Persönliche Teilnahme nicht vorgeschrieben
- Lösungen über geeignete Anbieter von Videoplattformen
- Sicherstellung, dass bei Bieter entsprechender Zugang besteht
 - Umgang mit Mustern?

Aussetzung der E-Vergabe



- **Hamburg:** Rundschreiben vom 20.03.2020: Anhebung der Wertgrenzen der UVgO/Pflicht zur E-Vergabe bis zum EU-Schwellenwert für Verhandlungsvergaben (Gültigkeit: 31.12.2020)
- **Bayern:** Änderung der Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen vom 24.03.2020: Zulässige Angebotsabgabe per E-Mail bei beschränkten Ausschreibungen/Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb (Gültigkeit: 20.06.2020)
- **Nordrhein-Westfalen:** Gemeinsamer Runderlass vom 27.03.2020: Aussetzung der Pflicht zur E-Vergabe (Gültigkeit: 30.06.2020)
- **Berlin:** Rundschreiben vom 01.04.2020: Aussetzung der Pflicht zur E-Vergabe (Gültigkeit: 30.06.2020)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



... und wenn Sie weitere Fragen haben ...



Rechtsanwältin Monika Prell
Fachanwältin Vergaberecht, Partnerin
SammlerUsinger Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB
monika.prell@sammlerusinger.com
T +49 30 263 95 09 - 197