



WHITEPAPER

FUTURA[®] im E-Vergabeprozess

**Rechtliche Prüfung eines zweistufigen
Vergabeverfahrens**

September 2018

Futura
Solutions
well
integrated

Inhalt

1.	Ziel und Inhalt des Whitepapers	1
2.	Digitalisierung im Vergabeverfahren	1
3.	Abgrenzung E-Vergabe-Plattform und FUTURA®	2
4.	Best-Practice-Ansatz: Zweistufiges Vergabeverfahren	3
5.	Aktenvermerk – rechtliche Prüfung FUTURA® im Vergabeverfahren	5
	5.1 Sachverhalt	5
	5.2 Ergebnis	5
	5.3 Rechtliche Prüfung	6

1. Ziel und Inhalt des Whitepapers

Die Vergaberechtsnovelle hat Veränderungen mit sich gebracht: Die ausschließliche Nutzung von E-Vergabe-Plattformen im sogenannten Oberschwellenbereich ist nicht mehr erforderlich. Das eröffnet Ausschreibern die Wahl der „elektronischen Mittel“ und den Weg zu einem zweistufigen Vergabeverfahren, das die formalen Anforderungen der E-Vergabe mit einem prozessoptimierten Ansatz aus Sicht des E-Procurement verbindet.

Welche Voraussetzungen und Bedingungen damit verbunden sind, haben wir Anfang 2018 bei der auf Vergaberecht spezialisierten Wiesbadener Rechtsanwaltspartnerschaft Rechtsanwälte SZK¹ prüfen lassen. Im Mittelpunkt steht die Analyse zur rechtskonformen Anwendbarkeit der Collaboration Plattform FUTURA® im Rahmen des förmlichen Vergabeverfahrens.

Dem Ergebnis in Form eines Aktenvermerks (Teil 5) sind zum weiteren Verständnis die unterschiedlichen Digitalisierungsansätze zwischen E-Vergabe und FUTURA® vorangestellt (Teil 3). Der Ablauf eines zweistufigen Vergabeverfahrens wird als Best-Practice-Ansatz in Teil 4 skizziert.

Dieses Whitepaper richtet sich an Einkäufer und Leitungsebene in Unternehmen, die Aufträge gemäß der Sektorenrichtlinie sowie der SektVO vergeben, und dient zur Prüfungsvorlage für die interne Rechtsabteilung.

2. Digitalisierung der Vergabeverfahren

Für Beschaffungen im Oberschwellenbereich sind das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWW § 97 Abs. 5) und die Vergabeverordnung (VGO §§ 9 ff.) anzuwenden.² In jedem Stadium eines öffentlichen Vergabeverfahrens haben sowohl die Auftraggeber als auch die Auftragnehmer grundsätzlich elektronische Mittel zu benutzen.

Die elektronische Kommunikation betrifft insbesondere:

- die elektronische Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung,
- die unentgeltliche, uneingeschränkte und vollständige Bereitstellung der Vergabeunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung, über das Internet,
- und die elektronische Angebotsabgabe.³

Diese Pflicht betrifft ausschließlich den Datenaustausch im Rahmen des Vergabeverfahrens. Die Ausgestaltung der internen Arbeitsabläufe von Auftraggebern und Auftragnehmern bleibt den Unternehmen selbst überlassen. Dies lenkt den Fokus auf die Möglichkeit eines zweistufigen Vergabeverfahrens, das Vergabe- und weiterführende Beschaffungsprozesse gleichermaßen optimiert.



¹ Weitere Infos unter <https://www.rechtsanwaeltesz.de>



² Besonderheiten für Beschaffungen im Unterschwellenbereich nach der Unterschwellenvergabeordnung (UVGO) werden im Rahmen dieses Whitepapers nicht berücksichtigt.



³ vgl. BMWi, Übersicht und Rechtsgrundlagen auf Bundesebene, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/vergabe-uebersicht-und-rechtsgrundlagen.html>, abgerufen am 5. Juli 2018

3. Abgrenzung E-Vergabe-Plattform und FUTURA®

Die elektronische Vergabe (E-Vergabe) bezeichnet die elektronische Durchführung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe des Vergaberechts. Die E-Vergabe ist ein Teilbereich der elektronischen Beschaffung (E-Beschaffung oder E-Procurement) (vgl. Abb.1). Hieraus ergeben sich relevante Unterschiede zwischen E-Vergabe-Plattformen und FUTURA® als Collaboration Plattform.



Abb. 1: E-Vergabe im E-Beschaffungsprozess

E-Vergabe-Plattformen – Fokus elektronischer Datenaustausch

Im Rahmen förmlicher Vergabeverfahren unterstützen E-Vergabe-Plattformen die elektronische Kommunikation zwischen Vergabestelle und Bieter.

Im Mittelpunkt stehen Funktionen für die:

- Veröffentlichung von Bekanntmachungen (z. B. über SIMAP⁴)
- Bereitstellung von Vergabeunterlagen und Formularen
- Bieterkommunikation bis hin zur elektronischen Angebotsabgabe



⁴ <https://simap.ted.europa.eu/de>

E-Vergabe-Plattformen fokussieren die formale Abwicklung von Vergabeverfahren, eine weitere elektronische Verarbeitung steht nicht im Vordergrund. Es gibt keine Vorgaben, bei der E-Vergabe die Angebote elektronisch zu verarbeiten oder die Prüfung elektronisch durchzuführen.

Collaboration Plattform FUTURA® – Fokus ganzheitliches Beschaffungsmanagement

FUTURA® folgt dem Ansatz, den Beschaffungsprozess übergreifend zu standardisieren und zu automatisieren (vgl. Abb.2). Die elektronische Abwicklung von Kommunikation und Informationsaustausch bezieht sich nicht nur auf den Vergabeprozess, sondern abteilungsübergreifend auf Workflows angefangen von der

Planung über den Einkauf bis hin zur Abrechnung. Alle Akteure, wie Einkäufer und Auftragnehmer, nutzen FUTURA® und arbeiten nach einem Rollen- und Berechtigungskonzept zusammen – auf einer E-Plattform ohne erforderliche zusätzliche Software.

Die Angebote werden in FUTURA® elektronisch verarbeitet und die Prüfung und Auswertung erfolgt vollautomatisch. Die Integration mit dem SAP-System ermöglicht die weitere elektronische Verarbeitung der Angebote.

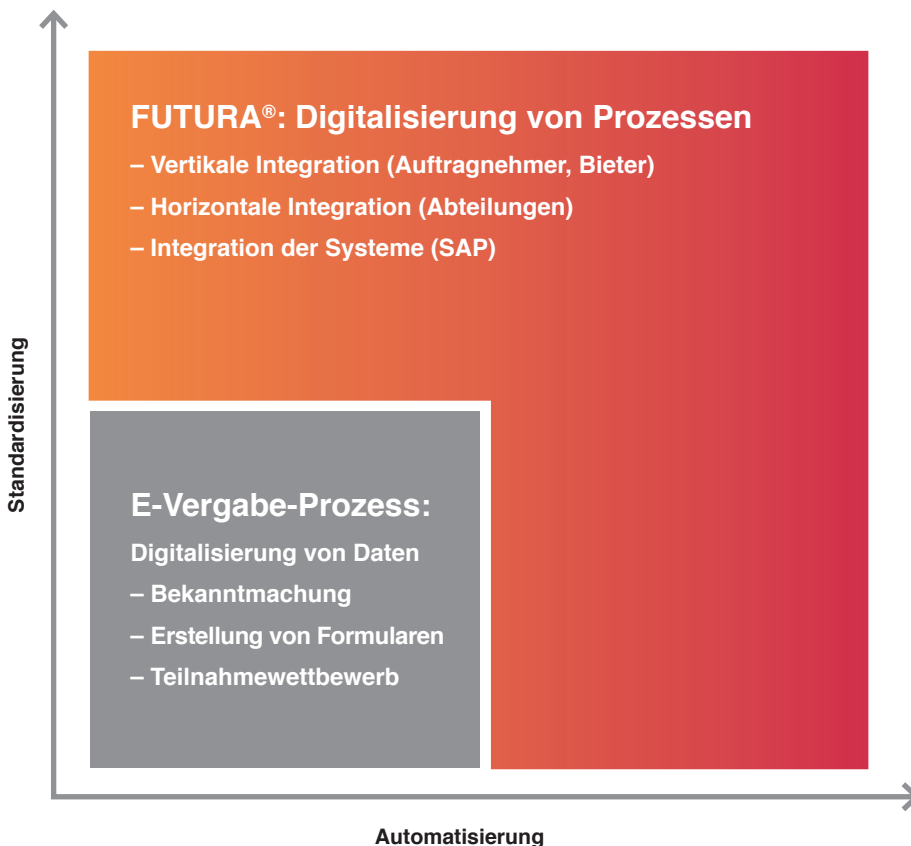


Abb. 2: Abgrenzung Beitrag zur Optimierung des Beschaffungsprozesses

4. Best-Practice-Ansatz: zweistufiges Vergabeverfahren

Um bei Ausschreibungen im Oberschwellenbereich die größtmögliche Prozesseffizienz und -qualität zu erreichen, bietet sich die Durchführung eines zweistufigen Vergabeverfahrens an. Das sichert die Vorteile der elektronischen Angebotsauswertung und Weiterverarbeitung in Drittsystemen wie z. B. SAP. Voraussetzung ist, dass zu Beginn einer Ausschreibung die Kommunikationswege, d. h. die verschiedenen elektronischen Mittel, zu klären, zu benennen und zu kommunizieren sind.

Das zweistufige Vergabeverfahren kann wie folgt aufgesetzt werden (vgl. Abb.3):

Die 1. Stufe umfasst die Bekanntmachung und den öffentlichen Teilnahmewettbewerb. Hier werden die Eignungsvoraussetzungen der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bei den Bewerbern ermittelt und entsprechende Nachweise verlangt.⁵ Der Teilnahmewettbewerb schließt ab mit einer Überprüfung der Eignung der Bewerber und mit der Auswahl derjenigen, die in einem Verhandlungsverfahren ein Angebot einreichen sollen. FUTURA® kann in der 1. Stufe bereits für die Erstellung des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses und der Bedarfsdefinition eingesetzt werden. Je nach verwendeter Datenquelle (Stamm-LV, Kontrakt, Bedarf) und weiteren zugeordneten Bedingungen und Berechtigungen wird der hinterlegte Workflow angestoßen und dadurch automatisch die nächste Aktivität vorgeschlagen – in diesem Beispiel hier überschreitet der ermittelte Kostenansatz die hinterlegte Wertgrenze, der Bedarf wird also automatisch in eine Anfrage überführt und der zuständige Einkäufer darüber per E-Mail informiert.



⁵ Für diese 1. Stufe des Vergabeverfahrens bietet sich eine E-Vergabe-Lösung an, wie z. B. das DTVP oder VMS der Bochumer Firma cosinex, einer unserer Partner.

<https://www.dtv.de/>

<https://www.cosinex.de/produkte/produkt-vms/vergabemanagementsystem.html>

Die 2. Stufe des Vergabeverfahrens wird alleinig über FUTURA® abgewickelt. Dazu werden die im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs ausgewählten Bieter eingeladen, ihre Angebote über FUTURA® einzureichen. Mit dem Ablauf des Abgabetermins kann der Einkäufer auf die Angebote zugreifen – sie werden automatisiert in einen Preisspiegel überführt und ausgewertet. Die detaillierten Informationen aus dem Angebot stehen somit den Folgeprozessen zur Verfügung und werden in die Bestellung, Leistungserfassung und abschließend Rechnung bzw. Gutschrift überführt. Auch bei den Vergaben im Oberschwellenbereich besteht so ein automatisierter Belegfluss im SAP-System.

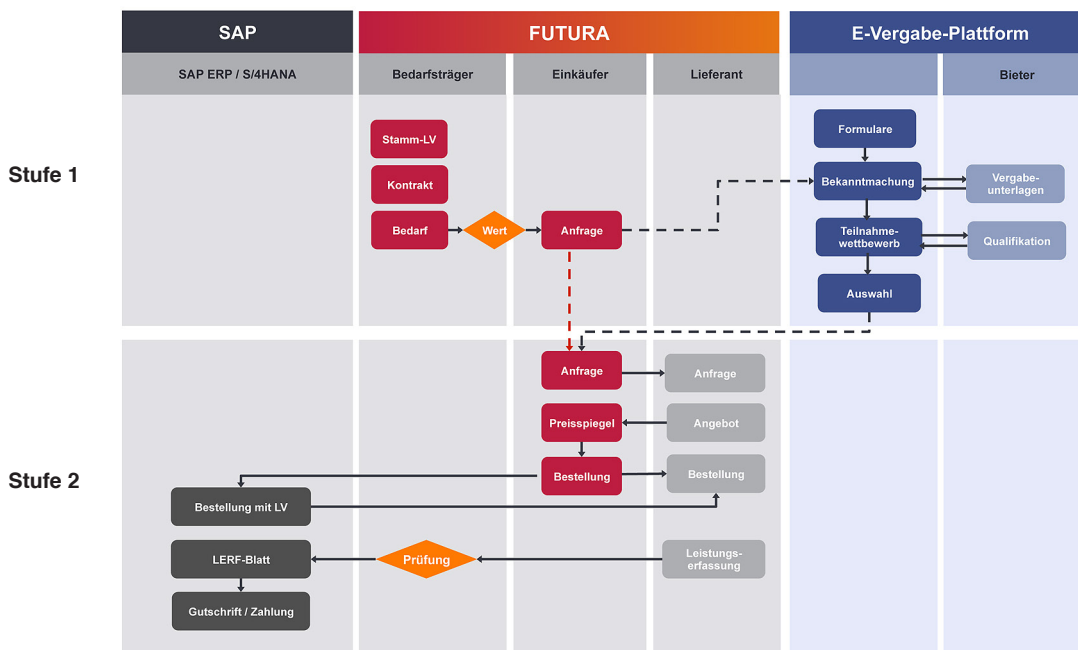


Abb. 3: Skizze eines zweistufigen Vergabeverfahrens

5. Aktenvermerk – rechtliche Prüfung FUTURA® im Vergabeverfahren

Die Rechtsanwaltspartnerschaft Rechtsanwälte SZK ist eine auf das öffentliche Recht und Immobilienrecht spezialisierte Anwaltskanzlei mit Büros in Wiesbaden und Darmstadt. Beratungsschwerpunkt liegt auf den Bereichen Bauen & Immobilien, Planen & Umwelt sowie Öffentliche Aufträge & Zuwendungen.⁶



⁶ Der Verfasser des folgenden Aktenvermerks, Herr Rechtsanwalt Jochen Zweschper, ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie des Weiteren spezialisiert auf das Immobilienrecht und auf das Vergaberecht.

<https://www.rechtsanwaeltesz.de/anwaelte/jochen-zweschper/>

AKTENVERMERK

14. Februar 2018

A. Sachverhalt

Die Firma Futura Solutions GmbH (nachfolgend: „unsere Mandantschaft“) stellt eine webbasierte (Cloud-basierte) Software für u.a. Ausschreibungen her. Es handelt sich hierbei um keine Datenaustauschplattform, sondern um eine (Cloud-basierte) Lösung, bei der die Bieter online über einen Browser, ähnlich wie bei einem Shop-System, barrierefrei ihre Preise eingeben können. Anders als bei Datenaustauschplattformen ist der Bieter somit nicht von den Dateiformaten der ausschreibenden Stelle(n) abhängig und benötigt keine zusätzliche Software oder gar „Spezialsoftware“ zur Bearbeitung der Ausschreibung. Ebenso erfolgt über die Software unserer Mandantschaft die „Kommunikation“ mit den Bietern.

Diese Software lässt einen Tausch/Wechsel der verwendeten elektronischen Mittel zwischen der ersten und zweiten Verfahrensstufe zu. Hierbei wird für die erste Stufe eine Vergabeplattform genutzt und für die zweite Stufe die Software unserer Mandantschaft (für die eine digitale Signatur nach der Vergaberechtsnovelle nicht mehr notwendig ist). Der Auftraggeber ist also in der Wahl seiner elektronischen Mittel

frei. Unsere Mandantschaft fragt nun an, ob bei zweistufigen EU-weiten Vergabeverfahren auf Basis der Sektorenrichtlinie ein solcher Tausch/Wechsel der verwendeten elektronischen Mittel zwischen der ersten und zweiten Verfahrensstufe zulässig ist – auch vor dem Hintergrund, dass somit keine durchgängige Dokumentation in ein und demselben elektronischen Mittel verfügbar ist, sondern die Dokumentation der beiden Stufen des Vergabeverfahrens auf zwei (unterschiedliche) elektronische Mittel verteilt ist.

B. Ergebnis

I.

Weder das GWB (§ 97 Abs. 5) noch die Sektorenrichtlinie noch die SektVO enthalten Einschränkungen hinsichtlich eines Tauschs/Wechsels der eingesetzten elektronischen Mittel bei zweistufigen EU-weiten Vergabeverfahren auf Basis der Sektorenrichtlinie. Somit ist ein solcher Tausch/Wechsel der verwendeten elektronischen Mittel zwischen der ersten und zweiten Verfahrensstufe dahingehend zulässig, dass für die erste Stufe eine Vergabeplattform und für die zweite Stufe die Software unserer Mandantschaft genutzt wird. Voraussetzung ist (lediglich), dass die unten genannten Vorgaben der SektVO (insbesondere die §§ 5, 9-12 und 43) eingehalten sowie die Kommunikationswege, sprich die zwei verschiedenen elektronischen Mittel zu Beginn des Vergabeprozesses, mit der Bekanntmachung geklärt und kommuniziert werden.

II.

Ferner ist auch eine „nicht durchgängige“ Dokumentation des Vergabeprozesses dahingehend zulässig, dass mit der Software unserer Mandantschaft eine Dokumentation der beiden Stufen des Vergabeverfahrens in zwei verschiedenen Systemen bzw. elektronischen Mitteln und damit auch eine getrennte Dokumentation der elektronischen Kommunikation zwischen Auftraggeber und den Bietern erfolgt. Voraussetzung ist auch hier (nur), dass die (inhaltlichen) Vorgaben des § 8 SektVO bei der Dokumentation der Vergabe mit der Software unserer Mandantschaft erfüllt werden.

C. Rechtliche Prüfung

I. GWB und Sektorenrichtlinie

Gemäß § 97 Abs. 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) haben Auftraggeber und Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel zu verwenden. Hierbei ist es für die Pflicht zur vollelektronischen Verfahrensführung zunächst unerheblich, ob eine Bau- oder Dienstleistung oder eine Lieferung vergeben wird. Als Grundsatz gilt § 97 Abs. 5 GWB für alle Arten öffentlicher Aufträge. Darüber hinaus sind Auftraggeber und Unternehmen gleichermaßen und in allen Phasen eines Vergabeverfahrens, d. h. von der Bekanntmachung bis zum Zuschlag, zur Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel verpflichtet. Sofern verfahrensspezifische Besonderheiten bestehen oder Ausnahmen vom Grundsatz der E-Vergabe geboten sind, werden diese sämtlich in den auf Grundlage von § 113 GWB erlassenen Vergabeverordnungen behandelt.

Unter den „elektronischen Mitteln“ versteht das europäische Vergaberecht (vgl. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU) die „elektronischen Geräte für die Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten, die über Kabel, per Funk, mit optischen Verfahren oder mit anderen elektromagnetischen Verfahren übertragen, weitergeleitet und empfangen werden.“ Im Bereich klassischer öffentlicher Aufträge müssen Mitgliedstaaten nach Art. 22 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2014/24/EU grundsätzlich „gewährleisten, dass die gesamte Kommunikation und der gesamte Informationsaustausch“ unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel erfolgt. Dies betrifft im Besonderen die elektronische Einreichung von Angeboten.

Spiegelbildlich enthält Art. 40 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU die Pflicht zur möglichst weitgehenden Nutzung elektronischer Informations- und Kommunikationsmittel bei der Vergabe von Sektorenaufträgen, wobei der Richtliniengeber auch hier Ausnahmen für eng umgrenzte Einzelfälle anerkennt, bei denen die Anwendung elektronischer Mittel nicht zielführend oder unangemessen wäre (z. B. wegen Sicherheitsbedenken oder technischer Besonderheiten).

Nach den Erwägungsgründen 52 und 53 für die EU-Richtlinie 2014/24/EU und nach den Erwägungsgründen 63 und 64 zur Sektorenrichtlinie 2014/25/EU sollten elektronische Informations- und Kommunikationsmittel zum Standard der Kommunikation in Vergabeverfahren werden. Eine ausschließlich elektronische Kommunikation – in allen Verfahrensstufen, insbesondere auch bei der Übermittlung der Angebote – sollte durch die Mitgliedsstaaten vorgeschrieben werden. Die dabei eingesetzten Systeme und ihre technischen Merkmale dürfen keinen diskriminierenden Charakter haben und müssen allgemein zugänglich sowie mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel sein. Nach Erwägungsgrund 55 zur EU-Richtlinie 2014/24/EU und Erwägungsgrund 66 zur Sektorenrichtlinie 2014/25/EU könnten unterschiedliche technische Formate oder Verfahren und Nachrichtenstandards potentielle Hindernisse für die Interoperabilität nicht nur innerhalb des jeweiligen Mitgliedstaats, sondern auch und insbesondere zwischen den Mitgliedstaaten entstehen lassen. Aus dem Erwägungsgrund 56 zur EU-Richtlinie 2014/24/EU und dem Erwägungsgrund 67 zur Sektorenrichtlinie 2014/25/EU folgt jedoch, dass das verbindliche Vorschreiben spezifischer Standards für Infrastrukturen, Verfahren oder Software erst erfolgen soll, nachdem die Kommission sorgfältig die damit verbundenen Kosten geprüft und bedacht hat, in welchem Umfang ein gegebener Standard bereits von den Wirtschaftsteilnehmern und den öffentlichen Auftraggebern in der Praxis genutzt wird und wie gut er sich bewährt hat.

Einerseits dient folglich die Einführung der obligatorischen E-Vergabe nach den Erwägungsgründen der EU-Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU auch der Wahrung von Transparenz und soll gerade auch die Möglichkeiten von Wirtschaftsteilnehmern zur Teilnahme an Vergabeverfahren im gesamten Binnenmarkt verbessern. Andererseits macht § 97 Abs. 5 GWB aufgrund seiner Ausgestaltung als

Vergabegrundsatz Auftraggebern und Unternehmen weder Vorgaben zur Verwendung eines bestimmten elektronischen Systems (vgl. BT-Drs. 18/6281, 82) noch wird ein (bestimmter) elektronischer Workflow gefordert. Öffentliche Auftraggeber sind also nicht zur elektronischen Verarbeitung oder Bewertung von Angeboten verpflichtet (Koch in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Auflage 2017, Band 1: GWB 4. Teil, § 97 Abs. 5 GWB, Rn. 23).

Hinzu kommt, dass sich nach Mitteilung unserer Mandantschaft genau an dieser Stelle der Vorteil der Software unserer Mandantschaft ergibt, da es sich hierbei um keine Datenaustauschplattform, sondern um eine webbasierte (Cloud basierte) Lösung handelt, bei der die Bieter online über einen Browser, ähnlich wie bei einem Shop-System, also barrierefrei ihre Preise eingeben können. Bei Datenaustauschplattformen ist der Bieter dagegen von den Dateiformaten der ausschreibenden Stelle abhängig und benötigt zusätzliche Software oder ggf. „Spezialsoftware“ zur Bearbeitung der Ausschreibung. Dies ist bei Anwendung der Software unserer Mandantschaft nicht erforderlich.

Unter diesem Gesichtspunkt dürften im Ergebnis zumindest weder § 97 Abs. 5 GWB noch die Sektorenrichtlinie der Zulässigkeit der Verwendung der Software unserer Mandantschaft entgegenstehen. Stattdessen enthält § 97 Abs. 5 GWB zur konkreten Ausgestaltung der elektronischen Kommunikation schlicht keine Aussagen. Gleiches gilt für die oben genannte Sektorenrichtlinie. Die Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel und deren Einsatz im Vergabeverfahren ergeben sich vielmehr ausschließlich aus den konkretisierenden Vergabeverordnungen (Koch, a.a.O., Rn. 24).

II. Vergabeverordnungen, insbesondere SektVO

1.

Insoweit schreibt § 9 Abs. 1 der Sektorenverordnung (SektVO) – ebenso wie § 9 Abs. 1 der Vergabeverordnung (VgV) – vor, dass Auftraggeber und Unternehmen für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren grundsätzlich Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung (definiert als elektronische Mittel) verwenden. Gemäß § 43 SektVO übermitteln die Unternehmen ihre Angebote, Teilnahmeanträge, Inter-

senbekundungen und Interessensbestätigungen grundsätzlich mithilfe dieser elektronischen Mittel.

Nach § 10 Abs. 1 SektVO (und § 10 Abs. 1 VgV) legt der Auftraggeber das erforderliche Sicherheitsniveau für die elektronischen Mittel fest. Hierbei muss unsere Mandantschaft auch eine sachlich richtige, zuverlässige Identifizierung eines Senders von Daten sowie die Unversehrtheit der Daten sicherstellen, wenn der Wechsel der elektronischen Mittel von der ersten auf die zweite Stufe des Vergabeverfahrens erfolgt. Ferner müssen die weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift eingehalten sein, die sich jedoch nicht mit dem Wechsel/Tausch von elektronischen Mitteln befassen.

Nach § 10 Abs. 2 SektVO (und § 10 Abs. 2 VgV) müssen die elektronischen Mittel, die vom Auftraggeber für den Empfang von Angeboten, Teilnahmeanträgen und Interessensbestätigungen sowie von Plänen und Entwürfen für Planungswettbewerbe genutzt werden, über eine einheitliche Datenaustauschnittstelle verfügen. Hierdurch soll insbesondere vermieden werden, dass Unternehmen gezwungen sind, für jede von öffentlichen Auftraggebern verwendete E-Vergabelösung/-Plattform eine separate EDV-Lösung in ihrer eigenen Programm- und Geräteumgebung einzurichten. Es soll vielmehr auf Unternehmensseite eine einzige elektronische Anwendung genügen, um mit allen von öffentlichen Auftraggebern für die Durchführung von Vergabeverfahren genutzten elektronischen Mitteln erfolgreich zu kommunizieren. Eine solche einheitliche Datenaustauschnittstelle schreibt beispielsweise der Standard X-Vergabe.

Im vorliegenden Fall soll zwar für die erste Stufe eine Vergabeplattform und für die zweite Stufe die Software unserer Mandantschaft genutzt werden. Dies bedeutet jedoch nach diesseitigem (technischen) Verständnis nicht, dass Unternehmen gezwungen wären, zwei verschiedene EDV-Lösungen einzurichten bzw. zu nutzen. Im Gegenteil wird bei der Verwendung von web- und Cloud-basierten Lösungen – wie im Falle der Software unserer Mandantschaft – mittels eines Browsers (von Auftraggeber und Bieter gemeinsam) über das Internet gearbeitet, ohne dass unterschiedliche EDV-Lösungen eingerichtet bzw. genutzt werden müssen. Insoweit stellt die Software unserer Mandantschaft

beispielsweise auch gegenüber dem Standard X-Vergabe eine Weiterentwicklung bzw. eine „neue Generation“ dar.

Bei der verbindlichen Forderung einer einheitlichen Datenaustauschnittstelle handelt es sich um die jeweils geltenden Interoperabilitäts- und Sicherheitsstandards der Informationstechnik gemäß § 3 Abs. 1 des Vertrags über die Errichtung des IT-Planungsrats und über die Grundlagen der Zusammenarbeit beim Einsatz der Informationstechnologie in den Verwaltungen von Bund und Ländern vom 01.04.2010. Der IT-Planungsrat ist ein politisches Steuerungsgremium von Bund und Ländern in Deutschland, welches die Zusammenarbeit im Bereich der Informationstechnik koordiniert. Die Möglichkeit dieser Zusammenarbeit wurde mit Art. 91c GG eröffnet. Gesetzliche Grundlage ist der (in Landes- und Bundesrecht transformierte) „IT-Staatsvertrag“, der am 01.04.2010 in Kraft trat. Die Vorschrift des § 3 Abs. 1 dieses Vertrags besagt jedoch lediglich, dass für den im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung notwendigen Austausch von Daten zwischen dem Bund und den Ländern gemeinsame Standards für die auszutauschen Datenobjekte, Datenformate und Standards für Verfahren, die zur Datenübertragung erforderlich sind, sowie IT-Sicherheitsstandards festgelegt werden sollen.

Die Regelung in § 10 Abs. 2 SektVO versucht der Tatsache gerecht zu werden, dass im Bund und in den Ländern sowie den Kommunen und Landkreisen aktuell mindestens 30 unterschiedliche Ausschreibungs- und Vergabeplattformen existieren, die sich beinahe naturgemäß in ihren Zugängen und ihrem jeweiligen technischen Layout beträchtlich unterscheiden (Planker in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018 zur gleichlautenden Vorschrift in § 11 a VOB/A, Rn. 6). Bund und Länder versuchen, dies über die in Bezug genommenen Abkommen bzw. Verträge anwenderfreundlich zu harmonisieren. Über den Verweis hierauf sollen einheitliche Standards umgesetzt werden.

Jedenfalls bis dahin sind jedoch jedwede Ausschreibungs- und Vergabeplattformen zugelassen, die die oben genannten Vorgaben erfüllen. Eine (besondere) Beschränkung eines Wechsels/Tausch von elektronischen Mitteln zwischen zwei Stufen eines Vergabeverfahrens ergibt sich aus §§ 9 und 10 SektVO somit nicht.

2.

Nach § 11 Abs. 1 SektVO müssen öffentliche Auftraggeber - von spezifischen Sonderfällen (vgl. § 12 SektVO) abgesehen - elektronische Kommunikationsmittel nutzen, die allgemein verfügbar, nichtdiskriminierend und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen der Informations- und Kommunikationstechnologie (IKT) kompatibel sind. Sie dürfen den Zugang von Unternehmen zum Vergabeverfahren nicht einschränken (vgl. auch § 11 Abs. 1 VgV).

Diese Forderung entspringt letztendlich dem allgemeinen Vergabegrundsatz des Gleichbehandlungsgebots. Gefordert ist eine diskriminierungsfreie (mit der gesonderten Erwähnung des Behindertengleichstellungsgesetzes), allgemeine Verfügbarkeit für jedermann. Dies betrifft sowohl Hard- als auch Software.

Der Leitgedanke des § 11 Abs. 1 SektVO bezweckt, dass jeder, der mittels eines gewöhnlichen Computers mit Standardanwendungen und -programmen Zugang zum Internet haben kann, am Vergabeverfahren eines Sektorenauftraggebers teilnehmen können muss. Nicht zulässig wäre danach z.B. die Verwendung eines internen Netzes des Sektorenauftraggebers oder eines wenig verbreiteten Programms, das für die Unternehmen nur mit unangemessen hohem Aufwand genutzt werden könnte. Dies würde den Wettbewerb beschränken. Zulässig ist dagegen, sich auf ein allgemein verbreitetes Programm zu beschränken. Sektorenauftraggeber müssen nicht die Nutzung aller allgemein zugänglichen Programme ermöglichen. Auch können sie stattdessen oder zusätzlich die erforderlichen Programme allen Unternehmen zur Nutzung für sein elektronisches Vergabesystem zur Verfügung stellen, wie dies z.B. bei der E-Vergabeplattform des Bundes der Fall ist (Weyand, Vergaberecht, 17. Aktualisierung 2015 (Stand: 14.09.2015), § 5 SektVO a.F., Rn. 3). Neben der Nutzung staatlicher Vergabeplattformen kommt allerdings auch die Nutzung von Systemen privater Beschaffungsdienstleister in Betracht.

Damit ist jede am Markt frei verfügbare Standardlösung zugelassen; unzulässig sind demgegenüber z. B. Sonderkonfigurationen, die besondere Programme oder besondere EDV-Fähigkeiten erfordern, die außerhalb üblicher Standards liegen und deshalb nur für einen eingeschränkten Kreis von Nutzern verwendbar sind (Planker in: Kapellmann/

Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018 zur gleichlautenden Vorschrift in § 11 a VOB/A, Rn. 2).

Im vorliegenden Fall werden im Falle der Einhaltung der obigen Voraussetzungen somit auch die Vorgaben des § 11 Abs. 1 SektVO durch die Software unserer Mandantschaft erfüllt.

3.

Gemäß § 11 Abs. 2 SektVO (und § 11 Abs. 2 VgV) verwendet der Auftraggeber ausschließlich solche elektronischen Mittel, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten. Nach § 11 Abs. 3 SektVO (und § 11 Abs. 3 VgV) muss der Auftraggeber den Unternehmen alle notwendigen Informationen zur Verfügung stellen über:

1. die in einem Vergabeverfahren verwendeten elektronischen Mittel,
2. die technischen Parameter zur Einreichung von Teilnahmeanträgen, Angeboten und Interessenbestätigungen mittels elektronischer Mittel und
3. verwendete Verschlüsselungs- und Zeiterfassungsverfahren.

Nach § 12 Abs. 1 SektVO, der mit § 12 Abs. 1 VgV und mit § 11a EU Abs. 6 VOB/A wortgleich ist und dessen Grundsätze somit nicht nur allen Vergaben von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (auf Basis der Sektorenrichtlinie), sondern auch bei allen Verfahren nach der VgV und bei EU-weiten Bauvergaben Anwendung finden, kann der Auftraggeber im Vergabeverfahren die Verwendung elektronischer Mittel, die nicht allgemein verfügbar sind (definiert als alternative elektronischen Mittel) verlangen, wenn er Unternehmen während des gesamten Vergabeverfahrens unter einer Internetadresse einen unentgeltlichen, uneingeschränkten, vollständigen und direkten Zugang zu diesen alternativen elektronischen Mitteln gewährt und diese alternativen elektronischen Mittel selbst verwendet. Diese Bestimmung regelt eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach die für die elektronische Kommunikation zu verwendenden Instrumente und Vorrichtungen u.a. allgemein verfügbar sein müssen. Es liegt somit im Ermessen der Auftraggeber, in bestimmten Fällen über alternative Zugänge/Zugangsmittel doch noch eine elektronische Kommunikation zuzulassen, obwohl eine der allgemeinen Anforderungen nicht erfüllt wird.

Eine (besondere) Beschränkung eines Wechsels/Tausch von elektronischen Mitteln zwischen zwei Stufen eines Vergabeverfahrens ergibt sich aus §§ 11 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 SektVO indes ebenfalls nicht.

Dass darüber hinaus § 5 Abs. 2 SektVO vorschreibt, dass der Auftraggeber bei der gesamten Kommunikation sowie beim Austausch und bei der Speicherung von Informationen die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote einschließlich ihrer Anlagen gewährleisten muss, widerspricht nach diesseitigen Dafürhalten ebenfalls nicht dem Wechsel der elektronischen Mittel.

Die VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 30.12.2016 – 1 VK 51/16 – hat für die Durchführung einer öffentlichen Auftragsvergabe und insbesondere hinsichtlich der Anforderungen an die Ausgestaltung des elektronischen Zugangs zum Vergabeverfahren bei einer E-Vergabe folgendes entschieden: „Lässt die Vergabestelle die Einreichung von Angeboten ausschließlich über eine an das Internet angebundene Plattform zu (E-Vergabe) und ist es einem Bieter – aus Gründen die allein aus der Sphäre der Vergabestelle stammen – unmöglich und unzumutbar, sein Angebot nur der Form nach rechtzeitig abzugeben, darf das Angebot deswegen nicht ausgeschlossen werden (Rn. 70). Die Vergabestelle hat den elektronischen Zugang zu ihrem Vergabeverfahren derart auszugestalten und wie einen offenen Briefkasten zur Verfügung zu halten, so dass sich auch Bieter ohne eigene IT-Abteilung schrankenlos beteiligen können (Rn. 94).“

Sofern auch diese Vorgaben durch die Software unserer Mandantschaft eingehalten werden, ist die Zulässigkeit eines Wechsels/Tauschs zwischen den beiden Stufen in einem zweistufigen Vergabeverfahren nach der Sektorenrichtlinie ebenfalls nicht eingeschränkt.

III. Dokumentation

Zu untersuchen war ferner die Zulässigkeit einer „nicht durchgängigen“ Dokumentation des Vergabeprozesses, da mit der Software unserer Mandantschaft eine Dokumentation ein und derselben Vergabe in zwei verschiedenen Systemen bzw. elektronischen Mitteln erfolgt. Somit ergibt

sich folglich auch eine getrennte Dokumentation der elektronischen Kommunikation zwischen Auftraggeber und den Bietern. Eine solche getrennte („nicht durchgängige“) Dokumentation des Vergabeprozesses bzw. der elektronischen Kommunikation zwischen Auftraggeber und den Bietern könnte gegen die Zulässigkeit eines Wechsels/Tauschs des elektronischen Mittels sprechen, da die ordnungsgemäße Dokumentation des Vergabeprozesses einen wesentlichen vergaberechtlichen Grundsatz darstellt.

Um die Entscheidungen der Vergabestelle transparent und sowohl für Bieter als auch für Nachprüfungsinstanzen überprüfbar zu machen, sind alle wesentlichen Entscheidungen zu dokumentieren (§ 8 VgV, § 8 SektVO). Die Dokumentationspflicht dient der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes und zielt darauf ab, sowohl dem Bieter als auch den Rechtsmittelinstanzen zu ermöglichen, den Gang des Vergabeverfahrens nachzuvollziehen. Diese Dokumentationspflicht gilt für alle Verfahrensarten (Dörr in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Auflage 2017, § 97 GWB, Rn. 47). Jeder Bieter kann die Dokumentationspflicht als einen subjektiven Anspruch auf ordnungsgemäße Dokumentation (§ 97 Abs. 6 GWB) geltend machen, soweit sich die Dokumentationsmängel auf seine Rechtsstellung im Verfahren nachteilig ausgewirkt haben können. Relevante Dokumentationsmängel führen dazu, dass das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, von dem an die Dokumentation unzureichend ist, fehlerbehaftet und in diesem Umfang zu wiederholen ist (Dörr, a.a.O., Rn. 48 mit weiteren Nachweisen).

Im Bereich von Sektoren-Vergaben ist § 8 SektVO einschlägig und zu beachten. Diese Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 100 der Richtlinie 2014/25/EU und ist nicht inhaltsgleich mit § 8 VgV. Gemäß § 8 Abs. 1 SektVO stellt der Auftraggeber u.a. sicher, dass er über eine ausreichende Dokumentation verfügt, um Entscheidungen in allen Phasen des Vergabeverfahrens nachvollziehbar zu begründen. Zwar spricht diese Vorschrift somit von „einer ... Dokumentation“ und in den Abs. 3 und 4 von „die Dokumentation“, jedoch muss nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht zwingend die Anzahl (1) gemeint sein. Nach § 8 Abs. 2 SektVO bewahrt der Auftraggeber die sachdienlichen Unterlagen zu jedem Auftrag auf. Ferner stellt diese Regelung Voraussetzungen für die Ausführlichkeit dieser Unterlagen (erneut Mehrzahl) auf.

Auch wird der Begriff „Dokumentation“ nicht mehr mit dem Begriff „Vergabevermerk“ gleichgesetzt. Vielmehr bildet der Vergabevermerk nur noch eine Teilmenge der (gesamten) Dokumentation (Schneider in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 8 VgV, Rn. 2).

Auch nach Sinn und Zweck, insbesondere im Hinblick auf die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung folgt nach diesseitiger Auffassung nicht, dass zwingend nur eine einheitliche Dokumentation (in ein und demselben System bzw. elektronischen Mittel) vorhanden sein muss.

Zwar regelt § 8 Abs. 1 S. 1 VgV, dass das Vergabeverfahren fortlaufend zu dokumentieren ist. In einer solch fortlaufenden Dokumentation müssen also die wesentlichen Schritte und Entscheidungen gemäß dem Gang des Vergabeverfahrens chronologisch niedergelegt werden. Hierdurch soll eine spätere Manipulation ausgeschlossen werden (Schneider, a.a.O., Rn. 13; OLG Celle IBR 2010, 226). Hierfür genügt es jedoch, wenn das gesamte Vergabeverfahren von Beginn an bis zu seinem Ende dokumentiert wird. Eine fortlaufende Dokumentation bedeutet nach Ansicht des Verfassers somit ebenfalls nicht zwingend eine Dokumentation in ein und demselben System bzw. elektronischen Mittel. Hinzu kommt, dass in § 8 SektVO – anders als in § 8 VgV – gar keine fortlaufende Dokumentation des Vergabeverfahrens verlangt wird. Vielmehr ist der Auftraggeber (lediglich) verpflichtet, den Fortgang des Vergabeverfahrens jeweils zeitnah und inhaltlich ausreichend zu dokumentieren. Auch fordert § 8 SektVO – anders als § 8 Abs. 1 VgV – auch keine Textform der Dokumentation.

Darüber hinaus spricht auch § 163 Abs. 2 GWB (für das Verfahren vor der Vergabekammer) zwar von einer „Vergabeakte“, welche die Dokumentation enthält. Voraussetzung für die Einhaltung dieser Vorgabe ist aber – selbst nach § 8 Abs. 1 VgV – nicht notwendigerweise ein zusammenhängender Vergabevermerk. Ausreichend ist es vielmehr, wenn der förmliche Verfahrensablauf sowie die einzelnen Maßnahmen laufend dokumentiert und chronologisch aus der Vergabeakte ersichtlich sind. Insoweit sind auch mehrere (Teil-)Vermerke zulässig (Schneider, a.a.O., Rn. 22; siehe auch OLG München VergabeR 2014, 52).

Im Ergebnis spricht somit aus den untersuchten Regelungen nichts gegen die Zulassung einer „nicht durchgängigen“ Dokumentation des Vergabeprozesses, und zwar – gemäß der Software unserer Mandantschaft – einer Dokumentation ein und derselben Vergabe in zwei verschiedenen Systemen bzw. elektronischen Mitteln. Somit ist folglich auch eine getrennte Dokumentation der elektronischen Kommunikation zwischen Auftraggeber und den Bietern zulässig. Voraussetzung ist nur, dass die (inhaltlichen) Vorgaben des § 8 SektVO bei der Dokumentation der Vergabe mit der Software unserer Mandantschaft erfüllt werden.

(Zweschper)
Rechtsanwalt

Abbildung Titelseite: © Samam Plubkilang / Shutterstock.com

Futura Solutions schafft mit der Collaboration Plattform FUTURA® eine workflowbasierte Vernetzung von der Planung bis zur Abrechnung von Dienstleistungen, und das nahtlos integriert in SAP ERP oder S/4HANA. In der Königsdisziplin der Beschaffung von Bauleistungen, stehen hochfunktionale, kollaborative Prozesse zur Ausschreibung und rahmenvertragsbasierten Abwicklung von Investitions- und Instandhaltungsmaßnahmen im Mittelpunkt.

Mehr Information auf www.futura-solutions.de