



Dr. Wolfram Krohn,
Rechtsanwalt und Partner, und

Dr. Tobias Schneider,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht, Counsel, Dentons Europe LLP, Berlin



Der elektronische Zugang zu den Vergabeunterlagen



Ziel der eVergabe ist es, die Beschaffungsprozesse elektronisch, interaktiv und medienbruchfrei abzuwickeln. Alle Stufen eines Vergabeverfahrens, von der Vergabebekanntmachung bis hin zur Zuschlagserteilung, sollen in elektronischer Form abgewickelt werden. Das umfasst insbesondere auch die Bereitstellung der Vergabeunterlagen. Der Auftraggeber ist grundsätzlich verpflichtet, die Vergabeunterlagen über eine in der Auftragsbekanntmachung veröffentlichte (oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung mitgeteilte) elektronische Adresse zum unentgeltlichen, uneingeschränkten, vollständigen und direkten Abruf bereitzustellen (§ 41 Abs. 1 VgV, §12a VOB/A-EU, § 29 UVgO). Der folgende Beitrag erläutert, wie Auftraggeber den elektronischen Zugang zu den Vergabeunterlagen effektiv und rechtssicher organisieren können und welche Fallstricke dabei zu vermeiden sind.

I. GRUNDSATZ DER ELEKTRONISCHEN BEREITSTELLUNG DER VERGABEUNTERLAGEN



Die Verpflichtung zur unentgeltlichen, uneingeschränkten, vollständigen und direkten Bereitstellung der Vergabeunterlagen gilt für alle Verfahren außerhalb des Bereichs Verteidigung und Sicherheit. Der Auftraggeber ist insbesondere auch im zweistufigen Vergabeverfahren, insbesondere dem Nichtoffenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, verpflichtet, die Unterlagen bereits ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung direkt elektronisch zugänglich zu machen.¹ Konsequenz ist, dass die Vorbereitung der Vergabeunterlagen auch bei diesen Verfahren bis zur Veröffentlichung der Bekanntmachung abgeschlossen sein muss. Die früher verbreitete Praxis, die Vergabeunterlagen noch während des laufenden Teilnahmewettbewerbs zu finalisieren, kann daher nicht mehr fortgeführt werden.

1. Wie und wann müssen die Unterlagen abrufbar sein?

Die Vergabeunterlagen müssen direkt elektronisch abrufbar sein. Das bedeutet, dass in der Auftragsbekanntmachung eine Internet-Adresse (Link) angegeben werden muss, unter der die Unterlagen zum Abruf bereitstehen. Bei Veröffentlichung einer Vorinformation als Aufruf zum Wettbewerb kann die Internetadresse alternativ in der Aufforderung zur Interessenbestätigung angegeben werden. Bei der Internetadresse muss es sich um einen sog. „Deep Link“ handeln, der unmittelbar zum Speicherort der Vergabeunterlagen führt.² Eine Verlinkung lediglich der Homepage oder der Startseite einer Vergabeplattform genügt nicht, wenn die konkrete Ausschreibung bzw. die Vergabeunterlagen dort dann erst noch gesucht werden müssen. Da die Vergabeunterlagen den Unternehmen unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden müssen, kann von den Unternehmen insbesondere keine kostenpflichtige Registrierung bei einer kommerziellen Vergabeplattform oder der kostenpflichtige Erwerb einer speziellen App verlangt werden. Der Auftraggeber muss dafür Sorge tragen, dass den Bietern der Abruf der Vergabeunterlagen mit einem üblichen Computersystem möglich ist, ohne dass der Bieter besondere, kostenpflichtige Zusatzhardware oder -software anschaffen muss.

2. Kann eine Registrierung vor Freigabe des Downloads verlangt werden?

Im Unterschied zu früher müssen interessierte Unternehmen bei der elektronischen Vergabe die Vergabeunterlagen nicht zunächst beim Auftraggeber anfordern; der Auftraggeber muss die Unterlagen vielmehr direkt und uneingeschränkt zugänglich machen. Von den Interessenten kann daher insbesondere nicht verlangt werden, sich vor einem Download der Unterlagen zu registrieren (§ 9 Abs. 3 Satz 2 VgV, § 10 EU Abs. 6 Satz 2 VOB/A, § 11 § 7 Abs. 3 Satz 2 UVgO). Unternehmen (aber auch interessierte Bürger) können die Unterlagen daher auch anonym downloaden.

Das Angebot einer freiwilligen Registrierung ist aber zulässig. Durch eine Registrierung erhält der Auftraggeber die notwendigen Kontaktdaten, an die er etwaige weitere Informationen (insbesondere Antworten auf Bieterfragen, geänderte Vergabeunterlagen oder sonstige Informationen) versenden kann. Es empfiehlt sich daher, die Bieter darauf hinzuweisen, dass eine Registrierung in ihrem eigenen Interesse liegt, um einen schnellen und reibungs-freien Informationsfluss gerade auch im Fall von Nachträgen zu den Unterlagen zu gewährleisten.

Da der Auftraggeber keine Möglichkeit hat, nicht registrierte Bieter auf spätere Änderungen der Vergabeunterlagen hinzuweisen, trifft

¹ OLG München, Beschluss v. 13.3.2017 – Verg 15/16; eingehend dazu Krohn, in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, VgV § 41 Rn. 28 ff.

² VK Südbayern, Beschluss v. 2.1.2018 – Z3-3-3194-1-47-08/17.

Der elektronische Zugang zu den Vergabeunterlagen

diese Interessenten eine „Holschuld“ bezüglich solcher weiteren Informationen. Überprüfen nicht registrierte Unternehmen die vom Auftraggeber angegebene Internetadresse nicht selbständig auf etwaige Änderungen, riskieren sie, dass ihre auf Basis veralteter Vergabeunterlagen abgegebenen Teilnahmeanträge bzw. Angebote ausgeschlossen werden.³

3. Welche Angaben müssen bereitgestellt werden?

Die Vergabeunterlagen umfassen nach § 29 Abs. 1 Satz 1 VgV bzw. § 21 Abs. 1 Satz 1 UVgO alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Der Auftraggeber darf daher beispielsweise nicht auf Vorgaben aus externen Quellen wie beispielsweise Muster aus einem nicht in den Vergabeunterlagen enthaltenen Handbuch verweisen.⁴ Auch solche Unterlagen müssen vielmehr vom Auftraggeber direkt elektronisch zur Verfügung gestellt werden. Auch Antworten auf Bieterfragen sind ein konkretisierender Bestandteil der Vergabeunterlagen.⁵ Sie müssen daher im laufenden Vergabeverfahren ebenso unter der veröffentlichten Internet-Adresse bereitgestellt werden wie die ursprünglichen Unterlagen. Insbesondere müssen auch diese ergänzenden Unterlagen ohne vorherige Registrierung abrufbar sein.

4. Format der elektronischen Vergabeunterlagen

Neben den inhaltlichen Festlegungen ist zu entscheiden, in welchem elektronischen Format die Vergabeunterlagen den Bewerbern bzw. Bietern zur Verfügung gestellt werden sollen. Grundsätzlich sind allgemein verfügbare bzw. kompatible Datenformate zu verwenden (§ 11 Abs. 1 Satz 1 VgV). Sind aus technischen Gründen andere Formate notwendig, muss der Auftraggeber den Interessenten die dafür notwendigen elektronischen Mittel (sog. alternative elektronische Mittel) ebenfalls direkt unentgeltlich elektronisch verfügbar machen (§ 12 Abs. 1 VgV).

Auch bei elektronischen Vergabeverfahren bestehen die Vergabeunterlagen in der Regel aus einer Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen bzw. Angeboten, den Bewerbungs- bzw. Vergabebedingungen und den Vertragsunterlagen (Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen). Es ist zweckmäßig und üblich, dass der Auftraggeber den Bietern insbesondere für die zur Eignungsprüfung abgefragten Angaben Vordrucke für Selbstauskünfte, Eigenerklärungen oder sonstige Angaben zur Verfügung stellt. Da die Unternehmen diese Unterlagen ausfüllen sollen, sollten sie in einem bearbeitbaren Format (z.B. docx, xls oder auch ausfüllbares PDF) zur Verfügung gestellt werden. Die Dateien können dabei teilschreibgeschützt werden, um zu gewährleisten, dass die Bieter das Dokument nur in vorgegebenen Formularfeldern vervollständigen und nicht an Stellen verändern können, an denen dies nicht gewünscht ist. Allerdings ist die Herstellung solcher Dokumente bisweilen aufwendig. Die Teile der Vergabe-

unterlagen, in denen keine Bieterbeiträge vorzunehmen sind, können von vornherein in einem nicht bearbeitbaren Format zur Verfügung gestellt werden (z.B. als schreibgeschütztes PDF).

5. Änderungen und Ergänzungen der Vergabeunterlagen

Im Laufe des Verfahrens kann sich etwa anlässlich von Bieterfragen herausstellen, dass in Bezug auf den Verfahrensablauf, die Leistungsbeschreibung oder den Vertragsentwurf Änderungs- oder Ergänzungsbedarf besteht. Auch diese sind im Rahmen der E-Vergabe in elektronischer Form zu kommunizieren. Es ist empfehlenswert, dass etwaige Änderungen nicht nur über die Antworten auf Bieterfragen in das Verfahren eingeführt werden, sondern die Änderungen parallel auch in die Unterlagen eingepflegt werden. Den Bietern sind sodann die geänderten Vergabeunterlagen zur Verfügung zu stellen. Um den Bietern die Durchsicht und die Nachvollziehbarkeit der Änderungen bei der elektronischen Vergabe zu erleichtern, sind die jeweiligen Änderungen unbedingt kenntlich zu machen. Es empfiehlt sich zudem, die Dokumente (z.B. in der Fußzeile) mit einer Versionsnummer und ggf. dem Datum der Dokumentenfassung zu versehen. Wenn den Vergabeunterlagen zudem eine Versionsliste beigelegt wird, lässt sich leicht prüfen, ob die Bieter ihrem Angebot die jeweils aktuelle Fassung der Vergabeunterlagen zu Grunde gelegt haben.

II. AUSNAHMEN VON DER PFLICHT ZUR DIREKTEN ELEKTRONISCHEN BEREITSTELLUNG



Von der Pflicht des § 41 Abs. 1 VgV, allen an einer EU-Vergabe interessierten Personen auf elektronischem Weg einen freien Zugang zu den Vergabeunterlagen zu verschaffen, gibt es Ausnahmen aus technischen Gründen und zum Schutz der Vertraulichkeit.

1. Ausnahmen aus technischen Gründen

§ 41 Abs. 2 VgV betrifft den Fall, dass eine direkte elektronische Bereitstellung aus technischen Gründen nicht möglich ist. Die Vorschrift nennt drei Fallgruppen:

- **Nr. 1:** Die besondere Art der Auftragsvergabe verlangt die Nutzung elektronischer Mittel zum Abruf der Vergabeunterlagen, die nicht mit allgemein verfügbarer IT-Ausstattung kompatibel sind
- **Nr. 2:** Für den Abruf der Unterlagen werden spezielle Dateiformate benötigt, die entweder nicht allgemein verfügbar oder lizenzrechtlich geschützt sind
- **Nr. 3:** Die Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel erfordert spezielle Bürogeräte, die dem öffentlichen Auftraggeber nicht allgemein zur Verfügung stehen

³ VK Südbayern, Beschluss v. 17.10.2016 – Z3-3/3194/1/36/09/16.

⁴ VK Bund, Beschluss v. 13.3.2018 – VK 2-128/17.

⁵ VK Sachsen, Beschluss v. 26.1.2018 – RMF-SG21-3194-2-15.

Der elektronische Zugang zu den Vergabeunterlagen



Nach der Gesetzesbegründung betrifft der dritte Fall etwa den Einsatz von Großformatdruckern oder Plottern. Beim Abruf der Vergabeunterlagen kommt es allerdings – anderes als der Wortlaut der Vorschrift nahelegt – nicht darauf an, welche Geräte dem Auftraggeber allgemein zur Verfügung stehen, sondern über welche Geräte die *Unternehmen* verfügen. Die Regelung dürfte daher so zu lesen sein, dass die Ausnahme für den Fall gilt, dass die notwendigen Geräte den interessierten Unternehmen nicht allgemein zur Verfügung stehen.⁶

2. Schutz vertraulicher Informationen

Der direkte Zugang zu den Unterlagen kann auch zum Schutz der Vertraulichkeit ausnahmsweise eingeschränkt werden. Das ergibt sich aus § 41 Abs. 3 VgV. Das betrifft nicht nur den Fall, dass die Unterlagen förmliche Verschlusssachen enthalten, sondern kann auch für sonstige vertrauliche Informationen gelten, wie etwa Angaben zu IT-Systemen, die Angriffe von außen erleichtern könnten, Informationen über kritische Infrastruktur oder auch Geschäftsgeheimnisse des Auftraggebers.

Auch wenn ein Ausnahmefall vorliegt, ist die Anwendung auf diejenigen Teile der Vergabeunterlagen zu beschränken, die tatsächlich besonders sensible Informationen enthalten.⁷ Der Auftraggeber muss in der Bekanntmachung angeben, welche Maßnahmen er zum Vertraulichkeitsschutz anwendet und wie auf die Vergabeunterlagen zugegriffen werden kann.⁸

3. Fristverlängerung bei Ausnahmen

Macht der Auftraggeber von einer Ausnahme nach § 41 Abs. 2 oder Abs. 3 Gebrauch, verlängert sich Angebotsfrist um fünf Tage, sofern nicht ein Fall hinreichend begründeter Dringlichkeit (im Sinne eines beschleunigten Verfahrens nach § 15 Abs. 3, § 16 Abs. 7 bzw. § 17 Abs. 8 VgV) vorliegt. Die Regelung betrifft nicht nur die Mindestfristen für die Angebote; vielmehr muss der Auftraggeber auch bei einer schon von vornherein längeren Angebotsfrist eine fünftägige Verlängerung mit einstellen, wenn er die Unterlagen nicht direkt elektronisch bereitstellt.

Zwar gestattet § 41 Abs. 4 Satz 2 VgV, bei Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit von einer Fristverlängerung abzusehen, wenn die Schutzmaßnahme ausschließlich in der Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung besteht. Art. 53 der EU-Richtlinie 2014/24 sieht eine solche Ausnahme von der Pflicht zur Fristverlängerung allerdings nicht vor. Die deutsche Regelung entspricht daher nicht dem EU-Recht.⁹ Daher ist auch dann, wenn die Maßnahme zum Schutz der Vertraulichkeit allein in der Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung besteht, eine Verlängerung der Angebotsfrist um fünf Tage anzuraten.

III. FAZIT



Auftraggeber, die noch wenig Erfahrung mit elektronischer Vergabe haben, sind gut beraten, sich im Vorfeld des Verfahrens darüber Gedanken zu machen, wie sie ihrer Verpflichtung zur elektronischen Bereitstellung der Vergabeunterlagen nachkommen wollen. Auch Auftraggeber, die schon länger elektronische Prozesse nutzen, sollten diese regelmäßig darauf überprüfen, ob die Abläufe noch den rechtlichen Vorgaben entsprechen. Die rechtlichen Fallstricke, die in den neuen Regeln lauern, lassen sich jedenfalls in den Griff bekommen. Am Ende dürften sowohl Auftraggeber als auch Bieter von der elektronischen Bereitstellung der Vergabeunterlagen als wichtigem Baustein eines effizienten und transparenten Vergabeverfahrens profitieren. ■

⁶ Dazu näher Krohn, in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, VgV § 41 Rn. 55.

⁷ Die amtliche Begründung (BT-Drucks. 87/16, 196) sieht vor, dass die „Verwendung anderer als elektronischer Mittel ... öffentlichen Auftraggebern nur hinsichtlich des Schutzes besonders sensibler Daten gestattet“ ist.

⁸ Die EU-Standardformulare für die Bekanntmachungen enthalten allerdings kein spezielles Feld für die Angabe der Maßnahmen. Sie sind daher richtigerweise unter in Abschnitt VI.3 (Zusätzliche Angaben) der Formulare zu machen.

⁹ Krohn, in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, VgV § 41 Rn. 73 f.