

Dr. Isabel Langenbach, HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK, Köln

## Ein halbes Jahr nach der Vergaberechtsreform

### Status quo: eVergabe

Die elektronische Vergabe (eVergabe) steht seit Inkrafttreten der Vergaberechtsreform am 18. April 2016 im Mittelpunkt der Vergabepaxis. Auf dem Weg zum papierlosen Büro soll die eVergabe Transparenz schaffen und Vergabeverfahren kostengünstiger machen.

Zurzeit besteht die Pflicht, Vergabeverfahren elektronisch durchzuführen nur oberhalb der EU-Schwellenwerte für öffentliche Aufträge. Zwar sind damit nicht die meisten, wohl aber die „großen“ Vergabeverfahren betroffen. Denn schätzungsweise liegen 95 % aller Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte.<sup>1</sup> Dennoch betreffen die aktuellen Entwicklungen die gesamte Vergabepaxis. Am 31. August 2016 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie den Entwurf für eine Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) veröffentlicht.<sup>2</sup> Diese schreibt die elektronische Durchführung von Vergabeverfahren auch unterhalb der EU-Schwellenwerte vor.

Ob und wie die eVergabe seit der Vergaberechtsreform von der Praxis angenommen wird, soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

### Akzeptanz der eVergabe steigt

Seit dem 18. April 2016 müssen Vergabeverfahren zunächst nur insoweit elektronisch durchgeführt werden, dass die Bekanntmachung elektronisch (z. B. über TED im EU-Amtsblatt) veröffentlicht wird. Weiter sind öffentliche Auftraggeber dazu verpflichtet, die Vergabeunterlagen elektronisch – allgemein und für jeden zugänglich – zur Verfügung zu stellen. Das Bieterfragenmanagement und das Einreichen der Angebote dürfen zurzeit noch „konventionell“ abgewickelt werden. Auch der Zuschlag muss noch nicht elektronisch erteilt werden. Erst ab dem 18. Oktober 2018 ist die vollständige elektronische Durchführung von Vergabeverfahren für sämtliche

---

<sup>1</sup> Probst/Winters, in: Die eVergabe, CR 2016, 349 (349)

<sup>2</sup> <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/reform-der-nationalen-vergaben.html>

Auftraggeber und Bieter dann endgültig Realität. Die schrittweisende Verpflichtung spiegelt sich auch aktuell in der Praxis.

Vor der Vergaberechtsreform wurden unabhängig von der Verfahrensart nur ca. 15 % aller öffentlichen Vergabeverfahren (halb-) elektronisch durchgeführt. Nachdem die elektronische Vergabe – wenn auch nur schrittweise – verpflichtend eingeführt wurde, geht der Gesetzgeber aktuell davon aus, dass bereits 70 % aller Vergabestellen elektronische Kommunikationsmittel verwenden. Von den Vergabestellen werden größtenteils aber nur die Bekanntmachungen elektronisch veröffentlicht und die Vergabeunterlagen elektronisch bereitgestellt. Die Praxis nutzt also den „Aufschub“ des Gesetzgebers. Nur 35 % der Verfahren werden insoweit elektronisch durchgeführt, als dass auch die Angebote auch rein elektronisch eingereicht werden müssen.<sup>3</sup>

### Vergabeplattformen und fehlende Interoperabilität

Aktuell lässt sich beobachten, dass die Anzahl der Anbieter von Online-Lösungen und eVergabe-Plattformen weiter steigt. Ein eigener Markt – für Auftraggeber und Bieter – hat sich entwickelt. Die Vergabestellen von Bund und Ländern arbeiten mit über 20 verschiedenen elektronischen Vergabe-Plattformen. Die Privatwirtschaft verfügt derzeit über knapp 10 weitere eVergabe-Plattformen.<sup>4</sup>

Die Vergabeplattform des Bundes wirbt mit 759 registrierten Vergabestellen und 1.772 angemeldeten Vergabeverfahren.<sup>5</sup> Private Vergabestellen werben mit 600.000 Auftragsinformationen aus allen Branchen pro Jahr<sup>6</sup> und mit 1.000 abgewickelten Vergabeverfahren seit 2006.<sup>7</sup> Ein weiterer privater Plattformbetreiber gibt an, dass über 15.000 Mitarbeiter in über 2.000 Vergabestellen die plattformeigenen Produkte nutzen würden.<sup>8</sup>

Großen Umsatz machen die Vergabeportale zudem mit Schulungen für Auftraggeber und Bieter, z. B. zu Fragen wie: Wie findet man die Angebote am effektivsten online? Wie wird ein technisch korrektes Angebot abgegeben?

---

<sup>3</sup> Braun, in: Elektronische Vergaben, VergabeR 2016, 179 (179)

<sup>4</sup> <http://www.abz-bayern.de/abz/inhalte/Anhaenge/uebersicht-e-vergabe-anbieter-deutschland.pdf>

<sup>5</sup> <https://www.evergabe-online.de/start.html?2>

<sup>6</sup> [http://www.dtad.de/info/landingpages/v8/?campaign=25\\_8&campaign\\_start=100816&partnerId=25&source=search&network=g&placement=&keyword=vergabeplattformen&matchtyp=e&adposition=1t1&device=c&devicemodel=&gclid=Cly0o\\_ycwc8CFSEz0wodm0oLrA](http://www.dtad.de/info/landingpages/v8/?campaign=25_8&campaign_start=100816&partnerId=25&source=search&network=g&placement=&keyword=vergabeplattformen&matchtyp=e&adposition=1t1&device=c&devicemodel=&gclid=Cly0o_ycwc8CFSEz0wodm0oLrA)

<sup>7</sup> <http://www.administration-intelligence.de/>

<sup>8</sup> <http://www.cosinex.de/>

Derzeit muss die Mehrzahl der bietenden Unternehmen mehrere Plattformen gleichzeitig nutzen, da die Auftraggeber – wie gezeigt – mit einer Vielzahl unterschiedlicher eVergabe-Plattformen arbeiten. Dies bedingt eine entsprechend hohe Einarbeitungszeit bei den Mitarbeitern. Dieses Problem sollte die XVergabe - der plattformübergreifende Softwareassistent des Beschaffungsamtes des Bundesministeriums des Innern – lösen. Die XVergabe existiert bis heute noch nicht in der Praxis, obwohl der IT-Planungsrat am 17. Juni 2015 beschlossen hat, dass der Standard der XVergabe ein Jahr später eingeführt werden soll.<sup>9</sup>

## Praktische Probleme

Veröffentlichungen zur eVergabe stellen oftmals die beabsichtigten Vorteile und Ziele in den Vordergrund. Stichworte wie das papierlose Büro, Bürokratieabbau, Kostenreduzierung und mehr Transparenz im Vergabeverfahren bilden die Kernaussagen. Die Erreichung dieser Ziele führt aber in der Praxis zu Problemen.

### 1. Elektronische Angebotsabgabe

Eine große Herausforderung für die Praxis ist die Abgabe eines elektronischen Angebotes. Insbesondere das Hochladen und das Signieren der Unterlagen führen zu Problemen in der Praxis. Dies schreckt auch noch immer Unternehmen davon ab, als Bieter an öffentlichen Ausschreibungen teilzunehmen – und schmälert so den Wettbewerb.

Folgende Szenarien sind alltäglich: Die Angebotsdateien der Bieter befinden sich zunächst auf einem lokalen Rechner. Nachdem die Unterlagen erfolgreich signiert wurden, müssen diese auf die Plattform in der Regel zusätzlich hochgeladen werden. Die Unternehmen müssen darauf achten, dass sämtliche Mitarbeiter des zuständigen Teams Zugriff auf die Unterlagen haben, um diese in das entsprechende eVergabe-System hochladen zu können. Probleme entstehen dann, wenn Mitarbeiter plötzlich krank werden und die Vertretung keinen Zugriff auf die Unterlagen hat.<sup>10</sup> Denn die Plattformen räumen nur sehr begrenzt Zugriffe ein. Mehrere Mitarbeiter pro Unternehmen dürfen in der Regel nicht als „Bieter“ angelegt werden.

---

<sup>9</sup>[www.bescha.bund.de/SharedDocs/Aktuelles/Wissenswertes/2015/pm\\_it\\_planungsrat\\_xvergabe\\_nationaler\\_standard.html](http://www.bescha.bund.de/SharedDocs/Aktuelles/Wissenswertes/2015/pm_it_planungsrat_xvergabe_nationaler_standard.html)

<sup>10</sup> Zimmermann, in: E-Vergabe- Praxishinweise, 26

Ebenfalls entstehen – regelmäßig kurz vor Ablauf der Angebotsfrist – technische Probleme beim Hochladen der Unterlagen. Die Dateien sind durch eingescannte Abbildungen etc. oft sehr groß. Die Bieter müssen die jeweilige Datenvolumenbegrenzung beachten. Häufig haben die Auftraggeber diese aber nicht angegeben. Eine Begrenzung kann schon bei 100 MB vorkommen, teilweise bei 250 MB. Bei großen Projekten und möglicherweise schlecht komprimierter Grafiken werden diese Grenzen schnell erreicht. Oftmals funktioniert dann der Upload der Unterlagen nicht und muss erneut begonnen werden. Die Zeit, das Angebot nochmal zu überarbeiten etc. fehlt so kurz vor Ablauf der Frist. Das Nachsehen haben die Bieter.

Auch der Vergabe-Support / die Hotline der Plattform bietet dann keine effektive Hilfe. Der Support gibt zwar Hilfestellung bei der Nutzung der Plattform, kann aber nicht – vor allem nicht kurzfristig – das verfügbare Datenvolumen für einzelne Bieter erweitern. Auch liegen die Angebotsfristen oft „ungeschickt“ – Fristablauf an einem Freitagnachmittag oder um 00:00 Uhr. Eine Kontaktaufnahme mit dem Support ist dann schwierig, wenn erst gegen Ende der Frist die Probleme auftreten. Denn die Supportzeiten werden oftmals nur von 08:00 Uhr bis 16:00 Uhr und freitags nur bis 14:00 Uhr angeboten.

Die Bandbreite des Internetzugangs ist nach wie vor ein Problem für Unternehmen im ländlichen Bereich. Bei einer schlechten Bandbreite kann das Hochladen der Unterlagen bis zu einer halben Stunde beanspruchen. Die Bieter müssen auch diese Zeitspanne für die Abgabe ihrer Angebote einplanen.

Aber was sind die Konsequenzen, wenn bei der elektronischen Angebotsabgabe etwas schief läuft? Geht es zu Lasten des Bieters, wenn sein Angebot aufgrund der geringen Bandbreite nicht vollständig hochgeladen werden konnte oder verspätet abgegeben wurde? Ist dann ein Ausschluss geboten? Gilt dasselbe, wenn das Datenvolumen überschritten wurde, der Auftraggeber aber auf die Begrenzung nicht hingewiesen hatte? Gilt das auch, wenn der Auftraggeber die Volumenbegrenzung nicht kannte, weil ihn der Plattformbetreiber nicht darauf hingewiesen hat? Führt eine schlechte Internetbandbreite zu einer Diskriminierung oder Wettbewerbsverzerrung? Wer ist verantwortlich für eine – flächendeckende - leistungsfähige digitale Infrastruktur? Ziel der Bundesregierung ist es jedenfalls, eine Breitbandversorgung von 50 Mbit/s bis 2018 flächendeckend zu gewährleisten.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> <http://www.wirtschaftsrat.de/wirtschaftsrat.nsf/id/zentrale-buendelung-aller-e-government-aktivitaeten>

## 2. Rechtliche Anforderungen an die Angebote

Nach § 53 Abs. 1 VgV sind die Interessenbekundungen, Interessenbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote nur noch in Textform gemäß § 126b BGB zu übermitteln. Die Einführung der Textform sollte die Berührungängste mit der eVergabe beseitigen und einen wesentlich einfacheren Einstieg in die eVergabe darstellen. Nach § 126b BGB muss lediglich „eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden“. Diesen zivilrechtlichen Mindestanforderungen würde eine E-Mail genügen, in der der Name des Erklärenden genannt ist. Eine eingescannte Unterschrift ist nicht notwendig.<sup>12</sup>

Im Vergaberecht genügt eine E-Mail aber – trotz der Regelung in § 53 VgV – im Ergebnis nicht. Denn Angebote und Teilnahmeanträge müssen verschlüsselt übermittelt, entgegengenommen und aufbewahrt werden (vgl. u.a. §§ 54, 55 Abs. 1 VgV; § 13 EU Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 und 4 VOB/A). Erst nach Ablauf der Angebotsfrist dürfen die Angebote zugänglich sein, um dem Geheimhaltungsgrundsatz zu genügen und v.a. Manipulationsmöglichkeiten auszuschließen.

Diese Voraussetzung erfüllt eine einfache E-Mail nicht. Denn bei einer E-Mail ist nicht – z. B. durch eine Sperre oder Verschlüsselung – technisch ausgeschlossen, dass der Empfänger vor dem Öffnungstermin Kenntnis über die Angebotsinhalte erlangt.

### Fazit

Der Einstieg in die eVergabe ist für die Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte verbindlich geworden. Durch die geplante Einführung der UVgO wird die eVergabe voraussichtlich auch für Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte eingeführt. Bis zu einer „100 % eVergabe“ ist es aber noch ein langer Weg; die vollständige elektronische Akte, inklusive elektronischer Rechnung und Archivierung noch Zukunftsmusik. Zunächst müssen die weiteren Schritte der eVergabe – über die elektronische Bekanntmachung und das Bereitstellen digitaler Vergabeunterlagen hinaus – umgesetzt werden. Dazu zählt auch die elektronische Öffnung und Wertung der Angebote und der elektronische Zuschlag. Auch der Vergabevermerk könnte zeitgleich automatisch in einer elektronischen Akte erstellt werden, wie es viele Plattformen in ihren Vergabemanagementsystemen vorsehen

---

<sup>12</sup> Junker in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 126b BGB Rn. 16

und anbieten. Mit Blick auf die dargestellten Anfangsschwierigkeiten ist fraglich, ob dieses Ziel der „100% eVergabe“ bis 2018 praktisch und reibungslos umgesetzt werden kann. Dies gilt insbesondere für umfangreiche, nicht-standardisierte Vergabeverfahren.

#### Autorin



Dr. Isabel Langenbach, Mag. rer. publ.  
(geb. Niedergöcker)

Rechtsanwältin  
Salaried Partnerin

HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK, Köln