

Vergaberecht

Juli 2017

Unterschwellenvergabeordnung: Bund wird erster Anwender

Die Vergabestellen des Bundes werden voraussichtlich erste Anwender der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) bei der Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich. Obwohl sie bereits am 7. Februar 2017 im Bundesanzeiger veröffentlicht worden war, muss die UVgO – da kein Gesetz oder Verordnung – für ihre Geltung zunächst noch durch die jeweils zuständigen Ressorts auf Bundes- und Länderebene eingeführt und in Kraft gesetzt werden. Dem stehen bislang noch Vorschriften des Haushaltsrechts entgegen. So normieren § 31 Haushaltsgrundsatzgesetz (HGrG) ebenso wie § 55 der Bundes- und Landeshaushaltsordnungen (BHO/LHO) bisher den Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung, während § 8 Abs. 2 UVgO vorsieht: „Dem Auftraggeber stehen die Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nach seiner Wahl zur Verfügung.“ Diesen Widerspruch hat der Bund nun für „sein“ Haushaltsrecht gelöst: Am 2. Juni 2017 stimmte der Bundesrat dem in der Nacht zuvor durch den Bundestag verabschiedeten Gesetz zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichsystems und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften zu. Damit wird sowohl in § 31 HGrG als auch in § 55 BHO der Gleichrang der beiden Verfahrensarten eingeführt. Nach Inkrafttreten des Änderungsgesetzes wird das Bundesfinanzministerium noch die Verwaltungsvorschriften zu § 55 BHO anpassen, über die die UVgO dann für den Bund und damit für sämtliche Vergabestellen des Bundes zur Anwendung vorgegeben wird. Nach einer aktuellen Auskunft der Bundesregierung ist damit spätestens im Laufe des Septembers zu rechnen.

Anders sieht es in den Ländern aus: Unabhängig von der hier vorherrschenden Ansicht, zunächst den Bund die UVgO einführen lassen zu wollen, besteht hier die zusätzliche Herausforderung, dass in einigen Ländern nicht nur die Landeshaushaltsordnung, sondern auch das Landesvergabegesetz geändert werden muss. Denn die Regelwerke von Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen nehmen jeweils auf den ersten Abschnitt der VOL/A Bezug, die durch die UVgO ersetzt werden soll. Während Hamburg am 9. Juni 2017 die Änderung seines Landesvergabegesetzes angestoßen hat, vernimmt man aus Hessen derzeit die Botschaft, es bei der VOL/A zu belassen und auf die Einführung der UVgO zu verzichten.

An einen einheitlichen Start der UVgO ist also nicht zu denken und auch eine – inhaltlich wie formal – einheitliche Einführung durch die Länder steht infrage. Das Vergaberecht beweist damit einmal mehr, dass es insbesondere im Unterschwellenbereich ein großer Flickenteppich bleibt.



Stephan Rechten,
Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Berlin
E-Mail: Stephan.Rechten@bblaw.com

Angebotsunterlagen bei elektronischer Übermittlung immer verschlüsseln!

Ein Auftraggeber (AG) schrieb die Vergabe eines Bauauftrags aus und legte in den Vergabeunterlagen fest, dass Angebote mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen und auf einer Vergabeplattform einzureichen sind. Die Versuche der Beigeladenen (BG), ihr Angebot auf der Vergabeplattform einzureichen, scheiterten aus zunächst ungeklärten technischen Gründen. Auf Anraten einer Mitarbeiterin des AG reichte die BG ihr Angebot deshalb fristgerecht, aber ohne Verschlüsselung als Anlage zu einer E-Mail beim AG ein. Nach Ablauf der Angebotsfrist stellte sich heraus, dass die technischen Probleme im Verantwortungsbereich der BG lagen. Nach deren Behebung übermittelte die BG ihr unverändertes Angebot erneut an die Vergabeplattform. Der AG beabsichtigte, auf dieses nach Ablauf der Angebotsfrist hochgeladene Angebot den Zuschlag zu erteilen.

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe

Das OLG Karlsruhe (Beschluss vom 17.03.2017, 15 Verg 2/17) entschied, dass bei elektronisch zu übermittelnden Angeboten die Vertraulichkeit durch Verschlüsselung sicherzustellen sei. Die den Bieter treffende Pflicht zur Verschlüsselung nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 2 S. 3 VOB/A unterliege nicht der Dispositionsbefugnis von Auftraggebern. Sie gelte also zwingend. Eingereichte Angebote ohne Verschlüsselung seien daher wegen § 16 EU Nr. 2 VOB/A zwingend auszuschließen, ohne dass es auf ein Verschulden oder Vertretenmüssen des Bieters ankomme. Diese Rechtsfolge trete also auch ein, wenn Auftraggeber die Angebotseinreichung ohne Verschlüsselung – rechtsfehlerhaft – gestatten. Von Bietern sei ohnehin zu verlangen, dass sie diese Anforderung an die Datensicherheit kennen und beachten. Die nochmalige Übermittlung des Angebots – dann mit Verschlüsselung – heile den Verstoß nicht. Der Grund liege darin, dass der mit der Einreichung des unverschlüsselten Angebots eingetretene Datensicherheitsverstoß zu einer Verletzung des Geheimwettbewerbs führe. Das zuerst eingereichte Angebot „infiziere“ das nachfolgend verschlüsselt eingereichte Angebot, wenn es mit dem zuvor eingereichten Angebot identisch sei. Daher entschied das OLG Karlsruhe, dass das für den Zuschlag vorgesehene Angebot der BG auszuschließen ist.

Praxishinweise

Diese Entscheidung hat für die Vergabepaxis in Zeiten der bald verpflichtenden e-Vergabe große Bedeutung. Sie wird die Nutzung von Vergabeplattformen, die die Anforderungen an die Datensicherheit beachten, weiter beflügeln. Angebote per E-Mail einreichen zu lassen, dürfte – soweit bisher überhaupt praktiziert – dagegen an Akzeptanz verlieren. Denn Auftraggeber betreten durch die Entscheidung des OLG Karlsruhe unsicheres Terrain, wenn sie Angebote per E-Mail fordern. Wollen Auftraggeber dennoch so vorgehen, müssen sie sich vor allem mit folgenden Fragen befassen: Mit welchem technischen Instrument

oder mit welchen Instrumenten sollten oder müssen die Angebotsunterlagen verschlüsselt werden? Ist sogar ein bestimmtes Niveau der Verschlüsselung zu fordern? Wie wird ein vorfristiger Zugriff auf die Angebotsunterlagen verhindert? Wie wird dennoch gewährleistet, dass der Submissionstermin nach Ablauf der Angebotsfrist – unverzüglich – mit entschlüsselten Angebotsunterlagen erfolgen kann?

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe verleitet schließlich zu der Frage, ob das Verschlüsselungserfordernis und die zuvor benannten praktischen Folgen auch für Vergaben im Anwendungsbereich der Vergabeverordnung gelten. Dies wird aus Auftraggebersicht mit Blick auf die Regelungen in § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, § 11 Abs. 2, § 54 S. 1 und § 55 Abs. 1 VgV der Fall sein. Unklar ist, ob sich aus diesen Vorschriften auch ableiten lässt, dass Bieter verpflichtet sind, Angebote nur verschlüsselt einzureichen. Es bleibt abzuwarten, wie sich die künftige vergaberechtliche Spruchpraxis positionieren wird.



David Portner,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Berlin
E-Mail: David.Portner@bblaw.com



Daniel Rusch, LL.M.,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Berlin
E-Mail: Daniel.Rusch@bblaw.com

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an Stephan.Rechten@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2017.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33, D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<http://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,
Rechtsanwalt

Ihre Ansprechpartner

Berlin • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann • Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten • Stephan.Rechten@bblaw.com

Düsseldorf • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Sascha Opheys • Sascha.Opheys@bblaw.com

Frankfurt am Main • Mainzer Landstraße 36
60325 Frankfurt am Main • Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen • Hans.VonGehlen@bblaw.com

München • Ganghoferstraße 33 • 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner • Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier • HansGeorg.Neumeier@bblaw.com



Weitere interessante Themen und Informationen zum Vergaberecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM