



Newsletter Vergaberecht

Ausgabe August

Müssen die Vergabeunterlagen zum Zeitpunkt ihrer elektronischen Verfügbarkeit vollständig sein?

I. Einleitung

Kaum sind die neuen EU-Vergaberichtlinien (RL 2014/23/EU – Konzessionsvergaberichtlinie (KRL), RL 2014/24/EU – Vergaberichtlinie (VRL), RL 2014/25/EU – Sektorenrichtlinie (SRL)) pünktlich zum 18.4.2016 im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)¹ und den Rechtsverordnungen (Vergabeverordnung -VgV, Sektorenverordnung -SektVO und Konzessionsvergabeverordnung - KonzVgV)² umgesetzt worden, ergeben sich bereits praktische Auslegungsfragen, was der Gesetz- oder Verordnungsgeber mit der ein oder anderen Vorschrift wohl gemeint haben könnte. In diesem Zusammenhang wurde bereits im Vorfeld der Umsetzung die Frage diskutiert, **ob die Vergabeunterlagen zum Zeitpunkt ihrer elektronischen Verfügbarkeit überhaupt vollständig sein müssen**, wie dies der Wortlaut der §§ 41 VgV, SektVO und § 17 KonzVgV nebst Begründungen vermuten lässt?

II. Anforderungen an die elektronische Verfügbarkeit der Vergabeunterlagen

Der öffentliche Auftraggeber muss in der **Auftragsbekanntmachung** oder der **Aufforderung zur Interessenbestätigung** eine **elektronische Adresse** angeben, unter der **die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig (!) und direkt abgerufen werden können**.³ Der Konzessionsgeber muss diese Angaben in der Konzessionsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Angebotsabgabe machen.⁴ Im Gegensatz zu anderen elektronischen Regelungen in den Richtlinien (elektronische Einheitliche Europäische Eigenerklärung, Vorrang von e-certis oder die verpflichtende elektronische Kommunikation im Vergabeverfahren) eröffneten die Richtlinien hier nicht die Möglichkeit, die elektronische Verfügbarkeit der Vergabeunterlagen durch die Mitgliedstaaten zeitlich aufzuschieben.⁵ Sie muss bereits seit dem 18.4.2016 durch die (öffentlichen) Auftraggeber bzw. Konzessionsgeber sichergestellt werden.

Die **Verordnungsbegründungen** gehen zu dieser Frage detailliert auf die Vorgaben in §§ 41 VgV, SektVO und § 17 KonzVgV ein. Zusammengefasst handelt es sich im Wesentlichen um folgende Punkte:

- Die Bestimmung dient der **Umsetzung** der Artikel 53 Abs. 1 UAbs. 1 VRL, Artikel 73 SRL und Artikel 34 Abs. 1 KVR. Die Verordnungsbegründung zu § 17 KonzVgV verweist wegen des Vorbildcharakters auf die Begründungen in VgV und SektVO.

¹ BGBI I Nr. 8 v. 23.2.2016, S. 203

² VerRModVO v. 12.4.2016 (BGBI I S. 624)

³ § 41 Abs. 1 VgV, SektVO: "Der (öffentliche) Auftraggeber gibt in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung eine elektronische Adresse an, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können".

⁴ § 17 Abs. 1 KonzVgV

⁵ Artikel 90 VRL, Artikel 106 SRL



Newsletter Vergaberecht

- Des Weiteren geht die Verordnungsbegründung auf den Begriff der Vergabeunterlagen im Kontext zur Regelung ein. Die Begründung zu § 41 Abs. 1 VgV nimmt ausdrücklich Bezug auf § 29 VgV, der bestimmt, welche Bestandteile die Vergabeunterlagen umfassen. Zu den Vergabeunterlagen gehören sämtliche Unterlagen, die von öffentlichen Auftraggebern erstellt werden oder auf die sie sich beziehen, um Teile des Vergabeverfahrens zu definieren. Sie umfassen alle Angaben, die erforderlich sind, um dem interessierten Unternehmen eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Da die Richtlinien selbst in diesem Zusammenhang nicht von Vergabe- sondern von Auftragsunterlagen sprechen, gehört hierzu auch die Auftragsbekanntmachung.⁶
- **Unentgeltlich** abrufbar sind die Vergabeunterlagen dann,
 - wenn kein an den Vergabeunterlagen Interessenter für das Auffinden, den Empfang und das Anzeigen von Vergabeunterlagen einem öffentlichen Auftraggeber oder einem Unternehmen ein Entgelt entrichten muss.
 - Von dem Merkmal der Unentgeltlichkeit sind sämtliche Funktionen elektronischer Mittel, die **nach dem jeweils aktuellen Stand der Technik** erforderlich sind, um auf Vergabeunterlagen zuzugreifen, umfasst.
 - Der Unentgeltlichkeit steht nicht entgegen, wenn öffentliche Auftraggeber oder Unternehmen über das Auffinden, den Empfang und das Anzeigen von Vergabeunterlagen sowie die dafür erforderlichen Funktionen elektronischer Mittel hinaus **weitere, entgeltpflichtige Dienste** anbieten, die zum Beispiel das Auffinden von Bekanntmachungen im Internet erleichtern. Allerdings darf nicht ausgeschlossen werden, dass solche entgeltpflichtigen Dienste auch unentgeltlich angeboten werden.
- Direkt abrufbar sind die Vergabeunterlagen dann, wenn die Bekanntmachung mit der anzugebenden Internetadresse einen eindeutig und vollständig beschriebenen medienbruchfreien elektronischen Weg zu den Vergabeunterlagen enthält. In der Bekanntmachung sind alle Informationen anzugeben, die es einem Bürger oder einem Unternehmen ohne wesentliche Zwischenschritte und ohne wesentlichen Zeitverlust ermöglichen, mit elektronischen Mitteln an die Vergabeunterlagen zu gelangen.
- Uneingeschränkt abrufbar sind Vergabeunterlagen im Rahmen der auf elektronische Mittel gestützten öffentlichen Auftragsvergabe ausschließlich dann, wenn weder interessierte Bürger noch interessierte Unternehmen sich auf einer elektronischen Vergabeplattform mit ihrem Namen, mit einer Benutzerkennung oder mit ihrer E-Mail-Adresse registrieren müssen, bevor sie sich über bekanntgemachte öffentliche Auftragsvergaben informieren oder Vergabeunterlagen Vorabfassung abrufen können. Beides muss interessierten Bürgern oder interessierten Unternehmen ohne vorherige Registrierung möglich sein.⁷ Aus dieser Freiheit resultiert allerdings auch die Pflicht zur selbständigen, eigenverantwortlichen Information interessierter Bürger und Unternehmen über etwaige Änderung der Vergabeunterlagen oder die Bereitstellung zusätzlicher Informationen, z.B. durch Antworten des öffentlichen Auftraggebers auf Bieterfragen. Die öffentlichen Auftraggeber müssen solche Änderungen

⁶ Artikel 2 Abs. 1 Nr. 13 VRL, Artikel 2 Nr. 9 SRL, Artikel 5 Nr. 12 KVR (hier: Konzessionsunterlagen)

⁷ Siehe auch §§ 9 Abs. 3 Satz 2 VgV, SektVo, § 7 Abs. 3 Satz 2 KonzVgV



Newsletter Vergaberecht

gen allen Interessierten direkt und uneingeschränkt verfügbar machen. Sie müssen jedoch nicht dafür sorgen, dass sie tatsächlich zur Kenntnis genommen werden.

- Vollständig abrufbar sind die Vergabeunterlagen dann, wenn über die Internetadresse in der Bekanntmachung sämtliche Vergabeunterlagen und nicht nur Teile derselben abgerufen werden können.

III. Vollständigkeit der Vergabeunterlagen zum Zeitpunkt ihrer Verfügbarkeit?

Gleichwohl stellt sich die Frage, ob – wie in der Verordnungsbegründung zum Kriterium der „Vollständigkeit“ ausgeführt – ab dem Tag der Auftragsbekanntmachung bzw. Aufforderung zur Interessengestaltung die **Vergabeunterlagen** bereits **vollständig** (sämtlich i.S. von endgültig?) zum Abruf bereitstehen müssen oder ob (nur) der **Zugang** zu den (jeweils aktuellen) Vergabeunterlagen **vollständig** sein muss?

Dem Wortlaut des maßgeblichen Artikels der Richtlinien – hier beispielhaft des Artikels 53 Abs. 1 VRL⁸ – „...müssen die öffentlichen Auftraggeber **ab dem Tag der Veröffentlichung einer Bekanntmachung** (...) oder **dem Tag der Aufforderung zur Interessenbestätigung** unentgeltlich einen uneingeschränkten und **vollständigen** direkten **Zugang** anhand elektronischer Mittel zu **diesen Auftragsunterlagen** anbieten“.

Schaut man in den maßgeblichen Erwägungsgrund 80 Satz 3 der VRL⁹, kommen einem wiederum Zweifel, da hier nicht vom vollständigen Zugang, sondern von der „vollständigen elektronischen Bereitstellung der Auftragsunterlagen an Wirtschaftsteilnehmer“ die Rede ist. Hinzu kommt, dass zu den Auftragsunterlagen im Sinne der Richtlinien nicht nur die Vergabeunterlagen nach § 29 VgV, sondern auch die Bekanntmachungen zählen, die den o.a. Anforderungen genügen müssen.¹⁰ Vor diesem in Teilen verworrenen Hintergrund empfiehlt sich eine pragmatische Handhabung der Regel unter Zugrundelegung folgender Überlegungen:

So kommt es in der Praxis nicht selten vor, dass in zweistufigen Verfahren (nicht offene Verfahren, Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, Innovationspartnerschaft und wettbewerblicher Dialog) im Zeitraum zwischen Auftragsbekanntmachung und Angebotsaufforderung noch Einzelfragen geklärt werden müssen oder die Festlegung der Zuschlagskriterien noch nicht abgeschlossen ist, so dass zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung die Vergabeunterlagen noch nicht vollständig sind. Ein Abwarten mit der Auftragsbekanntmachung bis zur endgültigen Finalisierung der Vergabeunterlagen würde in diesen Fällen zu einer Verzögerung des Beschaffungsvorhabens führen. Insbesondere beim wettbewerblichen Dialog, der ja erst die Ermittlung und Festlegung der Mittel zum Ziel hat, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können, liegt es in der Natur der Sache, dass die Vergabeunterlagen zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung noch nicht vollständig sind.

Hintergrund dieser vom Ansatz her sehr frühzeitigen elektronischen Bereitstellung der Auftragsunterlagen dürfte auch die Absicht sein, die Verfahren zu beschleunigen und effizienter zu machen, was sich auch in den verkürzten Fristen im Teilnahmewettbewerb niedergeschlagen hat. In diesem Zusammenhang ist auch die elektronische Bereitstellung der Auftragsunterlagen zu sehen. Wenn bisher einige Auftraggeber die Zeit des Teilnahmewettbewerbs genutzt haben, die Vergabeunterlagen erst zu erstellen, müssten sie nach der

⁸ Analog Artikel 73 Abs. 1 UA 1 SRL, Artikel 17 Abs. 1 KRL (Konzessionsbekanntmachung oder – sofern die Konzessionsbekanntmachung keine Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält – in der Aufforderung zur Angebotsabgabe)

⁹ Erwgrd. 89 SRL

¹⁰ Artikel 2 Abs. 1 Nr. 13 VRL, analog Artikel 2 Nr. 9 SRL, Artikel 5 Nr. 12 KRL (hier: Konzessionsunterlagen)



Verordnungsbegründung diesen Arbeitsschritt vorziehen. Andererseits könnte – wie ausgeführt - das Risiko der Verzögerung durch ein Abwarten mit dem Beginn des Vergabeverfahrens entstehen, so dass sich die als Verfahrensbeschleunigung gedachte Regelung in der Praxis als kontraproduktiv erweisen würde.

Daher machen die Verordnungsbestimmungen unter Berücksichtigung der zugrundeliegenden Richtlinienartikel¹¹ nur Sinn, wenn ab dem Tag der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung oder dem Tag der Aufforderung zur Interessenbestätigung **die (endgültigen) vollständigen Vergabeunterlagen noch nicht zwingend zur Verfügung stehen müssen**, sondern gfl. nur die **(jeweils aktuell)** dem Auftraggeber vorliegenden und noch nicht finalisierten Vergabeunterlagen. Ausschlaggebend ist, dass aus den frühzeitig zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen so viele Informationen ersichtlich sein müssen, um den Unternehmen eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Dies soll jedoch nicht als Schlupfloch verstanden werden, die Erstellung der Vergabeunterlagen nicht prioritär zu betreiben, um ein Argument dafür zu haben, diese über die Bekanntmachung nur ganz rudimentär oder im Extremfall noch gar nicht zur Verfügung zu stellen.

Erst über die **Aufforderung zur Abgabe von Angeboten müssen die Vergabeunterlagen** für eine verlässliche Angebotskalkulation vollständig sein. Bezuglich der Aufforderung **zur Teilnahme am Dialog** kann sich dies nur auf den Stand der Vergabeunterlagen beziehen, die zum Zeitpunkt des Beginns der Dialogphase vorliegen und die die Bedürfnisse und Anforderung des öffentlichen Auftraggebers aktuell wiedergeben.¹² Die elektronische Verfügbarkeit der endgültigen Vergabeunterlagen wird sichergestellt über die Angabe der **elektronischen Adresse** in der Angebotsaufforderung, die bereits in der Bekanntmachung die elektronische Verfügbarkeit der damals aktuellen Vergabeunterlage sichergestellt hat.¹³ Damit wird auch gewährleistet, dass die Bewerber durch den Zugriff über die elektronische Adresse im Besitz der neuesten und aktuellsten Vergabeunterlagen sind.

IV. Elektronische Bereitstellung der Vergabeunterlagen in Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

Bei **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb** ergibt sich die Möglichkeit des Abrufs der Vergabeunterlagen **mangels Auftragsbekanntmachung** erst aus der **Aufforderung zur Angebotsabgabe**, ohne dass dies in den deutschen Rechtsverordnungen ausdrücklich geregelt ist. Dem Wortlaut des § 52 VgV werden hier nur die Aufforderungen zur Interessenbestätigungen, zur Angebotsabgabe zu Verhandlungen oder zur Teilnahme am Dialog in Verfahren **nach einem Teilnahmewettbewerb bzw. nach einer Vorinformation** nach § 38 Abs. 4 VgV (Vorinformation öffentlicher Auftraggeber ohne oberste Bundesbehörden mit Aufruf zur Interessenbekundung) geregelt, nicht jedoch Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb¹⁴. Dass im Falle von Vorinformationen die Angabe der elektronischen Adresse für den Abruf der Vergabeunterlagen erst in der Aufforderung zur Interessenbestätigung verlangt wird, ist nachvollziehbar, da zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vorinformation, über einen Zeitraum von längstens 12 Monate vor der Aufforderung zur Interessenbestätigung, die Vergabeunterlagen in der Regel noch nicht zur Verfügung ste-

¹¹ §§ 41 Abs. 1, 52 Abs. 3 Nr. 4 VgV i.V.m. Artikel 53 Abs. 1, 54 Abs. 2 Satz 1 VRL, §§ 41 Abs. 1, 42 Abs. 3 Nr. 4 SektVO i.V.m. Artikel 73 Abs. 1, 74 Abs. 2 Satz 1 SRL

¹² § 18 Abs. 5 – 9 VgV, § 17 Abs. 5 – 9 SektVO

¹³ Artikel 54 Abs. 2 VRL, Artikel 74 Abs. 2 SRL (so nicht umgesetzt in nationales Recht; gilt daher unmittelbar und ist in dem Mindestkatalog gem. § 52 Abs. 2 VgV und § 42 Abs. 2 SektVO mit zu berücksichtigen)- siehe auch nachfolgendes Kapitel IV dieses Beitrags.

¹⁴ Analog in § 42 SektVO, keine vergleichbare Regelung in der KonzVgV



Newsletter Vergaberecht

hen dürften. Dies lässt sich auch aus den Formulierungen des **Abschnitts III.1 des Standardformulars „Vorinformation“** schließen, in dem unter der Rubrik „Teilnahmebedingungen“ die dort aufgeführten Eignungskriterien (die ja Gegenstand der Vergabeunterlagen sind) mit einer Fußnote versehen sind, aus der hervorgeht, dass diese Eignungskriterien „hier (soweit bekannt) oder in der Aufforderung zur Interessenbestätigung“ anzugeben sind.

Im Gegensatz zu den Rechtsverordnungen regeln die Richtlinien jedoch die elektronische Verfügbarkeit der Auftragsunterlagen auch in Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. Artikel 54 Abs. 2 VRL bestimmt nämlich, dass die in Abs. 1 dieses Artikels genannten Aufforderungen (u.a. Aufforderung zur Angebotsabgabe in Verhandlungsverfahren ohne Unterscheidung zwischen mit und ohne Teilnahmewettbewerb) einen Verweis auf die elektronische Adresse, über die die Auftragsunterlagen direkt elektronisch zur Verfügung gestellt wurden, enthalten müssen. Den Aufforderungen sind die Auftragsunterlagen beizufügen, wenn ein unentgeltlicher, uneingeschränkter und vollständiger direkter Zugang zu diesen Unterlagen im Ausnahmefall (geregelt in Artikel 53 Abs. 1 UA 2 oder 3 VRL umgesetzt in § 41 Abs. 2 VgV) nicht angeboten werden kann und sie nicht auf andere Art und Weise zur Verfügung gestellt wurden. In Ermangelung der Umsetzung in VgV und SektVO empfiehlt sich in diesen Fällen, Artikel 54 Abs. 2 VRL¹⁵ unmittelbar anzuwenden.

Fazit:

- In richtlinienkonformer Auslegung kommt es nicht auf die Vollständigkeit der Vergabeunterlagen zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung bzw. der Aufforderung zur Interessenbestätigung, sondern auf den vollständigen (und direkten) Zugang zu ihnen an.
- Daher müssen die Vergabeunterlagen zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung bzw. der Aufforderung zur Interessenbestätigung lediglich den aktuellen, nicht jedoch den finalen Stand aufweisen.
- Die Unterlagen müssen jedoch in jedem Fall so viele Informationen enthalten, um den Unternehmen eine Entscheidung über die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen.
- In richtlinienkonformer Auslegung erstrecken sich die Anforderungen an die elektronische Verfügbarkeit der Vergabeunterlagen auch auf die Bekanntmachungen.
- In Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist in richtlinienkonformer Auslegung die elektronische Verfügbarkeit der Auftragsunterlagen durch einen Verweis in der Angebotsaufforderung auf die elektronische Adresse, über die die Auftragsunterlagen direkt elektronisch zur Verfügung gestellt wurden, sicherzustellen.

Koblenz im August 2016

Michael Wankmüller

¹⁵ Analog Artikel 74 Abs. 2 SRL