

Zusätzliche Flexibilität bei gleichzeitigem Erhalt der deutlich einfacheren Regelungen nach VOL/A in der UVgO?

Vergabepolitischer Anspruch und Wirklichkeit

Teil II: Verhandlungsvergabe versus Freihändige Vergabe

1. Einleitung

Im Teil I des Beitrags wurde am Beispiel der neuen Regelungen über den Teilnahmewettbewerb in der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in Analogie zum Oberschwellenbereich untersucht, ob damit zusätzliche flexible Regelungsansätze übernommen wurden. Im Ergebnis konnte festgestellt werden, dass dieser zusätzliche Regelungsbedarf und damit die Ausweitung des nationalen Vergaberegimes über den Umgang mit Angeboten im Vertragsanbahnungsprozess hinaus weder haushaltsnoch europarechtlich (wegen fehlender Rechtsgültigkeit der EU-Vergaberichtlinien) zwingend erforderlich war.

Im weiteren Verlauf (Teil II) soll untersucht werden, ob die deutlich einfacheren Regelungen nach dem Abschnitt 1 der VOL/A in der UVgO erhalten geblieben sind. In diesem Zusammenhang soll ein Vergleich der neuen Verhandlungsvergabe (§ 12 UVgO) mit der ehemaligen Freihändigen Vergabe (§ 3 Abs. 1 Satz 3 VOL/A) angestellt werden.

2. Regelungsschwerpunkt der Freihändigen Vergabe nach VOL/A im Vergleich zur UVgO

Die Freihändige Vergabe unterschied sich von der Öffentlichen und Beschränkten Ausschreibung dadurch, dass für sie kein förmliches Verfahren vorgesehen und ihre Anwendung an Ausnahmeverordnungen gebunden war, die in § 3 Abs. 5 VOL/A erschöpfend geregelt wurden. Mithin handelte es sich um ein Verfahren, bei denen sich die Auftraggeber mit oder ohne Teilnahmewettbewerb grundsätzlich an mehrere ausgewählte Unternehmen wenden konnten, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln.¹

Wesentliche Merkmale der Freihändigen Vergabe war die begrenzte Anzahl an Verfahrensteilnehmern sowie die Zulässigkeit von Verhandlungen mit den Bietern auch über Angebote und deren Inhalte. Die Verfahrensgestaltung lag jedoch **weitgehend im Ermessen der Vergabestelle und ermöglichte so größtmögliche Flexibilität**. Allerdings galten auch für die Freihändige Vergabe die zentralen vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz sowie der Nichtdiskriminierung, wobei im Ausnahmefall auf Wettbewerb verzichtet werden konnte, beispielsweise in den Fällen, in denen aus

¹ § 3 Abs. 1 Satz 3 VOL/A

faktischen oder rechtlichen Gründen nur ein Unternehmen in Betracht kam.² Ansonsten galt auch hier (wie bei der Beschränkten Ausschreibung) ein Mindestwettbewerb, der vorsah, dass mindestens 3 Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollten.

Vergleicht man die Freihändige Vergabe mit dem neuen Verfahren der „Verhandlungsvergabe“ wird man bzgl. der Merkmale der Verhandlungsvergabe sowohl Übereinstimmungen als auch Unterschiede zur Freihändigen Vergabe nach VOL/A feststellen. Übereinstimmung findet man in der Zulässigkeit von Verhandlungen über den Ausschreibungsgegenstand und die Angebotsinhalte, in der begrenzten Anzahl an Verfahrensteilnehmern sowie in der Beachtung der Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung.

Fehlende Übereinstimmung besteht in der Verfahrensgestaltung, die nach der UVgO nicht mehr im freien Ermessen der Auftraggeber liegt, verbunden mit einer erheblichen Einbuße an Flexibilität.

Frage: Woran kann man das festmachen?

3. Hohe Anforderungen an Datenintegrität und Vertraulichkeit

Es gibt in der UVgO mehrere Vorschriften, die eine erhebliche Formalisierung der Verhandlungsvergabe zur Folge haben.

Zunächst bestimmt § 3 Abs. 2 Satz 1 UVgO, dass „bei der **gesamten Kommunikation** sowie beim **Austausch und der Speicherung von Informationen** der Auftraggeber die **Integrität der Daten** und die **Vertraulichkeit der Teilnahmeanträge und Angebote** einschließlich ihrer Anlagen gewährleisten muss“.

Diese Bestimmung betrifft alleine schon wegen des neuen Grundsatzes der elektronischen Kommunikation gem. § 7 Abs. 1 UVgO in erster Linie Sicherheitsanforderungen an diese, hat aber mangels ausdrücklicher Begrenzung auf die elektronische Kommunikation, verbunden mit den großzügigen Ausnahmen von der elektronischen Kommunikation gem. § 38 Abs. 4 UVgO, auch Auswirkungen auf die schriftliche Kommunikation per Post oder der direkten Übermittlung. Nach den Erläuterungen des Bundeswirtschaftsministeriums (BMWi) entspricht die Regelung wortgleich dem § 5 VgV zur Wahrung der Vertraulichkeit. Es handelt sich dem Wortlaut der Verordnungsbegründung zu § 5 VgV nach um eine (den eigentlichen Bestimmungen über die Kommunikation in den §§ 9-13 VgV) vorangestellte **Klarstellung**, der für die gesamte Kommunikation gilt und – nach dem Wortlaut der Norm - auch die Teilnahmeanträge und Angebote umfasst, deren Form und Übermittlung tiefergehend in § 38 UVgO geregelt ist.. **Diese Bestimmung gilt unterschiedslos in allen Vergabeverfahren und somit auch für die Verhandlungsvergabe.**

² § 3 Abs. 5 Buchst. I VOL/A i.V. mit den Erläuterungen (Anhang IV)

Sichergestellt werden Datenintegrität und Vertraulichkeit

- bei postalischer u. direkter Übermittlung durch **verschlüsselten Umschlag** und **mittels Kennzeichnung** (§ 38 Abs. 8 UVgO), Anbringen des **Eingangsvermerks** und **Unterverschlusshaltung** bis zum Ablauf der Angebotsfrist (§ 39 Satz 2 UVgO), wie dies in **Ausschreibungsverfahren** bisher für Angebote in § 13 Abs. 2 Satz 2 VOL/A bestimmt war,
- bei elektronischer Übermittlung in Textform gem. § 126b BGB mithilfe elektronischer Mittel gem. § 7 UVgO durch **Verschlüsselung**. Dies ergibt sich ziemlich verschachtelt aus § 7 Abs. 4 UVgO i.V. mit § 11 Abs. 2 VgV, wonach der öffentliche Auftraggeber für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel (Geräte und Programme) verwenden darf, die neben der Echtheit auch die **Unversehrtheit** und die **Vertraulichkeit** der Daten gewährleisten müssen. Des Weiteren ergibt sich aus der Verordnungsbegründung zu § 11 Abs. 2 VgV, dass zum „*Schutz der verwendeten Informations- und Kommunikationstechnologie vor fremden Zugriffen, geeignete organisatorische und technische Maßnahmen zu ergreifen sind, wobei nur solche technischen Systeme und Bestandteile eingesetzt werden sollen, die dem aktuellen Stand der Technik entsprechen*“. Letzteres beschreibt zwar „nur“ den Umstand der Vertraulichkeit, nicht jedoch den der Unversehrtheit der Daten (Datenintegrität). Datenintegrität verhindert zwar nicht den unberechtigten (fremden) Zugriff auf die elektronischen Daten, kann ihn aber durch asymmetrische Verschlüsselungsverfahren (wie diese beispielsweise bei Verwendung fortgeschrittener oder qualifizierter elektronische Signaturen eingesetzt werden) nachweisen. Hinzu kommt § 10 Abs. 1 Nrn. 1-7 VgV, der über § 7 Abs. 4 UVgO die „**harten**“ **Anforderungen an die elektronischen Mittel beim Auftraggeber** für den Empfang von elektronischen Angeboten und Teilnahmeanträgen stellt, die die Erfordernisse nach Datenintegrität (Nr. 7) und Verschlüsselung (Nr. 4,5) umschreiben.
- Unbeantwortet bleibt die Frage, wie Angebote und Teilnahmeanträge, **die per Telefax übermittelt werden**, den Anforderungen nach § 3 Abs. 2 UVgO gerecht werden, denn auch das Telefax gehört gem. § 38 Abs. 1 UVgO zu den Übermittlungsmöglichkeiten für Teilnahmeanträge und Angebote und damit zur „gesamten Kommunikation“ i.S. des § 3 Abs. 2 Satz 1 UVgO. Auch in diesen Fällen dürfte es auf eine Verschlüsselung hinauslaufen, um die Anforderungen zu erfüllen, insbesondere dann, wenn die Übermittlung über Fax-Server, Modem oder Fax over IP stattfindet.

Im Vergleich dazu waren die Bestimmungen der VOL/A zum Thema Datenintegrität und Vertraulichkeit geradezu von einer erhellenden Deutlichkeit. Gem. § 13 Abs. 2 VOL/A sollte

- **Datenintegrität** durch „*entsprechende organisatorische und technische Lösungen nach den Anforderungen des Auftraggebers*“ hergestellt werden, was zwar auch nicht besonders konkret war, aber durch den obligatorisch vorgegebenen Einsatz qualifizierter oder fortgeschrittener elektronischer Signaturen bei elektronischen Angeboten gem. § 13 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz VOL/A aufgrund der Signaturmechanismen (durch asymmetrische Verschlüsselungsverfahren) praktisch mit gelöst wurde,

- **Vertraulichkeit** (Zugriffsschutz) durch Verschlüsselung hergestellt werden.

Ausschlaggebend für die Feststellung einer erhöhten Formalisierung der Verhandlungsvergabe im Vergleich zur Freihändigen Vergabe ist jedoch der Umstand, dass gem. § 13 Abs. 2 VOL/A diese Anforderungen nur für Ausschreibungsverfahren, nicht jedoch für Freihändige Vergaben galten.

Die Folge davon war, dass Angebote und Teilnahmeanträge bei Freihändigen Vergaben ohne verschlossenen Umschlag bzw. ohne Verschlüsselung und Gewährleistung von Datenintegrität übermittelt werden konnten.

Fazit: Die Anforderungen an Datenintegrität und Vertraulichkeit erstreckt sich nunmehr auch auf die Verhandlungsvergabe.

4. Erweiterung der Formvorschriften auf Verhandlungsvergaben

Ein weiteres Indiz für eine erhöhte Formalisierung der Verhandlungsvergabe sind die **Aufbewahrungs- und Öffnungsvorschriften** von Angeboten und Teilnahmeanträgen **in allen Vergabeverfahren** (§§ 39, 40 UVgO), wie bereits im vorangegangenen Kapitel III zur Datenintegrität und Vertraulichkeit angedeutet. Es geht demnach um die **Behandlung von Teilnahmeanträgen und Angeboten nach deren Übermittlung**. Gem. § 39 UVgO müssen **unterschiedslos in allen Vergabeverfahren** die Teilnahmeanträge und Angebote entweder nach elektronischer Übermittlung auf geeignete Weise gekennzeichnet sein und verschlüsselt gespeichert werden oder nach Übermittlung auf dem Postweg oder nach direkter Übermittlung verschlossen bleiben, mit Eingangsvermerk versehen werden und bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss gehalten werden. Per Telefax übermittelte Teilnahmeanträge und Angebote sind ebenfalls entsprechend zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten.

Eine Kenntnisnahme vom Inhalt der Teilnahmeanträge und Angebote vor Ablauf der Teilnahme- oder Angebotsfrist ist unzulässig, es sei denn für den Fall, in dem nur ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde und das Angebot bereits vorliegt, bevor die Angebotsfrist abgelaufen ist. **Für die Praxis bedeutet dies, dass auch im Rahmen einer Verhandlungsvergabe der verschlossene Umschlag mit dem Teilnahmeantrag oder Angebot bis zum Ablauf der Fristen verschlossen aufzubewahren ist.** Angebote sind danach auch im Rahmen einer Verhandlungsvergabe gem. § 40 Abs. 2 UVgO von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen (4-Augen-Prinzip).

Im Unterschied zur VOL/A galten die vergleichbaren Formvorschriften nach § 14 VOL/A ebenso **nur für Ausschreibungsverfahren**, nicht jedoch für die Freihändige Vergabe.

Fazit: Die bisherige Möglichkeit, eingehende Angebote (und Teilnahmeanträge) im Rahmen einer Freihändigen Vergabe unmittelbar nach Eingang unverschlossen und ohne Unterverschlusshaltung bis zum Ablauf der Angebotsfrist - d.h. offen und unmittelbar - dem zuständigen Sachbearbeiter zur Bearbeitung zuzuleiten, fällt künftig weg.

5. Ist künftig der Einsatz herkömmlicher E-Mails für die elektronische Abgabe von Angeboten und Teilnahmeanträgen im Rahmen einer Verhandlungsvergabe noch zulässig?

Vor dem Hintergrund dieser formalen Vertraulichkeitsanforderungen der Verhandlungsvergabe (Kapitel 3 und 4) stellt sich auch die Frage, ob E-Mails für die Angebotsabgabe noch zulässig sind?

Rückblick: Obwohl bei rückblickender Betrachtung die obligatorische Verpflichtung zur Verwendung fortgeschrittener oder qualifizierter elektronischer Signaturen für die elektronische Angebotsabgabe in allen Vergabeverfahren gem. § 13 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz VOL/A bzw. § 16 EG Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz VOL/A aufgrund mangelnder Interoperabilität der elektronischen Signaturen im europäischen Binnenmarkt eine flächendeckende elektronische Angebotsabgabe eher behinderte als sie zu fördern, bestand doch zumindest gem. § 13 Abs. 1 Satz 2, 3. Halbsatz VOL/A für die in § 3 Abs. 5 Buchst. i) geregelten „Bagatellvergaben“ bereits die Möglichkeit die (einfache) elektronische Signatur zu verwenden³, die auch der Textform gem. § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) entsprach.⁴ Es wurden – im Gegensatz zum Oberschwellenbereich in § 13 EG Abs. 3 VOL/A – keine besonderen technischen („harten“) Anforderungen an die Hard- und Software beim Auftraggeber für den Empfang von Angeboten und Teilnahmeanträgen gestellt. Im Ergebnis konnten in diesen Fällen bisher auch herkömmlich E-Mails für die elektronische Abgabe von Angeboten und Teilnahmeanträgen genutzt werden, ohne besondere Anforderungen an Authentizität, Datenintegrität und Vertraulichkeit stellen zu müssen.

Betrachtet man sich die neuen unterschwelligen Vergaberegeln, könnte man eigentlich erleichtert aufatmen, werden fortgeschrittene oder qualifizierte elektronische Signaturen doch nicht mehr obligatorisch für die elektronische Angebotsabgabe gefordert. An deren Stelle ist der **Grundsatz der Textform gem. § 126b BGB** getreten, der nur noch im Ausnahmefall (bei erhöhten Anforderungen an die Sicherheit) das Verlangen nach elektronischen Signaturen für Teilnahmeanträge und Angebote erlaubt.⁵ Der Haken an der Sache ist die ergänzende Regelung, wonach für die elektronische Einreichung von Teilnahmeanträgen und Angeboten zwar die im Vergleich zu elektronischen Signaturen weniger anspruchsvolle Textform nach § 126b BGB zu verlangen ist, diese jedoch *„mithilfe elektronischer Mittel gem. § 7“* erzeugt werden muss. Und hier rächt sich die pauschale 1:1-Verweisungstechnik aus der UVgO in die VgV, wobei unklar ist, ob dies in diesem Fall so gewollt oder unbeabsichtigt war. § 7 Abs. 4 UVgO verweist nämlich auf die §§ 10 bis 12 der VgV, die auch im Unterschwellenbereich für die Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel und deren Einsatz entsprechend gelten sollen. § 10 Abs. 1 Satz 2 VgV stellt jedoch in einem Katalog von 7 Punkten **„harte“ Anforderungen an die elektronischen Mittel beim Auftraggeber für den Emp-**

³ § 2 Nr. 1 Signaturgesetz a.F.

⁴ Eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben, wobei ein dauerhafter Datenträger jedes Medium ist, dass es dem Empfänger ermöglicht, die Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich und geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben (§ 126b BGB)

⁵ § 38 Abs.1-3, 6 UVgO

fang von Angeboten und Teilnahmeanträgen, die insbesondere Datenintegrität, Verschlüsselung, Verschlusshaltung bis Fristablauf, ein Rollen- und Rechte-Konzept z.B. durch ein 4-Augenprinzip bei Angebotsöffnung erfordern.⁶ Letztlich kann dies nur durch den Einsatz komplexer Vergabeplattformen gewährleistet werden kann. Die herkömmliche E-Mail kann zwar die zivilrechtlichen Textformanforderungen erfüllen, nicht jedoch die vergaberechtlichen Anforderungen an die elektronischen Mittel.

6. Zusammenfassung:

Das vergabepolitische Ziel der Reform des Vergaberechts im Unterschwellenbereich, wonach die auch bisher schon deutlich einfacheren Regeln für den Unterschwellenbereich (Abschnitt 1 der VOL/A) erhalten bleiben sollen, wurden zumindest für die **Verhandlungsvergabe als Nachfolgeverfahren der Freihändigen Vergabe** durch (beabsichtigte oder unbeabsichtigte) Ausweitung/Regelung

- der Anforderungen an Datenintegrität und Vertraulichkeit für Teilnahmeanträge und Angebote
- der technischen Anforderungen an die elektronischen Mittel beim Auftraggeber für den Empfang von Angeboten und Teilnahmeanträgen sowie
- der Formvorschriften bzw. durch Wegfall der Begrenzung dieser Formvorschriften auf Ausschreibungsverfahren

nicht erreicht.

Es bleibt abzuwarten, ob angesichts dieses im diametralen Gegensatz zur politischen Zielvorgabe vorliegende „Reform“-Ergebnis vom Ordnungsgeber korrigiert wird. Der Praxis wäre es zu wünschen.

Autor: Michael Wankmüller

⁶ Siehe auch Kapitel 3: Sicherstellung der Datenintegrität und Vertraulichkeit für die gesamte Kommunikation gem. § 3 Abs. 2 Satz 1 UVgO