

Newsletter Vergaberecht

August 2023



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe August 2023.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[vCard](#)



BGH: Auch falsches Dateiformat führt zum Angebotsausschluss

Newsticker

VG Köln konkretisiert Anforderungen für wirksame vergaberechtliche Anwendungsbefehle

Sonderregelungen für Stoffpreisklauseln ausgelaufen

VK Bund zu Hostinganbietern mit amerikanischer Mutter

Hamburg: Vorschaltgesetz mit vergaberechtlichen Erleichterungen

ADVANT Beiten Textsammlung Vergaberecht 2022 kostenlos abrufbar

Auch wenn sich die Vergabewelt in den vergangenen drei Jahren nicht ganz so schnell gedreht hat, haben sich gleichwohl zahlreiche legislative Änderungen und Neuerungen ergeben. Grund genug für uns, unsere beliebte Textsammlung Vergaberecht auf einen aktuellen Stand zu bringen. Die Ausgabe 2022 enthält alle wichtigen Rechtstexte zum ober- und unterschwelligen Vergaberecht sowie die 2021 hinzugetretene Wettbewerbsregisterverordnung (WRegV) und das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz (SaubFahrzeugBeschG). Zudem haben wir erstmals weitere beschaffungsrelevante Normen weiterer Bundesgesetze im Auszug hinzugefügt (z. B. MiLoG, SchwarzArbG oder KSG) und um weitere praxisrelevante Dokumente ergänzt (z. B. Schwellenwerte 2022/2023, Katalog der Bauleistungen im Anhang II zur RL 2014/24/EU, Zusammenstellung der sozialen und besonderen Dienstleistungen im Anhang XIV zur RL 2014/24/EU).

Das Kompendium können Sie auf unserer Homepage kostenlos herunterladen:

[zur Textsammlung](#)

BGH: Auch falsches Dateiformat führt zum Angebotsausschluss

Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil vom 16. Mai 2023 (XIII ZR 14/21) entschieden, dass die Nichtverwendung der vom Auftraggeber vorgegebenen elektronischen Mittel bei der Einreichung eines elektronischen Angebotes zum Ausschluss des Angebotes führt. Das elektronische Angebot gilt dann als nicht formgerecht übermittelt.

Der Sachverhalt

Der beklagte öffentliche Auftraggeber, ein landeseigener Betrieb, hatte im Februar 2019 eine öffentliche Ausschreibung nach Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A 2016) bekannt gemacht.

In der Bekanntmachung hieß es unter "Angaben zum elektronischen Vergabeverfahren und zur Ver- und Entschlüsselung der Unterlagen":

"Es werden elektronische Angebote akzeptiert: Ohne elektronische Signatur (Textform) (...)".

Gemäß der Vergabeunterlagen war ein Angebotsschreiben wie folgt einzureichen:

"Angebotsschreiben

*Teile der Leistungsbeschreibung: Leistungsverzeichnis
Leistungsprogramm als GAEB-Datei im Format d.84 oder x84 Hinweis:
Vom [Auftraggeber] wurde eine sog. Auftraggeberlizenz des
Softwareprogramms WinGAEB erworben, welche den Bietern kostenlos
zur Verfügung gestellt wird. Damit können Angebot[e] auf
elektronischem Weg bearbeitet und gespeichert werden."* [Es folgte
ein entsprechender Link, Anm. Verfasser].

Zudem war in den Vergabeunterlagen unter der Rubrik

"Angebote können abgegeben werden: elektronisch in Textform"

angegeben.

Die Klägerin, ein auf Abbruch und Sanierungsarbeiten spezialisiertes Bauunternehmen, gab das günstigste Angebot im pdf-Format ab. Zwischen den Parteien blieb streitig, ob die Klägerin das Angebot zusätzlich in Form einer GAEB-Datei einreichte. Der Beklagte schloss das Angebot der Klägerin mit der Begründung aus, dass diese das Angebot gerade nicht in der geforderten Form einer GAEB-Datei abgegeben habe.

Nachdem die Ausschreibung aufgehoben und später die Leistung, ohne die Klägerin zu beteiligen, frei an ein Drittunternehmen vergeben wurde, verlangte diese klagweise unter anderem den Ersatz ihres positiven Interesses, also des entgangenen Gewinns. Die Berufungsinstanz, das Oberlandesgericht Köln, hielt die Klage für begründet. Es erachtete als

unerheblich, ob die Klägerin das Leistungsverzeichnis als GAEB-Datei eingereicht hätte, da § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2016 nur die Schriftform und die elektronische Form kenne.

Die Entscheidung

Der BGH hob das Urteil des Oberlandesgerichts auf und verwies dies zurück. Das Berufungsgericht habe zwar zutreffend angenommen, dass ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis im Rahmen einer Ausschreibung entstehe, welches zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichte. Allerdings sei keine Rücksichtnahmepflicht verletzt worden.

Da die Tatsacheninstanz nicht festgestellt habe, ob die Klägerin das Leistungsverzeichnis als GAEB-Datei eingereicht habe, könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Beklagte das Angebot gem. §§ 16 Abs. 1 Nr. 2, 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2016 zu Recht ausschloss.

Interessant sind insbesondere die Ausführungen des BGH zu der Frage, in welcher Form und welchem Umfang der öffentliche Auftraggeber Vorgaben zur elektronischen Angebotseinreichung machen kann: Zunächst stellt das Gericht fest, dass der öffentliche Auftraggeber gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/A 2016 die elektronischen Mittel festlegen könne, welche zur Einreichung von elektronischen Angeboten zu verwenden seien. Wesentlich sei, dass die Festlegung der elektronischen Mittel auch die Form (z. B. das Dateiformat) umfasse, in welcher die Angebote einzureichen sind.

Dies ergebe sich nach dem Wortlaut der Systematik und dem Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/A 2016. Die Norm spricht sowohl von der "Form" als auch der zur Einreichung des Angebots zu verwendenden "elektronischen Mittel". Der Begriff der Form einer Erklärung gebe die Anforderungen an die Art und Weise ihrer Verkörperung vor. Mit Blick auf elektronische Mittel enthielte das unterschwellige Bauvergaberecht zwar keine weitergehende Definition, jedoch könne auf die in § 11 Abs. 1 VOB/A-EU 2016 enthaltene Begriffsbestimmung zurückgegriffen werden, wonach "elektronische Mittel" Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung sind. Folglich seien hiernach auch Softwareprogramme elektronische Mittel, die als Form vorgegeben werden könnten.

Der BGH stützt dieses Auslegungsergebnis im Weiteren durch Rückgriff auf die EU-Vergaberichtlinie: Nach den Erwägungsgründen 52 und 53 sowie Art. 2 Abs. 1 Nr. 13 und Nr. 19, Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2

Buchst. b der Richtlinie sind elektronische Mittel elektronische Geräte für die Verarbeitung und Speicherung von Daten, die über Kabel, per Funk, mit optischen Verfahren oder mit anderen elektromagnetischen Verfahren übertragen, weitergeleitet und empfangen werden. Überdies zählen zu den Auftragsunterlagen auch die Formate, welche für die Einreichung von Unterlagen seitens der Bieter verwendet werden können. Im Sinne der Richtlinie seien elektronische Mittel folglich nicht lediglich Kommunikationsmittel ohne Aussage zur Vorgabe von Dateiformaten. Der durch § 11 Abs. 1 VOB/A-EU 2016 aufgenommene Hinweis auf die Programme für die Datenübermittlung habe überdies lediglich eine klarstellende und keine beschränkende Natur. Im Ergebnis könnten elektronische Mittel folglich auch in Form von Dateiformaten vorgegeben werden.

Dies ergebe sich überdies auch aus der systematischen Stellung des § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2016 im Zusammenhang mit §§ 11, 11a VOB/A 2016: Durch das Recht des öffentlichen Auftraggebers, die zu verwendenden elektronischen Mittel zu bestimmen, habe dieser ebenfalls das Recht, Vorgaben für die dafür erforderlichen Dateiformate zu bestimmen. Die formgerechte Übermittlung eines Angebots sei vor diesem Hintergrund nur dann erfüllt, wenn die vom Auftraggeber vorgegebenen elektronischen Mittel verwendet würden. Die Befugnis zur Vorgabe des Dateiformats ließe sich nicht, wie die Klägerin behauptete, aus einer Vorschrift über die Vergabeunterlagen herleiten. Die Vorgabe des Dateiformats betrifft gerade nicht den Inhalt der Vergabeunterlagen, sondern die äußere Form der Abgabe.

Aus dem Sinn und Zweck des § 13 VOB/A 2016 folge schließlich kein anderes Auslegungsergebnis. Die Norm diene der Sicherung des ordnungsgemäßen Wettbewerbs im Vergabeverfahren, die Chancengleichheit und Transparenz zu gewährleisten und die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen. Durch die Vorgabe, welche elektronischen Mittel zur Einreichung der Angebote verwendet werden sollen – insbesondere ein einheitliches Dateiformat – würde der Vergleichbarkeit der Angebote und der Effizienz des Vergabeverfahrens besonders Rechnung getragen.

Für den zu entscheidenden Fall hat der BGH angenommen, dass der Beklagte in den Vergabeunterlagen festgelegt habe, unter Verwendung welches Softwareprogramms das Leistungsverzeichnis einzureichen ist, nämlich als GAEB-Datei. Davon unberührt blieb, dass die übrigen Bestandteile des Angebots elektronisch in Textform abgegeben werden

konnten. Die Klägerin hat das Leistungsverzeichnis nicht als GAEB-Datei eingereicht, weshalb ihr Angebot auszuschließen war.

Die Argumentation der Klägerin, dass der Beklagte die fehlenden Unterlagen hätte nachfordern müssen, drang nicht durch. Für eine Nachforderung bliebe nur Raum, wenn ein formgerechtes Angebot eingereicht worden sei, dass zwingenden Ausschlussgrund verwirke.

Praxistipp

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs schafft Klarheit über die in der Praxis herrschenden Unsicherheit in welcher Form und Konkrettheit elektronische Mittel im Rahmen der e-Vergabe vorgegeben werden können. Der Bundesgerichtshof bestätigt, dass der Auftraggeber ein Recht hat, bestimmte Dateiformate als zwingende Form vorzugeben. Zudem macht er in einer für die Praxis begrüßenswerten Klarheit deutlich, dass Angebote, die formwidrig eingereicht wurden, aus dem Vergabeverfahren auszuschließen sind, ohne dass eine Nachforderungspflicht besteht, vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2016.

Obwohl die VOB/A 2016 inzwischen veraltet ist und von der VOB/A 2019 abgelöst wurde, ist diese Entscheidung auf das derzeit geltende Recht wohl übertragbar. Denn die für die Entscheidung relevanten Regelungen sind unverändert geblieben.

Für Bieter ist die Entscheidung deshalb instruktiv, da sie aufzeigt, dass die Formvorgaben, die der öffentliche Auftraggeber an das Angebot stellt – bis auf die Ebene bestimmter Dateiformate – mit höchster Aufmerksamkeit zu identifizieren sind, um nicht Gefahr zu laufen, dass aufwendig erarbeitete Angebote wegen vermeidbarer Formfehler aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. In Zweifelsfällen sind Bieter gut beraten, rechtzeitig Bieterfragen zu stellen.

Max Stanko

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht

[vCard](#)



Newsticker

VG Köln konkretisiert Anforderungen für wirksame vergaberechtliche Anwendungsbefehle

Das Verwaltungsgericht Köln hat in einem Urteil vom 3. März 2023 (16 K 2955/20) die Voraussetzung für wirksame vergaberechtliche Anwendungsbefehle konkretisiert. Das Gericht betont in seiner Entscheidung, dass vergaberechtliche Verstöße bei der Verausgabung der Fördermittel Rückforderungen nur dann tragen, wenn der einzuhaltende vergaberechtliche Rechtsrahmen im Zuwendungsbescheid selbst oder in seinen Nebenbestimmungen eindeutig vorgegeben wurde. In dem zur Entscheidung vorliegenden Fall forderte der Zuwendungsgeber Mittel zurück, da der Zuwendungsnehmer den Zuschlag in einer geförderten Baumaßnahme an ein Unternehmen erteilt hatte, das nicht im PQ-Verzeichnis gelistet war. Dies sei nach Ansicht des Zuwendungsgebers jedoch zuwendungsrechtlich angeordnete Ausschreibungsvoraussetzung gewesen.

Nach Prüfung der Zuwendungsbescheide kommt das VG Köln zu einem anderen Ergebnis: Zunächst stellt es fest, dass, soweit in einem Zuwendungsbescheid Vorgaben zur Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen getroffen werden, ein strenger Maßstab anzulegen sei. Denn angesichts der Fülle der vergaberechtlichen Vorschriften sei es für einen privatrechtlichen Zuwendungsempfänger von besonderer Bedeutung, dass er eindeutig und unmissverständlich nachvollziehen könne, ob und inwieweit er den Vorgaben des Vergaberechts unterworfen werde. Bezogen auf die Prüfung der Eintragung des Zuschlagsprätendenten in einem PQ-Verzeichnis seien vor diesem Hintergrund keine ausreichend eindeutigen Vorgaben in den Vergabeunterlagen enthalten gewesen. Auch in dem zwischen den Parteien geführten Schriftwechsel sieht das Gericht keine Anhaltspunkte für eine andere Interpretation.

Die Entscheidung zeigt zum einen, dass es insbesondere für private Zuwendungsempfänger, die mit den vergaberechtlichen Vorschriften nicht vertraut sind, wesentlich ist, den Zuwendungsbescheid, seine Nebenbestimmungen sowie den weiteren Schriftwechsel mit dem Zuwendungsgeber sorgfältig mit Blick auf einzuhaltenden vergaberechtlichen Vorgaben zu prüfen. Allerdings gilt auch im Zuwendungsrecht der verwaltungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz: Nur was eindeutig und unmissverständlich angeordnet wurde, kann im Falle der Nichteinhaltung Grund für eine Rückforderung sein.

Sonderregelungen für Stoffpreisklauseln ausgelaufen

Die Sonderregelungen des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) zu Stoffpreisgleitklausel, die zuvor zweimal verlängert wurden, sind zum 30. Juni 2023 ausgelaufen. Das hat das BMWSB mit Schreiben vom 20. Juni 2023 (Gz. BII6 – 70437/9#4) bestätigt. Als Grund wird angegeben, dass sich die Preise für die meisten Bauprodukte wieder stabilisiert hätten. Seit dem 1. Juli 2023 gelten die allgemeinen Bestimmungen der Richtlinie 225 des VHB zur Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln. Das Ministerium fordert Vergabestellen in diesem Zusammenhang aber ausdrücklich dazu auf, die Marktpreisentwicklung genau zu beobachten.

Neu ist, dass auch in Vergabeverfahren seit dem 1. Juli 2023 das Formblatt 225a genutzt werden kann, wenn kein belastbarer Basiswert 1 ermittelbar ist, an den das Formblatt 225 anknüpft. Mit Blick auf laufende Vergabeverfahren weist das Ministerium darauf hin, dass, wenn von Bieter die Einbeziehung einer Stoffpreisgleitklausel gefordert wird, die Vergabestelle nach pflichtgemäßem Ermessen über eine solche Vertragsgestaltung zu befinden und die Entscheidung zu dokumentieren hat.

VK Bund zu Hostinganbietern mit amerikanischer Mutter

Die Vergabekammer des Bundes (VK Bund) hat mit Beschluss vom 20. Juni 2023 (VK 2-34/23) die sich etablierende Spruchpraxis der Nachprüfungsinstanzen (zu dieser Thematik OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7. September 2022, 15 Verg 8/22; 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 13. Februar 2023, VK 2-114/22) weitergeführt wonach der Umstand, dass ein Bieter eine in Deutschland ansässige Tochtergesellschaft eines US-amerikanischen Unternehmens als Hosting-Dienstleister einbinden will, nicht hinreichend ist, um an der Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens, insbesondere hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Anforderungen, zu zweifeln.

Die Kammer betont, dass auch in diesem Fall der Grundsatz gelte, dass der öffentliche Auftraggeber dem Leistungsversprechen der Bieter vertrauen dürfe. Wenn ein Bieter mit seinem Angebot zusage, die vertraglichen und datenschutzrechtlichen Vorgaben zum Hosting einzuhalten und es unzweifelhaft ist, dass sie dazu auch in der Lage ist, besteht kein Raum für einen Angebotsausschluss. Hypothetische Verfügungen US-amerikanischer Behörden personenbezogene Daten aus einem etwaigen Auftragsverhältnis zweckwidrig herauszugeben, reichten

hierfür nicht aus, da nicht per se davon ausgegangen werden könne, dass die Bieterin einer solchen, gegen gesetzliche Pflichten verstoßende konzerninterne Weisung der US-amerikanischen Mutter auch Folge leisten würde.

Hamburg: Vorschaltgesetz mit vergaberechtlichen Erleichterungen

Angesichts der hohen Belastung in den Vergabestellen hat der Hamburger Senat ein Vorschaltgesetz zur Sicherstellung der Handlungsfähigkeit der Vergabestellen beschlossen und an die Hamburgische Bürgerschaft weitergeleitet, wie die Finanzbehörde des Stadtstaates unter dem 13. Juni 2023 mitteilte.

Eine konkrete Entlastung soll insbesondere durch das Anheben von Wertgrenzen erreicht werden: Bis zum Erreichen eines Wertes von EUR 100.000 soll im Liefer- und Dienstleistungsbereich ein "*vereinfachtes Beschaffungsverfahren*" Anwendung finden. Nur für Aufträge über dieser Schwelle gelte weiterhin die UVgO.

Zudem sind strukturelle Reformen geplant: So sollen die Beschaffungsstellen der Stadt auf fünf Beschaffungs- und Vergabecenter konzentriert werden.

Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den ADVANT Beiten Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das ADVANT Beiten Vergaberechts-Team:

Berlin

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin

Tel.: +49 30 86471-219

Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Max Stanko

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[vCard](#)



Düsseldorf

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf

Tel.: +49 211 518989-0

Sascha Opheys

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[vCard](#)



Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 756095-195

Christopher Theis

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Vergaberecht

[vCard](#)



München

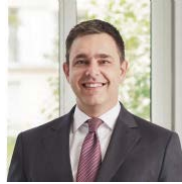
Ganghoferstraße 33 | 80339 München

Tel.: +49 89 35065-1452

Michael Brückner

Rechtsanwalt

[vCard](#)



Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,
Fachanwalt
für Verwaltungsrecht

[vCard](#)



Katrin Lüdtke

Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht

[vCard](#)



Hinweis: Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

REDAKTION (verantwortlich)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt
© Beiten Burkhardt
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Vergaberecht@advant-beiten.com
www.advant-beiten.com



Zur Newsletter Anmeldung

E-Mail weiterleiten

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2023

Impressum

ADVANT Beiten

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/de/impressum>

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.