

BDI – The Voice of German Industry

Interessenvertretung der Industrie



INDUSTRIELAND
IN DEUTSCHLAND INVESTIEREN
STÄRKEN

Workshop Neues Vergaberecht
enreg. Institut für Energie- und Regulierungsrecht
Berlin, 26. November 2015



Das elektronische Vergabeverfahren (§ 97 Abs. 5 GWB)

RA Dr. Peter Schäfer, BDI

Übersicht

- I. Vorbemerkungen zu § 97 Abs. 5 GWB und zum Begriff des elektronischen Vergabeverfahrens**
- II. Aktueller Stand**
- III. Neuerungen**
- IV. Zusammenfassung und Ausblick**

I. Vorbemerkungen zu § 97 Abs. 5 GWB und zum Begriff des elektron. Vergabeverfahrens

1. Zu § 97 Abs. 5 GWB:

„Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren verwenden Auftraggeber und Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel nach Maßgabe der aufgrund des § 113 erlassenen Verordnungen.“

- „Dachvorschrift“ des GWB zur e-Vergabe
- Vorschrift wohl rechtlich nicht zwingend geboten, da vollständige Umsetzung der EU-Vergabereformen in den nachgeordneten Verordnungen bzw. in der VOB/A erfolgen wird; Aufnahme in den „Katalog“ des § 97 soll wohl Bedeutung der e-Vergabe hervorheben.
- Vorgabe: *„grundsätzlich elektronische Mittel“* nach Maßgabe der aufgrund des § 113 erlassenen Verordnungen

I. Vorbemerkungen zu § 97 Abs. 5 GWB und zum Begriff des elektron. Vergabeverfahrens

2. Zum Begriff des elektronischen Vergabeverfahrens:

Durchführung der Vergabe öffentl. Aufträge mit elektron. Mitteln

- *im engeren Sinne:*

elektron. Verfahren von der Ausschreibung bis zum Zuschlag (*Vergabephase*)
einschließl. Bekanntmachungen vor und nach dem Verfahren

→ Kernbereich der e-Vergabe, folgt speziellen e-Vergabe-Regelungen

- *im weiteren Sinne teils auch verstanden als:*

elektron. Verfahren bei Vergaben einschließlich der Geschäftsprozesse
betr. die Auftragsausführung nach dem Zuschlag (*Vertragsphase*)

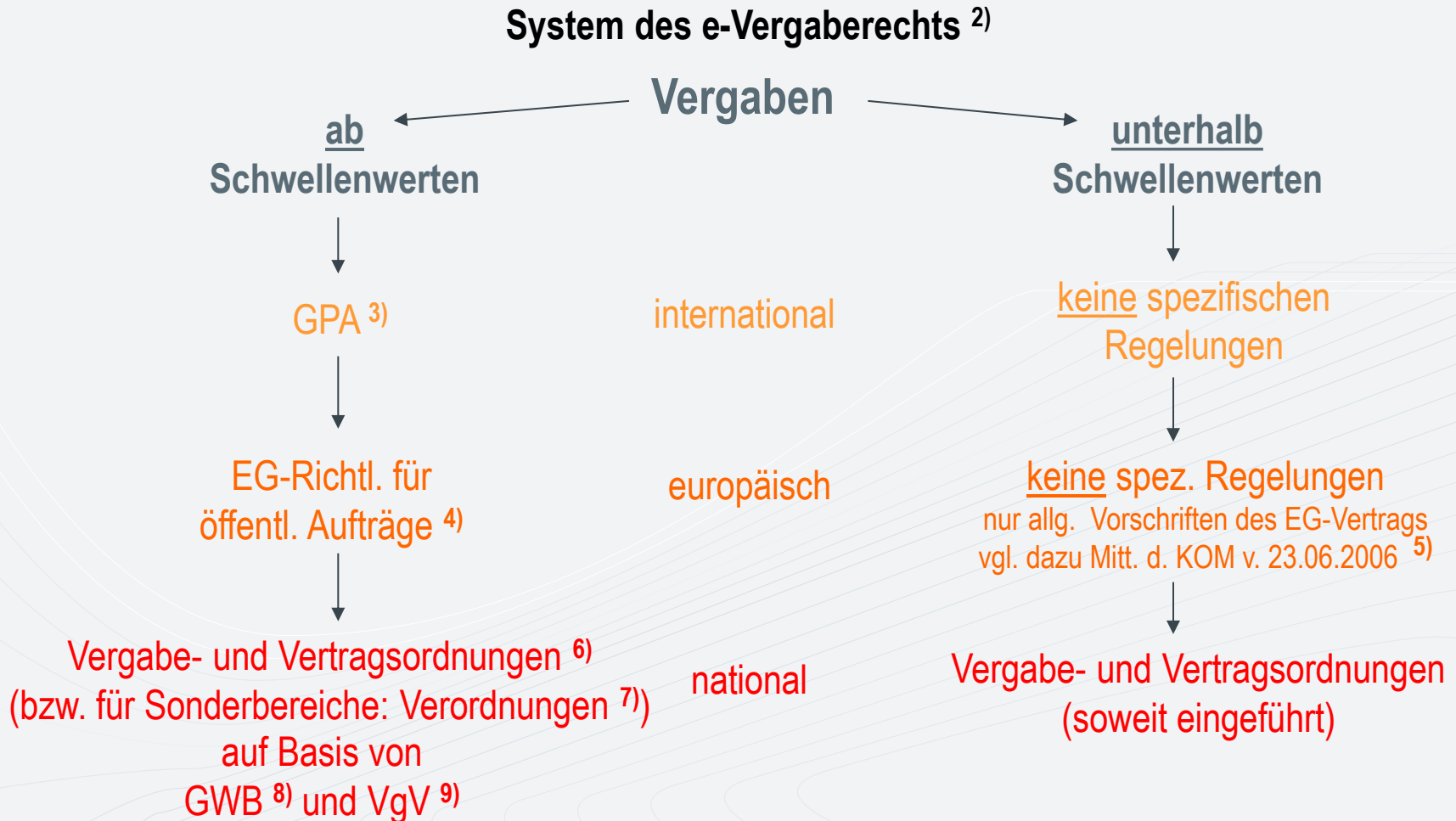
→ Letzteres folgt grds. allg. Regeln, dazu seit 2014 ferner spezielle
EU-Regelungen zur elektron. Rechnungsstellung im öffentl. Auftragswesen ¹⁾

1) Richtlinie über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen v. 16.04.2014,
ABl. EG L 133, 1 v. 06.05.2014.

II. Aktueller Stand

1. Rechtsrahmen – Überblick:

Die e-Vergabe ist bereits seit langem zulässig und überwiegend umfänglich geregelt.



II. Aktueller Stand

„Fußnoten“ – Erläuterungen und Nachweise zur Übersicht auf Seite 4 :

- 2) Übersicht in vereinfachter Darstellung.
- 3) Government Procurement Agreement (GPA) der Welthandelsorganisation (WTO):
Die bisherige Fassung von 1994 war in Kraft seit 1996 (ABl. EG C 256 v. 03.09.1996). Mit einer ersten Modernisierung (betr. Telefax) war sie wesentl. Auslöser für folgende e-Vergabe-Reformen.
Am 06.04.2014 ist die Neufassung der GPA von 2012 mit einigen modernisierten Vorschriften zur e-Vergabe in Kraft getreten. Das GPA ist ein plurilaterales Abkommen der WTO; es ist bindend für seine Zeichner bzw. Mitglieder. Dazu zählen nicht alle WTO-Mitglieder, sondern im Wesentlichen nur Industriestaaten, darunter die EU mit ihren Mitgliedstaaten.
- 4) EG-Richtlinien für öffentl. Aufträge:
Noch in Kraft: die EG-Richtlinien für öffentl. Aufträge aus dem Jahre 2004 (Richtl. 2004/18/EG v. 31.03.2004, ABl. EU L 134, 114 v. 30.04.2004 und Richtl. 2004/17/EG v. 31.03.2004, ABl. EU L 134, 1 v. 30.04.2004), mit ausführl. Regeln zur e-Vergabe.
Ferner: EG-Rechtsmittelrichtlinien für öffentl. Aufträge (Richtl. 89/665/EWG v. 21.12.1989, ABl. EG L 395, 33 v. 30.12.1989, geänd. durch Richtl. 2007/66/EG, und Richtl. 92/13/EWG v. 25.02.1992, ABl. EG L 76, 14 v. 23.03.1992, geänd. durch Richtl. 2007/66/EG); sie gelten auch für die e-Vergabe.
Die Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG werden zeitgleich mit dem Ende der Umsetzungsfrist der neugefassten Richtlinien zum 18.04.2016 aufgehoben (s. beispielhaft Art. 91 Abs. 1 Richtl. 2014/24/EU).
Die neugefassten Richtlinien für öffentl. Aufträge mit überarbeiteten Regelungen zur e-Vergabe sind am 17.04.2014 in Kraft getreten und müssen bis zum 18.04.2016 national umgesetzt sein (neue Richtlinien für öffentl. Aufträge: Richtl. 2014/24/EU v. 26.02.2014, ABl. EU L 94/65 v. 28.03.2014 und Richtl. 2014/25/EU v. 26.02.2014, ABl. EU L 94/243 v. 28.03.2014) sowie die neue Konzessionsrichtlinie (Richtl. 2014/23/EU v. 26.02.2014, ABl. EU L 94/1 v. 28.03.2014).
Für einzelne Vorschriften der Richtlinien für öffentl. Aufträge (zur zwingenden Einführung der e-Vergabe) können die Mitgliedstaaten die Anwendung bis spät 18.10.2018 aufschieben (zur Aufschiebung der Anwendung bestimmter Aspekte der zwingenden e-Vergabe vgl. beispielhaft Art. 90 Abs. 1 und Abs. 2 ff Richtl. 2014/24/EU).
- 5) Mitteilung der Kommission über Vergaben öffentlicher Aufträge, für die die Vorschriften der Richtl. für öffentliche Aufträge nicht oder nicht vollständig gelten, Dok. KOM v. 23.06.2006.
- 6) VOL/A – Ausg. 2009 v. 20.09.2009 mit Bericht v. 19. 02.2010, BAnz. Nr. 196a v. 28.12.2009, Bericht in BAnz. Nr. 32 v. 26.02.2010, S. 755;
VOB/A – Ausg. 2012 v. 31.07.2009, BAnz. Nr. 155a v. 15.10.2009, Bericht im BAnz Nr. 36 v. 05.03.2010, S. 940 u. geänd. durch Erlass des BMVBS v. 26.06.2012, BAnz. AT 13.07.2012 B 3;
VOF – Ausg. 2009 v. 18.11.2009, BAnz. Nr. 185a v. 08.12.2009.
- 7) Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG v. 12.07.2012, zuletzt geänd. durch Art. 12 G v. 11.08.2014 (VSVgV, BGBl. I 1348);
ferner: Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung v. 23.09.2009, zuletzt geändert durch Art. 7 G v. 25.07.2013; BGBl. I 2722 (Sektorenverordnung – SektVO).
- 8) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 26.08.1998, neugef. durch Bek. v. 26.06.2013, zuletzt geänd. durch Art. 258 VO v. 31.08.2015.
- 9) Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge v. 11.02.2003, zuletzt geänd. durch Art. 1 der VO v. 15.10.2013 (Vergabeverordnung – VgV).

II. Aktueller Stand

Rechtsrahmen – Einzelheiten:

Es existieren bereits ausführliche Regelungen

- zum „allgemeinen“ elektronischen Vergabeverfahren:
 - Kommunikationsmittel nach Wahl des Auftraggebers
 - grundlegende Anforderungen an elektron. Kommunikationsmittel
 - Gebote der Datensicherheit / Vertraulichkeit
 - elektron. Bekanntmachungen (optional)
 - „Internet-Beschafferprofile“ (optional)
 - Fristverkürzungen als Anreiz zur eVergabe
 - Anforderungen an Vorrichtungen zur Entgegennahme elektron. Angebote
- zu „besonderen“ elektronischen Vergabeverfahren:
 - „umgekehrte Online-Auktionen“
 - „dynamische Beschaffungssysteme“

(beide umstr., nicht vollst. eingeführt, auf EU-Ebene bis 2014 nur fakultativ vorgesehen)
- zum Vergaberechtsschutz:

e-Vergabe-Vorschriften vom allg. Vergaberechtsschutz umfasst

2. Tatsächliche Situation:

- in der Praxis Fortschritte bei der e-Vergabe, doch noch etliche Probleme
 - elektron. Bereitstellung / Download inzwischen verbreitet
 - aber oft noch Probleme bei der Angebotsabgabe –
in Deutschland insg. wohl weniger als 20 % aller Vergaben vollelektron. abgewickelt, ähnliche Situation in vielen anderen EU-Mitgliedstaaten

Ausnahmen:

- in der EU einzelne (oft kleine) Mitgliedstaaten wie Portugal mit obligat. e-Vergabe (dort national installiert, aber EU-weit nicht abgestimmt)
 - in Deutschland einzelne Auftraggeber mit zwingender, vollelektron. Anwendung
- Hauptprobleme:
 - Akzeptanzprobleme wegen fehlender Interoperabilität
 - weitgehend fehlende auftraggeberübergreifende Abstimmungen
 - inzwischen Interoperabilitätsinitiativen (EU: PEPPOL ¹⁰) / D: „XVergabe“ ¹¹); XVergabe-Standardisierung seit 2015 verbindlich zu beachten)

10) EU-Initiative Pan-European Public Procurement Online, beendet 2012, gefolgt von „Open PEPPOL“ ab 2012, mit diversen Standardisierungsinitiativen.

11) Projekt unter Federführung des Beschaffungsamtes des Bundesministeriums des Innern in Verbindung mit BDI und BITKOM, Vertretern von Bund, Ländern und Kommunen sowie Vertretern von e-Vergabe-Lösungsanbietern – betrifft vorrangig Interoperabilitätslösungen für Bekanntmachungen und für „Bietertools“ zur Angebotsabgabe.

III. Neuerungen

1. Internationale Ebene:

neues GPA am 06.04.2014 in Kraft getreten mit einigen Vorschriften zur e-Vergabe (Modernisierung des GPA, im EU-Vergaberecht bereits erfasst), insb.:

- Legaldefinitionen zu Schriftform und e-Vergabe sowie elektron. Auktionen (Art. I Buchst. g und f)
- grundlegende Prinzipien für die e-Vergabe (Art. IV Abs. 3)
- Vorschrift zu elektronischen Auktionen (Art. XIV)

2. Europäische Ebene:

Überarbeitung der e-Vergabe-Regelungen in der Neufassung der Richtlinien für öffentl. Aufträge und der neuen Konzessionsrichtlinie

a) Richtlinien für öffentl. Aufträge und Sektoraufträge

- Neuregelung seit 17.04.2014 in Kraft ¹²⁾
- nat. umzusetzen grds. bis 18.04.2016 ¹³⁾
- teilweise Möglichkeit nationaler Aufschiebung der Anwendung bis spät. 18.10.2018 ¹⁴⁾

12) Vgl. z.B. Art. 93 Richtl. 2014/24/EU.

13) Vgl. z.B. Art. 90 Abs. 1 Richtl. 2014/24/EU.

14) Vgl. Art. 90 Abs. 2 Richtl. 2014/24/EU und Art. 106 Abs. 2 Richtl. 2014/25/EU – s. dazu näher folgende Seite.

II. Neuerungen

- **Wichtigste Neuerung:
zwingende Einführung der e-Vergabe** ¹⁵⁾
 - gilt generell, allerdings mit Ausnahmen (s. folgende Seite)
 - damit bisherige Wahlfreiheit des öffentl. Auftraggebers betr. Kommunikationsmittel beendet
 - die zwingende Einführung kann teilweise national – durch den jeweiligen Mitgliedstaat für öffentl. Aufträge und Sektoraufträge aufgeschoben werden
 - ♦ für zentrale Beschaffungsstellen bis 18.04.2017 ¹⁶⁾
 - ♦ im Übrigen bis 18.10.2018 ¹⁷⁾

(Die Aufschieb-Option gilt nur für bestimmte interaktive Kommunikation (insb. Angebotsabg.) i.S. des Art. 22 Abs. 1 Richtl. 2014/24/EU bzw. Art. 40 Abs. 1 Richtl. 2014/25/EU, *nicht* aber für die Schaffung des elektron. Zugangs zu Auftragsunterlagen.)

- Regelung ist Kompromiss-Ergebnis nach heftigen Kontroversen

15) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 1 Richtl. 2014/24/EU.

16) Vgl. z.B. Art. 90 Abs. 2 Unterabs. 2 Richtl. 2014/24/EU.

17) Vgl. z.B. Art. 90 Abs. 2 Unterabs. 1 Richtl. 2014/24/EU.

Ausnahmen von der zwingenden Anwendung der e-Vergabe

(kompliziert, noch etliche offene Fragen!):

- (1) wenn aufgr. der besonderen Art der Vergabe spezifische Instrumente/Vorrichtungen/Dateiformate erforderlich sind, die nicht allg. verfügbar/unterstützt sind ¹⁸⁾
- (2) wenn geeignete Anwendungen Dateiformate verwenden, die nicht mit allg. verfügbaren Anwendungen verarbeitbar sind oder die durch Lizenzen geschützt sind ¹⁹⁾
- (3) wenn die Nutzung elektron. Kommunikationsmittel „spezielle Bürogeräte“ erfordern würde, die öffentlichen Auftraggebern nicht generell zur Verfügung stehen ²⁰⁾
- (4) wenn physische oder maßstabsgetreue Modelle eingereicht werden müssen, die nicht elektron. übermittelt werden können ²¹⁾
- (5) wenn die Verwendung anderer Kommunikationsmittel erforderlich ist
 - entweder bei Sicherheitsverletzung der elektron. Kommunikation
 - oder zum Schutz der besonderen Empfindlichkeit einer Information ²²⁾
- (6) wenn keine wesentl. Teile des Vergabeverfahrens betroffen sind ²³⁾

Begründungspflicht bei Absehen von elektron. Kommunikation ²⁴⁾

18) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a Richtl. 2014/24/EU.

19) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. b Richtl. 2014/24/EU.

20) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. c Richtl. 2014/24/EU.

21) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. d Richtl. 2014/24/EU.

22) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 4 Richtl. 2014/24/EU.

23) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 2 Richtl. 2014/24/EU.

24) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 5 (gilt für die wesentl. Teile des Vergabeverfahrens, s.o. Fallgruppen (1) bis (5); in Fallgruppe (6): Dokumentationspflicht.

III. Neuerungen

- **Pflicht zur elektron. Bereitstellung der Auftragsunterlagen jetzt Regelfall (mit Ausnahmen) ²⁵⁾**
- **wichtige grundlegende Prinzipien der bisherigen Regelungen werden prinzipiell beibehalten und teils ergänzt, insb.:**
 - Gebot der Nichtdiskriminierung allg. Verfügbarkeit elektron. Instrumente und Vorrichtungen ²⁶⁾
 - Gebot der Wahrung der Integrität der Daten und Vertraulichkeit der Angebote ²⁷⁾
 - Anforderungen an Vorrichtungen zur Entgegennahme elektron. Angebote – Sicherheitsniveau national oder vom Auftraggeber zu bestimmen (jetzt aber mit Hinweis auf *nat. Rahmenkonzept* und Gebot der *Verhältnismäßigkeit*) ²⁸⁾
 - AG kann bei hohem Risikoniveau weiterhin fortgeschr. elektron. Signatur i. S. des EU-Rechts fordern (d.h. auch qual. elektron. Sign. i. S. des dt. Rechts) – aber nur unter bestimmten Bedingungen ²⁹⁾
- **Kommission kann Regelungen zu Ausnahmen und technischen Standards durch „delegierte Rechtsakte“ ändern ³⁰⁾**

25) Vgl. z.B. Art. 53 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtl. 2014/24/EU; Ausnahmen: vgl. z.B. Art. 53 Abs. 1 Unterabs. 2 und 3

26) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 Richtl. 2014/24/EU.

27) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 3 Satz 1 Richtl. 2014/24/EU.

28) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 6 (insb. Buchst. b) und Anhang IV zur Richtl. 2014/24/EU.

29) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 6 Buchst. c) Richtl. 2014/24/EU.

30) Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 7 und Art. 87 der Richtl. 2014/24/EU.

III. Neuerungen

- **weitere Reformen** insb. betr.
 - **dynamische Beschaffungssysteme** ³¹⁾
 - ♦ bisher EU-weit fast völlig ungenutzt und umstr.
 - ♦ dennoch beibehalten (überarbeitet)
 - ♦ jetzt nicht mehr optional, sondern unbedingt nat. umzusetzen!
(„Die Auftraggeber können...“)
 - **elektron. Auktionen** ³²⁾
 - ♦ Verfahren bislang in etlichen Bereichen (insb. Bau) umstr.
 - ♦ jetzt aber ebenfalls nicht mehr optional, sondern unbedingt nat. umzusetzen
(„Die Auftraggeber können...“)
 - ♦ begrenzte Ausnahmen für Bau- u. Dienstleistungsaufträge mit „intelligenten Leistungen“
 - ♦ elektron. Auktionen auch bei Verhandlungsverfahren zulässig ³³⁾
(Einzelheiten klärungsbedürftig!)
 - **elektron. Kataloge** ³⁴⁾
 - ♦ bisher schon unter bestimmten Voraussetzungen zulässig
 - ♦ jetzt ausführlich geregelt
- Einführung einer elektron. „**Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung**“ ³⁵⁾ u.ä.

31) Vgl. z.B. Art. 34 Richtl. 2014/24/EU.

32) Vgl. z.B. Art. 35 Richtl. 2014/24/EU.

33) Vgl. z.B. Art. 35 Abs. 2 Richtl. 2014/24/EU.

34) Vgl. z.B. Art. 36 Richtl. 2014/24/EU.

35) Vgl. z.B. Art. 59 Richtl. 2014/24/EU.

b) Richtlinie zu Konzessionen

- **EU-e-Vergabe-Regelungen zu Konzessionen abweichend von denen für öffentl. Aufträge!**
- **Grundsatz bei Konzessionen:**
Es bleibt prinzipiell bei einem **Wahlrecht** betr. Kommunikationsmittel ³⁶⁾
Allerdings besteht Pflicht zu
 - ◆ elektron. Bekanntmachung ggü. dem Amt für Veröffentlichungen der EU ³⁷⁾
 - ◆ elektron. Bereitstellung der Konzessionsunterlagen, falls keine besonderen Umstände vorliegen ³⁸⁾
- **Ausnahme:**
Die Mitgliedstaaten können national zwingende elektron. Komm. vorschreiben ³⁹⁾
- grdl. Prinzipien zu elektron. Kommunikation/Datenintegrität ähnlich wie bei öffentl. Aufträgen ⁴⁰⁾

36) Wahlrecht allerdings nun etwas anders als das bisherige Wahlrecht bei öffentl. Aufträgen bzw. Sektoraufträgen: nunmehr Wahlrecht des jeweiligen Mitgliedstaats oder des Auftraggebers, s. Art. 29 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtl. 2014/23/EU.

37) Vgl. Art. 33 Abs. 2 Richtl. 2014/23/EU.

38) Vgl. Art. 34 Abs. 1 und 2 Richtl. 2014/23/EU.

39) Vgl. Art. 29 Abs. 1 Unterabs. 2 Richtl. 2014/23/EU; insoweit – anders als nach der Richtl. 2014/23/EU – hier kein ausdrückl. legislativer Ausnahmekatalog.

40) Vgl. Art. 29 Abs. 2 Richtl. 2014/23/EU.

c) nationale Ebene:

aa) Überblick:

Nennenswerter Reformbedarf aufgr. der neuen EU-Richtlinien
insb. betr.

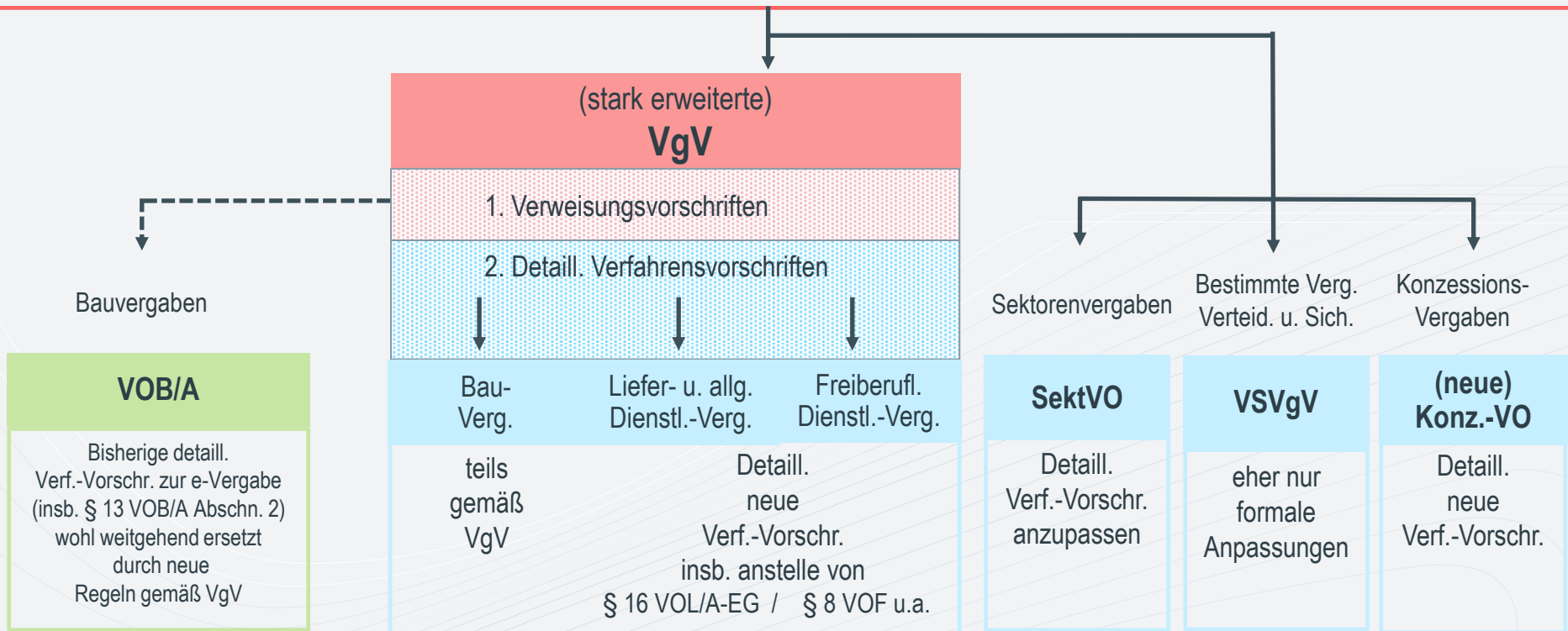
- zwingende Einführung der e-Vergabe bei öffentl. Aufträgen – einschl. Ausnahmen – (D will die Option des Aufschiebs der zwingenden Einführung nutzen)
- grds. Pflicht zur elektron. Bereitstellung der Auftragsunterlagen
- in Details geänderte Regelungen, u.a. zu elektron. Signaturen
- Überarbeitung des Verfahrens des dynam. Beschaffungssystems

III. Neuerungen

bb) voraussichtl. Konzeption des neuen deutschen e-Vergaberechts ab den EU-Schwellenwerten:

GWB

§ 97 Abs. 5: eine grdl. (kurze) Vorschrift: „grundsätzl. elektron. Mittel“
 § 113, insb. Abs. 3 u. 4: Verordnungsermächtigung betr. bes. elektron. Verfahren (Abs. 3) sowie allg. Vorschr. zur e-Vergabe (Abs. 4)



Aufschub der zwingenden Geltung der e-Vergabe betr. Angebotsabgabe u. ä. bis 2017/18 beabsichtigt.

III. Neuerungen

cc) Annex: Rechtslage unterhalb der EU-Schwellenwerte:

- Für diesen Bereich gelten die EU-Vergaberichtlinien nicht.
- Dennoch können EU-Regelungen oder Teile davon aufgrund freiwilliger nationaler Entscheidung auch unterhalb der Schwellenwerte umgesetzt werden.
- Bereits im bisherigen dt. Vergaberecht wurden etliche Regelungen aus den EU-Vergaberichtlinien von 2004 übernommen; teils existieren allerdings noch Abweichungen für die Bereiche ab/unterhalb der Schwellenwerte.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

- Die e-Vergabe war bereits von den jüngsten EU-Reformen umfänglich geregelt. Noch bestehende Probleme liegen weniger im Rechtlichen als im technisch/organisatorischen Bereich.
- Bisher besonders nachteilig: weitgehend fehlende bereichsübergreifende Abstimmungen; immerhin ist seit Mitte 2015 die „XVergabe“-Standardisierung verbindlich zu beachten.
- Wichtigste Neuerung der EU-e-Vergabe-Reformen: die zwingende Einführung der eVergabe bei öffentl. Aufträgen – diese allein löst Probleme fehlender Abstimmung aber nicht.
- Die deutsche Umsetzung der EU-Reformen erfolgt durch eine Grundsatzvorschrift (§ 97 Abs. 5) und eine Ermächtigungsgrundlage (§ 113) im GWB-Reformentwurf; Einzelheiten werden in der VgV und in weiteren Regelwerken normiert.
- Neben den Rechtsreformen bleiben verbesserte bereichsübergreifende Abstimmung und praktische Hilfestellungen weiter notwendig.