



## Neues zum Vergaberecht 02/2023



Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen eine weitere Ausgabe unseres Vergaberechtsnewsletters präsentieren zu dürfen. Neben der gerade für den Bau- und IT-Bereich relevanten Frage, ob und inwieweit ein Auftraggeber die zu verwendenden „elektronischen Mittel“ konkretisieren bzw. vorgeben darf, befassen sich die ausgewählten Entscheidungen zudem mit den Kommunikationsanforderungen im Vergabeverfahren sowie dem Konflikt zwischen Referenzanforderungen und Mandatsgeheimnissen.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre.

Über Ihre Anregungen, Rückfragen oder auch Diskussionen über weitere Problemstellungen resultierend aus der derzeitigen Praxis freuen wir uns. Schreiben Sie uns unter: [vergaberecht@leinemann-partner.de](mailto:vergaberecht@leinemann-partner.de).

Mit den besten Grüßen aus Frankfurt und bleiben Sie gesund

Jonas Deppenkemper

## Themen

Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

**Einmal Vergabeplattform, immer Vergabeplattform**

Norbert Knöbel, Düsseldorf

**Der öffentliche Auftraggeber kann die Verwendung des GAEB-Formates verlangen**

Maren Elvira Hintze, Frankfurt am Main

**Auch Anwälte müssen vollständige Referenzangaben machen**



Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

## Einmal Vergabeplattform, immer Vergabeplattform

Die E-Mail ist, als sehr komfortables und schnelles Kommunikationsmittel allseits beliebt. Zur Verfahrenskommunikation innerhalb eines Vergabeverfahrens eignet sie sich allerdings – nicht zuletzt aufgrund der hohen Anforderungen an die Verfahrenskommunikation – nicht.

Dass sich der Rückgriff auf die E-Mail jedenfalls dann als Verfahrensrisiko darstellen kann, wenn in den Unterlagen (wie regelmäßig vorgesehen) nur die Kommunikation über die Vergabeplattform erlaubt ist, hat nun die VK Sachsen (**Beschluss vom 14.04.2023 – 1/SVK/003-23**) entschieden:

Im entschiedenen Fall forderte die Auftraggeberin den für den Zuschlag vorgesehenen Bieter, obwohl ausschließlich über die Vergabeplattform kommuniziert werden sollte, per E-Mail zur Nachreichung weiterer Unterlagen auf. Nach Ablauf der Nachforderungsfrist meldete sich der Bieter um teilte mit, dass er die E-Mail wegen einer Erkrankung erst nach Fristablauf zur Kenntnis nehmen konnte und bat um Fristverlängerung, die ihm auch gewährt wurde.

Ein unterlegener Bieter strengte sodann ein Vergabenachprüfungsverfahren an und forderte den Ausschluss des Bestbieters, da dieser die nachgeforderten Unterlagen nicht innerhalb der ursprünglich gesetzten Nachforderungsfrist vorgelegt habe und daher zwingend gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV auszuschließen sei.

### **Entscheidung**

Die Vergabekammer folgte diesem Vortrag nicht, denn zum einen sei die Auftraggeberin aufgrund der Festlegung, dass sämtliche Kommunikation über die Vergabeplattform zu erfolgen habe, auch selbst hieran gebunden und zum anderen sei ein Zugang des Nachforderungsverlangens nicht belegt – auch, weil vom empfangenden Bieter eine angeforderte Lesebestätigung nicht erteilt worden sei.

Durch die Selbstbindung und durch eine Sorgfaltspflichtverletzung (unterlassene Nachforschung trotz fehlender Lesebestätigung) habe die Korrespondenz insoweit keinerlei Relevanz gehabt. Da die Unterlagen letztlich nachgereicht wurden – wenngleich ohne „wirksame“ Nachforderung – sei ein Ausschluss jedenfalls nicht angezeigt gewesen.

## **Praxishinweis**

Im Ergebnis kann der Vergabekammer insoweit zugestimmt werden, als dass auch ein öffentlicher Auftraggeber sich an den von ihm selbst vorgegebenen Kommunikationsweg zu halten hat. Weniger überzeugend erscheint die Argumentation, wonach eine fehlende Lesebestätigung eine Nachforschungspflicht auslöst, da der Zugang auch ohne (positive) Kenntnisnahme, also das tatsächliche Lesen der Nachricht, erreicht wird. Dass der Zugang erfolgte, ist zudem dadurch belegt, dass der Bieter (wenngleich verspätet) auf die E-Mail antwortete, sodass sie offensichtlich auch zuging.

Für die Praxis ergibt sich aus der Entscheidung gleichwohl folgendes: Wenn die Vergabepattform als einzig zugelassener Kommunikationsweg definiert wird, ist dies bindend – für beide Seiten. Bieter sollten daher auf Anfragen oder auch Rügen per E-Mail verzichten oder Nachrichten jedenfalls zusätzlich über die Plattform versenden, um stets auf der „sicheren Seite“ zu sein.

Gleiches gilt für Auftraggeber: Nachrichten, die nicht (auch) über die Plattform versendet werden, sind grundsätzlich unbeachtlich. Sofern es – etwa für die Begründung eines Ausschlusses – hierauf ankommt, kann sich eine „kurze E-Mail“ daher schnell rächen.

Daher: Kommunikation nur über die Plattform!



Norbert Knöbel, Düsseldorf

## Der öffentliche Auftraggeber kann die Verwendung des GAEB-Formates verlangen

Der öffentliche Auftraggeber kann die Form der Angebotsabgabe über die grundsätzliche Unterscheidung nach Textform oder signierter elektronischer Form (einfache oder qualifizierte Signatur) hinaus noch weiter detailliert bestimmen, wie der BGH am 16.05.2023 (vgl. **BGH, Urteil vom 16.05.2023 – XIII 14/21**) entschieden hat. Die §§ 11, 11a VOB/A ermöglichen auch die genaue Vorgabe der Art der „elektronischen Mittel“.

### Der Fall

Ein öffentlicher Auftraggeber hat Abbruch- und Schadstoffsanierungsleistungen an einer Kaserne ausgeschrieben. In der Bekanntmachung war die Einreichung des Angebots auf elektronischem Weg in Textform vorgesehen. Eine Signatur war nicht verlangt. Die Bieter sollten nach den Angebotsbedingungen das Angebot im GAEB-Format übermitteln. Ein Abbruchunternehmen hat sich am Verfahren beteiligt und war Mindestbietender. Der Auftraggeber schloss den Unternehmer allerdings aus, weil die GAEB-Datei fehlte. Eine Nachforderung erfolgte nicht. Der Auftraggeber hat die Leistungen dann nach zwischenzeitlicher Aufhebung des Verfahrens in einem formlosen Verhandlungsverfahren an einen anderen Bieter vergeben. Der Abbruchunternehmer verlangte Schadenersatz für den ihm entgangenen Auftrag. Er vertrat die Ansicht, dass er unabhängig von der GAEB-Datei die geforderte Textform eingehalten hat. Die fehlende GAEB-Datei hätte zumindest nachgefordert werden müssen.

### Entscheidung

Der Abbruchunternehmer hat mit seinem Schadenersatzbegehren keinen Erfolg! Anders als das Berufungsgericht hält der BGH den Ausschluss wegen fehlender GAEB-Datei für berechtigt. Das Angebot hatte nicht die vom Auftraggeber verlangte Form. Der Senat vertritt dabei die Auffassung, dass der öffentliche Auftraggeber die Form der Angebotsabgabe über die grundsätzliche Unterscheidung nach Textform oder signierter elektronischer Form (einfache oder qualifizierte Signatur) hinaus noch weiter detailliert bestimmen kann. Die §§ 11, 11a VOB/A ermöglichen dem öffentlichen AG auch die Vorgabe der Art der „elektronischen Mittel“. Daher, so der Senat, ist der

Auftraggeber auch berechtigt, ein spezifisches Softwareprogramm für die Angebotsübermittlung vorzugeben. Dies schließt die Verpflichtung zur Einreichung des Angebots unmittelbar im GAEB-Format ein. In der Konsequenz kann der Auftraggeber eine fehlende GAEB-Datei auch nicht nachfordern, da er das ohne GAEB-Datei formunwirksame Angebot nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A zwingend ausschließen muss.

### **Praxishinweis**

Trotz dieser Feststellungen hat der Senat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, da zu prüfen ist, ob die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich der für die Angebotseinreichung zu verwendenden „elektronischen Mittel“ den Bestimmungen des § 11a VOB/A entsprechen. Der Auftraggeber darf den Wettbewerb nicht durch die verlangte elektronische Form nämlich nicht rechtswidrig einschränken. Die Verpflichtung zur Vorhaltung einer nur auf Windows-PCs lauffähigen Software zur Erstellung der GAEB-Dateien dürfte dem Diskriminierungsverbot widersprechen.



Maren Elvira Hintze, Frankfurt am Main

## Auch Anwälte müssen vollständige Referenzangaben machen

Über die Vereinbarkeit der Verschwiegenheitspflicht des Anwalts und der Vorlage von Referenzen als Eignungskriterium hatte die Vergabekammer des Bundes kürzlich entschieden (**Beschluss vom 01.06.2023 – VK 1-37/23**). Dabei wurde auch untersucht, ob anonymisierte Angaben über bisherige Rechtsberatungsleistungen den Anforderungen der Vergabegrundsätze genügen.

### Sachverhalt

Der öffentliche Auftraggeber schrieb eine Rahmenvereinbarung für Rechtsberatungsleistungen im Wege eines europaweiten Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb aus. Zur Bewertung der Eignung der Teilnehmer forderte er die Vorlage von sowohl allgemeinen als auch spezielle Referenzen. Die Liste der allgemeinen Referenzen sollte knappe Informationen über den Inhalt der erbrachten Leistungen, Angaben zum jährlichen Nettoauftragsvolumen, zum Zeitraum der Leistungserbringung sowie zum Auftraggeber (einschließlich Kontaktdaten) umfassen. Die spezielle Referenzliste sollte ausführliche Beschreibungen der erbrachten Leistungen für mindestens drei umfangreiche Mandanten enthalten als auch die identischen Angaben wie sie in der allgemeinen Referenzliste gefordert wurden.

Die Antragstellerin hält das Wertungskriterium "Referenzen" (mit einer Gewichtung von 50 %) für vergaberechtswidrig, da es als diskriminierend gemäß § 97 Abs. 2 GWB und als unverhältnismäßig gemäß § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB betrachtet wird. Zudem verstoße es gegen die BRAO (Verschwiegenheitspflicht gemäß § 43a Abs. 2 BRAO) und das StGB (Anstiftung zur Verletzung von Beruf- und Geschäftsgeheimnissen gemäß §§ 26, 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB). Die Offenlegung des Auftraggebers könne nicht mit dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant in Einklang gebracht werden. Um eine Referenzangabe machen zu können, sei daher die vorherige Zustimmung des betroffenen Auftraggebers erforderlich. Da diese Zustimmung nicht einklagbar ist und somit von dem guten Willen des Mandanten abhängt, könne die tatsächliche Eignung der Sozietät im Falle einer Verweigerung möglicherweise nicht nachgewiesen werden. Dies würde die Anwaltskanzlei in ihrer Akquisitionstätigkeit beeinträchtigen.

Daher solle es ermöglicht werden, anonyme Referenzen abzugeben, um die maximale Punktzahl zu

erreichen. Dadurch wären Anwaltskanzleien nicht auf die Zustimmung ihrer Mandanten angewiesen. Als Organe der Rechtspflege könnten Rechtsanwälte grundsätzlich verlässliche anonyme Informationen bereitstellen, weshalb die Angabe des Auftraggebers und dessen Kontaktdaten nicht zwingend erforderlich wäre.

## **Entscheidung**

Im Ergebnis hielt der Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer nicht Stand und wurde als unbegründet zurückgewiesen. Öffentliche Aufträge werden gemäß § 122 Abs. 1 GWB an fachkundige und leistungsfähige (geeigneter) Unternehmen vergeben. Die Kriterien zur Feststellung der Eignung dürfen unter anderem die technische und berufliche Leistungsfähigkeit betreffen (§ 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB, § 46 VgV). Dazu gehören auch die Vorlage von geeigneten Referenzen über früher ausgeführte Dienstleistungsaufträge mit Angabe des Werts, des Erbringungszeitpunkts sowie des Empfängers (§ 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV).

Damit wird dem Auftraggeber die Forderung von passenden Referenzen Gesetzeswegen ermöglicht um zu überprüfen, ob die Bewerber über die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrungen in der einschlägigen Rechtsberatung verfügt, um den ausgeschriebenen Auftrag angemessen ausführen zu können.

Eine anonymisierte Referenzliste ohne Angaben zum Auftraggeber und dem Nettoauftragsvolumen kann die notwendige Gleichbehandlung der Bewerber nicht garantieren, da eine Überprüfung der Referenzangaben unmöglich wäre. Der Missbrauchsgefahr hinsichtlich der Verschaffung eines Wettbewerbsvorteils gegenüber konkurrierenden Anwaltssozietäten wären Tür und Tor geöffnet. Denn es wäre ein Leichtes, eine gar nicht vorhandene Referenz zu benennen. Ohne die Angabe eines Auftragsvolumens würde zudem der monetäre Umfang der Leistung und somit die wirtschaftliche Bedeutung nicht erkennbar werden. Insgesamt ist eine rechtssichere Auswertung der Referenzen und Begründung der Auswahlentscheidung daher bei anonymen Referenzen nicht realisierbar.

Auch das der Antragstellerin vorgebrachte Argument, dass aufgrund der besonderen Vertrauensstellung der Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege per se von einer Verlässlichkeit der anonymisierten Angaben auszugehen sei, überzeugte die Vergabekammer nicht. Die Anwaltskanzleien konkurrieren im Wettbewerb mit anderen Kanzleien um lukrative Beratungsaufträge. Eine stichprobenartige Überprüfung der Referenzen ist für die Wahrung der Transparenz und Gleichbehandlung unerlässlich.

Dass die Informationen über andauernde oder in der Vergangenheit erbrachte Rechtsberatungsleistungen unter die Verschwiegenheitspflicht fällt, vermag daran nichts zu ändern. Die Zwischenschaltung der Freigaben (Einholung der Zustimmung der jeweils betroffenen Mandanten) ist zwar unerlässlich, führt jedoch zu keiner Wettbewerbsverzerrung. Die Frist bis zur Abgabe des Teilnahmeantrags ermöglicht eine rechtzeitige Einholung.

Die Antragstellerin warb auf ihrer Homepage mit ihren Mandanten, sodass ihr die Einholung der Einwilligung ihrer Mandanten offenkundig auch gelungen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei der Veröffentlichung im Internet ein noch viel größerer Adressatenkreis angesprochen ist, während im Vergabeverfahren der öffentliche Auftraggeber nach § 5 VgV zur besonderen Behandlung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verpflichtet ist. Es ist zu erwarten, dass eine Zustimmung zur Nennung als Referenz daher gestattet wird. Handelt es sich zudem um Referenzen nach Beendigung des Vertrags ist eine Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht – jedenfalls teilweise – nicht ausgeschlossen.

## **Praxistipp**

In der Regel darf von dem Wohlwollen der Mandanten ausgegangen werden, sodass die Einholung der Zustimmung nur einen geringen (zeitlichen) Aufwand erfordert. Auch zur Verschwiegenheit verpflichtete Berufsgruppen können daher nicht mit Verweis auf Berufsgeheimnisse detaillierte Referenzangaben verweigern.