

# Vergaberechtsmodernisierung, Datenschutz, Technik: Die häufigsten Ausschlussgründe (und wie man sie vermeidet)

## **subreport ELVIS – Praxis-Workshop**

Köln, 21. September 2022

## Datenschutz

# Die unvollständige Referenz

- In vielen Vergabeverfahren sind mit dem Angebot Angaben zu Referenzaufträgen zu machen.
- In aller Regel verlangt der öffentliche Auftraggeber dabei die Angabe eines Ansprechpartners mit Kontaktdaten.
- Der Bieter muss in seinem Angebot also personenbezogene Daten nennen. Das ist nach der DSGVO grundsätzlich untersagt.
- In vielen Fällen machen Bieter diese Angaben nicht und berufen sich auf die Regelungen des Datenschutzes. Die Auftraggeber haben hierauf nicht selten mit Angebotsausschlüssen wegen Unvollständigkeit reagiert, z.B. in VgV-Verfahren gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV.
- Meines Erachtens sind solche Ausschlüsse rechtmäßig. Der Auftraggeber darf diese Angaben verlangen. Denn ohne sie ist die Referenz nicht prüfbar.
- Bieter sollten die geforderten Angaben daher machen. Im Zweifel ist zuvor die Zustimmung der betroffenen Personen einzuholen. Hierdurch entfällt das datenschutzrechtliche Problem.

# Angebotsabgabe über die Vergabeplattform (1)

## Frist ist Frist

- Gehen Angebote zu spät auf der Vergabeplattform ein, so sind sie auszuschließen, z.B. im Rahmen von VgV-Verfahren gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV.
- Das gilt auch, wenn die Frist nur geringfügig überschritten wird (VK Südbayern, Beschluss vom 15.11.2021, 3194 . Z 3 - 3 - 01 - 21 – 20).
- Ausschlaggebend für den Zeitpunkt des Eingangs ist die vollständige Übermittlung (VK Südbayern, Beschluss vom 15.11.2021, 3194 . Z3-3-01-21–20).
- Die Frist verlängert sich nicht, wenn der Bieter technische Probleme hat, z.B. aufgrund eines noch ausstehenden Updates der vorgegebenen Software zur Einreichung.
- (Einzige) Empfehlung: **Bei der Angebotsabgabe ist hinreichend Zeit für unvorhergesehene Schwierigkeiten einzuplanen** (VK Bund, Beschl. vom 13.05.2020 - VK2-19/20)

# Angebotsabgabe über die Vergabeplattform (2)

## Was tun, wenn´s klemmt?

- In der Praxis kommen immer wieder Fälle vor, in denen der Bieter kurz vor Ablauf der Angebotsfrist technische Probleme hat und befürchtet, dass er die Frist möglicherweise nicht mehr einhalten kann.
- In solchen Situationen sollte das Angebot **auf keinen Fall über die Nachrichtenfunktion** der Vergabeplattform eingereicht werden. Denn dies führt nach der Rechtsprechung zwingend zum Ausschluss (z.B. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.03.2017 - 15 Verg 2/17). Als Grund wird die Geheimhaltung im Vergabeverfahren angeführt.
- Gleiches gilt für die Einreichung auf anderen unverschlüsselten Übertragungswegen wie z.B. per unverschlüsselter E-Mail.
- Meines Erachtens ist die einzige überhaupt noch erfolgversprechende Maßnahme die Bitte um Fristverlängerung gegenüber dem Auftraggeber. Hier wird der Bieter sich allerdings nur Gehör verschaffen können, wenn er einen Fehler der Vergabeplattform behauptet. Aus Auftraggebersicht stellt sich dann ggfs. die Frage, ob eine Fristverlängerung zugunsten nur eines einzelnen Bieters zulässig ist. Meines Erachtens ist das der Fall, solange die Fristverlängerung nicht der Bevorzugung dieses Bieters dient, sondern z.B. zur Klärung des Sachverhalts (vgl. hierzu VK Bund, Beschluss vom 15.10.2018, VK 1 – 89/18).

# Angebotsabgabe über die Vergabeplattform (3)

## 5 Sekunden zu spät – und jetzt?

- Geht ein Angebot zu spät ein, so ist es auszuschließen - § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV
- Eine Ausnahme gilt, wenn der Bieter dies „nicht zu vertreten“ hat. Das ist nur der Fall, wenn der Bieter die Verspätung trotz Aufbietung aller gebotener Sorgfalt nicht vermeiden konnte. Das wird nur in absoluten Ausnahmefällen gegeben sein. Ein klarer Fall wäre zum Beispiel eine mehrstündige Nichterreichbarkeit der Vergabeplattform bis zum Ablauf der Frist.
- Im Hinblick auf kurzfristige Störungen und Performance-Einbußen der Plattform scheint es jedenfalls noch keine gefestigte Rechtsprechung zu geben.
  - Meines Erachtens muss der Bieter mit vorübergehenden Performance-Einbrüchen und sogar mit kurzfristiger Nichterreichbarkeit der Vergabeplattform rechnen. Dies dürfte jedenfalls dann gelten, wenn sich diese Störungen im Bereich von weniger als fünf Minuten bewegen. Vergabeplattformen sind komplexe IT-Systeme, die mit Lastwechseln und anderen technischen Schwierigkeiten konfrontiert sind. Dauert der Upload am einen Tag drei Minuten, so bedeutet dies nicht, dass die Systemperformance am nächsten Tag exakt gleich bleibt. In diese Richtung tendiert offenbar die VK Bund, Beschl. vom 13.05.2020 - VK2-19/20. Zwar betraf der Fall einen Sachverhalt, in dem die Verzögerung auf dem PC des Bieters entstand. Die Vergabekammer wirft dem Bieter aber zunächst (isoliert) vor, dass er erst 27 Minuten vor Fristablauf mit dem Upload begonnen hat).
  - Es gibt aber auch Entscheidungen, die in die Gegenrichtungen gehen, auch wenn diese offenbar nicht veröffentlicht sind (Herr Dr. Kins berichtete in seinem heutigen Slot). Für diese Ansicht spricht der Grundsatz, dass Bieter die Fristen ausschöpfen dürfen, die ihnen gesetzt sind.
- In der Praxis dringen Bieter mit diesem Argument nur sehr selten durch (vgl. z.B. VK Bund, Beschl. vom 13.05.2020 - VK2-19/20).

# Angebotsabgabe über die Vergabeplattform (4)

## Die fehlende Erklärung in Textform

- Gemäß § 53 Abs. 1 VgV müssen Angebote in Textform abgegeben werden.
- In der Praxis treten immer wieder Fälle auf, in denen eine solche Erklärung fehlt. Beispiele:
  - Das Angebotsschreiben wird vergessen
  - Das Angebotsschreiben ist nicht ausgefüllt
- Es muss dann zwingend ein Ausschluss erfolgen, z.B. gemäß § 57 Abs. 1 VgV.
- Insbesondere darf der Auftraggeber die fehlende Erklärung nicht nachfordern. Denn die Vorschriften über die Nachforderung gelten nur für **unvollständige** Angebote, nicht für formal **fehlerhafte** Angebote.

Exkurs:

# Anforderungen an die Textform

- Das Textformerfordernis des § 53 Abs. 1 VgV gilt nur für das Angebot selbst. In Textform muss also nur das Angebotsschreiben abgegeben werden, nicht die übrigen Unterlagen.
- Die Anforderungen an die Textform sind in § 126b BGB geregelt. Danach gilt:
  - Es muss sich um eine lesbare Erklärung handeln
  - Der Erklärende muss erkennbar sein. Das bedeutet nicht, dass die natürliche Person genannte werden muss, die die Erklärung abgibt („X GmbH“ genügt also)
  - Erkennbarkeit des Abschlusses: Für den Empfänger muss erkennbar sein, an welcher Stelle die Erklärung endet. Dafür reicht zum bereits die Angabe „Diese Erklärung ist nicht unterschrieben“. Empfehlenswert ist aber nach wie vor eine Grußformel mit Nennung des Namens der natürlichen Person des Erklärenden sowie (in aller Regel) der juristischen Person, für die die Erklärung abgegeben wird.
  - Die Erklärung muss auf einem Datenträger dauerhaft gespeichert sein. Das ist bei der Angebotsabgabe über Vergabeplattformen immer der Fall (Festplatte des Servers des Plattformbetreibers)

Exkurs:

# Eigene Formerfordernisse des AG

- Einige Auftraggeber stellen in Vergabeverfahren zusätzliche Formerfordernisse auf, die über die Textform hinausgehen oder von der Textform abweichen. Beispiele sind:
  - Die Forderung einer eingescannten Unterschrift
  - Die Forderung nach der Nennung der natürlichen Person, welche die Erklärung für den Bieter abgibt
  - Die Forderung, dass das Angebot einer Bietergemeinschaft von deren einheitlichem Bevollmächtigten hochgeladen werden muss
- **Der Auftraggeber hat aber keine Möglichkeit, eigene Formerfordernisse an die Angebotserklärung zu regeln.** § 53 Abs. 1 VgV sieht grundsätzlich die Textform vor, in Ausnahmefällen kann darüber hinaus gemäß § 53 Abs. 3 VgV eine elektronische Signatur verlangt werden. Diese Formerfordernisse sind abschließend um vom Auftraggeber nicht erweiterbar (OLG Düsseldorf Beschl. v. 8.7.2020 – Verg 6/20 Rn. 60ff).
- Aufgrund solcher selbst aufgestellter Formerfordernisse darf kein Ausschluss erfolgen. Das gilt laut OLG Düsseldorf offenbar auch dann, wenn der Bieter das Formerfordernis vor Angebotsabgabe nicht gerügt hat.



# Vielen Dank!



**Dr. Karsten Lisch**

Rechtsanwalt / Partner

**ESCH BAHNER LISCH**

Erfststraße 19a (Altes Eichamt)

50672 Köln

T +49 221 716 116 0

F +49 221 716 116 1

[karsten.lisch@eschbahnerlisch.de](mailto:karsten.lisch@eschbahnerlisch.de)

[eschbahnerlisch.de](http://eschbahnerlisch.de)

