

Recht

Hochladen erlaubt?

[01.07.2021] Ist es rechtlich zulässig, wenn Behörden Mitteilungen an Bieter versenden, indem sie die entsprechenden Informationen auf ihre E-Vergabepattform hochladen? Die Vergabekammern Südbayern und des Saarlands kommen hier zu unterschiedlichen Bewertungen.

Wohl keine Entscheidung hat in der Vergangenheit sowohl die Nutzer von E-Vergabesystemen als auch deren Betreiber so verunsichert wie der Beschluss der Vergabekammer (VK) Südbayern vom 29. März 2019 (Az: Z3-3-3194-1-07-03/19). Die VK Südbayern stellte darin fest, dass der Versand von Mitteilungen nach Paragraph 134 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) über Projekträume der E-Vergabepattform – also das Hochladen der Mitteilungen – unzulässig sei. Im Kern hatte die Vergabekammer ausgeführt: „Die Mitteilung nach Paragraph 134 GWB kann nicht dadurch erfolgen, dass die Informationen (...) lediglich in einem internen Bieterbereich auf einer Vergabepattform eingestellt werden, wo der Bieter diese abrufen kann.“

Ganz anders hat die Vergabekammer des Saarlands entschieden (Beschluss vom 22. März 2021, Az.: 1 VK 06/2020). Sie hat die Rechtskonformität einer so erfolgten elektronischen Übermittlung unter bestimmten Voraussetzungen jüngst bestätigt.

Sachlicher Hintergrund beider Fälle war das Absenden von Informationen seitens der Vergabestellen an die Bieter über E-Vergabepattformen. Dies erfolgt zumeist, indem die Informationen in verfahrensindividuellen Bereichen oder so genannten Projekträumen eingestellt werden. Bewerber oder Bieter können die Informationen dort einsehen und gegebenenfalls herunterladen. Bewährte Vorteile sind unter anderem, dass nicht nur der Zugriff der Bieter dokumentiert werden kann, sondern auch die Datenintegrität und Vertraulichkeit sichergestellt sind.

Kernargumente nunmehr widerlegt

Gegen diese Praxis hat die VK Südbayern grundlegend zwei Kernargumente vorgebracht, die nunmehr von der VK Saarland widerlegt wurden: Nach Ansicht der VK Südbayern kann das in Paragraph 134 GWB geforderte „Absenden“ der Information nicht durch ein Hochladen erfolgen, weil die Vergabepattform nicht als Machtbereich des Bieters angesehen werden kann. Ein „Absenden“ sei nur dann zu bejahen, wenn die Information den Machtbereich des Absenders verlasse und in denjenigen des Empfängers übergehe. Dies sah die VK Saarland anders: Als Ausgangspunkt der Überlegungen stellte die Vergabekammer zunächst auf das althergebrachte Begriffsverständnis ab. Demnach werde unter „Versenden“ ein Entäußern aus dem eigenen Machtbereich derart verstanden, dass bei regelgerechtem Verlauf mit dem ordnungsgemäßen Zugang beim Empfänger zu rechnen sei – unter Hinweis auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 09. Februar 2004-X ZB 44/03. Werde das Vergabeverfahren über eine Vergabepattform vollständig digital abgewickelt, könne das „Versenden“ auf elektronischem Weg im Sinne des Paragraphen 134 Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB nicht ausschließlich auf das Absenden einer E-Mail oder eines Faxes beschränkt werden. Denn Paragraph 134 GWB sei nach Wortlaut, dem Willen des Gesetzgebers sowie Sinn und Zweck der Norm technikoffen und nach Maßgabe der Bedeutung des Begriffs der Textform auszulegen.

Aus Sicht der VK Südbayern lässt sich mit einer im Internet hochgeladenen Information die Textform gemäß Paragraph 126b Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) allerdings nicht wahren. Bei Erklärungen, die in das Internet eingestellt, dem Empfänger aber nicht übermittelt werden, sei dies allenfalls dann der Fall, wenn

es tatsächlich zum Download komme. Da die Rechtswirksamkeit einer Information nach Paragraph 134 GWB aber nicht von der Zufälligkeit abhängen könne, dass ein Bieter sie herunterlade, könne das bloße Freischalten der Mitteilung auf der Vergabepattform den Anforderungen des Paragraphen 134 GWB nicht genügen.

Textform unter bestimmten Voraussetzungen gewährt

Nach Meinung der VK Saarland ist die Textform unter bestimmten Voraussetzungen dennoch gewährt, wenn die maßgebliche Information in einem nur dem Empfänger persönlich zugänglichen Raum (Onlinekonto) eingestellt wird. Im Unterschied zum bloßen Bereitstellen auf einer Plattform gelange das Schreiben durch das Einstellen in das persönliche Nutzerkonto, auf das mittels Zugangsdaten nur der Empfänger allein Zugriff hat, allein in dessen Machtbereich. Dabei hat die VK Saarland sich vertieft mit der technischen Funktionsweise der Software auseinandergesetzt und ausgeführt: Mit dem Einstellen der Nachricht in den persönlichen Nutzerbereich wird der Vorgang der Informationsbereitstellung softwareseitig revisionssicher gespeichert. Damit sei ausgeschlossen, dass die Vergabestelle die abgesendeten Dateien in irgendeiner Form verändern, löschen oder in sonstiger Weise manipulieren könne. Gleiches gelte für den Bewerber oder Bieter.

Vor diesem Hintergrund hat die VK Saarland das Vorliegen der Textform bejaht. Abschließend hat die Vergabekammer ihre Ausführungen wie folgt zusammengefasst: Der Fristlauf werde durch elektronisches Versenden entsprechend den Anforderungen des Paragraphen 134 Abs. 2 GWB in Gang gesetzt, wenn die elektronische Information den Machtbereich des Sendenden derart verlassen hat, dass sie von diesem nicht mehr gelöscht, verändert oder zurückgerufen werden kann, in Textform, mithin speicherbar und für eine angemessene Dauer verfügbar ist, und in einem nur dem Empfänger zuzurechnenden sicheren Bereich vergleichbar einem Postfach eingelegt wird, über das die gesamte Verfahrenskommunikation abgewickelt wird.

Nicht bis zum Ende verfolgt

Abschließend lässt sich folgende Bewertung ziehen: Die VK Südbayern hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Informationsübermittlung in Textform via Internet-Bekanntmachung herangezogen, jedoch nicht bis zum Ende verfolgt. Denn der BGH setzt bei der Annahme der Textform voraus, dass ein dauerhafter Datenträger verwendet wird. Als solcher wird jedes Medium bezeichnet, das es dem Empfänger gestattet, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine dem Zweck der Informationen angemessene Dauer einsehen kann, und welches die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen ermöglicht – beispielsweise Disketten, CD-Roms oder DVDs. In Bezug auf Internet-Portale verweist der BGH wiederum auf ein Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 27. Januar 2010 (E-4/09, VersR 2010, 793 Tz. 65 f. – Inconsult). Demnach kann auch eine Website ein dauerhaftes Medium in dem aufgezeigten Sinne sein, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Das Medium muss es dem Empfänger ermöglichen, an ihn persönlich gerichtete Informationen zu speichern.
- Das fragliche Medium muss es dem Empfänger ermöglichen, die für ihn bereitgestellten Informationen so zu speichern, dass diese während eines dem Informationszweck angemessenen Zeitraums abgerufen werden können.
- Das Medium muss die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Daten ermöglichen.

Ob diese Voraussetzungen bei den unterschiedlichen E-Vergabepattformen gegeben sind, ist eine Frage der konkreten technischen Ausgestaltung. Damit kommt es auf die jeweilige technische Spezifikation der Plattform an. Im Fall der VK Saarland waren die Voraussetzungen jedenfalls zu bejahen. Aus Sicht der E-

Vergabe herrscht damit – zumindest was die Möglichkeit der ganzheitlichen Abwicklung eines Vergabeverfahrens über eine E-Vergabeplattform anbelangt –, Rechtssicherheit.

()

Dieser Beitrag ist im Titel der Ausgabe Juli 2021 von Kommune21 erschienen. Hier können Sie ein Exemplar bestellen oder die Zeitschrift abonnieren.

Stichwörter: E-Procurement, E-Vergabe