

Beck'scher VOB- und Vergaberechtskommentar - Vierbändige Ausgabe Band 2: VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, VOB Teil A

Bearbeitet von
Herausgegeben von Martin Burgi, und Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M.

3. Auflage 2019. Buch. Rund 1700 S. Hardcover (In Leinen)
ISBN 978 3 406 69952 8
Format (B x L): 6,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Vergaberecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

benötigen Informationen zu den eingesetzten Verschlüsselungsverfahren, damit sie ihre Kommunikation diesen Verschlüsselungsverfahren unterwerfen können; erst dann ist die vom öffentlichen Auftraggeber intendierte sichere Kommunikation möglich. Demnach sind Informationen zu den Verschlüsselungsverfahren dann „notwendig“, wenn die Unternehmen diese Informationen benötigen, um ihre Kommunikation mithilfe dieser Verschlüsselungsverfahren durchzuführen.

Den Unternehmen Informationen über verwendete **Zeiterfassungsverfahren** zur Verfügung zu stellen hat zweierlei Gründe. Zum einen kann es erforderlich sein, dass die Unternehmen die verwendeten Zeiterfassungsverfahren kennen, weil sie die Spezifikationen dieser Verfahren bei ihrer Kommunikation berücksichtigen müssen. Zum anderen erhalten sie auf diese Weise Kenntnis darüber, wie die öffentlichen Auftraggeber die Zeitdaten zu den Eingängen dokumentieren. Dies ist vor allem für die Einreichung von Angeboten, Teilnahmeanträgen, Interessensbestätigungen und Interessensbekundungen sowie von Plänen und Entwürfen für Planungswettbewerbe von Interesse, weil bei verfristeten Eingängen ein Ausschluss von der Wertung droht, vgl. § 57 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VgV. Im Streitfall kann das jeweilige Unternehmen dann aufgrund des jeweiligen Zeitverfassungsverfahrens prüfen, ob der Eingang tatsächlich verfristet war oder womöglich von einem fehlerhaften Zeiterfassungssystem lediglich als verfristet vermerkt wurde, obwohl der Eingang in Wahrheit fristgemäß war. Dies erleichtert den Unternehmen im Einzelfall die Beweisführung. In der Verordnungsbegründung ist im Gegensatz zum Verordnungstext selbst von Zeitstempelung die Rede. **Elektronische Zeitstempel** werden in Art. 3 Nr. 33 eIDAS-Verordnung definiert als Daten in elektronischer Form, die andere Daten in elektronischer Form mit einem bestimmten Zeitpunkt verknüpfen und dadurch den Nachweis erbringen, dass diese anderen Daten zu diesem Zeitpunkt vorhanden waren. Nähere Ausführungen hierzu enthalten Art. 41f. eIDAS-Verordnung. Elektronische Zeitstempel sind ebenfalls Gegenstand des VDG vom 18.7.2017. 46

§ 12 Einsatz alternativer elektronischer Mittel bei der Kommunikation

(1) Der öffentliche Auftraggeber kann im Vergabeverfahren die Verwendung elektronischer Mittel, die nicht allgemein verfügbar sind (alternative elektronische Mittel), verlangen, wenn er

1. Unternehmen während des gesamten Vergabeverfahrens unter einer Internetadresse einen unentgeltlichen, uneingeschränkten, vollständigen und direkten Zugang zu diesen alternativen elektronischen Mitteln gewährt und
2. diese alternativen elektronischen Mittel selbst verwendet.

(2) Der öffentliche Auftraggeber kann im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen und für Wettbewerbe die Nutzung elektronischer Mittel für die Bauwerksdatenmodellierung verlangen. Sofern die verlangten elektronischen Mittel für die Bauwerksdatenmodellierung nicht allgemein verfügbar sind, bietet der öffentliche Auftraggeber einen alternativen Zugang zu ihnen gemäß Absatz 1 an.

Übersicht

| | R.n. | | R.n. |
|---|------|--|------|
| A. Einführung | 1 | a) Unentgeltlicher Zugang | 10 |
| I. Literatur | 1 | b) Uneingeschränkter und direkter Zugang | 12 |
| II. Entstehungsgeschichte | 2 | c) Vollständiger Zugang | 16 |
| III. Rechtliche Vorgaben im EU-Recht | 3 | d) Weitere Aspekte | 17 |
| B. Kommentierung | 4 | 2. Eigene Verwendung alternativer elektronischer Mittel, § 12 Abs. 1 Nr. 2 VgV | 18 |
| I. Alternative elektronische Mittel, § 12 Abs. 1 VgV | 4 | III. Elektronische Mittel für die Bauwerksdatenmodellierung, § 12 Abs. 2 VgV | 19 |
| II. Zugang zu den alternativen elektronischen Mitteln | 8 | | |
| 1. Zugang zu den alternativen elektronischen Mitteln, § 12 Abs. 1 Nr. 1 VgV | 9 | | |

A. Einführung

I. Literatur

- 1 Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 2017; Ley/Wankmüller, Das neue Vergaberecht 2016, 3. Aufl. 2016; Soudry/Hettich, Das neue Vergaberecht, 2014.

II. Entstehungsgeschichte

- 2 Vgl. hierzu die allgemeinen Ausführungen bei § 9 VgV.

III. Rechtliche Vorgaben im EU-Recht

- 3 Die rechtlichen Grundlagen zu § 12 VgV finden sich in Art. 22 Abs. 4 und 5 RL 2014/24/EU. Ergänzt wird dies durch den Erwägungsgrund 54 RL 2014/24/EU.

B. Kommentierung

I. Alternative elektronische Mittel, § 12 Abs. 1 VgV

- 4 Nach § 11 Abs. 1 S. 1 VgV müssen die aufgrund § 9 Abs. 1 VgV in einem Vergabeverfahren verpflichtend zu verwendenden elektronischen Mittel sowie deren technische

Merkmale allgemein verfügbar, nichtdiskriminierend und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel sein. Von diesem Grundsatz macht § 12 Abs. 1 VgV insoweit eine Ausnahme, indem er vorgibt, was der öffentliche Auftraggeber zu beachten hat, falls er im Vergabeverfahren die Verwendung elektronischer Mittel, die nicht allgemein verfügbar sind, verlangt. Die Vorschrift geht zurück auf Art. 22 Abs. 5 UA 1 RL 2014/24/EU, wonach öffentliche Auftraggeber erforderlichenfalls die Verwendung von Instrumenten und Vorrichtungen vorschreiben können, die nicht allgemein verfügbar sind, sofern die öffentlichen Auftraggeber einen alternativen Zugang bieten. Elektronische Mittel, die nicht allgemein verfügbar sind, werden in § 12 Abs. 1 VgV als „alternative elektronische Mittel“ legaldefiniert. Alternative elektronische Mittel sind demnach solche, die nicht für alle Menschen ohne Einschränkung verfügbar sind und die nicht bei Bedarf – gegebenenfalls gegen marktübliches Entgelt – von allen Menschen erworben werden können.¹

§ 12 Abs. 1 VgV trifft keine Aussage darüber, wann der öffentliche Auftraggeber alternative elektronische Mittel verwenden darf und § 12 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VgV konkretisiert nicht das Wesen alternativer elektronischer Mittel. Vielmehr wird in § 12 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VgV nur geregelt, was der öffentliche Auftraggeber zu beachten hat, falls er alternative elektronische Mittel verwendet. Ob also im Einzelfall die Verwendung alternativer elektronischer Mittel tatsächlich erforderlich war, um das vom öffentlichen Auftraggeber intendierte Ziel zu erreichen, ist nicht aufgrund von § 12 Abs. 1 VgV zu überprüfen, da die Norm hierzu keine Aussagen trifft. Vielmehr ist der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich frei in der Bestimmung des Einsatzes alternativer elektronischer Mittel.²

Motiv des öffentlichen Auftraggebers für die Verwendung alternativer elektronischer Mittel kann ein nach § 10 Abs. 1 S. 1 VgV festgelegtes hohes Sicherheitsniveau³ sein, das aufgrund besonders sensibler Daten erforderlich ist,⁴ und das durch die Verwendung allgemein verfügbarer Mittel nicht erreicht werden kann. In diesem Zusammenhang führt der Richtliniengeber in Erwägungsgrund 54 RL 2014/24/EU aus, dass klargestellt werden sollte, dass in Fällen, in denen der Rückgriff auf nicht allgemein verfügbare elektronische Mittel das nötige Schutzniveau bieten kann, diese elektronischen Mittel genutzt werden sollten, was beispielsweise der Fall sein kann, wenn die öffentlichen Auftraggeber die Nutzung spezieller sicherer Kommunikationskanäle vorschreiben, zu denen sie den Zugang anbieten.⁵

Alternative elektronische Mittel können darüber hinaus auch erforderlich werden, wenn Vergabeverfahren betroffen sind, in denen Daten übermittelt werden müssen, deren Übermittlung aus anderen als Sicherheitsgründen nicht mit allgemein verfügbaren elektronischen Mitteln möglich ist.⁶ Auch in diesen Fällen muss es dem öffentlichen Auftraggeber möglich sein, auf alternative elektronische Mittel auszuweichen, wenn die elektronische Kommunikation ansonsten überhaupt nicht möglich wäre. Ein Beispiel hierfür sind Dateiformate zur Beschreibung der Angebote, die nicht mit allgemein verfügbaren oder verbreiteten Programmen verarbeitet werden können oder die durch andere als kostenlose und allgemein verfügbare Lizenzen geschützt sind. Dieses Beispiel ist § 41 Abs. 2 Nr. 2 VgV

¹ Vgl. hierzu die Definition in BT-Drucks. 18/7318, S. 155. Vgl. ebenfalls die detaillierten Ausführungen zum Begriff der allgemein verfügbaren elektronischen Mittel in der Kommentierung zu § 11 VgV.

² In diesem Sinne zumindest missverständlich Müller in KKMPP, Kommentar zur VgV, 2017, § 12 Rn. 10, der mit einer weiten Auslegung des § 12 Abs. 1 VgV den öffentlichen Auftraggebern eine verstärkte Möglichkeit zur Verwendung alternativer elektronischer Mittel ermöglichen will. Allerdings scheint diese Argumentation zu verkennen, dass § 12 Abs. 1 VgV keine Aussage darüber trifft, ob und wann der öffentliche Auftraggeber alternative elektronische Mittel verwenden darf, sondern nur, was er dabei zu beachten hat, falls er sie verwendet.

³ Vgl. hierzu die Kommentierung zu § 10 VgV.

⁴ So das Beispiel in BT-Drucks. 18/7318, S. 155.

⁵ RL 2014/24/EU, Erwägungsgrund 54.

⁶ BT-Drucks. 18/7318, S. 155.

entlehnt und illustriert sehr gut, wann eine elektronische Kommunikation nur mithilfe alternativer elektronischer Mittel möglich sein kann.

II. Zugang zu den alternativen elektronischen Mitteln

- 8 Entscheidet sich der öffentliche Auftraggeber, alternative elektronische Mittel zu verwenden, so hat der die in § 12 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VgV niedergelegten Vorgaben zu erfüllen. Diese geben keine Auskunft darüber, ob es im konkreten Einzelfall sinnvoll und gerechtfertigt ist, alternative elektronische Mittel zu verlangen, sondern formulieren Vorgaben, die der öffentliche Auftraggeber beachten muss, falls er sich entscheidet, elektronische Mittel zu verwenden.

1. Zugang zu den alternativen elektronischen Mitteln, § 12 Abs. 1 Nr. 1 VgV

- 9 Verlangt der öffentliche Auftraggeber alternative elektronische Mittel, so hat er nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 VgV Unternehmen während des gesamten Vergabeverfahrens unter einer Internetadresse einen unentgeltlichen, uneingeschränkten, vollständigen und direkten Zugang zu diesen alternativen elektronischen Mitteln zu gewähren. § 12 Abs. 1 Nr. 1 VgV geht zurück auf Art. 22 Abs. 5 UA 2 lit. a) RL 2014/24/EU der für den Fall, dass öffentliche Auftraggeber geeignete alternative Zugänge anbieten fordert, dass sie ab dem Datum der Veröffentlichung der Bekanntmachung gemäß Anhang VIII RL 2014/24/EU oder ab dem Versanddatum der Aufforderung zur Interessensbestätigung unentgeltlich einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang anhand elektronischer Mittel zu diesen Instrumenten und Vorrichtungen anbieten. Der Text der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung muss die Internet-Adresse, über die diese Instrumente und Vorrichtungen zugänglich sind, enthalten. Der Ordnungsgeber führt in der Verordnungsbegründung hierzu aus, dass dann, wenn öffentliche Auftraggeber alternative elektronische Mittel verwenden, sie den Unternehmen ab dem Datum der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung oder ab dem Datum des Versendens der Aufforderung zur Interessensbestätigung unter einer Internetadresse unentgeltlich einen uneingeschränkten, vollständigen und direkten Zugang zu diesen alternativen elektronischen Mitteln gewähren müssen, und diese Internetadresse in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung angegeben werden muss.⁷ Die Vorschrift erinnert von ihrem Wortlaut her an § 41 Abs. 1 VgV, nach dem der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung eine elektronische Adresse anzugeben hat, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können.⁸
- 10 a) **Unentgeltlicher Zugang.** Der Ordnungsgeber macht in der Verordnungsbegründung zu § 41 Abs. 1 VgV Ausführungen zur unentgeltlichen Abrufbarkeit von Vergabeunterlagen.⁹ Demnach sind Vergabeunterlagen dann unentgeltlich abrufbar, wenn kein an den Vergabeunterlagen Interessierter für das Auffinden, den Empfang und das Anzeigen von Vergabeunterlagen einem öffentlichen Auftraggeber oder einem Unternehmen ein Entgelt entrichten muss. Von dem Merkmal der Unentgeltlichkeit, so der Ordnungsgeber weiter, sind sämtliche Funktionen elektronischer Mittel, die nach dem jeweils aktuellen Stand der Technik erforderlich sind, um auf Vergabeunterlagen zuzugreifen, umfasst. Demgegenüber steht es nach Ansicht des Ordnungsgebers der Unentgeltlichkeit nicht entgegen, wenn öffentliche Auftraggeber oder Unternehmen über das Auffinden, den Empfang und das Anzeigen von Vergabeunterlagen sowie die dafür erforderlichen Funktionen elektronischer Mittel hinaus weitere, entgeltpflichtige Dienste anbieten, die zum Beispiel das

⁷ BT-Drucks. 18/7318, S. 155.

⁸ Vgl. deshalb zur Auslegung der einzelnen Begriffe ergänzend auch die Kommentierung zu § 41 VgV.

⁹ BT-Drucks. 18/7318, S. 180.

Auffinden von Bekanntmachungen im Internet erleichtern. Allerdings darf nicht ausgeschlossen werden, dass solche entgeltpflichtigen Dienste auch unentgeltlich angeboten werden.

Diese Ausführungen lassen sich für die Bestimmung der Unentgeltlichkeit in § 12 Abs. 1 Nr. 1 VgV fruchtbar machen. Der Zugang zu alternativen Mitteln unter einer Internetadresse ist demnach dann unentgeltlich, **wenn kein an der Kommunikation Interessierter für die Nutzung der alternativen Mittel einem öffentlichen Auftraggeber oder einem Unternehmen ein Entgelt entrichten muss.** Dabei erstreckt sich die Unentgeltlichkeit auf sämtliche Funktionalitäten der alternativen elektronischen Mittel, die nach dem jeweils aktuellen Stand der Technik erforderlich sind, um damit in dem Vergabeverfahren zu kommunizieren. Der öffentliche Auftraggeber darf also nicht einen kostenlosen Basisdienst zur Kommunikation mit den alternativen elektronischen Mitteln anbieten, der lediglich einen Teil der möglichen Kommunikation umfasst, und zusätzlich einen entgeltpflichtigen Zusatzdienst, wenn dieser Zusatzdienst für die Kommunikation im Vergabeverfahren erforderlich ist, weil durch ihn bspw. Angebote, Teilnahmeanträge und Interessensbestätigungen mitgeteilt werden müssen oder ganz allgemein nur dort Dokumente und Unterlagen hochgeladen werden können. Bietet der öffentliche Auftraggeber allerdings entgeltliche Dienste an, die für die Kommunikation in dem Vergabeverfahren nicht erforderlich sind, und die bspw. lediglich zusätzliche Komfortfunktionen beinhalten, dann steht ihm dies frei, solange die erforderliche unentgeltliche Kommunikation mittels der alternativen elektronischen Mittel nicht beeinträchtigt wird.¹⁰

b) Uneingeschränkter¹¹ und direkter Zugang. In der Verordnungsbegründung zu § 41 Abs. 1 VgV definiert der Verordnungsgeber die Vergabeunterlagen dann als uneingeschränkt und direkt abrufbar, wenn die Bekanntmachung mit der anzugebenden Internetadresse einen eindeutig und vollständig beschriebenen medienbruchfreien elektronischen Weg zu den Vergabeunterlagen enthält. In der Bekanntmachung, so der Verordnungsgeber weiter, sind alle Informationen anzugeben, die es einem Bürger oder einem Unternehmen ohne wesentliche Zwischenschritte und ohne wesentlichen Zeitverlust ermöglichen, mit elektronischen Mitteln an die Vergabeunterlagen zu gelangen. Die angegebene Internetadresse muss potenziell erreichbar sein und die Vergabeunterlagen enthalten.¹² Der Verordnungsgeber führt weiter aus, dass Vergabeunterlagen im Rahmen der auf elektronische Mittel gestützten öffentlichen Auftragsvergabe ausschließlich dann uneingeschränkt und direkt abrufbar sind, wenn weder interessierte Bürger noch interessierte Unternehmen sich auf einer elektronischen Vergabeplattform mit ihrem Namen, mit einer Benutzerkennung oder mit ihrer E-Mail Adresse registrieren müssen, bevor sie sich über bekanntgemachte öffentliche Auftragsvergaben informieren oder Vergabeunterlagen abrufen können. Beides muss interessierten Bürgern oder interessierten Unternehmen ohne vorherige Registrierung möglich sein.¹³

Auch hieraus lassen sich Konkretisierungen für den uneingeschränkten und direkten Zugang zu alternativen elektronischen Mitteln ableiten. Zunächst muss die Bekanntmachung mit der nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 VgV zu verwendenden Internetadresse einen eindeutig und vollständig beschriebenen medienbruchfreien elektronischen Weg zu dem alternativen elektronischen Mittel enthalten, wobei die Medienbruchfreiheit hier weniger das Problem ist, denn auch alternative elektronische Mittel sind elektronische Mittel und bewegen sich ausschließlich auf der digitalen Medienebene. Letztendlich muss aus der Bekanntmachung heraus das alternative elektronische Mittel problemlos erreichbar sein und die Nutzer dürfen nicht vor Schwierigkeiten gestellt werden. Das folgt auch aus der weiteren Anforderung, nämlich dass in der Bekanntmachung alle Informationen anzugeben sind, die es ei-

¹⁰ Siehe zu „unentgeltlich“ auch Müller in KKMPP, Kommentar zur VgV, 2017, § 12 Rn. 12.

¹¹ Vgl. zu „uneingeschränkt“ auch Müller in KKMPP, Kommentar zur VgV, 2017, § 12 Rn. 13.

¹² BT-Drucks. 18/7318, S. 180.

¹³ BT-Drucks. 18/7318, S. 181.

nem Bürger oder einem Unternehmen ohne wesentliche Zwischenschritte und ohne wesentlichen Zeitverlust ermöglichen, an das alternative elektronische Mittel zu gelangen, d.h. mit seiner Hilfe zu kommunizieren. Dies dürfte dann nicht mehr der Fall sein, wenn der Bieter erst umfangreiche Programme auf seinen IT-Geräten installieren muss, um erst dann über eine Internetverbindung mit dem öffentlichen Auftraggeber kommunizieren zu können.

- 14 Auch muss das alternative elektronische Mittel „potenziell erreichbar“ sein. Dies bedeutet, dass der Kommunikationskanal des alternativen elektronischen Mittels potenziell offen sein muss, dass also während der weit überwiegenden Zeit eine Kommunikation mit dem alternativen elektronischen Mittel möglich sein muss. Wie hoch der Prozentsatz an Zeit nun genau sein muss, damit das alternative elektronische Mittel potenziell offen ist, lässt sich mangels vorhandener Rechtsprechung nicht eindeutig bestimmen. Auf jeden Fall wird dieser Prozentsatz weit über 95 % liegen müssen, und zwar sowohl auf das Jahr, wie grundsätzlich auch auf den einzelnen Tag bezogen. Nur in Ausnahmefällen, bei nicht vermeidbaren Wartungsarbeiten oder bei höherer Gewalt, wird man hier eine Ausnahme anerkennen können.
- 15 Schließlich darf weder von interessierten Bürgern noch von interessierten Unternehmen verlangt werden, dass sie sich auf einer elektronischen Vergabeplattform mit ihrem Namen, mit einer Benutzerkennung oder mit ihrer E-Mail Adresse registrieren müssen, bevor sie mit den alternativen elektronischen Mitteln kommunizieren können. Hieraus folgt auch, dass bei der Verwendung der alternativen elektronischen Mitteln § 9 Abs. 3 VgV dahingehend eingeschränkt werden muss, **dass eine Registrierung für das gesamte Vergabeverfahren, für das alternative elektronische Mittel verwendet werden, unzulässig ist, weil der uneingeschränkte und direkte Zugang während des gesamten Vergabeverfahrens gewährleistet werden muss.**
- 16 **c) Vollständiger Zugang.** Nach den Ausführungen des Verordnungsgebers in der Verordnungsbegründung zu § 41 Abs. 1 VgV sind Vergabeunterlagen dann vollständig abrufbar, wenn über die Internetadresse in der Bekanntmachung sämtliche Vergabeunterlagen und nicht nur Teile derselben abgerufen werden können.¹⁴ Dementsprechend ist der Zugang zu alternativen elektronischen Mitteln dann vollständig, wenn über die Internetadresse in der Bekanntmachung die vollständige Kommunikation und nicht nur ein Teil der Kommunikation mithilfe der alternativen elektronischen Mittel erfolgt bzw. erreichbar ist.¹⁵
- 17 **d) Weitere Aspekte.**¹⁶ § 12 Abs. 1 VgV hat lediglich Art. 22 Abs. 5 UA 2 lit. a) RL 2014/24/EU in die VgV übernommen. Art. 22 Abs. 5 UA 2 lit. b) und c) RL 2014/24/EU tauchen im Wortlaut des § 12 Abs. 1 VgV nicht auf. Nach Art. 22 Abs. 5 UA 2 lit. b) RL 2014/24/EU haben öffentliche Auftraggeber, wenn sie einen geeigneten alternativen Zugang anbieten, zu gewährleisten, dass Bieter ohne Zugang zu den betreffenden Instrumenten und Vorrichtungen und ohne Möglichkeit, diese innerhalb der einschlägigen Fristen zu beschaffen, sofern das Fehlen des Zugangs nicht dem betreffenden Bieter zuzuschreiben ist, Zugang zum Vergabeverfahren mittels provisorischer Token haben, die online unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Nach Art. 22 Abs. 5 UA 2 lit. c) RL 2014/24/EU haben öffentliche Auftraggeber, wenn sie einen geeigneten alternativen Zugang anbieten, einen alternativen Kanal für die elektronische Einreichung von Angeboten zu unterstützen. Ob öffentliche Auftraggeber, die ihre alternativen elektronischen Kanäle nach Art. 22 Abs. 5 UA 2 lit. b) RL 2014/24/EU bzw. nach Art. 22 Abs. 5 UA 2 lit. c) RL 2014/24/EU ausgestalten, auch nach dem deutschen Vergaberecht zulässige alternative elektronische Mittel verwenden, ist nicht eindeutig. So wird die Meinung vertreten, dass die fehlende Umsetzung dieser beiden Regelungen in deutsches Recht nicht bedeute, dass der öffentliche Auftraggeber von der Möglichkeit, online unentgeltlich provisorische Token

¹⁴ BT-Drucks. 18/7318, S. 181.

¹⁵ Vgl. zu „vollständig“ und „direkt“ auch Müller in KKMPP, Kommentar zur VgV, 2017, § 12 Rn. 13.

¹⁶ Vgl. hierzu auch die Ausführungen bei Wankmüller Das neue Vergaberecht, 2014, S. 240.

zur Verfügung zu stellen oder einen alternativen Kanal für die elektronische Einreichung von Angeboten zu unterstützen, keinen Gebrauch machen dürfe.¹⁷ Aufschlussreich ist hier die Verordnungsbegründung. Darin wird ausgeführt, dass in den Fällen, in denen die öffentlichen Auftraggeber keinen uneingeschränkten, vollständigen und direkten Zugang zu den verwendeten alternativen elektronischen Mitteln einräumen können und das Fehlen eines solchen Zuganges nicht auf dem Verschulden des betreffenden Unternehmens beruht, sie zu den verwendeten alternativen elektronischen Mitteln anderweitig Zugang gewähren müssen, und die öffentlichen Auftraggeber beispielsweise Zugang zu den verwendeten alternativen elektronischen Mitteln gewähren können, indem sie spezielle sichere Kanäle zur Nutzung vorschreiben, zu denen sie individuellen Zugang gewähren.¹⁸ Diese Formulierung erinnert, in abgewandelter Form, doch sehr an die Regelung des Art. 22 Abs. 5 UA 2 lit. b) RL 2014/24/EU, denn provisorische Token, die online unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden, sind Softwarelösungen zur Identifizierung und Authentifizierung von Benutzern und damit spezielle sichere Kanäle zur Nutzung, zu denen individueller Zugang gewährt wird. Damit ist § 12 Abs. 1 VgV dahingehend einzuschränken, dass in den Fällen, die in der Verordnungsbegründung erwähnt werden, anderweitige Zugänge zur Verfügung gestellt werden können, die sich an der Regelung des Art. 22 Abs. 5 UA 2 lit. b) RL 2014/24/EU orientieren. Letztendlich dürfte auch Art. 22 Abs. 5 UA 2 lit. c) RL 2014/24/EU zulässig sein, denn in der Verordnungsbegründung wird die „Token-Lösung“ nur als ein Beispiel erwähnt, so dass die Einrichtung eines alternativen Kanals für die elektronische Einreichung von Angeboten ein weiteres Beispiel im Sinne der Verordnungsbegründung ist.

2. Eigene Verwendung alternativer elektronischer Mittel, § 12 Abs. 1 Nr. 2 VgV

Keine Entsprechung in der RL 2014/24/EU findet hingegen § 12 Abs. 1 Nr. 2 VgV. 18 Dass der öffentliche Auftraggeber dieselben elektronischen Mittel verwendet, die er den Unternehmen vorgibt, dürfte allerdings eine Selbstverständlichkeit sein. Zu beachten ist hier, dass der öffentliche Auftraggeber nur verpflichtet ist, die alternativen elektronischen Mittel in dem Verfahren zu verwenden, für das er die Verwendung von den Unternehmen verlangt hat. In anderen Vergabeverfahren muss er die alternativen elektronischen Mittel nicht verwenden.

III. Elektronische Mittel für die Bauwerksmodellierung, § 12 Abs. 2 VgV

Nach § 12 Abs. 2 S. 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Vergabe 19 von Bauleistungen und für Wettbewerbe die Nutzung elektronischer Mittel für die Bauwerksmodellierung verlangen. Diese Vorschrift geht zurück auf Art. 22 Abs. 4 S. 1 RL 2014/24/EU, wonach die Mitgliedstaaten für öffentliche Bauaufträge und Wettbewerbe die Nutzung spezifischer elektronischer Instrumente, wie z. B. elektronische Instrumente für die Gebäudedatenmodellierung oder dergleichen, verlangen können.

Der Sinn der Vorschrift erschließt sich nicht unmittelbar. Denn zum einen sind elektro- 20 nische Mittel im Kontext des Abschnitt 1, Unterabschnitt 2 der VgV ausschließlich für die Kommunikation in einem Vergabeverfahren verpflichtend und relevant, § 9 Abs. 1 VgV, die Pflicht zu ihrer Verwendung erstreckt sich jedoch nicht auf Bestandteile des Verfahrens, die auf die Vergabe des Auftrags folgen.¹⁹ Zum anderen handelt es sich bei den in § 12 Abs. 2 S. 1 VgV erwähnten elektronischen Mitteln für die Bauwerksmodellierung um sogenannte BIM-Systeme („*building information modeling systems*“), also um eine Methode zur Erstellung und Nutzung intelligenter digitaler Bauwerksmodelle, die es sämtlichen Projekt-

¹⁷ Müller in KKMPP, Kommentar zur VgV, 2017, § 12 Rn. 14.

¹⁸ BT-Drucks. 18/7318, S. 155.

¹⁹ RL 2014/24/EU, Erwägungsgrund 52.

VgV § 12

Einsatz alternativer elektronischer Mittel bei der Kommunikation

beteiligten ermöglichen, bei Planung und Realisierung auf eine gemeinsame Datenbasis zurückzugreifen, wobei Projektbeteiligte zum Beispiel Architekten, Ingenieure, Bauherren oder Bauausführende sein können.²⁰ Es ist schwer vorstellbar, inwieweit solche BIM-Systeme während eines laufenden Vergabeverfahrens eingesetzt werden können.

21 § 12 Abs. 2 S. 1 VgV ist deshalb anders auszulegen. Es wird hier den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit eingeräumt, im Rahmen der Vergabe eines Bauauftrages oder im Zusammenhang mit der Ausrichtung eines Planungswettbewerbes von dem Unternehmen, auf dessen Angebot der Zuschlag erteilt wird, zu verlangen, dass für die Ausführung öffentlicher Aufträge elektronische Mittel für die Bauwerksdatenmodellierung, mithin BIM-Systeme, genutzt werden.²¹ Es handelt sich also um eine besondere Bedingung für die Ausführung eines Auftrags nach § 128 Abs. 2 GWB.²² Öffentliche Auftraggeber sind aufgrund des § 12 Abs. 2 S. 1 VgV jedoch nicht verpflichtet, die Nutzung von BIM-Systemen bei der Ausführung von Aufträgen vorzuschreiben, machen sie jedoch von dem Einsatz solcher digitaler Bauwerksdatenmodellierungssysteme Gebrauch, müssen die öffentlichen Auftraggeber allgemein zugängliche offene Schnittstellen, die produktneutrale Ausschreibungen ermöglichen, gewährleisten.²³

22 Sofern die verlangten elektronischen Mittel für die Bauwerksmodellierung nicht allgemein verfügbar sind, dann hat der öffentliche Auftraggeber einen alternativen Zugang zu ihnen gemäß § 12 Abs. 1 VgV anzubieten. Diese Regelung geht auf Art. 22 Abs. 4 RL 2014/24/EU zurück, wonach die öffentlichen Auftraggeber alternative Zugänge gemäß Art. 22 Abs. 5 RL 2014/24/EU bis zu dem Zeitpunkt anzubieten haben, zu dem die Instrumente für die Gebäudedatenmodellierung oder dergleichen allgemein zur Verfügung stehen. Hieraus folgt, dass die Verpflichtung aus § 12 Abs. 2 S. 1 VgV nur so lange besteht, solange die verlangten elektronischen Mittel für die Bauwerksmodellierung nicht allgemein verfügbar sind.

²⁰ BT-Drucks. 18/7318, S. 156.

²¹ BT-Drucks. 18/7318, S. 155 f.

²² Müller in KKMPP, Kommentar zur VgV, 2017, § 12 Rn. 20.

²³ BT-Drucks. 18/7318, S. 156.