

## 2

### **Immer wieder: Die elektronische Einreichung von Angeboten und Probleme mit dem Dateiformat**

#### **Leitsätze:**

**1. Der Auftraggeber kann gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A 2016 festlegen, welche elektronischen Mittel (§§ 11, 11a VOB/A) bei der Einreichung von elektronischen Angeboten zu verwenden sind.**

**2. Werden vorgegebene elektronische Mittel bei der Einreichung des Angebots nicht verwendet, ist das Angebot nicht formgerecht übermittelt und gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2016 auszuschließen.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.05.2023, XIII ZR 14/21

von **Dr. Oliver Jauch**, RA und FA für Vergaberecht, Görg Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Hamburg

#### **A. Problemstellung**

Der BGH befasst sich mit der Frage, ob der Auftraggeber neben der elektronischen Einreichung der Angebote auch das entsprechende Dateiformat vorgeben darf.

#### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die Vergabestelle veröffentlichte im Jahr 2019 eine Ausschreibung nach der VOB/A 2016. In der Bekanntmachung wurde darauf hingewiesen, dass elektronische Angebote ohne elektronische Signatur (Textform) akzeptiert werden. In den Vergabeunterlagen wurde die Abgabe des Angebots als GAEB-Datei im Format d.84 oder x.84 gefordert. Die Klägerin gab zwar das

günstigste Angebot ab, jedoch ist streitig, ob sie dies lediglich im PDF oder auch als GAEB-Datei einreichte. Die Vergabestelle schloss das Angebot der Klägerin mit Verweis auf die fehlende GAEB-Datei aus. Nach Aufhebung und erneuter Ausschreibung beauftragte sie einen anderen Bieter.

Die Klägerin erhob daraufhin Klage vor dem LG Aachen auf Schadensersatz für den ihr entgangenen Auftrag. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hin hat das OLG Köln das Urteil abgeändert und die Klage für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt. Die Vergabestelle hat hiergegen Revision vor dem BGH eingelegt.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts hat vor dem BGH keinen Bestand. Der Senat lehnt einen Schadensersatzanspruch ab, da das Angebot der Klägerin bei fehlendem GAEB-Format zu Recht ausgeschlossen worden sei. Da die Vorinstanz keine Feststellungen dazu getroffen hatte, ob die Klägerin ihr Angebot auch als GAEB-Datei eingereicht hat, wurde dies vom Senat zugunsten der Revision unterstellt.

Entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts könne der Auftraggeber gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A 2016 festlegen, welche elektronischen Mittel bei der Einreichung von elektronischen Angeboten zu verwenden sind. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/A 2019 legt der Auftraggeber fest, in welcher Form die Angebote einzureichen sind. Dabei sind elektronische Angebote nach Wahl des Auftraggebers in Textform oder mit einer Signatur zu übermitteln, wenn der Auftraggeber gemäß § 11 Abs. 1 VOB/A 2016 die elektronische Kommunikation vorgegeben hat. Dabei lasse der Begriff der „Form“ in § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A 2016 nach seinem Wortlaut die Auslegung dahin zu, dass die Form des Angebots auch die bei seiner Einreichung zu verwendenden elektronischen Mittel umfasse. Die „Form“ einer Erklärung bezeichne die Anforderungen an die Art und Weise ihrer Verkörperung und Abgabe. Die bei der Abgabe eines Angebots verwendeten elektronischen Mittel bestimmten dabei die Art und Weise der Verkörperung des Angebots und seiner Abgabe. Eine Definition des elektronischen Mittels lasse sich der VOB/A 2016 – insbesondere den §§ 11 VOB/A 2016, 11a VOB/A 2016 – nicht entnehmen, jedoch zieht der Senat die Definition in § 11 Abs. 1 VOB/A-EU 2016 heran, da nach dem

Einführungserlass des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit für die Durchführung der elektronischen Kommunikation im Ober- und Unterschwellenbereich übereinstimmende Regelungen gelten sollen. Demnach sind elektronische Mittel Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung. Schon dem Wortlaut nach umfasse der Begriff der elektronischen Mittel danach auch Softwareprogramme, die der elektronischen Datenübermittlung dienen. Dies ergebe sich auch aus der den Normen zugrunde liegenden Vergaberichtlinie 2014/24/EU: Nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 13 zählen zu den Auftragsunterlagen auch Formate für die Einreichung von Unterlagen seitens der Bewerber und Bieter. Zudem lasse sich den Erwägungsgründen 52 und 53 sowie Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 und Abs. 6 klar entnehmen, dass die dort genannten elektronischen Kommunikationsmittel auch spezifische Instrumente, Vorrichtungen, Anwendungen und Dateiformate und damit auch (Software-)Programme umfassen. Denn durch die Vorgaben in Art. 22 der Richtlinie solle sichergestellt werden, dass es sich bei den zur Einreichung elektronischer Angebote verwendeten elektronischen Kommunikationsmitteln entweder um allgemein verfügbare und von allgemein verfügbaren Anwendungen unterstützte Instrumente, Vorrichtungen und Dateiformate handelt oder der Auftraggeber diese den Bietern zur Verfügung stellt.

Nach Ansicht des BGH bestimmten elektronische Mittel daher durch die Vorgabe von Dateiformaten die Art und Weise der (äußeren) Verkörperung und der Abgabe und Übermittlung des Angebots. Die Einbeziehung der Vorgabe elektronischer Mittel unter den Begriff der Form überschreite daher nicht die Wortlautgrenze.

Bei der Festlegung der Verwendung elektronischer Mittel sei der Auftraggeber auch befugt, das dafür erforderliche Dateiformat festzulegen. § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2016 weise eine enge Verbindung zu dem in den §§ 11 VOB/A 2016, 11a VOB/A 2016 geregelten Recht des Auftraggebers zur Festlegung der Kommunikationsformen und -wege auf. Dem Auftraggeber komme dabei ein weiter Ermessensspielraum zu. Dabei werde durch § 13 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 1 und 4 VOB/A 2016 sowie § 11 Abs. 4 VOB/A 2016 systematisch die Textform und die zur Übermittlung verwendeten elektronischen Mittel verknüpft. Daraus ergebe sich, dass die Ver-

wendung von durch elektronische Mittel vorgehene Dateiformate nicht den Inhalt der Vergabeunterlagen, sondern ihre äußere Form und die Art und Weise der Abgabe der Einreichung des Angebots betrifft. Dabei drohe auch keine Umgehung ausdrücklich normierter technischer Standards, da Auftraggeber diese bei ihren Vorgaben gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2016 zu beachten haben.

Schließlich entspreche eine solche Auslegung auch dem Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2016 Die Norm diene der Sicherstellung des ordnungsgemäßen Wettbewerbs im Vergabeverfahren, Chancengleichheit und Transparenz sowie insbesondere der Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote für die Wertungsphase. Ausweislich des Erwägungsgrundes 52 der Richtlinie 2014/24/EU solle die Verwendung elektronischer Informations- und Kommunikationsmittel zudem die Bekanntmachung von Aufträgen erheblich vereinfachen und Effizienz und Transparenz der Vergabeverfahren steigern. Die Verwendung einheitlicher Dateiformate durch alle Bieter stelle eine solche Vergleichbarkeit sicher und verhindere beim Auftraggeber zusätzlichen Aufwand, indem eine erforderliche Umwandlung und Überprüfung der Angebote entfalle. Nach den Ausführungen des Senats können die §§ 11, 11a VOB/A demnach ihren Sinn und Zweck zum Schutz der Effizienz und Transparenz nicht erfüllen, wenn eine Verletzung entsprechender Vorgaben keinen Ausschluss des Angebots gemäß den §§ 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A 2016, 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2016 zur Folge hätte. Die hier durch die Vergabestelle erstellten Vergabeunterlagen seien nach dem objektiven Empfängerhorizont der potenziellen Bieter eindeutig dahin zu verstehen, dass das Leistungsverzeichnis als GAEB-Datei im Format d.84 oder x.84 eingereicht werden musste.

Das Angebot der Klägerin sei auch nach den §§ 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2016, 13 Abs. 1 Satz 1 VOB/A 2016 auszuschließen gewesen. Eine Nachforderung gemäß § 16a VOB/A 2016 sei nicht in Betracht gekommen. Denn die Norm setze bereits voraus, dass ein Ausschluss nicht erfolgt ist. Mangels formgerechter Einreichung sei das Angebot hier aber nach den §§ 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2016, 16a VOB/A 2016 auszuschließen gewesen.

Der Senat hat das Urteil daher aufgehoben und an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Dieses muss nun klären, ob das Angebot der Klägerin die Form der GAEB-Datei gewahrt hat.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des BGH reiht sich in eine Linie neuerer Rechtsprechung zur Frage des Dateiformates von Angeboten ein (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.08.2022 - Verg 54/21).

Zwar bezieht sich die Entscheidung ausdrücklich auf die VOB/A 2016, jedoch unterscheiden sich die Regelungen inhaltlich nicht wesentlich von der aktuellen Fassung der VOB/A 2019, so dass die Ausführungen des Senats gleichwohl in der Praxis Berücksichtigung finden dürften. Die Entscheidung des BGH ist umso mehr von Bedeutung, da nach der Neufassung der VOB/A 2019 der öffentliche Auftraggeber bei unterschwelligen Bauvergaben nun auch die Einreichung ausschließlich elektronischer Angebote nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/A 2019 vorgeben darf.

§ 13 VOB/A dient der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs und soll insbesondere eine möglichst weitgehende Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellen (Christiani in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 13 EU VOB/A Rn. 2). Insoweit kann der Auftraggeber vorgeben, welche elektronischen Mittel zu verwenden sind. Dies kann aber nur sinnvoll erfolgen, wenn er dabei zugleich das Dateiformat vorgeben kann. Denn eine Übermittlung über ein bestimmtes elektronisches Mittel kommt oftmals bereits nur in einem bestimmten Dateiformat in Betracht. Jedenfalls dürfte auch die Vergleichbarkeit der Angebote erschwert werden, soweit der Auftraggeber andersartige Formate erst umwandeln muss. Dies lässt sich an dem hier verwendeten GAEB-Format aufzeigen: Durch die Nutzung von GAEB-Formaten können im Bauprozess Informationen und Daten zu Kosten, LV-Texten, Angebot und Rechnung über einen einheitlichen Standard ausgetauscht werden. Hierbei handelt es sich um durch den Gemeinsamen Ausschuss Elektronik im Bauwesen (GAEB) entwickelte technische Standardisierungen, die einen möglichst zeitsparenden und einheitlichen Datenaustausch ermöglichen sollen. Werden die Informationen

in einem anderen Dateiformat übermittelt, ist eine Darstellung im entsprechenden Softwareprogramm (hier WinGAEB) nicht möglich. Zwar kommt grundsätzlich eine Umwandlung in das richtige Format in Betracht, jedoch ist eine solche neben einem Zeitaufwand jedenfalls auch mit dem Risiko von Darstellungs- oder Datenfehlern verbunden.

Dass der Auftraggeber auch das Dateiformat der Angebote vorgeben darf, entspricht – wie durch den BGH zutreffend festgestellt – auch den Vorgaben der Vergaberichtlinie. Nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 13 RL 2014/24/EU umfassen die Auftragsunterlagen auch die Formate für die Einreichung von Unterlagen seitens der Bewerber und Bieter. Diese Maßgaben gelten daher insbesondere auch im Bereich des § 13 EU Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A. Wird ein Angebot nicht unter Verwendung des geforderten Dateiformats eingereicht, ist es demnach nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A auszuschließen. Das Vorliegen dieses Ausschlussgrundes steht einer etwaigen Nachforderung der nicht formgerecht eingereichten Unterlagen gemäß § 16a VOB/A von vornherein entgegen (Manzke in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 29. Edition 2023, § 13 EU VOB/A Rn. 7).

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Der Auftraggeber darf vorgeben, in welchem Dateiformat die Angebote einzureichen sind. Bieter haben daher dafür Sorge zu tragen, dass ihre Angebote auch in dem entsprechenden Dateiformat vorliegen. Soweit es sich dabei nicht um allgemein verbreitete Formate (insbesondere auch mit Blick auf das EU-Ausland) handelt, muss der Auftraggeber aber ggf. auch ein entsprechendes Bearbeitungsprogramm bereitstellen.