

# Der Einsatz elektronischer Beschaffungsformen nach dem BVerG 2002<sup>1</sup>

*Philipp Götzl\**

*Schwarz & Götzl, Rechtsanwälte  
Ernest-Thun-Straße 12, 5020 Salzburg  
philipp.goetzl@rechtsanwalt-salzburg.at*

**Schlagworte:** Vergaberecht, elektronische Vergabe, elektronisches Angebot, e-procurement, dynamisches Beschaffungssystem, elektronische Auktion, Verhandlungsverbot, Diskriminierungsverbot, fairer Wettbewerb, Bietergleichbehandlung, Transparenz, effektiver Rechtsschutz.

**Abstract:** Der vorliegende Beitrag stellt zunächst die rechtlichen Grundlagen der elektronischen Vergabe dar. Dabei wird die faktische Möglichkeit, ein beliebiges Vergabeverfahren elektronisch durchzuführen von der elektronischen Vergabe als Verfahrensart unterschieden. Im Anschluss werden vergaberechtliche Probleme im Zusammenhang mit der „sicheren“ elektronischen Unterschrift, der Sicherung von Angebotsinhalten, der elektronischen Auktion und dem Erfordernis des effektiven Rechtsschutzes diskutiert.

## 1. Einführung

Der Hauptzweck des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe - und damit auch der elektronischen Vergabe - besteht allgemein darin, zu gewährleisten, dass öffentliche Mittel redlich und effizient, auf der Grundlage einer ernsthaften Beurteilung, ohne Bevorzugung irgendeiner Art und ohne politischer oder ungerechtfertigter finanzieller Gegenleistung ausgegeben werden.<sup>2</sup> Zur Durchsetzung dieser Vorgaben sieht das Vergaberecht<sup>3</sup> Grundsätze vor, die auch bei elektronischen Vergaben zu berücksichtigen sind und deren Einhaltung für die Gültigkeit des gesamten Vergabeverfahrens Voraussetzung ist. Namentlich sind das die Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten,

---

<sup>1</sup> Bundesvergabegesetz 2002, BGBl I 99/2002 (in der Folge kurz: BVerG 2002).

\* *Dr. Philipp Götzl* ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Schwarz & Götzl, Rechtsanwälte (<http://www.rechtsanwalt-salzburg.at>).

<sup>2</sup> So etwa BVA 12.4.2002, N-128/01-72.

<sup>3</sup> § 21 Abs. 1 BVerG 2002.

des Diskriminierungs-verbots<sup>4</sup>, die Einhaltung eines freien, fairen und lautereren Wettbewerbs, die Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter<sup>5</sup> und die Transparenz<sup>6</sup>. Der folgende Beitrag versucht - unter Darstellung der rechtlichen Grundlagen der elektronischen Vergabe - sich in diesem Zusammenhang ergebende vergaberechtliche Probleme aufzuzeigen und, soweit möglich, Lösungen im Einklang mit den vergaberechtlichen Grundprinzipien zu bieten.

## **2. Elektronische Beschaffungsformen nach den EU-Vorgaben**

### **2.1. Neue europarechtliche Ausgangslage**

Neben den oben erwähnten Grundsätzen, die dem primären Europarecht zuzuordnen sind, sehen die neuen materiellen Vergaberichtlinien, das ist die klassische Vergaberichtlinie für Liefer-, Dienstleistungs-, und Bauaufträge<sup>7</sup> und die neue Sektorenrichtlinie<sup>8</sup>, beide veröffentlicht am 30.4.2004<sup>9</sup>, den erweiterten Einsatz von elektronischen Beschaffungsformen gegenüber der bisherigen Rechtslage<sup>10</sup> vor:

### **2.2. Vorteile elektronischer Beschaffung**

So weist die 12. Begründungserwägung der klassRL darauf hin, dass fortlaufend bestimmte neue Techniken der Online-Beschaffung entwickelt werden. Diese Techniken ermöglichen es, den Wettbewerb auszuweiten und die Effizienz des öffentlichen Beschaffungswesens – insbesondere durch eine Verringerung des Zeitaufwandes und die

---

<sup>4</sup> EU-Ausländer dürfen nicht schlechter gestellt werden als Inländer, vgl Art 12 EG.

<sup>5</sup> Vergleichbare Sachverhalte dürfen nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre (EuGH 18.10.2001, RS C-19/00, SIAC Construction ua.).

<sup>6</sup> IdR durch zwingende Bekannmachungs Vorschriften erfüllt.

<sup>7</sup> RL 2004/18/EG vom 31.3.2004, in der Folge kurz: klassRL.

<sup>8</sup> RL 2004/17/EG vom 31.3.2004, in der Folge kurz: SektorenRL.

<sup>9</sup> In nationales Recht umgesetzt werden müssen die neuen RLn bis 31.1.2006.

<sup>10</sup> Vgl zur Anwendung elektronischer Beschaffungsformen der klassischen neuen Vergaberichtlinie Begründungserwägungen 12 – 16, 35, 37 sowie in der neuen Sektorenrichtlinie RL 2004/17/EG vom 31.3.2004 die Begründungserwägungen 20 – 22, 24, 46 – 48. Die alte Rechtslage fußte auf: Bau(koordinierungs) RL 93/37/EWG, Liefer(koordinierungs) RL 93/36/EWG, Dienstleistungs RL 92/50/EWG, Sektorenrichtlinie RL 93/38/EWG.

durch die Verwendung derartiger neuer Techniken erzielten Einsparungseffekte – zu verbessern. Die öffentlichen Auftraggeber können demnach Techniken der Online-Beschaffung einsetzen, solange bei ihrer Verwendung die Vorschriften dieser Richtlinie(n) und die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und der Transparenz eingehalten werden.

Dabei betont die klassRL die Notwendigkeit, dass sich Online-Beschaffungssysteme rasch verbreiten,<sup>11</sup> weshalb auf nationaler Ebene geeignete Vorschriften zu erlassen sind, die es öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, die durch dieses System gebotenen Möglichkeiten umfassend zu nutzen.

### 2.3. Verfahrensarten nach den Richtlinienvorgaben

Zur Erfüllung dieser Vorgaben sehen die neuen Vergaberichtlinien zwei „innovative“ Vergabeverfahren vor:

Nach Art 1 Abs 6 und 33 klassRL ist das zum einen das „dynamische Beschaffungssystem“, ein zeitlich befristetes vollelektronisches Verfahren für Beschaffung von marktüblichen Leistungen.<sup>12</sup> Während einer Laufzeit von maximal 4 Jahren soll dieses dynamische Beschaffungssystem - gleich einem virtuellen Marktplatz - allen interessierten und geeigneten Wirtschaftsteilnehmern offen stehen, die ein verbindliches Angebot im Einklang mit den Ausschreibungsunterlagen unterbreiten. In Österreich wird dieses dynamische Beschaffungssystem aber voraussichtlich nicht umgesetzt werden.<sup>13</sup>

Art 1 Abs 7, 54 klassRL sehen zum anderen die „elektronische Auktion“ vor. Das ist ein „*iteratives*“, schrittweises „*Bieterverfahren, bei dem mittels einer elektronischen Vorrichtung nach einer ersten vollständigen Bewertung der Angebote jeweils neue, nach unten korrigierte Preise [...] vorgelegt werden, und das eine automatische Klassifizierung dieser Angebote ermöglicht.*“ Die 14. Begründungserwägung klassRL möchte die elektronischen Auktionen für Aufträge vorsehen, für die präzise Spezifikationen erstellt werden können. Dies soll insbesondere bei wiederkehrenden Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen der Fall sein. Die elektronische Auktion ist bereits im BVergG 2002 vorgesehen, wobei der aktuelle unveröffentlichte Entwurf zum

---

<sup>11</sup> Vgl. die 13. Begründungserwägung der klassRL.

<sup>12</sup> Dazu Neumayr, EU-Legislativ-Paket: Die neuen Vergaberichtlinien, RPA 2004, 143, 145.

<sup>13</sup> So zumindest nach dem derzeit (2/05) vorliegenden unveröffentlichten Entwurf zum BVergG 2006.

neue BVergG 2006 die bestehenden Regelungen zur elektronischen Auktion praktisch unverändert übernommen hat.

### 3. Die elektronischen Beschaffung nach dem BVergG 2002

Im Sinne der §§ 20 Z 12 und 20 Z 28 BVergG 2002 ist zwischen der rein faktischen Möglichkeit, ein beliebiges Vergabeverfahren (auch) elektronisch durchzuführen und der elektronischen Vergabe als Verfahrensart zu unterscheiden. So definiert § 20 Z 28 BVergG die Schriftlichkeit als *„jede aus Wörtern und Ziffern bestehende (auch elektronische) Darstellung, die gelesen reproduziert und mitgeteilt werden kann.“* Sofern in diesem Bundesgesetz das Erfordernis der Schriftlichkeit vorgesehen ist, wird diesem Erfordernis auch durch die elektronische Form entsprochen. Es gilt also der Grundsatz, dass jedes Vergabeverfahren unter den noch auszuführenden Umständen auch elektronisch durchgeführt werden kann. Davon sind eigene elektronische Beschaffungsformen als gesonderte Verfahren - die ausschließlich elektronisch durchgeführt werden können - zu unterscheiden. Das BVergG 2002 sieht als solch gesondertes Verfahren lediglich die elektronische Auktion vor.

#### 3.1. Elektronische Vergabe

§ 22 Abs 1 BVergG 2002 bestimmt in Konkretisierung der Richtlinienerfordernisse zur elektronischen Beschaffung, dass die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträge, Aufforderungen und Benachrichtigungen, sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern auch elektronisch erfolgen kann. Damit ist die elektronische Kommunikation im öffentlichen Auftragswesen zulässig.<sup>14</sup>

Voraussetzung dafür, dass eine elektronische Vergabe, dh auch die Abgabe von Angeboten elektronisch stattfinden kann, ist aber, dass der Auftraggeber eine solche auch in den Ausschreibungsunterlagen vorsieht.<sup>15</sup> Weiters muss die Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur für Angebote und Ausschreibungsunterlagen vor-

---

<sup>14</sup> §§ 20 Z 28; 22 Abs 1 BVergG 2002; vgl. *Gölles*, BVergG 2002: das Grundmodell für die elektronische Vergabe bei öffentlichen Aufträgen und die neue „elektronische Auktion“, RPA 2002, 207.

<sup>15</sup> § 68 Abs 1 BVergG 2002.

gesehen sein.<sup>16</sup> Der Bieter muss das Angebot mit einer sicheren elektronischen Signatur (verschlüsselt) übermitteln.<sup>17</sup> Damit soll die Echtheit, Unverfälschtheit, Vertraulichkeit und Vollständigkeit des Angebots gewahrt bleiben.<sup>18</sup>

Dürfen Angebote auch elektronisch abgegeben werden, muss die Ausschreibung Angaben enthalten, ob neben den elektronischen Angeboten auch solche in Papierform zulässig sind oder nicht. Fehlt eine solche Angabe, sind auch Angebote in Papierform zulässig.<sup>19</sup> Es besteht ein grundsätzliches Verbot der Doppelabgabe, dh ein Papierangebot ist neben einem zulässig abgegebenen elektronischen Angebot unzulässig.<sup>20</sup> Gleichzeitig darf der Auftraggeber vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis nehmen.<sup>21</sup> So ist vor der Öffnung elektronisch eingereichter Angebote festzustellen, ob sie verschlüsselt sind und kein Zugriff erfolgt ist.<sup>22</sup>

### **3.1.1. Ablauf einer elektronischen Ausschreibung**

Eine elektronische Ausschreibung beginnt damit, dass die mit einer Kennung (sog „Vergabenummer“) versehene Ausschreibung auf einem öffentlich zugängigen Server - in der Regel europaweit - bekannt gemacht und durch die Vergabebehörde digital signiert wird. Die daran anschließende Anforderung der Vergabeunterlagen seitens des Bewerbers ist ebenfalls digital zu signieren und zu verschlüsseln. Der Anfragende muss dabei ein Zertifikat besitzen, welches eine Zuordnung zu einer natürlichen Person als auch zu der vertretenen Organisationseinheit sicherstellt. Zwischen Auftraggeber und Bewerber sind die wichtigsten Dokumente, welche ausgetauscht werden, die Ausschreibungsunterlagen, die Angebote sowie sämtliche Beilagen. Das BVergG 2002 sieht ganz allgemein eine sichere digitale Signatur für all jene Unterlagen vor, welche für die Angebotsbewertung relevant sind.

Daneben ist im Verhältnis Auftraggeber-Bieter (oder Bewerber) auch notwendig, diverse Fragen und Beantwortungen auszutauschen, worauf der Auftraggeber gegebenenfalls die Ausschreibung berichtigen kann. Dafür muss ein ausreichender elektronischer Zugang zu allen Bietern vorgesehen sein.

<sup>16</sup> §§ 22 Abs 2 und 68 Abs 1 BVergG 2002.

<sup>17</sup> §§ 22 Abs 2 und 82 Abs 3 BVergG 2002.

<sup>18</sup> §§ 22 Abs 3, 82 Abs 3, 4 und 85 Abs 1 BVergG 2002.

<sup>19</sup> § 68 Abs 2 BVergG 2002.

<sup>20</sup> § 68 Abs 3 BVergG 2002.

<sup>21</sup> § 85 Abs 2 BVergG 2002.

<sup>22</sup> § 89 Abs 3 BVergG 2002.

Der im Zusammenhang mit der elektronischen Vergabe sicherlich kritische Punkt ist die Öffnung der Angebote. Dort muss seitens des Auftraggebers sichergestellt werden, dass die Angebote nicht vor dem Termin der Angebotsöffnung eingesehen werden können. Hier sind zwei Ansätze üblich die sowohl organisatorisch als auch technischer Natur sein können: Zum einen kann die Applikation den Zugriff auf die Dokumente erst nach Ablauf der Angebotsfrist freigeben; zum anderen können die Dokumente elektronisch verschlüsselt und der Schlüssel erst nach Angebotsöffnung bereitgestellt werden.

Die Aufbewahrung der elektronisch eingelangten Angebote bis zur Angebotsöffnung lässt besondere Sicherheitsmaßnahmen gegen Einsichtnahme, Veränderung und Datenverlust erforderlich werden, so dass öffentliche Auftraggeber auch dem Aspekt der Verwahrung der eingegangenen Angebote besondere Aufmerksamkeit zu widmen haben.<sup>23</sup>

### 3.2. Elektronische Auktion

Mit dem BVergG 2002 wurde die elektronische Auktion als eigenständiges Vergabeverfahren im nationalen österreichischen Recht eingeführt. Ihr Anwendungsbereich ist aber ein geringer. Die elektronische Auktion ist auf Liefer- und Dienstleistungsaufträge und dort nur für einen geschätzten Auftragswert bis EUR 40.000,-- exklusive USt beschränkt. Diese Beschränkung wird auch im Vorentwurf zum neuen BVergG 2006 übernommen.

Für die Durchführung einer elektronischen Auktion muss der Auftragsgegenstand eindeutig und vollständig beschreibbar sein. Der Zuschlag kann auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis – dann liegt eine einfache elektronische Auktion vor - oder auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot - dann spricht man von sonstiger elektronischer Auktion - erfolgen.

Geregelt ist die elektronische Auktion in den § 116ff BVergG 2002; definiert wird sie in § 20 Z 12 BVergG als ein Verfahren, bei dem vom Auftraggeber zugelassene Unternehmer Angebote in einem iterativen elektronischen Verfahren legen. Die elektronische Auktion wird in der Regel im Internet abgewickelt und erfolgt umgekehrt zu der dem durchschnittlichen Wirtschaftsteilnehmer geläufigen traditionellen Versteigerung (zB ebay, bet-and-win ua), wobei in der Regel der Niedrigstbietende den Zuschlag erhält.

---

<sup>23</sup> Dazu *Höfler*, elektronische Vergabe: gibt es kein Entkommen, bauintern 7, 2001.

### 3.2.1. Ablauf einer elektronischen Auktion

Der eigentliche Ablauf einer elektronischen Auktion lässt sich in die Auktionsvorbereitung, die Auktionsdurchführung und die Auktionsnachbereitung unterteilen.

Bei der Auktionsvorbereitung wird neben der Erstellung der Auktionsordnung<sup>24</sup> das vergaberechtlich gebotene Ausschreibungsverfahren gewählt. Die beabsichtigte Durchführung der elektronischen Auktion ist im Internet bekanntzumachen. In der Folge werden potenzielle Bieter registriert und ihnen die Ausschreibungsunterlagen übergeben. Die Teilnehmer erhalten die Zugangsdaten zum virtuellen Auktionsraum. Wichtig ist, dass die Namen der an der Auktion teilnehmenden Unternehmer bis zum Abschluss der Auktion geheim zu halten sind.

Die Auktionsdurchführung dient der Preisfindung. Die Bieter erhalten jeweils im Zuge des Auktionsverfahrens Informationen über das Bieterverhalten der anderen Teilnehmer und können ihre Angebote daran orientieren. Mit dem Ende der elektronischen Auktion stehen die individuellen Angebote der Bieter zu verbindlichen Preisen und somit auch die Auktionsrangfolge fest. Gleichzeitig mit dem Ende der Auktion endet auch die Angebotsfrist.

Nach Abschluss der Auktion ist der Zugang für die Bieter gesperrt, der virtuelle Auktionsraum wird geschlossen. Die im Zuge der Auktion festgelegten Angebotspreise werden den jeweils vorliegenden Angeboten zugeordnet (Auktionsnachbereitung). Das so ermittelte Auktionsergebnis ist Grundlage für die Angebotsöffnung. Danach werden die Angebote bewertet und erfolgt eine Zuschlagsentscheidung je nach Vorgaben in der Ausschreibung.

## 4. Vergaberechtliche Probleme bei elektronischer Beschaffung

Vergaberechtliche Probleme können sich insbesondere im Zusammenhang mit den Grundprinzipien des Vergaberechts, so dem Gleichbehandlungsgebot, dem Gebot der „Nichtdiskriminierung“ ge-

---

<sup>24</sup> § 116 BVergG bestimmt zum Mindestinhalt einer Auktionsordnung: 1) Registrierungs- und Identifizierungserfordernisse, 2) Vorgangsweise bei der Auktion (zB Minimum der Angebotsstufen), 3) Zeitpunkt des Beginns und Modalität der Beendigung der Auktion, 4) Verwendungs- und Verwertungsrechte, 5) Ausschlussgründe, 6) Termine, 7) Internetadresse auf der das aktuell niedrigste Angebot veröffentlicht ist, 8) Informationen, die den Bieter während der Auktion übermittelt werden und 9) das Vadium.

mäß § 22 Abs 4 BVergG, dem Wettbewerbsprinzip oder dem Transparenzgebot ergeben. Dazu können nachstehende Problembereiche hervorgehoben werden:

#### 4.1. „Sichere“ elektronische Unterschrift

Die Ausgangslage ist dabei, dass zivilrechtliche Angebote ohne Unterfertigung – dieser ist ja die elektronische Signatur gleichgestellt – unverbindlich und vergaberechtlich nicht zuschlagsfähig, also auszuscheiden sind.

In der Praxis ergeben sich trotz Signaturgesetz und trotz der technischen Möglichkeiten sichere Signaturen auch durchzuführen, Probleme, da eine reibungslose und den vergaberechtlichen Standard entsprechende Kommunikation der am elektronischen Vergabeverfahren Beteiligten untereinander oft nicht ausreichend möglich ist. Diese scheidet zwischen dem Auftraggeber und den Bietern oft daran, dass die zum Einsatz kommenden unterschiedlichen Softwarelösungen nicht oder nur schwer kompatibel sind. So können etwa die verwendeten unterschiedlichen Signaturformate jede für sich die erforderlichen Sicherheitskriterien erfüllen, dh eine nach einer bestimmten Signaturform erstellte elektronische Signatur kann nach derselben Norm wieder geprüft werden. Verschiedene technische Lösungen und damit einhergehende Signaturformate sind jedoch untereinander nicht kompatibel.

Weiters stellt ein häufiges Problem dar, dass zwar die Zuordnung der Signatur zum Signator und auch die Identifikation des Signators sichergestellt werden, aber nicht alle Angebotsteile – wie zum Beispiel Beilagen – mitsigniert sind. Zur Zeit laufen noch Tests und Pilotprojekte, etwa bei der Sozialversicherungsanstalt.<sup>25</sup>

Schließlich können elektronische Signaturen und ihre notwendigen technischen Mittel vergaberechtlich dem Gleichbehandlungsgebot widersprechen, wenn mögliche Bieter über die entsprechenden technischen Einrichtungen nicht verfügen. Da sichere elektronische Signaturen bis heute nicht ausreichend verbreitet sind, ist eine ausschließliche elektronische Vergabe in der Regel gleichheitswidrig. *Gölles*<sup>26</sup> ist sogar der Ansicht, dass die Forderung Angebote „ausschließlich über das Internet“ abzugeben, wettbewerbsverengend sein kann, insbesondere dann, wenn die elektronische Angebotslegung noch nicht

<sup>25</sup> Vgl. *Mugli-Maschek/Stiefelmeyer*, aaO 53 mwN.

<sup>26</sup> *Gölles*, Elektronische Vergabe: Innovation oder Rückschritt?, bau-intern 7/2001, 11.



Standard bei zumindest einem wesentlichen Teil der in Frage kommenden Bieter ist. Diese Ansicht ist aber überholt, wenn man bedenkt, dass das Internet in den meisten Wirtschaftssparten bereits zum Standard gehört.

#### **4.2. Unzugängliche Verwahrung des übermittelten Angebots bis zur Angebotsöffnung**

Ein weiteres Problem stellt praktisch die Sicherung von Angebotsinhalten vor unbefugtem Zugriff durch den Auftraggeber selbst oder Dritten, so etwa andere Bieter, dar. Oft ist es nicht ausreichend sichergestellt, dass ein Auftraggeber ein verschlüsseltes und mit elektronischer Signatur gesichertes Angebot nicht vorzeitig, also schon vor dem festgesetzten Termin für die Angebotsöffnung einsehen kann. Zwar wird in der Regel das Dokument verschlüsselt und der Schlüssel erst nach Ablauf der Angebotsfrist bereitgestellt. Das Problem ergibt sich aber rein technisch durch die Schaffung eines ausreichend sicheren Verschlüsselungssystems.

Zu früh geöffnete Angebote sind vergaberechtlich auszuschneiden. Soweit andere Bieter vor Angebotsöffnung vom Inhalt Kenntnis erlangen ist der faire Wettbewerb und die Gleichbehandlung aller Bieter verletzt.

#### **4.3. „Verhandlungsverbot“.**

Schließlich ergeben sich Probleme mit dem vergaberechtlichen „Verhandlungsverbot“, welche bei elektronischen Vergaben ebenso gilt. Danach sind bloße Preisverhandlungen unzulässig. Die vergaberechtliche Zulässigkeit von elektronischen Vergaben ist immer daran zu messen, was unter „Verhandlungsverbot“ im Sinne des BVergG 2002 zu verstehen ist. Das BVergG versteht unter dem strikten Verhandlungsverbot im offenen und nicht offenen Verfahren, dass die Bieter mit dem Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr berechtigt sind, ihre Angebote zu ändern. Nicht unter dem Begriff des Verhandeln fallen Aufklärungsgespräche, die im Rahmen der Behebung von (behebaren) Mängeln eines Angebots geführt werden.

Weiters sind Aufklärungsgespräche zur Einholung von Auskünften über die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit zulässig<sup>27</sup>; bloße Preisverhandlungen sind aber immer unzulässig.

---

<sup>27</sup> §§ 96 Abs. 1, 97 Abs. 1 BVergG.

Bei der besonderen Vergabeform der elektronischen Auktion fällt das Ende der Angebotsfrist mit dem Ende der Auktion zusammen. Die dynamische Preisfindung im Zuge des Bieterverfahrens erfolgt daher während offener Angebotsfrist, ein Verhandeln im Sinne obiger Ausführungen findet nicht statt. Das vergaberechtliche Verhandlungsverbot ist durch elektronische Beschaffungsformen im Ergebnis nicht verletzt.<sup>28</sup>

#### 4.4. Kurze vergaberechtliche Fristen

Ein besonderes Problem stellen schließlich die kurzen Fristen im Vergabeverfahren, insbesondere zur Nachprüfung von fehlerhaften Entscheidungen dar. Werden diese Fristen versäumt, kann eine fehlerhafte Vergabeentscheidung des Auftraggebers nicht mehr angefochten werden.<sup>29</sup> Gerade bei der elektronischen Auktion sind die Präklusionsfristen gemäß § 169 Abs 2 Z 9 BVergG besonders kurz. So muss etwa die Ausschreibung binnen 7 Tagen, die Nichtzulassung zur Teilnahme an der Auktion oder die Bewerberauswahl binnen 3 Arbeitstagen ab Bekanntgabe der diesbezüglichen Entscheidung durch den Auftraggeber bekämpft werden. Die Stillhaltefrist beträgt ebenfalls nur 3 Tage.

Diese sehr kurzen Fristen widersprechen aber in Wirklichkeit dem in Art 2 der Rechtsmittelrichtlinie<sup>30</sup> dargelegten Prinzip des effektiven Rechtsschutzes, das darauf gerichtet ist, gerade keine unwiderruflichen Tatsachen<sup>31</sup> – etwa durch rechtswirksame Zuschlagserteilung – zu schaffen. Die 2. Begründungserwägung der RMRL betont in diesem Zusammenhang die Notwendigkeit, vorhandene Mechanismen zur Durchsetzung der Richtlinienbestimmungen zu verstärken, vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können.<sup>32</sup> Zur Wahrung des sohin bestimmten effektiven Rechtsschutzes ist es notwendig, Rechtsmittelfristen so zu bemessen, dass sie dem Rechtssuchenden gewährleisten, sein Rechtsmittel in einer Weise auszufüh-

<sup>28</sup> Göllles, RPA 2002, 207; *Mugli-Maschek/Stiefelmeyer*, e-Procurement – Betrachtung vergaberechtlicher Aspekte in: BVA: Standpunkte, 51.

<sup>29</sup> Sog. „Präklusionsfristen“ in § 169 BVergG.

<sup>30</sup> RL 89/665/EWG vom 25.2.1992, in der Folge kurz RMRL.

<sup>31</sup> SA des GA Mischo vom 10.6.1999 in der Rs C- 81/98 (Alcatel) Randnr. 63 und SA des GA Tizzano vom 28.6.2001 in der Rs C-92/00 (Hospital Ingenieure) Randnr. 21 sprechen in diesem Zusammenhang von der Wahrung der „praktischen Wirksamkeit“ der Richtlinienbestimmung.

<sup>32</sup> EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98 (Alcatel) Randnr 33; EuGH 11.8.1995, Rs C-433/93 (Kommission/Deutschland) Randnr 23.

ren, die sowohl dem Inhalt der anzufechtenden Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht adäquat ist, als auch dem zu dieser Entscheidung führenden, allenfalls mit Mängel behafteten Verfahren.<sup>33</sup> Im Ergebnis sind diese Rechtsmittelfristen tatsächlich zu kurz um einen Nachprüfungsantrag zu stellen und damit zu verhindern, dass der Zuschlag rechtsgültig erteilt wird<sup>34</sup>.

## 5. Ergebnis

Der Einsatz elektronischer Beschaffungsformen steckt nach wie vor in den Kinderschuhen. Praktisch wird diese Vergabeform in Österreich von den Marktteilnehmern sehr spärlich angenommen. Es sind hier aber Änderungen im Zuge des neuen Bundesvergabegesetzes in Ausführung der neuen Vergaberichtlinien zu erwarten, welche bis Jänner 2006 in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Im Ergebnis kann man hoffen, dass der Gesetzgeber die neuen elektronischen Beschaffungsformen auch mit entsprechend ausreichend langen Rechtsschutzfristen versieht, da die Fristen zur Anfechtung vergabewidriger Auftraggeberentscheidungen bei der elektronischen Auktion nach dem BVergG 2002 zu kurz sind, um dem vergaberechtlichen Gebot des effektiven Rechtsschutzes zu genügen.

---

<sup>33</sup> VfGH VfSlg 15218, 15529.

<sup>34</sup> So auch *Pock*, Die gemeinschaftsrechtliche (Un-) Zulässigkeit gesondert anfechtbare Entscheidungen und Präklusionsfristen im BVergG, RPA 2003, 27.