

Vergaberechtliche Probleme bei der elektronischen Beschaffung

Philipp Götzl, Christian Weismann

DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH
Zweigniederlassung Salzburg, Franz-Josef-Kai 1, A-5020 Salzburg
philipp.goetzl@dlapiper.com, christian.weismann@dlapiper.com

Schlagworte: Vergaberecht, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesvergabegesetz-Novelle 2007, elektronische Vergabe, e-procurement, dynamisches Beschaffungssystem, elektronische Auktion

Abstract: Der vorliegende Beitrag stellt kurz die Grundlagen der elektronischen Vergabe nach dem BVergG 2006 dar. Danach werden vergaberechtliche Probleme im Zusammenhang mit der sicheren elektronischen Signatur, der Sicherung von Angebotsinhalten, der elektronischen Auktion und dem Erfordernis des effektiven Rechtsschutzes diskutiert.

1. Ausgangslage

Die elektronische Vergabe als Durchführung eines Vergabeverfahrens mit elektronischen Mitteln ist vom Gesetzgeber im BVergG 2006¹ vorgesehen und auch gewünscht. So normiert etwa § 43 Abs 1 BVergG 2006 als zentrale Regelung zur Öffnung des Beschaffungswesens in Bezug auf elektronische Medien, dass „*die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern (...), sofern der Auftraggeber nicht ausnahmsweise anderes festlegt*“, auch elektronisch erfolgen kann.² Gleichzeitig definiert § 31 Abs 1 BVergG 2006 die elektronische Auktion³ als ein Verfahren zur Ermittlung des Angebots,

1 Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006), BGBl I 17/2006 (in der Folge kurz: BVergG 2006).

2 Vgl für den Sektorenbereich § 204 BVergG 2006; noch zum BVergG 2002: *Gölles*, BVergG 2002: das Grundmodell für die elektronische Vergabe bei öffentlichen Aufträgen und die neue „elektronische Auktion“, RPA 2002, 207.

3 Zum Ablauf einer elektronischen Auktion vgl *Götzl*, Die elektronische Vergabe nach dem BVergG 2006, RPA 2006, 145 f.

dem der Zuschlag erteilt werden soll. Schließlich sieht das österreichische Vergaberecht ein dynamisches Beschaffungssystem als vollelektronisches Verfahren für die Beschaffung von „*marktüblichen*“ Leistungen vor.⁴ Die vorgeschlagene Bundesvergabegesetz-Novelle 2007 wird – soweit ersichtlich⁵ – diesbezüglich zu keinen grundsätzlichen Änderungen führen.⁶ Vergaberechtliche Probleme bei der elektronischen Beschaffung können sich nun im Zusammenhang mit den Grundsätzen des Vergaberechts⁷ ergeben.

2. Zur Notwendigkeit einer sicheren elektronischen Signatur

Angebote ohne rechtsgültige Unterfertigung – und einer solchen ist die sichere elektronische Signatur⁸ gleichgestellt – sind in einem Vergabeverfahren unverbindlich und nicht zuschlagsfähig.⁹ § 43 Abs 4 BVergG 2006 konkretisiert dazu, dass nicht nur das Angebot selbst, sondern alle Dokumente, die im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung stehen, unter der Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur an den Auftraggeber übermittelt werden müssen.

Dabei stellt sich die Frage, ob eine Verwaltungssignatur dem Erfordernis der sicheren elektronischen Signatur entspricht. Die Verwaltungssignatur wurde mit der VerwSigV 2004¹⁰ geregelt und entfaltet im Verwaltungsbereich die Wirkung der sicheren Signatur. Diese Wirkung ist aber gemäß § 25 E-Government-Gesetz¹¹ bis zum 31. 12. 2007 beschränkt. Weiters kann nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 25 Abs 2 E-Government-Gesetz die Verwaltungssignatur statt der sichereren elektronischen Signatur nur

4 §§ 33, 156 ff BVergG 2006; *Neumayr*, EU-Legislativ-Paket: Die neuen Vergaberichtlinien, RPA 2004, 143, 145; *Schwartz*, Die Neuerungen des BVergG 2006, RPA 2005, 214; *Götzl*, Die elektronische Vergabe nach dem BVergG 2006, RPA 2006, 146.

5 Stand Ministerialentwurf März 2007.

6 Zu Änderungen soll es nach vorliegendem Entwurf hinsichtlich der Bestimmungen zum *Abbruch einer elektronischen Auktion* (§ 147 Abs 8) und den allgemeinen Grundlagen für die *Auftragsvergabe aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems* (§ 156) kommen.

7 § 19 BVergG 2006. Zu den Grundsätzen zählen etwa das Gleichbehandlungsgebot (vgl § 43 Abs 4 und 7 BVergG 2006), das Diskriminierungsverbot (vgl §§ 43 Abs 2, 92 Abs 1, 93 BVergG 2006), die Grundsätzen des freien, lautereren Wettbewerbs oder das Transparenzgebot.

8 § 2 Z 3 Signaturgesetz BGBl I Nr 190/1999.

9 BVA 25. 10. 2005, 16N-91/05–20 = ZVB 2006, 20 [Ettlinger].

10 Verordnung des Bundeskanzlers, mit der die sicherheitstechnischen und organisationsrelevanten Voraussetzungen für Verwaltungssignaturen geregelt werden, BGBl II Nr 2004/159.

11 BGBl I Nr 10/2004.

„im Verkehr mit Behörden im Rahmen der Hoheitsverwaltung“ angewandt werden. Das Beschaffungswesen gehört aber zweifellos zum Kernbereich der Privatwirtschaftsverwaltung. Aus dieser zeitlichen und inhaltlichen Einschränkung ergibt sich, dass die Verwaltungssignatur für den Bereich des BVergG 2006 nicht anzuwenden ist. Es fehlt dazu die notwendige einfachgesetzliche Ermächtigung.

Ein praktisch häufiges Problem stellt es dar, dass zwar die Zuordnung der Signatur zum Signator und auch die Identifikation des Signators sichergestellt sind, aber nicht alle Angebotsteile – wie zum Beispiel Beilagen – mitsigniert sind. Der neue § 113 Abs 1 S 2 BVergG 2006 schafft hier nur partielle Abhilfe für Angebotsteile, die Eignungsnachweise betreffen. Schließlich können elektronische Signaturen und ihre notwendigen technischen Mittel vergaberechtlich dem Gleichbehandlungsgebot widersprechen, wenn mögliche Bieter nicht über die entsprechenden technischen Einrichtungen verfügen. Soweit sichere elektronische Signaturen im betreffenden Verkehrskreis nicht ausreichend verbreitet sind, kann eine abschließliche elektronische Vergabe daher gleichheitswidrig sein.¹²

3. Unzugängliche Verwahrung des übermittelten Angebots bis zur Angebotsöffnung

Ein weiteres Problem stellt die Sicherung von Angebotsinhalten vor unbefugtem Zugriff durch den Auftraggeber selbst oder Dritte, so etwa andere Bieter, dar. § 114 Abs 1 BVergG 2006 schreibt diesbezüglich vor, dass der Bieter das Angebot bzw Angebotsbestandteile nach einem bekannt gegebenen Verfahren zu verschlüsseln hat. Verschlüsselt der Bieter sein Angebot nicht, dann liegt darin ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, welches nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuscheiden ist.¹³

Oft ist aber dennoch nicht ausreichend sichergestellt, dass ein Auftraggeber ein verschlüsseltes und mit elektronischer Signatur gesichertes Angebot nicht doch vorzeitig, also schon vor dem festgesetzten Termin für die Angebotsöffnung einsehen kann. Zu früh oder unberechtigt geöffnete Angebote sind aber vergaberechtlich auszuscheiden. Soweit andere Bieter vor Angebotsöffnung vom Inhalt Kenntnis erlangen, sind die Grundsätze des

¹² Gölles, Elektronische Vergabe: Innovation oder Rückschritt?, bau-intern 7/2001, 11.

¹³ Vgl EBRV 2006 zu den §§ 114 bis 116.

fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter verletzt. Um die Gefahr der unberechtigten Öffnung durch den Auftraggeber möglichst hintan zu halten, ist den Bietern jedenfalls zu empfehlen, den Schlüssel zum spätestmöglichen Zeitpunkt unmittelbar vor Ende der Angebotsfrist oder – soweit nach den Ausschreibungsunterlagen oder über Nachfrage beim Auftraggeber zulässig – erst nach Ablauf der Angebotsfrist zu übermitteln.

4. Problematik des Serverausfalls

Wenn Teilnahmeanträge oder Angebote elektronisch übermittelt werden, können durch die Gefahr eines Serverausfalls eine Reihe vergaberechtlicher Probleme entstehen.¹⁴

Prinzipiell ist darauf hinzuweisen, dass das Angebot auf Gefahr des Bieters reist.¹⁵ Damit liegt es in der Verantwortung der Bieter selbst, ihre Angebotsunterlagen so rechtzeitig abzusenden, dass diese innerhalb der vorgegebenen Angebotsfrist auf den Server des Auftraggebers geladen werden können. Ein Angebot gilt als dann zugegangen, wenn der Auftraggeber davon Kenntnis erhält bzw wenn es in dessen Machtbereich gelangt (bspw bekannt gegebene Mailadresse) und zwar unabhängig davon, wo auf der Welt sich der Server befindet.¹⁶

Problematisch ist der Fall, dass ein vom Bieter rechtzeitig übermitteltes Angebot deshalb nicht fristgerecht beim Auftraggeber einlangt, weil der Server des Auftraggebers (zB wegen technischer Probleme) ausfällt. Wenngleich nämlich bei solchen – in der Auftraggebersphäre liegenden – Problemen der Auftraggeber die Verfügbarkeit des Systems wieder herstellen muss,¹⁷ kann daraus das Problem entstehen, dass ein Serverausfall, der nicht vor Fristende behoben werden konnte, eine rechtzeitige Angebotsabgabe einzelner oder aller Bieter überhaupt unmöglich macht. Nach § 57 Abs 3 BVergG 2006 hat der Auftraggeber *„erforderlichenfalls die Frist für den Eingang der Anträge auf Teilnahme bzw die Angebotsfrist für elektronisch übermittelte Angebote angemessen zu verlängern, wenn der Server, auf dem die Anträge auf Teilnahme oder die Angebote eingereicht werden*

14 Zum Problem bereits Imberger/Gschweil, Elektronische Verfahrensabwicklung in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III (2006) 67, 81 f.

15 EBRV 2006 zu § 57 mit Verweis auf BVA 18. 06. 1998, N-16/98–17.

16 So EBRV 2006 zu § 57.

17 EBRV 2006 zu § 57.

sollen, bis zum Zeitpunkt des Ablaufes der jeweiligen Frist nicht durchgehend empfangsbereit ist“. Die EBRV 2006 führen hierzu näher aus, dass eine Verlängerung der Angebotsfrist etwa dann nicht erforderlich sei, wenn der Serverausfall zwar innerhalb der Angebotsfrist stattfindet, die Empfangsbereitschaft jedoch mit ausreichendem Zeitabstand zum Ablauf der Angebotsfrist wieder hergestellt wird. Dem gegenüber wäre eine Verlängerung der Angebotsfrist dann erforderlich, wenn sich der Serverausfall kurz vor Ablauf der Angebotsfrist zuträgt.¹⁸

Tritt der Serverausfall erst **nach** Ablauf der Angebotsfrist (damit nach Absendung der fristgerechten Angebote durch die Bieter) ein, so kann das zur Folge haben, dass kein Download der Angebote durch den Auftraggeber möglich ist.¹⁹ Dieser Fall ist nicht ausdrücklich geregelt. Klar ist, dass ein solcher Serverausfall keinen Einfluss mehr auf die Rechtzeitigkeit der Angebotsabgabe haben kann. § 121 Abs 1 BVergG 2006 ordnet für das offene und nicht offene Verfahren allerdings an, dass die Angebote „*am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist, zu öffnen*“ sind. Damit scheint die Angebotsöffnung vom Gesetzeswortlaut her *unmittelbar* nach Ablauf der Angebotsfrist durchzuführen zu sein. Das wäre bei Serverproblemen nicht möglich. Festzuhalten ist aber, dass die „Unmittelbarkeit“ bei Serverausfall auch bei einer späteren Angebotsöffnung gewährleistet ist. Die Gesetzesmaterialien gehen ausdrücklich davon aus, dass bei einem Serverausfall nach Ablauf der Angebotsfrist „*eine Fortsetzung der Angebotsöffnung nach Behebung der Störung möglich*“ ist.²⁰ Das Erfordernis der Angebotsöffnung „unmittelbar“ nach Ablauf der Angebotsfrist, wie dies durch § 121 Abs 1 BVergG 2006 angeordnet wird, ist daher auch dann erfüllt, wenn aufgrund eines Serverausfalls das sofortige Downloaden der Angebote nach Ablauf der Angebotsfrist zwar nicht möglich ist, dieses und die Öffnung der Angebote aber sofort nach der (Wieder-)Verfügbarkeit des Servers bzw nach Behebung des technischen Gebrechens stattfindet.²¹ Ob hierfür zwingend die von *Irnberger/Gschweitl*²² idZ vorgeschlagene Maximalfrist von 24 Stunden einzuhalten ist, erscheint zumindest fraglich. Zum einen ergibt sich eine derartige Frist weder ausdrücklich aus dem Gesetz noch aus den Materialien. Weiters ist

18 EBRV 2006 zu § 57.

19 Siehe hierzu bereits *Irnberger/Gschweitl* in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III (2006) 81f.

20 EBRV 2006 zu § 57.

21 So EBRV 2006 zu den §§ 119 bis 121.

22 Siehe hierzu bereits *Irnberger/Gschweitl* in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III (2006) 81ff.

zu berücksichtigen, dass die Behebung der Serverprobleme oft nicht (allein) in der Hand des Auftraggebers liegt, deshalb sollte zwar eine angemessene, nicht aber unbedingt eine in Stunden bemessene Frist einzuhalten sein. Diese kann aber tatsächlich im Einzelfall variieren und sollte von der technischen Möglichkeit des Auftraggebers zur Behebung des Serverausfalls abhängen.

5. Problem des mit Computerviren befallenen Angebotes

Ein weiteres Problem, welches sich ausschließlich bei elektronisch durchgeführten Vergabeverfahren stellt, liegt auch im Virusbefall übermittelter Angebote.²³ Aufgrund des enormen Schadenspotentials, welches von „Virenangriffen“ auf Computernetzwerke ausgeht, ist davon auszugehen, dass elektronisch übermittelte Angebote geradezu regelmäßig durch Virenprogramme überprüft werden und ein allenfalls bestehender Computervirenbefall daher festgestellt wird. Grundsätzlich bestehen für den Fall des Eingehens eines mit einem Virus befallenen Angebotes sodann *zwei Reaktionsmöglichkeiten*:²⁴

- Sofortige Ablehnung und Löschung der Datei (mit dem Angebot)
- Annahme der Datei und Ablage in einem sog „Quarantäne-Ordner“

Die (automatische) Ablehnung und Löschung der virusbefallenen Datei bedeutet gleichzeitig die Ablehnung des Angebots des Bieters (bzw eines Teils davon). Das für die Auftraggeber entstehende Folgeproblem liegt hier darin, dass sie diesfalls nur äußerst schwer nachweisen werden können, dass die Datei von einem Virus befallen war und daher zu Recht abgelehnt wurde, weil diese Datei infolge Löschung eben nicht mehr vorliegt. *Irnberger/Gschweidl* ist dahin zu folgen, dass diesfalls ein Sachverständiger die ordnungsgemäße Funktion der eingesetzten Virensoftware festzustellen haben wird. Vor allem aber müsse die diesbezügliche Vorgangsweise der Virenprüfung sowie die eingesetzte Virensoftware in den Ausschreibungsunterlagen dargestellt und die Bieter auf diese Problematik hingewiesen werden.²⁵

²³ Zur diesbezüglichen Problematik bereits *Irnberger/Gschweidl*, in *Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III* (2006) 83.

²⁴ Zu diesen schon *Irnberger/Gschweidl*, in *Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III* (2006) 83.

²⁵ *Irnberger/Gschweidl*, in *Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III* (2006) 83.

Wird die Datei zunächst in einen Quarantäne-Ordner abgelegt, erleichtert dies zwar die Nachweisbarkeit des allfälligen Virenbefalls, es stellen sich aber weitergehende Probleme iZm der Angebotsöffnung. Klar ist nämlich, dass die virusbefallene Datei nicht ohne weiteres geöffnet werden kann, um das Angebot zugänglich zu machen. Dies schon, um Schäden an der EDV des Auftraggebers und den Verlust weiterer/anderer Daten zu vermeiden. Nötig wäre damit eine Löschung des in der Datei enthaltenen Virus durch die Antivirensoftware. Eine solche Säuberung wird aber wohl zu Recht als unzulässige Veränderung des Angebots durch den Auftraggeber gesehen, die auch Manipulationen ermöglicht, sodass ein derartiges Vorgehen vergaberechtlich keinesfalls zulässig ist.²⁶

Irnberger/Gschweidl schlagen daher folgende Kombination der Reaktionsmöglichkeiten vor: Zunächst soll die Datei angenommen und in Quarantäne gelegt werden, womit der Virenbefall nachweisbar ist („korrupte Datei“). Zur Angebotsbewertung könne die Datei aber nicht herangezogen werden, weil sie dazu verändert/manipuliert werden müsste. Ist die Datei daher für die Angebotsbewertung relevant, dann müsse das Angebot ausgeschrieben werden.²⁷

Dem scheint im Ergebnis zu folgen zu sein. Um diesbezügliche Probleme schon vorweg zu vermeiden, ist Auftraggebern aber folgender Weg vorzuschlagen: In den Ausschreibungsunterlagen ist nicht nur auf die verwendete Virensoftware und das Verfahren der Virenprüfung hinzuweisen, vielmehr ist von den Bietern auch ausdrücklich zu verlangen, dass sie ihre Angebote vor Übermittlung an den Auftraggeber jeweils selbst mit einer aktuellen und am Tag der Angebotsübermittlung „upgedateten“ Virensoftware auf einen allfälligen Virenbefall zu prüfen haben. Wird bei einem übermittelten Angebot sodann ein Virusbefall festgestellt, dann ist der Bieter seiner diesbezüglichen Pflicht offenbar nicht nachgekommen, womit das Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht und daher nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden wäre.

6. Schlussbetrachtung

Der Einsatz elektronischer Beschaffungsformen ist nach wie vor eine kaum genutzte Möglichkeit zur kostengünstigen, raschen und effizienten Beschaf-

26 IdS schon *Irnberger/Gschweidl*, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III (2006) 83.

27 *Irnberger/Gschweidl*, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III (2006) 83.

fung. Die in Ausführung der die elektronische Vergabe fördernden Vergaberichtlinien ergangenen diesbezüglichen Regelungen des BVergG 2006 lassen zumindest mittelfristig eine Verbesserung der Akzeptanz der Internetversteigerung im Vergaberecht – also der elektronischen Auktion – erwarten, wenngleich die erhofften Einsparungseffekte infolge notwendiger Umstellungen der Hard- und Software auch bei den Auftraggebern in absehbarer Zeit wohl noch nicht eintreten werden. Leider hat es der Gesetzgeber bislang versäumt, günstigere und effizientere Signaturverfahren, wie die Verwaltungssignatur, auch für den Bereich des Beschaffungswesens in Geltung zu setzen. Die im Zusammenhang mit einem allfälligen Serverausfall oder einem Virenbefall des Angebots bestehenden Probleme sind durch die in vorliegendem Beitrag vorgeschlagenen Lösungswege in den Griff zu bekommen: Bei einem Serverausfall vor Ablauf der Angebotsfrist kann diese Frist selbst angemessen verlängert werden; bei einem Serverausfall nach Ablauf der Angebotsfrist verzögert sich die Angebotsöffnung solange, bis die Funktion des Servers wieder hergestellt ist. Der Virenbefall eines Angebots muss vom Bieter durch Verwendung einer aktuellen Virensoftware vermieden werden, soweit die Ausschreibungsunterlagen das verlangen. Verstößt ein Bieter dagegen, stellt das einen Grund für die Ausscheidung des Angebotes dar.