

Neues zum Einsatz elektronischer Beschaffungsformen nach der BVergG-Novelle 2008 (Teil 2)

Christian Weismann / Philipp Götzl

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

Schlagnote: Vergaberecht, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesvergabegesetz-Novelle 2008, elektronische Angebotsübermittlung, unzureichende Angebotsverwahrung, Fristverkürzung, Serverausfall, Computervirenbefall

Abstract: Der vorliegende Beitrag baut auf die in Teil 1 dargestellten Grundlagen der elektronischen Vergabe auf und versucht die im Rahmen eines solchen Verfahrens entstehenden vergaberechtlichen Probleme aufzuzeigen. Dabei soll – auch mit Blick auf allfällige Neuerungen durch die Vergaberechtsnovelle 2008 – auf die Sicherung von Angebotsinhalten, das Problem der Verkürzung von Anfechtungsfristen, den Serverausfall sowie den Computervirenbefall von Angeboten eingegangen werden.

1. Rechtliche Grundlagen

Die elektronische Vergabe als Durchführung eines Vergabeverfahrens mit elektronischen Mitteln ist vom Gesetzgeber im BVergG 2006¹ vorgesehen und auch gewünscht. In der vergaberechtlichen Praxis ist nach wie vor eine gewisse Zurückhaltung der öffentlichen Auftraggeber bei der Verwendung elektronischer Mittel zu erkennen. Auftraggeber wollen sich neben den Schwierigkeiten, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens ohnehin entstehen können, offenbar nicht noch der Gefahr zusätzlicher Probleme durch die Verwendung elektronischer Beschaffungsverfahren aussetzen. Die dabei diskutierten Probleme betreffen weniger das im BVergG 2006 vorgesehene vollelektronische dynamische Beschaffungssystem (vgl. § 25 Abs. 8 BVergG 2006) oder die elektronische Auktion als besondere Art der Ermittlung des

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

Best- oder Billigstbieters (vgl. § 31 BVergG 2006), sondern vielmehr Schwierigkeiten, die sich aus der elektronischen Durchführung eines jeglichen Vergabeverfahrens durch elektronische Übermittlung von Informationen, Unterlagen und – sofern zugelassen – insbesondere von Angeboten ergeben (vgl. §§ 43 und 91 ff. BVergG 2006).

Aufgrund der diesbezüglich bestehenden Besonderheiten wurden für die Entgegennahme und Öffnung von elektronisch übermittelten Angeboten **spezielle gesetzliche Regelungen** vorgesehen (§§ 119 ff. BVergG 2006). Danach ist der Zeitpunkt des Eingangs eines elektronisch übermittelten Angebotes durch einen sog. Zeitstempeldienst² zu dokumentieren, was dem jeweiligen Bieter auch unverzüglich zu bestätigen ist. Des Weiteren sind alle Angebote in der Reihenfolge ihres Einlangens in ein Verzeichnis einzutragen (§ 119 Abs. 1 BVergG 2006). Auch bei elektronisch übermittelten Angeboten hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass er vom Angebotsinhalt erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis erlangen kann und dass keine unbefugten Entschlüsselungen (damit Zugriffe) auf das Angebot erfolgen können (§ 119 Abs. 3 BVergG 2006). Die Speicherung der elektronisch übermittelten Angebote hat dann so zu erfolgen, dass (1) deren Echtheit, Unverfälschtheit und Vertraulichkeit gewährleistet ist, (2) bis zur Öffnung kein unbefugter Zugriff erfolgen kann und (3) jeder Zugriff bis zur Öffnung der Angebote dokumentiert wird (§ 120 BVergG 2006).

Die trotz bzw. vor dem Hintergrund dieser Regelungen bestehenden vergaberechtlichen Probleme und die dafür im Gesetz (durch die Vergaberechtsnovellen) und in der Lehre gebotenen Lösungen sollen im Folgenden dargestellt werden.

2. Unzugängliche Angebotsverwahrung bis zur Öffnung

Ein wichtiger vergaberechtlicher Grundsatz liegt in der Sicherung von Angebotsinhalten vor unbefugtem Zugriff durch den Auftraggeber selbst oder durch Dritte (bspw. andere Bieter). Damit sollen die Grundsätze der Bietergleichbehandlung und des freien und fairen Wettbewerbs gewahrt sowie Manipulationen hintangehalten werden. § 114 Abs. 1 BVergG 2006 schreibt daher vor, dass der Bieter das Angebot bzw. Angebotsbestandteile

² Der Zeitstempel ist die automatisch erteilte und elektronisch signierte Bescheinigung des Zertifizierungsdiensteanbieters, dass die betreffenden elektronischen Daten zu einem bestimmten Zeitpunkt vorlagen (so EBRV zu §§ 119 bis 121).

u. a. nach einem bekannt gegebenen Verfahren zu verschlüsseln hat. Die zulässigen Verschlüsselungs- und Entschlüsselungsverfahren sind vom Auftraggeber spätestens in den Ausschreibungsunterlagen (§ 94 Abs. 1 BVergG 2006) bekannt zu geben. Verschlüsselt der Bieter sein Angebot nicht, dann liegt darin ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, welches nach § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 auszuschneiden ist.³

Der Gesetzgeber scheint dennoch die Gefahr zu sehen, dass auch ein verschlüsseltes und mit elektronischer Signatur gesichertes Angebot schon vor dem festgesetzten Termin für die Angebotsöffnung eingesehen werden kann, schreibt doch § 121 Abs. 3 BVergG 2006 vor, dass vor Öffnung der Angebote nicht nur die Verschlüsselung des Angebots festzustellen ist, sondern auch, ob **kein unbefugter Zugriff erfolgte**. Wird festgestellt, dass ein Angebot zu früh bzw. unberechtigt geöffnet wurde, dann ist es vergaberechtlich auszuschneiden. Um die Gefahr einer unberechtigten Öffnung mit den sich daraus ergebenden Problemen hintan zu halten, ist ein möglichst sicheres Verschlüsselungssystem zu wählen. Zu denken ist hier etwa daran, dass der für die Entschlüsselung erforderliche „private Schlüssel“ des Auftraggebers bis zum Ablauf der Angebotsfrist bei einem sog. „elektronischen Notar“ hinterlegt bleibt⁴.

3. Verkürzung der Fristen bei Verwendung elektronischer Medien

Eine Besonderheit der Vergabe unter Verwendung elektronischer Medien liegt in der diesbezüglich vorgesehenen Möglichkeit einer Verkürzung der Angebots- und Teilnahmefristen (§§ 62 f., 66 BVergG 2006)⁵. Diese Verkürzung beträgt im Oberschwellenbereich hinsichtlich der Angebotsfrist im offenen Verfahren sowie hinsichtlich der Teilnahmefrist im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und im wettbewerblichen Dialog sieben Tage, wenn die Bekanntmachung mit dem einschlägigen Standardformular elektronisch durchgeführt wird (§ 62 Abs. 1 BVergG 2006). Die Angebotsfrist kann im offenen und nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekannt-

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

4 EBRV zu §§ 92 bis 94.

5 Vgl. *Götzl/Weismann* in Pichler, eAuktionsbusiness versus Rechtssicherheit 77 (90 f.).

machung um weitere fünf Tage verkürzt werden, wenn der Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen und alle zusätzlichen, das Vergabeverfahren betreffende Unterlagen bis spätestens zur Bekanntmachung auf elektronischem Weg frei, direkt und vollständig zur Verfügung stellt und die diesbezügliche Internetadresse bereits in der Bekanntmachung angibt (§ 62 Abs. 2 i. V. m. 3 BVergG 2006). Im Unterschwellenbereich beträgt die Verkürzung der Angebotsfrist im offenen und nicht offenen Verfahren drei Tage, soweit die Ausschreibungsunterlagen und alle zusätzlichen Unterlagen im Internet frei, direkt und vollständig elektronisch zugänglich gemacht werden (§ 66 BVergG 2006).

Problematisch kann sein, dass diese Verkürzung der Angebotsfristen bei elektronischer Vergabe auch zu **Verkürzungen der Fristen für die Nachprüfung von fehlerhaften Entscheidungen** führt. § 321 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 sieht nämlich vor, dass sich die Frist zur Nachprüfung gesondert anfechtbarer Entscheidungen bei einer Verkürzung der Angebotsfrist wegen einer Vorinformation (§ 61 BVergG 2006) und gleichzeitig gemäß § 62 BVergG 2006 (bei Verwendung elektronischer Medien) – bzw. gemäß § 224 Abs. 2 und gleichzeitig gemäß § 225 BVergG 2006 – von sonst vierzehn Tagen **auf sieben Tage verkürzt**. Gleiches gilt gemäß § 321 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 für die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung bei der Vergabe im Wege einer elektronischen Auktion oder aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems.

Diskutiert wird hier, ob diese kurzen Fristen unter Umständen dem in Art. 2 der Rechtsmittelrichtlinie⁶ enthaltenen Prinzip des effektiven Rechtsschutzes widersprechen, das darauf gerichtet ist, gerade keine unwiderrufflichen Tatsachen⁷ – etwa durch rechtswirksame Zuschlagserteilung – zu schaffen. Zur Wahrung des effektiven Rechtsschutzes ist es auch notwendig, Rechtsmittelfristen so zu bemessen, dass sie dem Rechtssuchenden gewährleisten, sein Rechtsmittel in einer Weise auszuführen, 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.⁸ Im Ergebnis bestehen gute Gründe für die Ansicht, dass die Rechtsmittelfristen gemäß § 321 Abs. 1 Z. 2 und 3 und § 321 Abs. 2 i. V. m. §§ 62 f., 66 BVergG 2006 unter

6 RL 89/665/EWG vom 25. 2. 1992, in der Folge kurz RMRL.

7 SA des GA Mischo vom 10. 6. 1999 in der Rs C-81/98 (Alcatel) Rn. 63 und SA des GA Tizzano vom 28. 6. 2001 in der Rs C-92/00 (Hospital Ingenieure) Rn. 21 sprechen in diesem Zusammenhang von der Wahrung der „praktischen Wirksamkeit“ der Richtlinienbestimmung.

8 VfGH VfSlg. 15218, 15529.

Umständen zu kurz bemessen sind, um einen Nachprüfungsantrag zu stellen und damit zu verhindern, dass der Zuschlag rechtsgültig erteilt wird⁹.

Diese Problematik dürfte sich mit Umsetzung¹⁰ der im Dezember 2007 erlassenen „neuen“ Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG etwas entschärfen. Diese schreibt in Art. 2c nämlich vor, dass die Fristen für die Beantragung einer Nachprüfung mindestens 10 Kalendertage bei Übermittlung der angeforderten Auftraggeberentscheidung durch Fax oder auf elektronischem Weg zu betragen haben (bei Verwendung anderer Kommunikationsmittel u. U. sogar mindestens 15 Kalendertage).

4. Problematik des Serverausfalls

Sollen Teilnahmeanträge oder Angebote elektronisch übermittelt werden, so können durch einen Serverausfall eine Reihe vergaberechtlicher Probleme entstehen.¹¹ Diesbezüglich ist nach dem Zeitpunkt des Serverausfalls zu differenzieren:

Fällt der Server **vor Ablauf der Angebotsfrist** aus, kann das dazu führen, dass Bieter trotz rechtzeitigem Versendungsversuch ihr Angebot nicht übermitteln können. Grundsätzlich ist hier darauf hinzuweisen, dass auch das vergaberechtliche Angebot nach allgemeinen Grundsätzen auf Gefahr des Bieters reist.¹² Es liegt daher 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. Nach § 12 E-Commerce-Gesetz gelten elektronische Vertragserklärungen, andere rechtlich erhebliche elektronische Erklärungen und elektronische Empfangsbestätigungen als zugegangen, wenn sie die Partei, für die sie bestimmt sind, unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann. Ein elektronisch übermitteltes Angebot gilt daher dann als zugegangen, wenn der Auftraggeber davon Kenntnis erhält bzw. wenn es in dessen Machtbereich gelangt (bspw. bekannt gegebene Mailadresse).¹³ Wenn nun

9 So etwa auch *Pock*, Die gemeinschaftsrechtliche (Un-)Zulässigkeit gesondert anfechtbarer Entscheidungen und Präklusionsfristen im BVergG, RPA 2003, 27.

10 Die Umsetzung hat nach Art. 3 Abs. 1 der neuen RMRL bis spätestens 20. Dezember 2009 zu erfolgen.

11 Zum Problem bereits *Irnberger/Gschweidl*, Elektronische Verfahrensabwicklung in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III (2006) 67 (81f).

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

13 So EBRV 2006 zu § 57.

aber der Server des Auftraggebers (z. B. wegen technischer Probleme) nicht empfangsbereit ist und dessen Funktionsfähigkeit nicht vor Fristende behoben werden konnte, kann die rechtzeitige elektronische Angebotsabgabe einzelner oder aller Bieter – aus in der Auftraggebersphäre liegenden Gründen – überhaupt unmöglich werden. Es hat der Auftraggeber daher nach § 57 Abs. 3 BVergG 2006 *„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 sollen, bis zum Zeitpunkt des Ablaufes der jeweiligen Frist nicht durchgehend empfangsbereit ist“*. Diesbezüglich ist nach Zeitpunkt und Dauer des Serverausfalls zu differenzieren. Die EBRV 2006 führen dazu 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. Eine Verlängerung der Angebotsfrist sei dagegen dann notwendig, wenn sich der Serverausfall kurz vor Ablauf der Angebotsfrist zuträgt.¹⁴ Wird die Frist verlängert, dann ist dies allen Bewerbern oder Bietern nachweislich mitzuteilen bzw. soweit das nicht möglich ist, in geeigneter Form bekannt zu machen (§ 57 Abs. 3 BVergG 2006).

Tritt der Serverausfall erst **nach Ablauf der Angebotsfrist** (damit nach Absendung der fristgerechten Angebote durch die Bieter und Einlangen am Server des Auftraggebers) ein, so kann das zur Folge haben, dass kein sofortiger Download der Angebote durch den Auftraggeber und damit keine sofortige Angebotsöffnung möglich ist.¹⁵ Dies führt i.Z.m. dem in § 121 Abs. 1 S. 1 BVergG 2006 a. F. angeordneten Unmittelbarkeitserfordernis bei der Angebotsöffnung zu Schwierigkeiten. Nach dieser Bestimmung sind die Angebote im offenen und nicht offenen Verfahren nämlich *„am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit, **unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist**, zu öffnen“*.¹⁶ Zu Recht wird bzw. wurde aber davon ausgegangen, dass die „Unmittelbarkeit“ bei Serverausfall auch dann gewährleistet ist, wenn das Downloaden und die Angebotsöffnung sofort nach Wiederverfügbarkeit des Servers vorgenommen wird.¹⁷ Dieses Ergebnis wird durch die Novellie-

14 EBRV 2006 zu § 57.

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

16 Hervorhebung durch die Autoren.

17 EBRV 2006 zu den §§ 119 bis 121; auch *Irnberger/Gschweilt* in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III (2006) 81 f.; *Götzl/Weismann* in Pichler eAuktionsbusiness versus Rechts-

rung des § 121 Abs. 1 S. 1 BVergG 2006 untermauert. Nach der novellierten Fassung der Bestimmung sind im offenen und nicht offenen Verfahren nunmehr „die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, **ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen**, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen“.¹⁸ In den Materialien wird der „Prototyp“ eines solchen Ausnahmefalles darin gesehen, dass es Auftraggebern bei „paralleler“ Durchführung mehrerer Verfahren ermöglicht werden soll, die Angebotsöffnungen zeitlich so abfolgend festzusetzen, dass in mehreren Verfahren beteiligte Bieter an allen Angebotsöffnungen teilnehmen können¹⁹. Wenn aber Auftraggebern die Möglichkeit eingeräumt wird, unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich „spätere“ Angebotsöffnungen vorzusehen, so muss eine solche Möglichkeit u. E. auch bei Serverausfällen bestehen. Damit stützt diese Novellierung das bisher schon vertretene Ergebnis.

5. Computervirenbefall des Angebots

Ein weiteres spezielles Problem bei elektronisch durchgeführten Vergabeverfahren liegt im Virusbefall übermittelter Angebote. Eine gesetzliche Regelung des Problems existiert nicht. In der Lehre wurden aber mehrere **Reaktionsmöglichkeiten** entwickelt²⁰:

Eine Möglichkeit liegt in der (automatischen) **Ablehnung und Löschung der virusbefallenen Datei**. Dies bedeutet gleichzeitig die Ablehnung des Angebots des Bieters (bzw. eines Teils davon). In einem allfälligen Nachprüfungsverfahren wird der Auftraggeber bei einer solchen Vorgangsweise den Virenbefall nur schwer nachweisen können, weil die Datei infolge Löschung nicht mehr vorliegt.²¹

Eine andere Lösung liegt darin, die **Datei in einen Quarantäne-Ordner abzulegen**. Dies erleichtert zwar die Nachweisbarkeit des allfälligen Virenbefalls, es stellen sich aber weitergehende Probleme i.Z.m. der Angebotsöffnung. Um das Angebot „gefahrlos“ zugänglich zu machen, wäre zunächst die „Löschung“ des Virus durch eine Antivirensoftware erforderlich. Eine

sicherheit (2007) 77 (93 f.); *Suttner/Pachner* in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 (2004) § 89 Rz 30.

18 Änderung durch die Autoren hervorgehoben.

19 127 der Beilagen XXIII. GP – Regierungsvorlage – Vorblatt samt Erläuterungen 10.

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

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

solche Säuberung wird aber zu Recht als vergaberechtlich unzulässige Veränderung des Angebots durch den Auftraggeber gesehen.²²

Einen gangbaren Weg schlagen *Irnberger/Gschweitl* vor. Danach sei die Datei zunächst anzunehmen und in Quarantäne zu legen, womit der Virenbefall nachweisbar ist. Zur Angebotsbewertung könne die Datei aber aus gezeigten Gründen nicht herangezogen werden. Ist die Datei für die Angebotsbewertung relevant, dann müsse das Angebot ausgeschieden werden.²³

Um diesbezügliche Probleme schon im Vorhinein zu vermeiden, sollten Auftraggeber von den Bietern bereits in der Ausschreibung ausdrücklich verlangen, dass diese ihre Angebote vor Übermittlung an den Auftraggeber jeweils selbst mit einer tagesaktuell „upgedateten“ Virensoftware zu prüfen haben. Wird bei einem übermittelten Angebot sodann vom Auftraggeber ein Virusbefall festgestellt, dann ist der Bieter – zumindest wenn es sich um einen Virus handelt, den eine aktualisierte Virensoftware hätte feststellen können bzw. müssen – 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

Die Probleme beim Einsatz elektronischer Beschaffungsformen sind einer der Gründe für die nach wie vor zurückhaltende Nutzung dieser Möglichkeit zur raschen und effizienten Beschaffung. Die vorliegenden Ausführungen haben aber gezeigt, dass die einzelnen Probleme bereits auf gesetzlicher Ebene, jedenfalls aber durch entsprechende Ausgestaltung des Verfahrens bzw. der Ausschreibungsunterlagen durchaus in den Griff zu bekommen sind. Es bleibt daher zu hoffen, dass die Praxis die aus Kosten- und Effizienzgründen interessanten vollelektronischen Beschaffungsverfahren bzw. die Nutzung elektronischer Mittel in Vergabeverfahren künftig stärker annehmen wird.

²² I.d.S. schon *Irnberger/Gschweitl* in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III (2006) 83.

²³ *Irnberger/Gschweitl* in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP III (2006) 83.

7. Literatur

- Gölles:* BVergG 2002: das Grundmodell für die elektronische Vergabe bei öffentlichen Aufträgen und die neue „elektronische Auktion“, RPA 2002, 207.
- Götzl:* Die elektronische Vergabe nach dem BVergG 2006, RPA 2006, 145.
- Götzl:* Der Einsatz elektronischer Beschaffungsformen nach dem BVergG 2002, in: *Schweighofer/Augeneder/Menzel*, Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft, Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik (2005) 138.
- Götzl/Weismann:* Internetversteigerungen im Vergaberecht, in Pichler, eAuktionsbusiness versus Rechtssicherheit (2007) 77.
- Irnberger/Gschweitl:* Elektronische Verfahrensabwicklung, in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP III (2006) 67.
- Neumayr:* EU-Legislativ-Paket: Die neuen Vergaberichtlinien, RPA 2004, 143.
- Pock:* Die gemeinschaftsrechtliche (Un-)Zulässigkeit gesondert anfechtbarer Entscheidungen und Präklusionsfristen im BVergG, RPA 2003, 27.
- Schramm/Aicher/
Fruhmann/Thienel:
Schwartz:* Kommentar Bundesvergabegesetz 2002 (2004).
Die Neuerungen des BVergG 2006, RPA 2005, 214.