

# TRENDS UND COMMUNITIES DER ELEKTRONISCHEN AUFTRAGSVERGABE

Philipp Götzl

Rechtsanwalt/Partner, Götzl Thiele Eurolawyer® Rechtsanwälte  
Imbergstraße 19, 5020 Salzburg, AT  
philipp.goetzl@vergabekanzlei.at; www.vergabekanzlei.at

**Schlachworte:** *Bietergemeinschaft, Bundesvergabegesetz, elektronische Vergabe, e-procurement elektronische Angebotsabgabe, interkommunale Kooperation, öffentliches Interesse; qualifizierten elektronischen Signatur, Vergaberecht, Vergaberichtlinien 2014*

**Abstract:** *Auch der Einsatz elektronischer Beschaffungsformen ist von Trends und Communities geprägt. Dazu werden seitens des Gesetzgebers fortwährend Regelungen geschaffen, die vereinfachte und beschleunigte elektronische Vergaben ermöglichen sollen. Umgesetzt werden diese Verfahren durch entsprechende Communities auf Seiten des Auftraggebers und des Auftragnehmers. Neuester Trend ist es nun, die elektronische Angebotsabgabe verpflichtend vorzusehen. Der Beitrag bemüht sich um eine Bestandsaufnahme aktueller Trends im Vergaberecht und der exemplarischen Ortung wesentlicher Communities, die zur sinnvollen und zweckmäßigen Gestaltung des Vergaberechts beitragen.*

## 1. Ausgangslage

Der Einsatz elektronischer Beschaffungsformen ist von Moden getragen, die langfristige Trends erkennen lassen können. Diese sind von den «Vergabetrends» geprägt, die sich in den Vergabeprinzipien wie Bietergleichbehandlung, Transparenz, Freier Wettbewerb und effektivem Rechtsschutz widerspiegeln. Zur Umsetzung werden seitens des Gesetzgebers fortwährend Regelungen geschaffen, die vereinfachte und beschleunigte elektronische Vergaben ermöglichen. So ist noch im Jahr 2016 das BVergG 2006<sup>1</sup> novelliert worden, unter anderem mit dem Ziel, die wesentlichsten Vorgaben des neuen Richtlinienpaketes<sup>2</sup> hinsichtlich der Förderung der elektronischen Abwicklung von Vergabeverfahren bereits vor der bis 18. April 2016 bzw. hinsichtlich der elektronischen Angebotsabgabe bis 18. Oktober 2018 notwendigen umfangreichen Neukodifikation umzusetzen und Vergaben ausschließlich nach dem Kriterium Preis («Billigstangebotsvergaben») zu verhindern. Die Neukodifikation des BVergG 2017 steht nun unmittelbar bevor (Stand 28. Dezember 2016). Unverändert ist vorerst auf Grundlage der BVergG-Novelle 2016 die bloße Möglichkeit vorgesehen, jedes Verfahren hinsichtlich der Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeden sonstigen Informationsaustausch auch elektronisch durchzuführen. Diese Möglichkeit ist nach wie vor von den vorgesehenen vollelektronischen Verfahren (z.B. das dynamische Beschaffungssystem) oder Teilverfahren zur Ermittlung des besten Bieters (v.a. die elektronische Auktion) zu unterscheiden, bei denen auch die Angebote selbst bloß elektronisch abgegeben und geöffnet werden können. Eine Verpflichtung, jedes Vergabeverfahren auch hinsichtlich der Angebotsabgabe elektronisch durchzuführen, ist aus den Vorgaben im BVergG 2006 auch nach der Novelle 2016 nicht abzuleiten, allenfalls aber mit der anstehenden Neukodifikation des BVergG 2017<sup>3</sup> zu erwarten. Umgesetzt werden diese Verfahren aber nur, wenn sie in

<sup>1</sup> Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 7/2016 und BGBl II Nr. 250/2016 (Stand 28. Dezember 2016).

<sup>2</sup> RL 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe, RL 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 über den Sektorenbereich, RL 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

<sup>3</sup> Wohl noch im Jahr 2017.

entsprechenden Communities auf Auftraggeberseite, wie z.B. in interkommunalen Kooperationen, durch den Gemeindebund, Expertenkommissionen und auf Auftragnehmerseite etwa durch Kammern, Interessenvertretungen wie den ÖWAV, Bietergemeinschaften oder Zusammenschlüsse mit Subunternehmern, Anklang finden und so der Intention des Gesetzgebers gefolgt wird, elektronische Vergabemöglichkeiten und Vergabemittel auch praktisch anzuwenden. Neuester Trend ist nun, auch die elektronische Angebotsabgabe verpflichtend vorzusehen, die bis 18. Oktober 2018 einheitlich unionsrechtlich umgesetzt sein muss. Der Beitrag bemüht sich um eine Bestandsaufnahme aktueller «Moden» im Vergaberecht, die Ortung wesentlicher Communities, die darauf Einfluss haben und die Sichtung möglicher zukünftiger Trends zur sinnvollen und zweckmäßigen Gestaltung des Vergaberechts de lege ferenda.

## 2. Trends und Moden elektronischer Vergabe

Eine wesentliche «Mode» im Vergaberecht sind die Maßnahmen zur Konjunkturbelebung seit der Wirtschaftskrise 2009. Dazu wurde in Österreich die Schwellenwerteverordnung<sup>4</sup> erlassen, mit der vor allem Direktvergaben, also Vergaben ohne förmliches Vergabeverfahren, gefördert werden. Die – mittlerweile jährlichen – BvergG-Novellen folgen dem Trend der weiteren Vereinfachung der Vergabeverfahren bspw. durch Eignungsnachweise auch für nicht nationale europäische Unternehmen, wie sie zuletzt durch die Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (kurz: EEE)<sup>5</sup> umgesetzt wurde. Eine «Mode» im Vergaberecht ist es, dass jeder Informationsaustausch im Vergabeverfahren grundsätzlich elektronisch erfolgen soll<sup>6</sup>, was nun durch die erwartete Neukodifikation des BvergG 2017 umgesetzt werden soll. Die öffentliche Auftragsvergabe ist ein wirtschaftlich wesentlicher Faktor in der Europäischen Union.<sup>7</sup> Bis zuletzt wurde nur ein Bruchteil der Vergaben auf elektronischem Wege durchgeführt, obwohl hier wesentliche Kosteneinsparungen und Verfahrensbeschleunigungen zu erwarten sind.<sup>8</sup> Gerade die Bestrebungen der Union zur Förderung der elektronischen Vergabe haben daher Eingang in das Vergaberichtlinienpaket 2014<sup>9</sup> gefunden. Besonderer Schwerpunkt der neuen Regelungen sind – neben der nun vermehrten Verpflichtung zur elektronischen Vergabe<sup>10</sup> – die Schaffung eines neuen Ausnahmetatbestands, der interkommunalen Kooperation. Dieser mögliche Zusammenschluss von Auftraggebern zeichnet den Trend zu Beschleunigung und Vereinfachung der Vergaben bis hin zur Möglichkeit durch die Schaffung solcher Communities Ausnahmen vom Vergaberecht zu schaffen. Dies zeigt sich auch durch die Vereinfachung der Vergaben im Unterschwellenbereich und an der bis zuletzt auf 31. Dezember 2018 befristeten SchwellenwerteVO<sup>11</sup>, mit welcher der Anwendungsbereich der dann zulässigen Direktvergabe durch Erhöhung der vergabefreien Schwellenwerte vergrößert wird. Damit sind als erste Indikation die Ausnahmeregelungen für das komplexe Vergaberegime auf zwei Ebenen abgedeckt, einerseits für den weiten Bereich der Bagatellvergaben, in welchem insbesondere Interessenvereinigungen (Communities) auf Auftragnehmerseite vermehrt für eine Freistellung eintreten. Andererseits sind Ausnahmeregelungen dort

---

<sup>4</sup> SchwellenwerteVO 2002 verlängert bis 31. Dezember 2018, BGBl II 250/2016.

<sup>5</sup> Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, Abl. L 2016/3.

<sup>6</sup> Weiterführend: GÖTZL, Die elektronische Vergabe im Lichte der BvergG Novelle 2015 – Der Durchbruch oder im Westen nichts Neues? ZIIR 2016, 26–32.

<sup>7</sup> Sie schlägt mit 19% des BIP der Union zu Buche, vgl. HASLHOFER, PEPPOL: Technisch harmonisierte Online-Vergabeverfahren in Europa, JusIT 2011/19, 41 m.w.N. in Fn. 1; HOLOUBEK/FUCHS/HOLZINGER, Vergaberecht<sup>4</sup>, 9 f.

<sup>8</sup> Die Union ist hier 2010 noch von lediglich etwa 5% der Vergaben innerhalb der EU ausgegangen, die elektronischem Wege durchgeführt werden; Siehe: Europäische Kommission, Grünbuch zum Ausbau der e-Beschaffung in der EU, KOM/2010/571 (endg.), 20.

<sup>9</sup> Das Vergaberichtlinienpaket 2014, welches bis 18. April 2016 in nationales Recht umzusetzen war, beinhaltet RL 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe, die RL 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 über den Sektorenbereich und die RL 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

<sup>10</sup> Gerade hinsichtlich der elektronischen Angebotsabgabe.

<sup>11</sup> Verordnung des Bundeskanzlers betreffend die Anpassung von im Bundesvergabegesetz 2006 festgesetzten Schwellenwerten – Schwellenwerteverordnung 2012, BGBl II Nr. 95/2012 i.d.F. BGBl II Nr. 250/2016.

zu orten, wo der Auftraggeber direkt oder indirekt, zusammen mit anderen Auftraggebern gemeinsam Leistungen für sich selbst erbringen kann; hier sind die Communities auf Auftraggeberseite angesprochen. Soweit dort strenge Voraussetzungen erfüllt werden, ist etwa eine Inhouse-Vergabe oder eine interkommunale Kooperation<sup>12</sup> zulässig, die ebenfalls außerhalb des Wettbewerbs agiert. Die klassische Vergaberichtlinie für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge<sup>13</sup>, die Sektorenrichtlinie<sup>14</sup> und die neue Konzessionsrichtlinie<sup>15</sup> sehen den erweiterten Einsatz von elektronischen Beschaffungsformen vor. Die Europäische Kommission hat zuvor im Zuge eines Aktionsplans zur Umsetzung und Anwendung der Rechtsvorschriften über die elektronische Vergabe Erläuterungen<sup>16</sup> veröffentlicht, die den Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien behilflich sein sollten. Ziel ist es demnach, den Behörden durch die elektronische Vergabe einen besseren Einkauf zu ermöglichen und ein besseres Preis-/Leistungsverhältnis am Markt zu erzielen. Es soll der Wettbewerb gefördert und Bürokratie abgebaut werden, was den Unternehmen die Bewerbung um öffentliche Aufträge erleichtert.<sup>17</sup> Voraussetzung dafür war und ist, die Interoperabilität der elektronischen Rechnungsstellungssysteme (durch e-Rechnungen<sup>18</sup>) unionsweit sicherzustellen, um Einzellösungen von Mitgliedstaaten, die bloß zur Fragmentierung des Binnenmarktes beitragen und eine grenzüberschreitende Auftragsvergabe erschweren, zu verhindern.<sup>19</sup> Da nun idZ fortlaufend bestimmte neue Techniken der Online-Beschaffung entwickelt werden, die es ermöglichen, die Effizienz des öffentlichen Beschaffungswesens durch die Verringerung des Zeitaufwandes und durch Einsparungseffekte zu verbessern,<sup>20</sup> sollen die öffentlichen Auftraggeber im Zuge des neuen Vergaberichtlinienpakets 2014 gehalten sein, vermehrt diese Techniken zur Online-Beschaffung einzusetzen, soweit damit die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und der Transparenz eingehalten werden können. Damit sind neue Vergabeplattformen notwendig und eine dritte «Community» angesprochen, die in der notwendigen Inanspruchnahme derartiger Vergabeplattformen Dritter gründet, die nicht Bieter oder Auftraggeber im Vergabeverfahren sind. Grundlage dafür ist, dass zu den Vorschriften über die Kommunikation im Vergabeverfahren vorgesehen ist, dass diese und der gesamte Informationsaustausch, insbesondere auch die elektronische Einreichung von Angeboten, unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel erfolgen soll.<sup>21</sup> Die für die elektronische Kommunikation zu verwendenden Instrumente und Vorrichtungen, sowie ihre technischen Merkmale, müssen nichtdiskriminierend und allgemein verfügbar sowie mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der IKT<sup>22</sup> kompatibel sein und dürfen den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken. Bei der gesamten Kommunikation sowie beim Austausch und der Speicherung von Informationen muss der Auftraggeber bzw der von ihm in der Regel beauftragte Dritte (Dienstleister oder Plattformbetreiber) sicherstellen, dass die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Angebote und der Teilnahmeanträge gewährleistet sind. Sie müssen

<sup>12</sup> Dazu ausführlich GÖTZL, Die elektronische Vergabe nach der BVergG Novelle 2015 und die interkommunale Kooperation – eine Bestandsaufnahme, in: Schweighofer/Kummer/Hötzdorfer/Borges (Hrsg.), Netzwerke – Tagungsband des 19. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2016, 645–652.

<sup>13</sup> RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über öffentliche Auftragsvergaben und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG.

<sup>14</sup> RL 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste und zur Aufhebung der RL 2004/17/EG vom 31. März 2004.

<sup>15</sup> RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

<sup>16</sup> [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/e-procurement\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/e-procurement_de.htm).

<sup>17</sup> GÖLLES, Pressemitteilung der EU-Kms (IP/05/948), RPA 2005, 212; GÖTZL, Neugestaltung des rechtlichen Rahmens für Vergaben im Unterschwellenbereich als Chance für die elektronische Vergabe, 315.

<sup>18</sup> Vgl. [www.erechnung.gv.at](http://www.erechnung.gv.at).

<sup>19</sup> KOM(2013) 449 final 2; vgl. § 5 IKT-Konsolidierungsgesetz

<sup>20</sup> So hat bereits die 12. Begründungserwägung der durch RL 2014/24/EU aufgehobenen RL 2004/18/EG.

<sup>21</sup> Art. 22 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

<sup>22</sup> Informations- und Kommunikationstechnologie, vgl. insb. die Technische Spezifikationen im IKT-Bereich, die gemäß den Artikeln 13 und 14 der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 festgelegt wurden.

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 oder einen alternativen Kanal für die elektronische Einreichung von Angeboten unterstützen.<sup>23</sup> Im Ergebnis müssen alle Informationen über die Spezifikationen für die elektronische Einreichung der Angebote und Teilnahmeanträge, einschließlich Verschlüsselung und Zeitsperrung, allen (möglichen) Interessenten zugänglich sein.<sup>24</sup> Dafür wird der Auftraggeber aus praktischer Sicht eine elektronische Vergabeplattform verwenden müssen, mit dem Ziel der Vereinfachung der Vergabe unter gleichzeitiger Steigerung von Effizienz und Transparenz.<sup>25</sup> Alle diese Maßnahmen sollen sicherstellen, dass die elektronische Vergabe auch in den einzelnen Mitgliedsstaaten angewandt wird, wobei die genannten Richtlinienvorgaben zu elektronischer Vergabe – anders als die sonstigen Bestimmungen der neuen Vergaberichtlinien – nicht bereits bis 18. April 2016, sondern erst bis 18. Oktober 2018 umzusetzen sind.<sup>26</sup>

### **3. Communities durch Vergabegrundsätze – am Beispiel der Transparenz**

Das primäre Unionsrecht verlangt, dass Vergabeverfahren transparent zu führen sind.<sup>27</sup> Danach hat «der Auftraggeber zu Gunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicher zu stellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden».<sup>28</sup> Das Transparenzgebot fordert damit vor allem, dass die Zuschlagskriterien und die zu erbringende Leistung so klar wie möglich definiert sein müssen.<sup>29</sup> Es muss für einen Bieter eindeutig sein, auf welche Leistung und welchen Leistungsumfang sich sein Angebotspreis beziehen soll. Die Ausschreibungsunterlagen haben alle für die Berechnung des Angebots wesentlichen Parameter zu enthalten<sup>30</sup>, damit die einlangenden Angebote auch vergleichbar sind, was nicht der Fall ist, wenn Vergabekriterien nur mit Worthülsen und allgemeinen Begriffen ohne genauere Definition umschrieben sind. Wird es also reine Glückssache, ob ein Bieter zufällig das maßgebliche Kriterium erfüllt, entspricht dies nicht den Anforderungen an die Objektivität und Transparenz des Vergabeverfahrens.<sup>31</sup> Das Ziel umfassender Transparenz kann durchaus auch als themenrelevanter Trend im Vergaberecht bezeichnet werden, dessen zentrales Mittel zur Umsetzung bei öffentlichen Ausschreibungen die (elektronische) Bekanntmachung ist.<sup>32</sup> Dabei soll der Bieter anhand der Angaben in der Bekanntmachung darüber informiert werden, ob ein bestimmtes Vergabeverfahren für ihn von Interesse ist oder nicht. Er hat so die Chance, eigene Communities in Form von Bietergemeinschaften oder Subunternehmern zu gründen, um den Auftrag erhalten zu können.

### **4. Communities durch Zusammenschluss auf Auftraggeberseite – am Beispiel der Inhousevergabe und Verwendung von Vergabeplattformen**

Nach der europäischen Rsp.<sup>33</sup> ist es für eine Anwendung des Vergaberechts grundsätzlich ausreichend, dass eine Vereinbarung zwischen zwei wirklich verschiedenen Personen getroffen wird. Dabei genügt es, dass der

---

<sup>23</sup> Art. 22 Abs. 5 lit. b und c der RL 2014/24/EU.

<sup>24</sup> Art. 22 Abs. 6 lit. a der RL 2014/24/EU.

<sup>25</sup> Vgl. Erwägungsgrund 52 der RL 2014/24/EU.

<sup>26</sup> Vgl. Art. 106 der RL 2014/24/EU.

<sup>27</sup> EuGH 20. September 1988, Rs. C-31/87, *Beentjes*; 17. September 2002, Rs. C-513/99, *Concordia/Stadt Helsinki*; 24. November 2005, Rs. C-331/04, *ATI EAC* u.a.

<sup>28</sup> EuGH 7. Dezember 2000, Rs. C-324/98, *Telaustria*; 27. Januar 2005, Rs. C-231/03, *Coname*; 13. Oktober 2005 Rs. C-458/03, *Parking Brixen*.

<sup>29</sup> Götzl, Aspekte zu den Konkretisierungserfordernissen einer Ausschreibung, RPA 2006, 10.

<sup>30</sup> B-VKK 10. September 1997, S-71/97-11.

<sup>31</sup> EuGH 12. Dezember 2002, Rs. C-470/99, *Universale-Bau*.

<sup>32</sup> EuGH 7. Dezember 2000, Rs. C-324/98, *Telaustria*; vgl. § 46 BVergG 2006.

<sup>33</sup> EuGH 18. November 1998, Rs. C-107/98, *Teckal*, Rn. 50; EuGH 7. Dezember 2000, Rs. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Rn. 40; u.a.

Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.<sup>34</sup> Damit sind die Voraussetzungen für Communities auf Auftraggeberseite durch die seitens des EuGH der in der Rs. *Teckal*<sup>35</sup> entwickelten Kriterien abgesteckt, die durch einen Blick auf die Entwicklung der Inhousevergabe<sup>36</sup> weiter konkretisiert werden können. Während der Anwendungsbereich der Inhouse-Vergabe nach dem Urteil *Teckal* relativ weit gefasst war, ist dieser insbesondere durch Entscheidung in der Rs. *Stadt Halle*<sup>37</sup> restriktiv eingeschränkt worden. In der Rs. *Mödling*<sup>38</sup> hat der EuGH ausgesprochen, dass eine Beeinträchtigung des fairen und lautereren Wettbewerbs nicht nur dann gegeben ist, wenn Auftragsvergabe und Anteilsveräußerung an einen Privaten zeitlich zusammenfallen, sondern auch, wenn die Auftragsvergabe zeitlich vorverlagert wurde, mit dem Ziel, mit einer späteren Anteilsveräußerung an einen Privaten der strengen Judikatur des EuGH zu entkommen. Mit EuGH *Asemfo*<sup>39</sup> wurde erkannt, dass bei Inhouse-Vergaben die erforderliche Kontrolle auch von öffentlichen Stellen gemeinsam ausgeübt werden kann. Dies war praktisch die Geburtsstunde vergabe-rechtsfreier interkommunaler Kooperation.<sup>40</sup> Durch EuGH *Stadtreinigung Hamburg*<sup>41</sup> wurde die interkommunale Zusammenarbeit – als weiterer Schritt – bei gemeinsamen Gemeinwohlaufgaben durch schlichten privatrechtlichen Vertrag, also ohne echte Delegation und damit ohne klassisches Inhouse-Verhältnis ermöglicht. Seither<sup>42</sup> kann bei interkommunaler Zusammenarbeit das Kontrollkriterium quasi entfallen, mit der Folge, dass die bis dahin notwendige Zwischenschaltung eines Rechtsträgers zur Erfüllung des Inhouse-Privilegs nun nicht mehr notwendig ist.<sup>43</sup> Seit den Entscheidungen EuGH Rs. *Ordine degli Ingegneri*,<sup>44</sup> Rs. *Piepenbrock*,<sup>45</sup> Rs. *TU Hamburg-Harburg*<sup>46</sup> und Rs. *Econord*<sup>47</sup> ist nun im Ergebnis klargestellt, dass es i.Z.m. öffentlichen Einrichtungen zwei Arten der Auftragsvergabe ohne Ausschreibung geben kann: Einerseits die klassische Inhouse-Vergabe,<sup>48</sup> die durch ein Kontrollverhältnis zu einer Dienststelle geprägt ist, und andererseits die Zusammenarbeit gleichgestellter öffentlicher Einrichtungen als sog. «interkommunale Kooperation».<sup>49</sup> Erstere ist nach zutreffender Ansicht<sup>50</sup> durch ihre vertikale Struktur geprägt, die sich iS der *Teckal*-Kriterien entwickelten Kontrolle über den Leistungserbringer und den Umstand kennzeichnet, dass dieser seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringt. Die interkommunale Zusammenarbeit ist hingegen durch ihre horizontale Struktur geprägt, bei der die Vertragspartner rein vertraglich gebunden und faktisch gleichwertig sind. Der VwGH hat jüngst<sup>51</sup> – noch vor der innerstaatlichen Umsetzung der Vergaberichtlinien bis

<sup>34</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Leger vom 15. Juni 2000 in Rs. C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Rn. 53.

<sup>35</sup> EuGH 18. November 1998, Rs. C-107/98, *Teckal*.

<sup>36</sup> Vgl. EuGH 11. Januar 2005, Rs. C-26/03, *Stadt Halle*; EuGH 13. Oktober 2005, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*; EuGH 10. November 2005, Rs. C-29/04, *Mödling*; EuGH 11. Mai 2006, Rs. C-340/04, *Carbotermo*; EuGH 19. April 2007, Rs. C-295/05, *Asemfo*; EuGH 18. Dezember 2007, Rs. C-220/06, *Asociación Profesional*.

<sup>37</sup> EuGH 11. Januar 2005, Rs. C-26/03, *Stadt Halle*.

<sup>38</sup> Vgl. EuGH 10. November 2005, Rs. C-29/04, *Mödling*, Rn. 38.

<sup>39</sup> EuGH 19. April 2007, C-295/05, *Asemfo*.

<sup>40</sup> I.d.S. OPPEL, Interkommunale Zusammenarbeit, ZVB 2014, 32 f.

<sup>41</sup> EuGH 9. Juni 2009, Rs. C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*.

<sup>42</sup> EuGH 19. Dezember 2012, Rs. C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*; EuGH 13. Juni 2013, Rs. C-386/11, *Piepenbrock*.

<sup>43</sup> Vgl. OPPEL, Interkommunale Zusammenarbeit, ZVB 2014, 34.

<sup>44</sup> EuGH 19. Dezember 2012, Rs. C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*.

<sup>45</sup> EuGH 13. Juni 2013, Rs. C-386/11, *Piepenbrock*.

<sup>46</sup> EuGH 8. Mai 2014, Rs. C-15/13, *TU Hamburg-Harburg*.

<sup>47</sup> EuGH 29. November 2012, Rs. C-182/11 und C-183/11, *Econord*, RPA 2013, 106 [REISNER].

<sup>48</sup> Statt vieler: REISNER, Neues zur In-House-Vergabe, RPA 2013, 69; GÖTZL/MÖLLER, Aktueller Stand der In-House-Vergabe – Der Versuch einer Systematisierung, RPA 2008, 66.

<sup>49</sup> VwGH 17. Juni 2014, 2013/04/0020.

<sup>50</sup> REISNER, Neues zur In-House-Vergabe, RPA 2013, 74.

<sup>51</sup> VwGH 17. Juni 2014, 2013/04/0020, Korneuburg.

18. April 2016 – ausgesprochen, dass dieser Ausnahmetatbestand bereits in Österreich gelten soll. Die neuen Vergaberichtlinien sehen nun auch die interkommunale Kooperation als neuen Ausnahmetatbestand vor<sup>52</sup>. Bevor man hier das Verhältnis zur elektronischen Vergabe analysieren kann, ist klarzustellen, welche Fälle die interkommunale Zusammenarbeit als Community auf Auftraggeberseite abdecken kann. Demnach soll ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag dann nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberegimes fallen, wenn der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel begründet, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden. Weiters muss die Durchführung dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt sein und dürfen die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt nur weniger als 20% der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen. Ausgangspunkt der Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern ist dabei ein Vertrag, mit dem eine Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbart wird.<sup>53</sup> Erforderlich scheint nach der Absicht des europäischen Gesetzgebers, dass alle Vertragspartner zumindest einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden Dienstleistung erbringen. Ist dies der Fall, können die wesentlichen vertraglichen Pflichten durchaus einem oder mehreren oder allen der Vertragspartner übertragen werden. Idealerweise basiert diese wechselseitige Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept. Die Zusammenarbeit setzt aber gar nicht voraus, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, zumindest einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten.<sup>54</sup> Gleichzeitig darf aber jedenfalls keine Beteiligung privater Dritter erfolgen.<sup>55</sup> So entstehen neue Communities durch den Zusammenschluss öffentlicher Auftraggeber, deren Bildung im Ergebnis dazu führen kann, dass Vergaberecht gar nicht anzuwenden ist.

Davon unabhängig ist zu den Vorschriften über die Kommunikation im Vergabeverfahren vorgesehen, dass diese und der gesamte Informationsaustausch, insbesondere auch die elektronische Einreichung von Angeboten, unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel erfolgen soll.<sup>56</sup> Die für die elektronische Kommunikation zu verwendenden Instrumente und Vorrichtungen sowie ihre technischen Merkmale müssen nichtdiskriminierend und allgemein verfügbar sowie mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der IKT<sup>57</sup> kompatibel sein und dürfen den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken. Bei der gesamten Kommunikation sowie beim Austausch und der Speicherung von Informationen muss der Auftraggeber sicherstellen, dass die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Angebote und der Teilnahmeanträge gewährleistet ist. Diese in den neuen Richtlinien enthaltenen Vorgaben zur transparenten Kommunikation im Vergabeverfahren, wonach der gesamte Informationsaustausch und insbesondere die Einreichung von Angeboten unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel erfolgen soll,<sup>58</sup> ist – mit Ausnahme der nun verpflichtenden elektronischen Angebotseinreichung – durch das BVergG 2006 bereits umgesetzt. Dass die für die elektronische Kommunikation zu verwendenden Instrumente und Vorrichtungen sowie ihre technischen Merkmale nichtdiskriminierend und allgemein verfügbar<sup>59</sup> sein müssen und den Zugang der Wirtschaftsteil-

---

<sup>52</sup> In Art. 12 Abs. 4 und 5 Richtlinie 2014/24/EU und Art. 28 Abs. 4 und 5 Richtlinie 2014/25/EU.

<sup>53</sup> EuGH 9. Juni 2009 Rs. C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Rn. 37; VwGH 17. Juni 2014, 2013/04/0020.

<sup>54</sup> Erwägung 33 zu Richtlinie 2014/24/EU.

<sup>55</sup> EuGH 9. Juni 2009, Rs. C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Rn. 44 und 47 m.V.a. EuGH 11. Januar 2005, Rs. C-26/03, *Stadt Halle*, Rn. 50 und 51.

<sup>56</sup> Art. 22 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

<sup>57</sup> Informations- und Kommunikationstechnologie, vgl. insb. die Technische Spezifikationen im IKT-Bereich, die gemäß den Artikeln 13 und 14 der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 festgelegt wurden.

<sup>58</sup> Art. 22 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

<sup>59</sup> Informations- und Kommunikationstechnologie, vgl. insb. die Technische Spezifikationen im IKT-Bereich, die gemäß den Artikeln 13 und 14 der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 festgelegt wurden.

nehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken dürfen, ergibt sich ebenfalls bereits aus dem bestehenden nationalen Recht.<sup>60</sup> Gleiches gilt auch für die Vorgabe, dass der Auftraggeber beim Austausch und der Speicherung von Informationen sicherstellen muss, dass die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Angebote und der Teilnahmeanträge gewährleistet wird.<sup>61</sup> Neu ist aber, dass öffentliche Auftraggeber erforderlichenfalls die Verwendung von Instrumenten und Vorrichtungen vorschreiben dürfen, die nicht allgemein verfügbar sind, sofern die öffentlichen Auftraggeber einen alternativen Zugang bieten.<sup>62</sup> Es bleibt abzuwarten, wie der Gesetzgeber im Zuge der Neukodifikation des BVergG 2017 dies umsetzen wird, auch um zu gewährleisten, dass Bieter ohne Zugang zu den betreffenden Instrumenten und Vorrichtungen und ohne Möglichkeit, diese innerhalb der einschlägigen Fristen zu beschaffen, unentgeltlich, ungehindert und online Zugang zum Vergabeverfahren erhalten. Hier ist mit neuen Communities im Verhältnis Auftraggeber und Dienstleistungserbringer zur Gewährleistung ausreichend funktionierender Vergabeplattformen (zB VEMAP, ANKÖ, Auftrag.at) zu rechnen.

## 5. Communities durch Zusammenschluss auf Auftragnehmerseite – am Beispiel von Bietergemeinschaften

Die vorliegende BVergG Novelle 2016 sieht entsprechend den Vorgaben im neuen Vergaberichtlinienpaket eine Förderung der elektronischen Vergabe vor. Das zuvor recht aufwendige System der Nachweise von Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit wurde bereits mit dem BVergG 2006 durch mögliche Eigenklärungen<sup>63</sup> ersetzt, was auch künftig beibehalten wird. In Ergänzung dazu sieht § 70 Abs. 4 BVergG 2006 vor, dass der Auftraggeber den Unternehmer zusätzlich auffordern kann, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern und solche Nachweise auch elektronisch vorgelegt werden können.<sup>64</sup> Mit der Novelle 2016 ist nun zusätzlich bestimmt, dass diese Regelung auch für Bietergemeinschaften gilt, da nun jedes einzelne Mitglied einer Bietergemeinschaft die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil auch elektronisch nachweisen kann.<sup>65</sup> Neu ist auch, dass der Auftraggeber von für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden Bewerbern, Bietern, deren Subunternehmern und weiteren Subunternehmern eine Auskunft aus der Verwaltungsstrafvidenz der Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung (Kompetenzzentrum LSD-B) gemäß § 7n AVRAG<sup>66</sup> einzuholen hat, ob gegen diesen eine rechtskräftige Entscheidung gemäß § 7k AVRAG oder eine rechtskräftige Bestrafung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AusLBG oder gemäß den §§ 7b Abs. 8 oder 7i AVRAG vorliegt.<sup>67</sup> Die Einholung dieser Auskunft kann, wie auch die bezüglichen Entsendungsmeldungen, elektronisch erfolgen. Damit wird die Schaffung von Bietergemeinschaften – einem Zusammenschluss von mehreren Bietern zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, der Zielerreichung Auftragserrlangung, gefördert und im Ergebnis die Grundlage zur Einrichtung neuer Community auf Bieterseite geschaffen.

## 6. Ergebnis

Die Analyse nimmt das Ergebnis vorweg: Das Vergaberichtlinienpaket 2014 schafft die Grundlage neuer Communities im Vergabebereich. Durch den «Trend» der möglichsten Verfahrensvereinfachung werden neue Communities gebildet: Die Verbindungen zwischen Auftraggebern durch interkommunale Kooperationen, zwi-

<sup>60</sup> Vgl. § 19 BVergG 2006.

<sup>61</sup> Art. 22 Abs. 2 der RL 2014/24/EU.

<sup>62</sup> Art. 22 Abs. 5 der RL 2014/24/EU.

<sup>63</sup> § 70 Abs. 2 BVergG 2006.

<sup>64</sup> Vgl. für den Sektorenbereich: § 231 a Abs. 3 BVergG 2006.

<sup>65</sup> § 70 Abs. 6 BVergG 2006 i.d.F. Novelle 2016/16 verweist nun auch auf § 70 Abs. 4 BVergG 2006.

<sup>66</sup> Arbeitsvertragsrechts Anpassungsgesetzes (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993.

<sup>67</sup> §§ 71 Abs. 2, 71 Abs. 1, 73 Abs. 3 BVergG 2006 i.d.F. Novelle 2016.

schen Auftragnehmern durch die Vereinfachung des Eignungsnachweissystems und damit die Förderung zur Bildung von Bietergemeinschaften als Zusammenschluss mehrerer Bieter zur Erlangung eines Auftrages und notwendige Communities mit Dritten, soweit neue Kommunikations- und Vergabeplattformen zur Gewährleistung einer vergabegemäßen Ausschreibungspraxis auf elektronischer Basis geschaffen werden müssen. Erforderlich scheint nach der Absicht des europäischen Gesetzgebers, dass alle Vertragspartner zumindest einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden Dienstleistung erbringen. Ist dies der Fall, können die wesentlichen vertraglichen Pflichten durchaus einem oder mehreren oder allen der Vertragspartner übertragen werden. Idealer Weise basiert diese wechselseitige Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept, um von einer Community im Vergabebereich sprechen zu können.