

DIE ELEKTRONISCHE AUFTRAGSVERGABE NACH DEM BVERGG 2017/18 – EINE PETRISCHELE FÜR LEGAL TECH?

Philipp Götzl

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

Schlagnote: *Bundesvergabegesetz 2017, elektronische Vergabe, e-Procurement, elektronische Angebotsabgabe, interkommunale Kooperation, Legal Tech, öffentliches Interesse; qualifizierten elektronischen Signatur, Vergabeplattform, Vergaberecht*

Abstract: *Gerade der Einsatz elektronischer Beschaffungsformen kann als «Petrischale» für Legal Tech 1.0 und 2.0 verstanden werden, stellt sie doch die Basis für neue technische Lösungen zur automatischen Auftragsabwicklung zur Verfügung. Da seitens des Gesetzgebers fortwährend Regelungen geschaffen werden, die, die vereinfachte und beschleunigte elektronische Vergaben ermöglichen sollen, liegt deren mögliche Automatisierung nahe. Neu ist nun die verpflichtende elektronische Vergabe und damit (für Österreich) die Umsetzung der verpflichtenden elektronischen Angebotsabgabe bis 18. Oktober 2018. Das BVergG 2017/2018 gibt dabei die Rechtsgrundlagen vor, den umsetzenden Rechtsanwendern sind bei der Schaffung darauf basierender Vergabeplattformen (scheinbar) keine technischen Grenzen gesetzt. Doch die Tücke liegt im vergaberechtlichen Detail. Bisher kann keine der in Anwendung befindlichen Plattformen fehlerfrei überzeugen. Dazu tut auch der Trend, die Vergabeberatungen durch Rechtsanwälte zu reduzieren, ihr Übriges. Es entstehen weitere Schnittstellenfragen, die der Beitrag ansprechen möchte. Ausgehend von der Bestandsaufnahme aktueller Regelungen im Vergaberecht durch das BVergG 2018, werden die (rechtlichen) Möglichkeiten der Umsetzung aufgezeigt, die wiederum Basis für sinnvolle und zweckmäßige technische Lösungen zur Umsetzung des Vergaberechts sein können.*

1. Ausgangslage

Legal Tech beschreibt als Sammelbegriff Software und Online-Dienste, die juristische Arbeitsprozesse unterstützen. Legal Technology fungiert dabei als Oberbegriff und beschreibt ein weites Spektrum verschiedener IT-Produkte. Sie alle haben einen gemeinsamen Bezug zu Rechtsdienstleistungen. Begrifflich steht Legal Technology dem Feld der Rechtsinformatik nahe. Bei letzterer handelt es sich jedoch um ein Forschungsgebiet, während Legal-Tech-Anwendungen weniger aus einer wissenschaftlichen Diskussion heraus entwickelt wurden, sondern eher inspiriert von IT-Potenzialen in anderen Wirtschaftszweigen und orientiert an den praktischen Bedürfnissen nach bestimmten Rechtsdienstleistungen. Aber nicht nur der unterschiedliche Fokus auf Theorie und Praxis unterscheidet die Rechtsinformatik und Legal Tech; auch inhaltlich variiert ihr Schwerpunkt, da Rechtsinformatik nach klassischer Definition vor allem dem Informationsrecht bzw. IT-Recht unterfällt.¹ In welchem Ausmaß Legal Tech dabei aber Rechtsanwender und auch Anwälte unterstützen oder gar ersetzen

¹ FIEDLER, Zur zweiten Geburt der Rechtsinformatik. Skizze zur Erneuerung eines Programms der Rechtsinformatik; in: Datenschutz und Datensicherung. DuD 1993, 603 ff.

können ist uneinheitlich beantwortet.² Die Verwendung von modernen Technologien im Bereich des Rechts für juristische Hilfstätigkeiten von Kanzleien, wie z.B. Kanzleimanagement, Dokumentenverwaltung, Abrechnung und Rechnungslegung (z.B. durch Anwaltssoftware ADVOKAT) ist in einer unterstützenden Form längst Praxis. Legal Tech möchte aber mehr, geht es doch um die Automatisierung juristischer Standardabläufe um den Zugang zu Recht zu vereinfachen bzw. Gleichbehandlung zu unterstützen. Problematisch ist dabei im vergaberechtlichen Kontext aber, dass keine Interessenabwägung im Einzelall erfolgen kann, was denkmöglich zu juristischen Härtefällen oder ungewünschten Ergebnissen führen kann. Legal Tech wird im vorliegenden Zusammenhang daher als Legal Tech 1.0 bzw 2.0 verstanden, welche die Basis für neue technische Lösungen zur automatischen Auftragsabwicklung zur Verfügung stehen soll.

Nach der Intention des Vergaberechts soll jeder Informationsaustausch im Vergabeverfahren elektronisch erfolgen, was die Verfahren beschleunigen soll. Fraglich blieb bisher, ob diese Erleichterungen im Vergabeverfahren in der Praxis angenommen werden.³ Daher wurde mit dem Vergaberichtlinienpaket 2014⁴ die Verpflichtung zur elektronischen Vergabe – insbesondere der elektronischen Angebotsabgabe – vorgesehen, die bis 18. Oktober 2018 einheitlich unionsrechtlich umgesetzt sein muss. Damit soll die Effizienz des öffentlichen Beschaffungswesens durch die Verringerung des Zeitaufwandes und durch Einsparungseffekte verbessert werden. Die Europäische Kommission hat im Zuge eines Aktionsplans zur Umsetzung und Anwendung der Rechtsvorschriften über die elektronische Vergabe bereits 2005 Erläuterungen veröffentlicht⁵, denen auch ein klares *Rollout of eprocurement* auf Unionsebene beigegeben wurde,⁶ welches den Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien behilflich sein sollte. Ziel soll es demnach sein, den Behörden durch die elektronische Vergabe einen besseren Einkauf bis Oktober 2018 bzw incl. eInvoicing bis November 2019 zu ermöglichen. Es soll der Wettbewerb gefördert und Bürokratie abgebaut werden, was den Unternehmen die Bewerbung um öffentliche Aufträge erleichtern soll.⁷ Ursprünglich war zur Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben noch im Jahr 2017 beabsichtigt, das BVergG 2006⁸ grundlegend zu novellieren (tatsächlich war eine Neukodifikation als «BVergG 2017» geplant), was aber an der kurzfristig notwendigen neuen Regierungsbildung per Dezember 2017 gescheitert ist. Damit ist eine neue Regierungsvorlage zum BVergG notwendig, um die wesentlichsten Vorgaben des neuen Richtlinienpaketes⁹ hinsichtlich der Förderung der elektronischen Abwicklung von Vergabeverfahren hinsichtlich der elektronischen Angebotsabgabe bis 18. Oktober 2018 umzusetzen.¹⁰ Die Neukodifikation des BVergG 2018 wird sich aber voraussichtlich «zu 97%»¹¹ an der bisherigen Regierungsvorlage zum BVergG 2017 orientieren. Unverändert wird daher voraussichtlich die bloße Möglichkeit vorgesehen, jedes Verfahren hinsichtlich der Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mit-

² HARTUNG, «Legal Tech» – eine Bestandsaufnahme, Online Publikation vom 6. Oktober 2016 unter: www.buceriuseducation.de/home/news-terminen/blog/artikel/legal-tech-eine-bestandsaufnahme/ (alle Websites zuletzt abgerufen am 28. Dezember 2017); Legal Technology Eintrag bei wikipedia https://de.wikipedia.org/wiki/Legal_Technology m.w.N. in FN 3 u 4.

³ Vgl. bereits REISNER/LEHNER, Die Begutachtungsentwürfe 2011, RPA 2011, 245.

⁴ Das Vergaberichtlinienpaket 2014, welches bis 18. April 2016 in nationales Recht umzusetzen ist, beinhaltet http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024RL_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.

⁵ http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/e-procurement_en.

⁶ <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16332/attachments/1/translations>.

⁷ So bereits 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.

⁸ 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; Neukodifikation sollte durch RV 1658 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XXV.GP erfolgen.

⁹ 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.

¹⁰ Vgl. Art. 106 der RL 2014/24/EU.

¹¹ So eine rein informelle Auskunft des zuständigen Legisten.

teilungen, Anträgen, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeden sonstigen Informationsaustausch im Vergabeverfahren auch elektronisch durchzuführen. Diese Möglichkeit ist ja nach wie vor von den gesondert geregelten 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 (noch aktuellen) BVergG 2006 nicht abzuleiten, aber mit der anstehenden Neukodifikation des BVergG 2018 infolge der Vorgaben des Richtlinienpakets zu erwarten. Umgesetzt werden diese Verfahren aber nur, wenn sie in entsprechenden Plattformen (Legal Tech), also Vergabeplattformen (wie z.B. ANKÖ, Vemap, auftrag.at, Lieferanzeiger u.v.m.)¹² für alle möglichen Bieter in gleicher Weise zugänglich zur Verfügung stehen und so der Intention des Gesetzgebers gefolgt wird, elektronische Vergabemöglichkeiten und Vergabemittel auch praktisch unter Berücksichtigung der Vergabegrundsätze der Bietergleichbehandlung, Transparenz und des freien, lautereren Wettbewerbs anwenden zu können.

2. Entwicklung der elektronischen Vergabe als Voraussetzung für Legal Tech

Die Akzeptanz elektronischer Vergabe ist maßgeblich von den Maßnahmen zur Konjunkturbelebung seit der Wirtschaftskrise 2009 geprägt. Dazu wurde in Österreich die Schwellenwerteverordnung 2002 erlassen und bis zuletzt verlängert¹³, mit der vor allem Direktvergaben, also Vergaben ohne förmliches Vergabeverfahren, gefördert werden. Die häufigen Novellen zum BVergG sind vom Gedanken weiterer Vereinfachung der Vergabeverfahren getragen bspw. durch Eignungsnachweise auch für nicht nationale europäische Unternehmen, wie dies zuletzt durch die Einführung des (elektronisch verfügbaren) Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (kurz: EEE)¹⁴ umgesetzt wurde. Im Vergaberecht ist es seit Jahren Standard, dass jeder Informationsaustausch im Vergabeverfahren grundsätzlich elektronisch erfolgen soll¹⁵, was nun durch die erwartete Neukodifikation des BVergG 2018 auch hinsichtlich der bisher noch nicht verpflichtenden Angebotsabgabe verpflichtend festgelegt werden wird. Dem liegt der Umstand zu Grunde, dass die öffentliche Auftragsvergabe ein wirtschaftlich wesentlicher Faktor in der Europäischen Union ist¹⁶, dennoch aber bis zuletzt nur ein Bruchteil der Vergaben auf elektronischem Wege durchgeführt wurde, obwohl hier wesentliche Kosteneinsparungen und Verfahrensbeschleunigungen erwartet werden.¹⁷ Daher hat die Förderung der elektronischen Vergabe besonderen Eingang in das Vergaberichtlinienpaket 2014¹⁸ gefunden. Schwerpunkt der neuen Regelungen werden – neben der nun vermehrten Verpflichtung zur elektronischen Vergabe¹⁹ – die Schaffung neuer Ausnahmetatbestände, wie der interkommunalen Kooperation, sein. Dieser mögliche Zusammenschluss von Auftraggebern kann für sich wieder Nährboden von Legal Tech sein, da dort ohne weiteres die vom Gesetzgeber dann festgelegten Voraussetzungen einer zulässigen interkommunalen Kooperation denkmöglich beurteilt werden kann. Gleiches ist auch durch weitere Vereinfachung der Vergaben im Unterschwellenbe-

¹² Vgl. den Überblick unter www.wko.at/site/Vergabe-N-/Vergabe-Plattformen.html.

¹³ SchwellenwerteVO 2002 verlängert bis 31. Dezember 2018, BGBl II Nr. 250/2016.

¹⁴ Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung.

¹⁵ Weiterführend: GÖTZL, Die elektronische Vergabe im Lichte der BVergG Novelle 2015 – Der Durchbruch oder im Westen nichts Neues? ZIIR 2016, 26–32.

¹⁶ 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, Vergaberecht⁴, 9 f.

¹⁷ 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 Ausbauder e-Beschaffung in der EU, KOM(2010) 571 (endg), 20.

¹⁸ 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.

¹⁹ Gerade hinsichtlich der elektronischen Angebotsabgabe.

reich (vgl. die bis zuletzt auf 31. Dezember 2018 befristeten Schwellenwerte²⁰) denkbar, mit welcher der Anwendungsbereich der dann zulässigen Direktvergabe durch Erhöhung der vergabefreien Schwellenwerte vergrößert wird. Damit können als Indikation die Ausnahmeregelungen vom Vergaberecht Gegenstand von Legal Tech sein, da dort ohne weiteres menschliches Zutun, insbesondere ohne notwendiger Interessenabwägungen vergaberechtlich richtige Entscheidungen getroffen werden können. So kann wohl auch der weite Bereich der vergaberechtlichen Bagatellvergaben, und die hier notwendige Frage, ob eine zulässige Freistellung (im Sinne einer Ausnahme vom Vergaberecht) eintreten kann, durchaus automatisiert werden. Andererseits sind möglicherweise unter Legal Tech zu beantwortende vergaberechtliche Ausnahmeregelungen dort zu orten, wo der Auftraggeber direkt oder indirekt, zusammen mit anderen Auftraggebern gemeinsam Leistungen für sich selbst erbringen kann; auch hier sind Vergabeplattformen auf Auftraggeberseite denkbar, die diese Abläufe, einschließlich der Entscheidung, ob ein Ausnahmetatbestand berechtigt herangezogen werden kann, automatisieren. Soweit die (durch den Gesetzgeber mit dem BVergG 2018 noch) klar zu definierenden strenge Voraussetzungen erfüllt werden, ist etwa eine Inhouse-Vergabe oder eine interkommunale Kooperation²¹ zulässig. Die klassische Vergaberichtlinie für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge²², die Sektorenrichtlinie²³ und die neue Konzessionsrichtlinie²⁴ sehen gerade den erweiterten Einsatz von elektronischen Beschaffungsformen vor, die auch im Zusammenhalt mit den eingangs erwähnten Empfehlungen (Aktionsplan) der Europäische Kommission zur elektronische Vergabe den Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien auch die Anwendung Legal Tech ermöglichen.

Ziel der elektronischen Vergabe ist es gerade, 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 erleichtern soll.²⁵ Voraussetzung dafür war und ist, die Interoperabilität der elektronischen Rechnungsstellungssysteme (durch e-Rechnungen²⁶) unionsweit sicherzustellen, um Einzellösungen von Mitgliedstaaten, die bloß zur Fragmentierung des Binnenmarktes beitragen und eine grenzüberschreitende Auftragsvergabe erschweren, zu verhindern.²⁷ Da nun i.d.Z. 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,²⁸ 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. Gerade damit ist ein möglicher Anwendungsbe- reich von Legal Tech angesprochen, da neue Vergabeplattformen notwendig werden. Grundlage dafür ist, dass der gesamte Informationsaustausch im Vergabeverfahren, insbesondere auch die elektronische Einreichung

²⁰ Verordnung des Bundeskanzlers betreffend die Anpassung von im Bundesvergabegesetz 2006 festgesetzten Schwellenwerten (Schwellenwertverordnung 2012), BGBl II Nr. 95/2012 i.d.F. BGBl II Nr. 250/2016.

²¹ Dazu ausführlich GÖTZL, Die elektronische Vergabe nach der BVergG-Novelle 2015 und die interkommunale Kooperation – eine Bestandsaufnahme, in: Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer/Borges (Hrsg.), Netzwerke / Networks, Tagungsband des 19. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2016, books@OCG, Wien 2016, 645–652.

²² 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.

²³ 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.

²⁴ RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

²⁵ 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.

²⁶ Vgl. www.erechnung.gv.at.

²⁷ KOM(2013) 449 final 2; vgl. § 5 IKT- Konsolidierungsgesetz BGBl I Nr. 35/2012; PACHNER, ZVG-Aktuell, ZVB 2013/121, 400.

²⁸ So hat bereits die 12. Begründungserwägung der durch RL 2014/24/EU aufgehobenen RL 2004/18/EG.

von Angeboten, unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel erfolgt.²⁹ 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 IKT³⁰ 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. sein Dienstleister oder Plattformbetreiber sicherstellen, dass die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Angebote und der Teilnahmeanträge gewährleistet sind. Sie müssen 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 haben, wobei die Zugangsvoraussetzungen online unentgeltlich zur Verfügung zu stellen sind.³¹ Im Ergebnis müssen alle Informationen über die Spezifikationen für die elektronische Einreichung der Angebote und Teilnahmeanträge, einschließlich Verschlüsselung und Zeitstempelung, allen (möglichen) Interessenten zugänglich sein.³² Dafür wird der Auftraggeber aus praktischer Sicht eine elektronische Vergabeplattform und damit Legal Tech verwenden müssen, mit dem Ziel der Vereinfachung der Vergabe unter gleichzeitiger Steigerung von Effizienz und Transparenz.³³ Eine solche Vorgangsweise setzt aber – insbesondere bei komplexeren Vergaben im Zusammenhang mit der Bestangebotsermittlung – dennoch voraus, dass verantwortliche Personen im Auftrag des Auftraggebers die Angebotsprüfung durchführen bzw. zumindest eine Vergabeempfehlung abgeben. Anders als in Bereichen der Bagatellvergaben und der Frage des Vorliegens eines Ausnahmetatbestands vom Vergabeverfahren sind hier automatisierte Entscheidungsprozesse als letzte Stufe des Legal Tech bei komplexen Vergaben zur Ermittlung von Bestangeboten und nicht bloß Billigstangeboten praktisch noch nicht denkbar und wohl auch von den gerade referierten vergaberechtlichen Vorgaben nicht gedeckt.

3. Legal Tech und Inhouse-Vergaben

Für eine Anwendung von Vergaberecht ist es ausreichend, dass eine Vereinbarung zwischen zwei wirklich verschiedenen Personen getroffen wird, wobei ein öffentlicher Auftraggeber als Bezieher der vereinbarten Hauptleistung auftritt.³⁴ So genügt es, dass der 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.³⁵ Gerade für die Beurteilung dieser Voraussetzungen kann Legal Tech zielführend sein, soweit die seitens des EuGH der in der Rs. *Teckal*³⁶ entwickelten Kriterien technisch objektiviert und nachvollziehbar abgebildet werden, die durch einen Blick auf die Entwicklung der Inhousevergabe³⁷ 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*³⁸ restriktiv

²⁹ Art. 22 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

³⁰ 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.

³¹ Art. 22 Abs. 5 lit b u c der RL 2014/24/EU.

³² Art. 22 Abs. 6 lit a der RL 2014/24/EU.

³³ Vgl. Erwägungsgrund 52 der RL 2014/24/EU.

³⁴ 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.

³⁵ Schlussanträge des GA Leger vom 15. Juni 2000 in Rs. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Rn 53.

³⁶ EuGH 18. November 1998, Rs. C-107/98, *Teckal*.

³⁷ 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*.

³⁸ EuGH 11. Januar 2005, Rs. C-26/03, *Stadt Halle*.

eingeschränkt worden. In der Rs. *Mödling*³⁹ 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*⁴⁰ wurde erkannt, dass bei Inhouse-Vergaben die erforderliche Kontrolle auch von öffentlichen Stellen gemeinsam ausgeübt werden kann. Durch EuGH *Stadtreinigung Hamburg*⁴¹ wurde die interkommunale Zusammenarbeit – als weiterer Schritt – bei gemeinsamen Gemeinwohlaufgaben durch schlichten privatrechtlichen Vertrag ermöglicht. Seither⁴² 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.⁴³ Seit den Entscheidungen EuGH Rs. *Ordine degli Ingegneri*,⁴⁴ Rs. *Piepenbrock*,⁴⁵ Rs. *TU Hamburg-Harburg*⁴⁶ und Rs. *Econord*⁴⁷ ist nun im Ergebnis klargestellt, dass es i.Z.m. mit öffentlichen Einrichtungen zwei Arten der «internen» Auftragsvergabe ohne Ausschreibung geben kann: Einerseits die klassische Inhouse-Vergabe,⁴⁸ die durch ein Kontrollverhältnis zu einer Dienststelle geprägt ist, und andererseits die Zusammenarbeit gleichgestellter öffentlicher Einrichtungen als sog. «interkommunale Kooperation».⁴⁹ Erstere ist nach zutreffender Ansicht⁵⁰ durch ihre vertikale Struktur geprägt, die sich i.S.d. *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.⁵¹ Die neuen Vergaberichtlinien sehen nun auch die interkommunale Kooperation als neuen Ausnahmetatbestand vor⁵², der voraussichtlich auch in das BVergG 2018 übernommen werden wird. Bevor man hier das Verhältnis zur elektronischen Vergabe und die konkrete Anwendung von Legal Tech beschreiben kann, ist klarzustellen, welche Fälle die interkommunale Zusammenarbeit als Community auf Auftraggeberseite abdecken kann, was vor Erlassung des BVergG 2018 schwer möglich ist. Jedenfalls aber muss 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.⁵³ Erforderlich scheint nach der Absicht des

³⁹ Vgl. EuGH 10. November 2005, Rs. C-29/04, *Mödling*, Rn 38.

⁴⁰ EuGH 19. April 2007, Rs. C-295/05, *Asemfo*.

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

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

⁴³ Vgl. OPPEL, Interkommunale Zusammenarbeit, ZVB 2014, 34.

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

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

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

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

⁴⁸ 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.

⁴⁹ VwGH 17. Juni 2014, 2013/04/0020.

⁵⁰ REISNER, Neues zur In-House-Vergabe, RPA 2013, 74.

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

⁵² In Art. 12 Abs. 4 und 5 RL 2014/24/EU und Art. 28 Abs. 4 und 5 RL 2014/25/EU.

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

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. Der Entscheidungsprozess dazu kann denkmöglich durchaus via Legal Tech erfolgen, solange sich die beteiligten Stellen verpflichtet haben, zumindest einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten.⁵⁴ Gleichzeitig darf aber jedenfalls keine Beteiligung privater Dritter erfolgen.⁵⁵ So können auch neue Plattformen via Legal Tech durch Zusammenschluss öffentlicher Auftraggeber entstehen, um beurteilen zu können, ob Vergaberecht anwendbar oder eine Inhousevergabe bzw. eine interkommunale Kooperation zulässig ist.

4. Legal Tech und Vergabegrundsätze – Knackpunkt Transparenz

Das primäre Unionsrecht verlangt, dass Vergabeverfahren transparent zu führen sind.⁵⁶ 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».⁵⁷ Diese Vorgaben sind durch Legal Tech erfüllbar. Das Transparenzgebot fordert vor allem, dass die Zuschlagskriterien und die zu erbringende Leistung so klar wie möglich definiert sein müssen.⁵⁸ 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 enthalten⁵⁹, 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. Dies ist gerade im Zuge der Abwicklung auf Vergabeplattformen leicht umsetzbar und praktisch bereits usus. Nur dann, wenn es reine Glückssache ist, ob ein Bieter zufällig das maßgebliche Kriterium erfüllt, entspricht dies nicht den Anforderungen an die Objektivität und Transparenz des Vergabeverfahrens.⁶⁰ Das Ziel umfassender Transparenz ist als Grundvoraussetzung von Legal Tech im Vergaberecht zu berücksichtigen, dessen zentrales Mittel zur Umsetzung bei öffentlichen Ausschreibungen die (elektronische) Bekanntmachung ist.⁶¹ Dabei soll der Bieter anhand der Angaben in der Bekanntmachung darüber informiert werden, ob ein bestimmtes Vergabeverfahren für ihn von Interesse ist oder nicht.

5. Legal Tech in praktischer Anwendung von Vergabeplattformen

Zu Vorschriften über die Kommunikation im Vergabeverfahren ist, wie ausgeführt, vorgesehen, dass diese und der gesamte Informationsaustausch, insbesondere auch die elektronische Einreichung von Angeboten, unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel erfolgen soll.⁶² 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 IKT⁶³ kompatibel sein und dürfen den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken. Bei der gesam-

⁵⁴ Erwägung 33 zu RL 2014/24/EU.

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

⁵⁶ EuGH 20. September 1988, Rs. C-31/87, *Beentjes*; EuGH 17. September 2002, Rs. C-513/99, *Concordia/Stadt Helsinki*; EuGH 24. November 2005, Rs. C-331/04, *ATI EAC u.a.*

⁵⁷ EuGH 7. Dezember 2000, Rs. C-324/98, *Telaustria*; EuGH 27. Januar 2005, Rs. C-231/03, *Coname*; EuGH 13. Oktober 2005, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*.

⁵⁸ Görzl, Aspekte zu den Konkretisierungserfordernissen einer Ausschreibung, RPA 2006/1, 10.

⁵⁹ B-VKK 10. September 1997, S-71/97-11.

⁶⁰ EuGH 12. Dezember 2002, Rs C-470/99, *Universale-Bau*.

⁶¹ EuGH 7. Dezember 2000, Rs C-324/98, *Telaustria*; vgl. § 46 BVergG 2006.

⁶² Art. 22 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

⁶³ 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.

ten 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 soll⁶⁴ ist mit Ausnahme der nun verpflichtenden elektronischen Angebotseinreichung – durch das BVergG 2006 bereits umgesetzt und wird voraussichtlich auch im BVergG 2018 seinen Niederschlag finden. Dass die für die elektronische Kommunikation zu verwendenden Instrumente und Vorrichtungen sowie ihre technischen Merkmale nichtdiskriminierend und allgemein verfügbar⁶⁵ sein müssen und den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken dürfen, ergibt sich ebenfalls bereits aus dem bestehendem nationalen Vergaberecht dem zugrundeliegenden Unionsrecht.⁶⁶ 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.⁶⁷ 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.⁶⁸ Es bleibt abzuwarten, wie der Gesetzgeber im Zuge der Neukodifikation des BVergG 2018 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 einer Anpassung und Weiterentwicklung bestehender Vergabepattformen und damit des Legal Tech zur Gewährleistung ausreichend funktionierender Vergaben zu rechnen.

6. Ergebnis

Das Vergaberichtlinienpaket 2014 hat die Grundlage neuer bzw. weiterentwickelter Vergabepattformen und damit des Legal Tech im Vergabebereich geschaffen. Darin wird mit Software und Online-Diensten der vergaberechtliche Arbeitsprozess zur Vergabe von Leistungen an öffentliche Auftraggeber unterstützt oder teilweise automatisiert.

Durch die Entwicklung zur möglichststen Verfahrensvereinfachung durch elektronische Vergabe werden neue Bereiche eröffnet, die zur vollständigen Automatisierung der Entscheidungsprozesse beitragen können. Nach der hier vertretenen Ansicht kann dies aber vorerst lediglich auf streng formalisierte Sachverhalte zur Beurteilung von Ausnahmebestimmungen im Vergaberecht (Bagatellverfahren, Inhousevergabe) Anwendung finden, allenfalls auch bei einer automatisierten Angebotsbewertung bei sehr einfachen Vergaben zur Billigstangebotsermittlung, nicht aber bei der regelmäßig anzuwendenden Bestangebotsvergabe. Der vergaberechtliche notwendige Rahmen wird mit diesem Beitrag abgesteckt und soll den Anbieter von Software und Onlinelösungen ermutigen auf Grundlage des rechtlichen Rahmens weitergehende technische Lösungen zu entwickeln. Wie so oft gilt aber auch hier frei nach Heraklit: *«panta rhei»*, sodass endgültige Lösungen erst nach der Neukodifikation des BVergG 2018 bestimmbar sind.

⁶⁴ Art. 22 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Vgl. § 19 BVergG 2006 unter Verweis auf die unionsrechtlichen Vergabegrundsätze.

⁶⁷ Art. 22 Abs. 2 der RL 2014/24/EU.

⁶⁸ Art. 22 Abs. 5 der RL 2014/24/EU.