DIE VORLAGE DES ELEKTRONISCHEN ORIGINALAKTS IN VERWALTUNGSGERICHTLICHEN VERFAHREN

Hubert Reisner

Richter, Bundesverwaltungsgericht
Erbergstraße 192-196, 1030 Wien, AT
hubert.reisner@legeartis.co.at / hubert.reisner@bvwg.gv.at; www.bvwg.gv.at

Schlagworte: ***Vergabekontrolle, E-Governement, elektronischer Akt***

Abstract: *Der Auftraggeber ist verpflichtet, dem BVwG auf Verlangen alle Auskünfte zu erteilen, Informationen zukommen zu lassen und Unterlagen zu übermitteln. Dazu gehört insbesondere auch der Originalakt des Vergabeverfahrens.*

Nunmehr sind Vergabeverfahren statt auf Papier verpflichtend elektronisch zu führen. Damit ist der Originalakt digital. Damit stellt sich die Frage, wie die Vorlage in den Originalakt erfolgen kann und soll. Der Beitrag beleuchtet dieses Spannungsfeld und zeigt eine praktikable Möglichkeit auf.

1. Problemstellung

In Vergabekontrollverfahren sind in erster Linie der Auftraggeber und eine allenfalls befasste vergebende Stelle, aber auch alle an Vergabeverfahren beteiligten Unternehmer gemäß § 313 Abs 1 BVergG verpflichtet, dem BVwG alle Auskünfte zu erteilen, Informationen zu übermitteln oder Unterlagen vorzulegen, die dieses benötigt.[1] Legt der Auftraggeber, die vergebende Stelle oder ein Unternehmer diese Unterlagen nicht vor oder erteilt er die Auskünfte nicht, kann das BVwG auf Grund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten entscheiden, wenn es zuvor auf diese Folge hingewiesen hat. Diese Verpflichtung entspricht einerseits dem Grundsatz, dass trotz der amtswegigen Verpflichtung zur Wahrheitsforschung[2] alle Verfahrensparteien jene Informationen liefern müssen, über die nur sie verfügen.[3] Andererseits entspricht es den Grundsätzen der Raschheit und Effektivität des Verfahrens,[4] da das BVwG das Verfahren einschließlich einer mündlichen Verhandlung innerhalb von sechs Wochen in einem Senat entscheiden muss. Verfahrensrechtlich handelt es sich um eine Verpflichtung der Verfahrensparteien zur Mitwirkung am Ermittlungsverfahren und zur Vorlage von Beweismitteln.

Bisher hat diese Verpflichtung dazu geführt, dass die für eine Entscheidung nötigen Informationen und Unterlagen im Wesentlichen rechtzeitig und schnell vorgelegt wurden. Diese Verpflichtung zur Erteilung von Informationen widerspricht ja auch nicht allfälligen Geheimhaltungsinteressen, da die volle Auskunftspflicht gegenüber dem BVwG besteht, der Beteiligte aber gemäß § 314 BVergG die Möglichkeit hat, bei der Vorlage die Ausnahme bestimmter Teile der Unterlagen oder Informationen von der Akteneinsicht zu beantragen. Das BVwG muss bei einer Entscheidung über diese Frage § 17 Abs 3 AVG anwenden und dabei zwischen Art 47

---

1 So weit in diesem Beitrag Verfahrensrecht der Verwaltungskontrolle zitiert wird, bezieht es sich auf das BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idgF. Die Bundesländer habe in ihren jeweiligen Vergabekontrollgesetzen weitgehend gleichartige Regelungen.

2 Walther in Heid/Schiefer/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht[4], Orac, Wien 2015, Rz 1971, 719.

3 Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 (5. Lfg), Verlag Österreich, Wien 2015, § 313 Rz 3.

4 VwGH 23. November 2016, Ra 2016/04/0021, *Möblierung Projekt Medienstandort Küniglberg*, RPA 2017, 87 (Schiefer/Hauser) = VIL-Slg 2017/13 = ZVB 2017/67 (G. Gruber/T. Gruber).

und Art 7 GRC[5] abwägen, weshalb eine Beschränkung des Grundsatzes des fairen Verfahrens unter Beachtung des gleichrangigen Rechts auf Schutz des Privat- und Familienlebens, das nach der Rechtsprechung des EGMR auch den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen umfasst, möglich ist.[6]

Die Unterlagen, die das BVwG verlangt, sind die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens, keine Kopien, da sich manche Details nur am Original erkennen lassen.

2. Zum derzeitigen Stand

Derzeit führen Auftraggeber Vergabeverfahren teilweise in Form eines Papierakts, teilweise bereits seit Jahren elektronisch. Die Vorlage eines Papierakts ist einfach, weil der Auftraggeber seine Unterlagen «nur» ordnen, mit einem Verzeichnis versehen, in Kartons verpacken und dem BVwG schicken muss.[7]

Bei der Bearbeitung dieser Unterlagen ergibt sich lediglich das Problem des Umfangs, da Unterlagen eines Vergabeverfahrens insbesondere bei großen Bauvorhaben oder Beschaffung von Infrastruktureinrichtungen sehr umfangreich sein können. Allerdings ist ein elektronischer Akt in einer mündlichen Verhandlung schwer zu handhaben.

Einige Auftraggeber führen ihre Vergabeverfahren schon seit längerer Zeit elektronisch. So kann ein Kurzleistungsverzeichnis für Vorhaben zum Bau von Autobahnen auch einmal 1‘500 Seiten haben. Diese Kalkulation auf Papier zu überprüfen und nachzuvollziehen ist sehr aufwendig, sodass im Baubereich – auch der öffentlichen Hand – schon lange Kalkulationsprogramme verwendet werden.

Fraglich ist nun die Form des Datenaustausches. Entweder ist ein elektronisches Format notwendig, das allen zur Verfügung steht, oder der Auftraggeber verlangt Teile des Angebots auf Datenträgern, um sie elektronisch weiter verarbeiten zu können. Eine weitere Entwicklung ist die Angebotsabgabe über elektronische Plattformen, die natürlich den Gang und Ablauf des konventionellen Vergabeverfahrens abbilden müssen.

Das BVwG hat in jenen Fällen, in denen der Auftraggeber das Vergabeverfahren elektronisch führt, in der Regel neben einem Ausdruck auf Papier zumindest die Vorlage eines Abbilds des elektronischen Akts auf einem Datenträger verlangt. Damit liegen zwar die elektronischen Dokumente vor. Allfällige Eingriffe in das System bleiben verborgen und die Vollständigkeit der vorgelegten Unterlagen lässt sich nicht erkennen.

3. Zum elektronischen Vergabeakt

Die Europäische Kommission hat die Mitgliedsstaaten verpflichtet, ab 18. Oktober 2018 Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich[8] zur Gänze, also von der Veröffentlichung über die Angebotsabgabe und -prüfung bis zur Zuschlagsentscheidung elektronisch zu führen.[9] Elektronische Mittel sollen damit das bisher auf Papier geführte Verfahren ersetzen.

---

5 Diese entsprechen Art. 6 und 8 EMRK und sind gleich zu verstehen.

6 Diese Vorgangsweise hat der EuGH entwickelt: EuGH 14. Februar 2008, C-450/06, *Varec*, Rn 55, Slg 2008, I-581 = bbl 2008/112 = RPA 2008, 99 (Frauenberger-Pfeiler) = ZVB 2008/43 (Essletzbichler/Schnitzer) = ZVB-LSK 2008/62; VwGH 9. April 2013, 2011/04/0207; 18. August 2017, Ra 2017/04/0022, 0023; BVwG 2. Dezember 2016, W187 2137295-2/36E, *Rahmenvereinbarung über die Konstruktion, Herstellung und Lieferung von Elektrotriebwagen für den Personenverkehr*, RPA 2017, 95 (Arztmann) = ZVB 2017/26 (G. Gruber/T. Gruber); Gölles/Makarius/Lassner, Auskünfte bzw Akteneinsicht bei öffentlichen Ausschreibungen – Transparenz oder Geheimhaltung?, RPA 2015, 270; Hanslik, Parteiengehör und Geheimnisschutz im Verwaltungsverfahren, Verlag Österreich, Wien 2013; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), § 314 Rz 22 ff; Walther in Heid/Schiefer/Preslmayr (Hrsg), Rz 1976 f, 721.

7 Der Auftraggeber sollte jedoch Kopien der Unterlagen für den Eigenbedarf anfertigen: VKS Wien 17. Jänner 2008, VKS-7663/07, RPA 2008, 229 (Reisner) = ZVB 2008/57 (Oppel) = ZVB-LSK 2008/74.

8 Weiters sind elektronische Auktionen, Aufträge im Wege eines dynamischen Beschaffungssystems, unter Verwendung eines elektronischen Katalogs oder in Vergabeverfahren von zentralen Beschaffungsstellen elektronisch zu führen.

9 Zum Zeitplan der Kommission siehe im Detail Blaha in Heid/Schiefer/Preslmayr (Hrsg), Rz 917, 355.

Was so banal klingt, hat seine Tücken. Das Kuvert oder fest verschlossene Paket, in dem ein Bieter ein Angebot abgibt und das bis zur Angebotsöffnung verschlossen bleiben muss, muss elektronisch abgebildet[10] werden.[11] Bei der Angebotsöffnung festzustellen, ob ein Paket verschlossen ist, ist relativ einfach. Aufwendig ist jedoch, elektronisch eine Hülle zu schaffen, die sich erst zu einem definierten Zeitpunkt öffnen lässt. Gleiches gilt für die Uhrzeit. Anhand welcher Zeit werden die Angebotsabgabe und Angebotsöffnung festgestellt?[12] Vor allem wie lässt sich ein solcher «Zeitstempel» unverwischbar auf einem elektronischen Umschlag befestigen?[13]

Diese und andere technische Probleme gilt es zu lösen, um überhaupt ein elektronisches Vergabeverfahren zu ermöglichen, das den Anforderungen des Vergabeverfahrens genügt, wie es die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter, der Transparenz und vor allem auch des fairen und lauteren Wettbewerbs verlangen.

Allerdings gibt es bereits eine Reihe von technischen System am Markt, die vorgeben, diese Anforderungen zu erfüllen. Allen gemeinsam ist, dass sie es ermöglichen, das gesamte Vergabeverfahren abzubilden. Angesichts der Frist zur Einführung solcher Systeme ist naturgemäß eine gewisse Konkurrenz entstanden. Einige große Auftraggeber haben ihre eigenen Systeme entwickelt, so die Bundesbeschaffung GmbH oder ÖBB und ASFINAG gemeinsam. Schwieriger ist es für Gemeinden, die ebenfalls solche Systeme betreiben sollten. Sie werden wohl in der Regel auf externe Dienstleister zurückgreifen müssen, was Beschaffungsvorgänge wohl nicht billiger macht.

All diesen Systemen ist nun auch gemeinsam, dass der Originalakt des Vergabeverfahrens genau genommen nur elektronisch existiert. Eine Vorlage des Originalakts auf Papier kommt nun wohl denkmöglich nicht mehr in Frage. Wie bereits oben erwähnt begegnet auch die Vorlage einer Kopie der elektronischen Dokumente Bedenken. Damit kommt eigentlich nur die Einsicht in den elektronischen Akt des Auftraggebers in Frage.

4. Zur Verpflichtung des Auftraggebers

Damit stellt sich die Frage, wozu denn der Auftraggeber überhaupt verpflichtet ist. Der Auftraggeber – und eine allenfalls befasst vergebende Stelle – ist gemäß § 313 Abs 1 BVergG verpflichtet, dem BVwG «*alle für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen*». Der Umfang dieser Auskunftspflicht ist sehr weit.[14] Den Zweck des Auskunftsverlangens muss das BVwG überlegen, der Auftraggeber,[15] die vergebende Stelle[16] oder der beteiligte Unternehmer[17] muss diesem nur nachkommen.[18] Dies entspricht dem Grundsatz der Amtswegigkeit des Ermittlungsverfahrens und

[10] Gölles/Makarius/Lassner, Die Zeremonie der Angebotsöffnung, RPA 2015, 333.

[11] Zum bisherigen Stand der elektronischen Vergabe Götzl, Die elektronische Vergabe nach dem BVergG 2006, RPA 2006, 142.

[12] Siehe dazu auch aus einem technischen Gesichtspunkt Fabics/Schmied, Entgegennahme und Öffnung elektronischer Angebote, RPA 2010, 312.

[13] Siehe dazu auch Heid/Schiefer, Rechtzeitigkeit der Angebote bei der elektronischen Beschaffung: Verantwortungsbereiche von Auftraggebern und Bietern, VIL 2015, 3.

[14] VwGH 17. September 2014, 2013/04/0061, 0062, *A – Unterstützung des Sicherheitsdienstes*, JusGuide 2015/03/4017 (VwGH) = JusGuide 2015/03/4018 (VwGH) = JusGuide 2015/03/4019 (VwGH) = RPA 20615, 31 (Kröswang); Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), § 313 Rz 2.

[15] BVA 9. Juli 2010, N/0043-BVA/04/2010-35.

[16] VwGH 23. November 2016, Ra 2016/04/0021, *Möblierung Projekt Medienstandort Küniglberg*, RPA 2017, 87 (Schiefer/Hauser) = VIL-Slg 2017/13 = ZVB 2017/67 (G. Gruber/T. Gruber); hier Rechtsanwälte als vergebende Stelle.

[17] BVwG 13. März 2015, W123 2100032-1/17E, *Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.; 9900 Lienz, Maximilianstrase 9-17, BG/BRG; Sanierung Freisportanlage; Sportanlagenbauarbeiten*, RPA 2015, 244 (Lehner) = VIL-Slg 2015/24; BVA 18. September 2009, N/0092-BVA/08/2009-37.

[18] Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), § 313 Rz 9.

der Erforschung der materiellen Wahrheit, dem auch das BVwG gemäß § 39 Abs 2 AVG iVm § 311 BVergG unterliegt.[19, 20]

5. Zur elektronischen Vorlage von Unterlagen

Natürlich hat das BVwG eine gewisse Erfahrung mit der Vorlage elektronischer Verwaltungsakten, da im Bundesbereich weitgehend der ELAK verwendet wird und im Fall einer Beschwerde elektronisch vorgelegt wird. Üblich ist dabei allerdings nicht die Einsicht in den Behördenakt am Server der Behörde, sondern die elektronische Übermittlung des Aktes in Weg eines elektronischen Austauschformats in das System EVA+ des BVwG. Dabei geht jedoch jede Struktur, insbesondere jede Sortierung verloren, sodass bei umfangreichen Behördenakten diese Art der Aktenübermittlung praktisch nicht sinnvoll handhabbar ist.

Bei der Vorlage von Verfahrensakten vom Auftraggeber verlangt das BVwG üblicherweise die Sortierung und die Vorlage einer Übersicht. Angesichts von Unterlagen, die etwa auch einmal elf Kartons[21] voll Aktenordnern umfassen, ist dieses Verlangen wohl verständlich. Berücksichtigt man, dass wie bereits ausgeführt der Originalakt elektronisch existiert, ist die einzige logische Konsequenz, dass das BVwG eine Möglichkeit zur Einsicht in die elektronische Vergabeplattform des Auftraggebers erhalten muss. Derzeit fehlt jedoch eine Rechtsgrundlage dafür.

Insofern bietet die zu erwartende Erlassung eines neuen BVergG eine Gelegenheit, eine solche Rechtsgrundlage zu schaffen. Dennoch hat das BVwG in seiner Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf eines Vergaberechtsreformgesetzes 2017 lediglich verlangt, eine Rechtsgrundlage für die elektronische Vorlage des elektronisch geführten Vergabeaktes zu verlangen.[22] In die Regierungsvorlage hat dieses Begehren jedoch nicht Eingang gefunden, sondern der Auftraggeber wird nur verpflichtet, die Unterlagen in geordneter Weise vorzulegen.[23] Eine geeignete Rechtsgrundlage fehlt daher weiterhin.

Technisch hängt die Möglichkeit, in den elektronischen Vergabeakt Einsicht zu nehmen, in hohem Maß von der Implementierung ab. Die ersten Gespräche darüber fanden bereits vor mehr als zehn Jahren statt. Bis heute fehlen Standards für eine Einsichtnahme. Es ergibt sich, dass manche Hersteller solcher Plattformen genaue Trennungen der Vergabeverfahren in den Plattformen vorgesehen haben, sodass ein Zugang mit Leserechten nur ein Vergabeverfahren zeigt. Anderer Plattformen haben das Problem, dass ein Zugang Einsicht in alle gespeicherten Vergabeverfahren ermöglicht, was weit über die Notwendigkeit eines Nachprüfungsverfahrens weit hinausgeht.

6. Zusammenfassung

Aus dem obigen Ausführungen ergibt sich, dass das BVwG Einsicht in den elektronischen Vergabeakt des Auftraggebers benötigt. Es wäre daher einerseits notwendig, gemeinsame Standards für elektronische Vergabesysteme zu schaffen, andererseits eine entsprechende Rechtsgrundlage für die Einsicht in das elektronische Vergabesystem zu schaffen. § 336 Abs 1 BVergG 2017 wäre daher folgender Satz anzufügen: «*Führen sie das Vergabeverfahren elektronisch, haben sie dem Bundesverwaltungsgericht auf Verlangen Einsicht in die elektronischen Unterlagen des Vergabeverfahrens und alle zugehörigen elektronischen Unterlagen zu ermöglichen.*»

---

19 St Rspr, zB VfGH 24. November 2017, E 2936/2016; VwGH 16. Oktober 2017, Ra 2015/05/0070; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), § 313 Rz 3.

20 Aus der Verpflichtung, Auskünfte zu erteilen, ergibt sich auch eine Verpflichtung, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aufzubewahren. Für elektronisch geführte Vergabeverfahren ordnen §§ 137 und 277 BVergG eine Aufbewahrungsfrist von vier Jahren an.

21 ZB BVwG 25. November 2016, W187 2135663-2/24E, *ASFINAG GO Maut 2.0 Mauttechnik*, RPA 2017, 172 (Lehner) = RPA-Slg 2016/66 = VIL-Slg 2017/6 = ZVB 2017/16 (Grasböck).

22 36/SN-292/ME XXV. GP 6.

23 RV 1658 BlgNR XXV. GP 159.