

# INTERNET OF THINGS IM VERGABERECHT – NEUENTWICKLUNG DER ELEKTRONISCHEN VERGABE NACH DEM BVERGG 2018

Philipp Götzl

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

**Schlagnote:** *Bundesvergabegesetz 2018, elektronische Vergabe, e-procurement, elektronische Angebotsabgabe, qualifizierten elektronischen Signatur, Vergabeplattform, Vergaberecht.*

**Abstract:** *Gerade der Einsatz elektronischer Beschaffungsformen durch das neue BVerGG 2018 und die Notwendigkeit elektronischer Angebotsverfahren aufgrund der Vorgaben der Vergaberichtlinie 2014/24 seit 18. Oktober 2018 legen die Analyse der zunehmend automatisierten Vergabeverfahren nahe. Die Zeichen der Zeit stehen für einen Umbruch im Rechtssystem durch den zunehmenden Einsatz von Technologie. Neu ist die verpflichtende elektronische Vergabeabwicklung samt der verpflichtenden elektronischen Angebotsabgabe im Oberschwellenbereich seit 18. Oktober 2018. Das BVerGG 2018 gibt dabei die Rechtsgrundlagen vor, die in der Folge analysiert werden. Automatisierte Vergabeplattformen sind auf dieser Grundlage Realität, stecken aber teilweise immer noch «in den Kinderschuhen» und arbeiten bei weitem nicht vergaberechtlich fehlerfrei. Tatsächlich sind neue Schnittstellenfragen entstanden, die der Beitrag aufzeigen 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

Der Begriff «Internet of Things» geht auf das Auto-ID Center am Massachusetts Institute of Technology (MIT) zurück, das ab 1999 eine firmenübergreifende RFID-Infrastruktur («radio-frequency identification») entwarf und propagierte. Bekannt wurde dieser Begriff durch Kevin Ashton, der ihn 2001 im Forbes Magazin propagierte.<sup>1</sup> Das Internet of Things (kurz: IoT) ist ein Sammelbegriff für Technologien einer globalen Infrastruktur der Informationsgesellschaften, die es ermöglicht, physische und virtuelle Gegenstände miteinander zu vernetzen und sie durch Informations- und Kommunikationstechniken zusammenarbeiten zu lassen.<sup>2</sup> Die Technologien des IoT sollen Interaktion zwischen Menschen und über Funktionalitäten des IoT vernetzten beliebigen elektronischen Systemen hergestellt werden. Ziel ist es, den Menschen bei seinen Aufgaben im arbeitsteiligen Prozess zu unterstützen. Das Internet der Dinge bezeichnet genau genommen die hier relevante Verknüpfung eindeutig identifizierbarer physischer Objekte (things) mit einer virtuellen Repräsentation in einer internet-basierten Struktur.<sup>3</sup> Damit sind neben Menschen auch Dinge Gegenstand des IoT. Kurz vor Weihnachten 2016 haben der europäische Verbraucherverband (BEUC) und auch der VKI vor «My friend Cayla», einer mit dem Internet verbundenen sprechenden Puppe, gewarnt.<sup>4</sup> Neben der unsicheren Bluetooth-Verbindung wurde

<sup>1</sup> Schoenberger, C.R. (2002) The internet of things. Forbes Magazine, March 18; Mattern/Fölkemeier, Vom Internet der Computer zum Internet der Dinge, [www.vs.inf.ethz.ch/publ/papers/Internet-der-Dinge.pdf](http://www.vs.inf.ethz.ch/publ/papers/Internet-der-Dinge.pdf); abgerufen am 28. Dezember 2018.

<sup>2</sup> Vgl. [www.dieterstier.de/cms/wp-content/uploads/2013/06/industrie-4-0-data.pdf](http://www.dieterstier.de/cms/wp-content/uploads/2013/06/industrie-4-0-data.pdf); abgerufen am 28. Dezember 2018.

<sup>3</sup> [www.rfidjournal.com/articles/view?4986](http://www.rfidjournal.com/articles/view?4986); abgerufen am 28. Dezember 2018.

<sup>4</sup> Hofmarcher, Internet of Things – Wenn (Gebrauchs-)Gegenstände werben, *ecolex* 2017, 101, FN 1.

auch die Tendenz zur (Schleich-)Werbung beanstandet. Da dies im «Internet of Things» kein Einzelfall sein oder jedenfalls bleiben dürfte, war dies Anlass verschiedener rechtlicher Analysen im Verhältnis des Lauterkeitsrechts zum IoT.<sup>5</sup> Daneben wurde IoT im Zusammenhang mit Datenschutz und Informationssicherheit<sup>6</sup> in Verbindung mit dem Vertriebsrecht<sup>7</sup> oder dem Arbeitsrecht<sup>8</sup> analysiert. Eine Auseinandersetzung mit IoT aus vergaberechtlicher Sicht fehlt bisher. Die Europäische Kommission hat im Zuge eines Aktionsplans zur Umsetzung und Anwendung der Rechtsvorschriften über die elektronische Vergabe bereits 2005 Erläuterungen veröffentlicht<sup>9</sup>, denen auch ein klares *Rollout of e-procurement* auf Unionsebene beigegeben wurde, welches den Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien behilflich sein sollte. Ziel ist es demnach, den Behörden durch die elektronische Vergabe einen besseren Einkauf bzw. e-Invoicing zu ermöglichen. Damit soll am Markt tätigen Unternehmen die Bewerbung um öffentliche Aufträge erleichtert werden.<sup>10</sup> Ursprünglich war zur Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben beabsichtigt, das BVergG 2006<sup>11</sup> grundlegend zu novellieren. Schlussendlich ist es zu einer Neukodifikation durch das BVergG 2018<sup>12</sup> gekommen, die die Vorgaben des Vergaberichtlinienpaketes 2014<sup>13</sup> umsetzt, wobei die gänzliche elektronischen Abwicklung von Vergabeverfahren auch durch elektronischen Angebotsabgabe bis 18. Oktober 2018 umzusetzen war.<sup>14</sup> Dazu ist auch zu berücksichtigen, dass die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Strategie für den Digitalen Binnenmarkt<sup>15</sup> bereits am 9. Dezember 2015 mehrere legislative Vorschläge veröffentlicht hat, darunter einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (DIRL-E)<sup>16</sup> und einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (FWRL-E).<sup>17</sup> Mit den beiden Entwürfen sollten Eckpfeiler gesetzt werden für ein neues «digitales» Vertragsrecht<sup>18</sup>, das wiederum Grundlage für das Vergaberecht in Form des e-procurement ist. Parallel wurde im Vergaberecht durch das Vergaberichtlinienpaket 2014<sup>19</sup> die Verpflichtung zur elektronischen Vergabe – insbesondere der elektronischen Angebotsabgabe – vorgesehen, die bis 18. Oktober 2018 einheitlich unionsweit und national durch die Neukodifikation des BVergG 2018<sup>20</sup> umgesetzt wurden. Ziel aller dieser Maßnahmen ist es, die Effizienz des öffentlichen Beschaffungswesens und damit des im öffentlichen Beschaffungswesen letztendlich abzuschließenden zivilrechtlichen Vertrages durch die

<sup>5</sup> Hofmarcher, Internet of Things – Wenn (Gebrauchs-)Gegenstände werben, *ecolex* 2017, 101.

<sup>6</sup> Burgstaller, IoT und M2M – wo bleibt der Datenschutz und die Informationssicherheit?, *ZIR* 2015, 121; Steinmaurer, Big Data und Profiling, Chancen und Risiken in der Datenschutz-Grundverordnung, in: *Knyrim* (Hrsg), *Datenschutz-Grundverordnung*, 81.

<sup>7</sup> Wendehorst, Hybride Produkte und hybrider Vertrieb. Sind die Richtlinienentwürfe vom 9. Dezember 2015 fit für den digitalen Binnenmarkt?, in: Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg), *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?*, 45.

<sup>8</sup> *Knyrim/Treml*, *Industrie 4.0 – Auswirkungen auf Datenschutz und Arbeitsrecht*, *Dako* 2016/70, 103.

<sup>9</sup> [http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/e-procurement\\_en](http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/e-procurement_en) (Stand: 28. Dezember 2018).

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</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 2017); Neukodifikation sollte durch RV 1658 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XXV.GP erfolgen.

<sup>12</sup> Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl. I Nr. 65/2018.

<sup>13</sup> RL 2014/24/EU v 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe, RL 2014/25/EU v 26. Februar 2014 über den Sektorenbereich, RL 2014/23/EU v 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

<sup>14</sup> Vgl Art 106 der RL 2014/24/EU.

<sup>15</sup> [https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market\\_de](https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_de).

<sup>16</sup> COM(2015) 634 final.

<sup>17</sup> COM(2015) 635 final.

<sup>18</sup> Vgl ausführlich Wendehorst, *Hybride Produkte und hybrider Vertrieb. Sind die Richtlinienentwürfe vom 9. Dezember 2015 fit für den digitalen Binnenmarkt?*, in: Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg), *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?*, 45.

<sup>19</sup> Das Vergaberichtlinienpaket 2014, welches bis 18. April 2016 in nationales Recht umzusetzen ist, beinhaltet RL 2014/24/EU v 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe, die RL 2014/25/EU v 26. Februar 2014 über den Sektorenbereich und die RL 2014/23/EU v 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

<sup>20</sup> Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl. I Nr. 65/2018.

Verringerung des Zeitaufwandes zu verbessern. Unverändert wurde nun im Unterschwellenbereich die bloße Möglichkeit vorgesehen, jedes Verfahren hinsichtlich der Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeden sonstige Informationsaustausch im Vergabeverfahren auch elektronisch durchzuführen, was im Oberwellenbereich nun grundsätzlich zwingend ist. 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. Umgesetzt werden diese Verfahren aber nur, wenn sie in entsprechenden Plattformen (mit Tools aus dem IoT), also Vergabeplattformen wie zB ANKÖ, Vemap, auftrag.at; Lieferanzeiger uvm<sup>21</sup> für alle interessierten 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. Um hier gültige Willenserklärungen – als Voraussetzung des abzuschließenden zivilrechtlichen Vertrags – abgeben zu können und damit überhaupt die Voraussetzung für die Teilnahme am Vergabeverfahren zu schaffen, sind gerade IoT-tools (vgl. Signaturhardware für die sichere elektronische Signatur, aber auch verlinkte Eignungsnachweise) notwendig.

## 2. Elektronische Vergabe als Voraussetzung für IoT

Im Vergaberecht ist es seit Jahren Standard, dass jeder Informationsaustausch im Vergabeverfahren grundsätzlich und möglichst umfassend elektronisch erfolgen soll<sup>22</sup>, was nun durch das BVergG 2018 explizit unterstützt wird. § 126 Abs 2 BVergG 2018 legt fest, dass Angebote elektronisch abzugeben sind, wenn ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich oder eine elektronische Auktion durchgeführt wird; weiters wenn ein Auftrag im Wege eines dynamischen Beschaffungssystems vergeben werden soll, ein Angebot unter Verwendung eines elektronischen Kataloges abgegeben oder ein Auftrag oder eine Rahmenvereinbarung von einer zentralen Beschaffungsstelle vergeben bzw. abgeschlossen werden soll. Auch andere Bestimmungen des BVergG 2018 unterstützen die elektronische Vergabe, insb. wenn die elektronische Bereitstellung bzw. Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen (§ 90 BVergG 2018) vorgesehen wird. Der nunmehrige Verpflichtung zur elektronischen Angebotsabgabe im Oberschwellenbereich liegt der Umstand zu Grunde, dass die öffentliche Auftragsvergabe ein wirtschaftlich wesentlicher Faktor in der Europäischen Union ist<sup>23</sup>, dennoch aber bis zuletzt nur ein Bruchteil der Vergaben auf elektronischem Wege durchgeführt wurde, obwohl hier wesentliche Kosteneinsparungen und Verfahrensbeschleunigungen erwartet werden.<sup>24</sup> Die unter Gesichtspunkten des IoT zu beantwortende vergaberechtliche Ausnahmeregelungen sind aber auch 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 das BVergG 2018 klar zu definierenden strenge Voraussetzungen erfüllt werden, ist etwa eine Inhouse-Vergabe oder eine interkommunale Kooperation<sup>25</sup> zulässig. Die klassische Vergaberichtlinie

---

<sup>21</sup> Vgl den Überblick unter [www.wko.at/site/Vergabe-N-/Vergabe-Plattformen.html](http://www.wko.at/site/Vergabe-N-/Vergabe-Plattformen.html) (Stand: 28. Februar 2018).

<sup>22</sup> *Götzl*, Die elektronische Vergabe im Lichte der BVergG Novelle 2015 – Der Durchbruch oder im Westen nichts Neues? ZHR 2016, 2632.

<sup>23</sup> Sie schlägt mit 19% des BIP der Union zu Buche, vgl. *Haslhofer*, PEPPOL: Technisch harmonisierte Online-Vergabeverfahren in Europa, JusIT 2011/19, 41 mwN in Fn 1; *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup>, 9f.

<sup>24</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 Ausbauder e-Beschaffung in der EU, KOM/2010/571 (endg), 20.

<sup>25</sup> Dazu ausführlich *Götzl*, Die elektronische Vergabe nach der BVergG Novelle 2015 und die interkommunale Kooperation – eine Bestandsaufnahme, in Tagungsband des 19. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS (2016), 645–652.

für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge<sup>26</sup>, die Sektorenrichtlinie<sup>27</sup> und die neue Konzessionsrichtlinie<sup>28</sup> sehen 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 aktuellen Vergaberichtlinien gerade die Anwendung von IoT notwendig machen, wie dies zuletzt die Einführung der Einheitliche Europäische Eigenerklärung (kurz: EEE)<sup>29</sup> eindrucksvoll gezeigt hat. Ziel der elektronischen Vergabe ist es gerade, den Behörden durch die elektronische Abwicklung einen besseren Einkauf zu ermöglichen und ein besseres Preis- / Leistungsverhältnis am Markt zu erzielen, den Wettbewerb zu fördern und (menschliche) Bürokratie abzubauen, was den Unternehmen die Bewerbung um öffentliche Aufträge erleichtern soll.<sup>30</sup> Daraus entsteht aber eine digitale Welt durch Vergabeplattformen mit neuer Bürokratie durch digitale Dinge und Tools, deren Voraussetzung die Interoperabilität der elektronischen Rechnungsstellungssysteme (durch e-Rechnungen<sup>31</sup>), die einheitliche Europäische Eigenerklärung, elektronische Preisspiegel und andere Tools sind, um (zumindest theoretisch) Auftragsvergabe zu erleichtern.<sup>32</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>33</sup> sind die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet diese Techniken zur Online-Beschaffung einzusetzen. Die Verwendung der dafür notwendigen Vergabeplattformen impliziert Technologien einer globalen Infrastruktur (EEE, elektronische Auktion, e-Rechnungen, elektronische Angebotsprüfung uvm), weshalb die Plattformen gerade der Definition der IoT durch Vernetzung der Angebotsbestandteile, der involvierten Bieter und der Bedürfnisse des Auftraggebers voraussetzen. Gerade damit ist der Vollenwendungsbereich des IoT angesprochen, da diese Vergabeplattformen zur Umsetzung des e-procurement notwendig sind. Grundlage dafür ist, dass der gesamte Informationsaustausch im Vergabeverfahren, insbesondere auch die elektronische Einreichung von Angeboten, unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel erfolgt.<sup>34</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>35</sup> kompatibel und vernetzt sein, damit eine Angebotsprüfung im elektronischen Verfahren überhaupt möglich wird. 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 bis zu deren digitalen Öffnung gewährleistet sind. Die notwendigen Zugangsvoraussetzungen müssen dabei online unentgeltlich zur Verfügung stehen.<sup>36</sup> Im Ergebnis müssen alle Informationen über die Spezifikationen für die elektronische Einreichung der Angebote und Teilnahmeanträge, einschließlich

---

<sup>26</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>27</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>28</sup> RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

<sup>29</sup> Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung.

<sup>30</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>31</sup> Vgl. [www.erechnung.gv.at](http://www.erechnung.gv.at) (Stand 28. Dezember 2017).

<sup>32</sup> KOM(2013) 449 final 2; vgl. § 5 IKT-Konsolidierungsgesetz BGBl I Nr. 35/2012; *Pachner*, ZVG-Aktuell, ZVB 2013/121, 400.

<sup>33</sup> So hat bereits die 12. Begründungserwägung der durch RL 2014/24/EU aufgehobenen RL 2004/18/EG.

<sup>34</sup> Art 22 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

<sup>35</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>36</sup> Art 22 Abs. 5 lit b u c der RL 2014/24/EU.

Verschlüsselung und Zeitstempelung zugänglich sein.<sup>37</sup> 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 was eine Vernetzung iS IoT voraussetzt, um elektronische Angebote überhaupt in der vergaberechtlich notwendigen Tiefe (hinsichtlich aller Eignungs- und Auswahl, wie auch Zuschlagskriterien) überprüfen zu können.

### 3. Weiterer Anwendungsbereich des IoT am Grenzbereich der Vergabefreiheit

Für eine Anwendung von Vergaberecht ist es ausreichend, dass eine Vereinbarung zwischen zwei wirklich verschiedenen Personen («Vernetzung physischer Personen») getroffen wird, wobei ein öffentlicher Auftraggeber als Bezieher der vereinbarten Hauptleistung auftritt.<sup>38</sup> 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>39</sup> Gerade für die Beurteilung dieser Voraussetzungen können auch Tools des IoT zielführend sein, soweit die seitens des EuGH der in der Rs *Teckal*<sup>40</sup> entwickelten Kriterien technisch objektiviert und nachvollziehbar abgebildet oder automatisch überprüft werden, etwa durch Vernetzung mit digitalen Informationsdatenbanken wie dem Firmenbuch. Während bspw. der Anwendungsbereich der Inhouse-Vergabe nach dem Urteil *Teckal* relativ weit gefasst war, ist dieser insbesondere durch Entscheidung in der Rs *Stadt Halle*<sup>41</sup> restriktiv eingeschränkt worden. In der Rs *Mödling*<sup>42</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. All diese Umstände könne aber im IoT abgebildet werden. Mit EuGH *Asemfo*<sup>43</sup> wurde erkannt, dass bei Inhouse-Vergaben die erforderliche Kontrolle auch von öffentlichen Stellen gemeinsam («Vernetzung der Subjekte») ausgeübt werden kann. 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 iZm mit öffentlichen Einrichtungen zwei Arten der «internen» 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 hingegeben durch ihre horizontale Struktur geprägt, bei der die Vertragspartner rein vertraglich gebunden und faktisch gleichwertig sind.<sup>51</sup> Auch diese Strukturen sind ohne weiteres als horizontale

<sup>37</sup> Art 22 Abs. 6 lit a der RL 2014/24/EU.

<sup>38</sup> EuGH 18.11.1998, Rs C-107/98, *Teckal*, Rn 50; EuGH 7. Dezember 2000, Rs C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Rn 40; ua.

<sup>39</sup> SA des GA Leger vom 15. Juni 2000 in Rs C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Rn 53.

<sup>40</sup> EuGH 18. November 1998, Rs C-107/98, *Teckal*.

<sup>41</sup> EuGH 11. Januar 2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*.

<sup>42</sup> Vgl. EuGH 10. November 2005, Rs C-29/04, *Mödling*, Rn 38.

<sup>43</sup> EuGH 19. April 2007, C-295/05, *Asemfo*.

<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 08. Mai 2014, Rs C-15/13, *TU Hamburg-Harburg*.

<sup>47</sup> EuGH 29. November 2012, Rs

<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*.

oder vertikale Vernetzung im IoT abbildbar. Die neuen Vergaberichtlinien und das BVergG 2018 sehen nun auch die interkommunale Kooperation als neuen Ausnahmetatbestand vor.<sup>52</sup> Bevor man hier das Verhältnis zur elektronischen Vergabe und die konkrete Anwendung von IoT beschreiben kann, ist klarzustellen, welche Fälle die interkommunale Zusammenarbeit als Vernetzung von digitalen und realen Dingen und Subjekten auf Auftraggeberseite abdecken kann. 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 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> Zwar ist in diesen Fällen bei richtiger Betrachtung gar keine elektronische Vergabe erforderlich, eine analoge elektronische Beurteilung im IoT aber naheliegend: Die genannten Anforderungen können mit vernetzten Tools sehr einfach überprüft und nachgewiesen werden. Gleichzeitig darf aber jedenfalls keine Beteiligung privater Dritter erfolgen.<sup>54</sup> So können auch neue Plattformen via IoT durch Zusammenschluss öffentlicher Auftraggeber entstehen, um beurteilen zu können, ob Vergaberecht anwendbar oder eine Inhousevergabe bzw. eine interkommunale Kooperation zulässig ist.

#### **4. Vergabeplattformen als Anwendungsbereich des IoT im Vergaberecht**

Vergaberechtlich soll der gesamte Informationsaustausch im Bieterverfahren, insbesondere auch die elektronische Einreichung von Angeboten, unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel erfolgen.<sup>55</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>56</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 Vergaberichtlinien und im BVergG 2018 enthaltenen Vorgaben zur transparenten Kommunikation<sup>57</sup> – ist nun einschließlich der nun verpflichtenden elektronischen Angebotseinreichung – durch das BVergG 2018 umgesetzt. Dass die für die elektronische Kommunikation zu verwendenden Instrumente und Vorrichtungen sowie ihre technischen Merkmale nicht-diskriminierend und allgemein verfügbar<sup>58</sup> sein müssen und den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken dürfen, ergibt sich ebenfalls aus dem bestehendem nationalen Vergaberecht dem zugrundeliegenden Unionsrecht.<sup>59</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>60</sup> Neu ist aber, dass öffentliche Auftraggeber

---

<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 09. Juni 2009 Rs C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Rn 37; VwGH 17. Juni 2014, 2013/04/0020.

<sup>54</sup> EuGH 09. Juni 2009, Rs C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Rn 44 u 47 mVa EuGH 11. Januar 2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rn 50 u 51.

<sup>55</sup> Art 22 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

<sup>56</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>57</sup> Art 22 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

<sup>58</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>59</sup> Vgl. § 20 BVergG 2018 unter Verweis auf die unionsrechtlichen Vergabegrundsätze.

<sup>60</sup> Art 22 Abs. 2 der RL 2014/24/EU.

erforderlichenfalls die Verwendung von Instrumenten und Vorrichtungen vorschreiben dürfen, die nicht allgemein verfügbar sind, sofern die öffentlichen Auftraggeber einen alternativen Zugang bieten.<sup>61</sup> Hier ist mit einer Anpassung und Weiterentwicklung bestehender Vergabeplattformen parallel zur Entwicklung im IoT zur Gewährleistung ausreichend funktionierender Vergaben zu rechnen. Das primäre Unionsrecht verlangt, dass Vergabeverfahren transparent zu führen sind.<sup>62</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>63</sup> Das Transparenzgebot fordert vor allem, dass die Zuschlagskriterien und die zu erbringende Leistung so klar wie möglich definiert sein müssen.<sup>64</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>65</sup>, damit die einlangenden Angebote auch vergleichbar sind, was nicht der Fall ist, wenn Vergabekriterien nur mit Worthülsen und allgemeinen Begriffen ohne genauerer Definition umschrieben sind. In gleicher Weise muss durch die im IoT verwendeten Tools sichergestellt sein, von wem klare Aussagen kommen bzw. wem sie zuzurechnen 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.<sup>66</sup> Das Ziel umfassender Transparenz ist als Grundvoraussetzung zur weiteren Entwicklung im IoT auch im Vergaberecht zu berücksichtigen, dessen zentrales Mittel zur Umsetzung bei öffentlichen Ausschreibungen die (elektronische) Bekanntmachung ist.<sup>67</sup> Die aktuelle Problematik des IoT bei der praktischen Anwendung von Vergabepattformen wird jüngst etwa durch die Judikatur zu VwGH 8. August 2018, Ra 2015/04/0102 bestätigt. Dort wurde ein Bieter (genau: ein Bietergemeinschaft) im Zuge automatisierte Bietererfassung nicht vollständig genannt, sondern lediglich das federführende Mitglied der Bietergemeinschaft. So lautete auch die (automatisierte) Zuschlagsentscheidung lediglich auf dieses federführende Mitglied. Nach der Begriffsbestimmung des § 2 Z 49 BVergG 2018 ist eine Zuschlagsentscheidung die an die Bieter abgegebene Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Dies stellt den Mindestinhalt der Zuschlagsentscheidung im Sinne des BVergG 2018 dar.<sup>68</sup> Auch § 143 Abs 1 erster Satz BVergG 2018 ordnet an, dass der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß § 142 Abs 1 zweiter Satz BVergG 2018 sind in dieser Mitteilung den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntmachung dieser Informationen öffentliche Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterer Wettbewerb schaden würde. Sind diese weiteren Bekanntgaben nicht oder nicht ausreichend in der Zuschlagsentscheidung enthalten, kann dies zur Anfechtbarkeit der (somit rechtswidrigen) Zuschlagsentscheidung führen. Es ändert aber nichts daran, dass eine wirksame Zuschlagsentscheidung vorliegt.<sup>69</sup> Für das Vorliegen einer gültigen Zuschlagsentscheidung reicht es nach der Intention des Gesetzgebers somit aus, wenn eine nach außen ergangene Erklärung des Auftraggebers vorliegt, aus der ersichtlich ist, an welchen Bieter der

<sup>61</sup> Art 22 Abs. 5 der RL 2014/24/EU.

<sup>62</sup> EuGH 20. September 1988, Rs C-31/87, Beentjes; 17. September 2002, RsC-513/99, Concordia/Stadt Helsinki; 24. November 2005, Rs C-331/04, ATI EAC ua.

<sup>63</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>64</sup> Götzl, Aspekte zu den Konkretisierungserfordernissen einer Ausschreibung, RPA 2006/1, 10.

<sup>65</sup> B-VKK 10. September 1997, S-71/97–11.

<sup>66</sup> EuGH 12. Dezember 2002, Rs C-470/99, Universale-Bau.

<sup>67</sup> EuGH 7. Dezember 2000, Rs C- 324/98, Telaustria.

<sup>68</sup> Walther in Heid/Presslmayr (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> Rz. 2132.

<sup>69</sup> Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann, Bundesvergabegesetz 2006, § 131 Rz. 35.

Zuschlag beabsichtigt ist.<sup>70</sup> In Hinblick auf einen Feststellungsantrag gemäß § 14 Abs 3 Z 4 S.VKG 2007 ist diese Voraussetzung aber nur dann erfüllt, wenn der in der Zuschlagsentscheidung genannte Bieter mit dem tatsächlichen Zuschlagsempfänger übereinstimmt.

In diesem Sinne werden mit dem Erkenntnis VwGH 8. August 2018, Ra 2015/04/0102 die Voraussetzungen (Gültigkeitsvoraussetzungen) auch einer elektronischen Zuschlagsentscheidung umfangreich abgeleitet, wonach den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots, der Gesamtpreis sowie Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots bekanntzugeben sind, sofern nicht die Bekanntmachung dieser Information öffentliche Interessen oder dem berechtigten Geschäftsinteresse von Unternehmen widersprechen und dem freien oder lautereren Wettbewerb schaden würde. Sind diese Bekanntgaben nicht oder nicht ausreichend enthalten, kann dies aber nur zur Anfechtbarkeit der Zuschlagsentscheidung führen, die ansonsten aber wirksam ist. Für das Vorliegen einer gültigen Zuschlagsentscheidung ist notwendige Voraussetzung, dass der in der Zuschlagsentscheidung genannte Bieter mit dem tatsächlichen Zuschlagsempfänger vollständig übereinstimmt. Damit muss eine zumindest nach außen in Erscheinung tretende (elektronische) Erklärung des Auftraggebers vorliegen, aus der ersichtlich ist, welchem Bieter der Zuschlag zu erteilen beabsichtigt ist. Dabei ist Mindestvoraussetzung, dass der in der Zuschlagsentscheidung genannte Bieter dem tatsächlichen Zuschlagsempfänger entspricht. Ist das nicht der Fall, liegt gar keine Zuschlagsentscheidung vor, mit der Folge, dass der Auftrag ohne zugrundeliegende Zuschlagsentscheidung unzulässiger Weise direkt vergeben wird. Damit ist die Problematik elektronischer Erklärungen auf Vergabepattformen evident, insbesondere wenn bezügliche Fehler unkontrolliert «zu spät», also nach Vertragsabschluss (Zuschlagserteilung) auffallen. Genauso wie ein Nachprüfungsantrag nicht von einzelnen Mitgliedern der Bietergemeinschaft gestellt werden kann und als unzulässig zurückzuweisen ist, da es dem einzelnen Mitglied am Interesse am Abschluss des Vertrages fehlt und ihm daher keine Parteistellung zukommt<sup>71</sup>, ist eine Zuschlagsentscheidung lautend lediglich auf ein Mitglied der Bietergemeinschaft keine Zuschlagsentscheidung iS des BVergG 2018, da dem einzelnen Mitglied der Bietergemeinschaft keine Parteistellung zukommt. Dies wurde mit der vorliegenden Entscheidung Ra 2015/04/0102-8 klargestellt. Damit sind Betreiber von Vergabepattformen und technische Entwickler gefordert, dass in Hinkunft derartige Fehler bei der automatischen Bietererfassung und den automatisierten Auftraggeberentscheidungen vermieden werden.

## 5. Ergebnis

Das Vergaberichtlinienpaket 2014 und das BVergG 2018 haben die Grundlagen neuer bzw. weiterentwickelter Vergabepattformen und damit auch Entwicklungen des IoT im vergaberechtlichen Bereich geschaffen. Damit wird mit Software und Online-Diensten der vergaberechtliche Arbeitsprozess zur Vergabe von Leistungen an öffentliche Auftraggeber unterstützt oder teilweise automatisiert. Durch diese Entwicklung zur möglichen Verfahrensvereinfachung durch elektronische Vergabe werden neue Bereiche eröffnet, die zur vollständigen Automatisierung und Vernetzung der Entscheidungsprozesse und beteiligten Objekte und Dinge beitragen können. IoT steckt im Vergaberecht noch in den Kinderschuhen, es bleibt aber die technische Entwicklung abzuwarten, die auch im Zusammenhang mit gültigen Vertragserklärungen Vernetzungen so ermöglicht, dass Vergabeprozesse zu jeder Zeit und an jedem Ort durchgeführt und abgeschlossen werden können.

---

<sup>70</sup> Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann, Bundesvergabegesetz 2006, § 312 Rz. 270/4.

<sup>71</sup> VwGH 17. November 2004, 2003/04/0178, 29. Juni 2005, 2203/04/096.