

Beiträge zum Vergaberecht

Band 4

E-Vergabe

**Systematische Darstellung
der Vorschriften des Vergaberechts
im Lichte der europäischen Richtlinien**

Von

Victor Vogt



Duncker & Humblot · Berlin

VICTOR VOGT

E-Vergabe

Beiträge zum Vergaberecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Thorsten Siegel, Berlin
Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer

Band 4

E-Vergabe

Systematische Darstellung
der Vorschriften des Vergaberechts
im Lichte der europäischen Richtlinien

Von

Victor Vogt



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2019
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnetet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextformA(r)t Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2364-8724

ISBN 978-3-428-15851-5 (Print)

ISBN 978-3-428-55851-3 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85851-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern,
Melanie und Eberhard Vogt*

Vorwort

Die Arbeit ist Anfang Januar 2019 am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen worden. Sie entspricht dem Stand der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur im Dezember 2018. Die vorliegende Fassung berücksichtigt zudem die im Februar 2019 bekannt gemachte Neufassung des ersten Abschnitts der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) in Kapitel E.

Mein Dank gebührt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Thorsten Siegel. Seine konstruktiven Vorschläge sowie stets hilfreichen Anregungen haben mir entscheidende Impulse für die Herangehensweise an die Thematik gegeben und die Ausarbeitung meiner Dissertation wesentlich geprägt.

Bei Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Jan Ziekow von der Deutschen Universität für Veraltungswissenschaften Speyer möchte ich mich für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Beiden sei zudem für die Aufnahme der Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe gedankt.

Der FAZIT-STIFTUNG danke ich für die finanzielle Förderung, die eine zügige Fertigstellung meiner Dissertation im geplanten Zeitrahmen ermöglicht hat. In diesem Zusammenhang möchte ich mich vor allem auch noch einmal sowohl bei meinem Doktorvater als auch beim Präsidenten des Kammergerichts, Herrn Dr. Bernd Pickel, bedanken, die meine Bewerbung um das Stipendium maßgeblich unterstützt haben.

Für den offenen Gedankenaustausch und ihre wertvollen Hinweise danke ich meinen Doktorandenkolleginnen Marta Paul, LL.M., und Jana Himstedt sowie Dr. Jonathan Bauerschmidt herzlich.

Abschließend gilt mein ganz besonderer Dank meiner Freundin, Alev Gündođdu, die mir während der ganzen Promotionsphase verständnisvoll zur Seite gestanden und mich immer wieder ermutigt hat, sowie meinen Eltern, Melanie und Eberhard Vogt, die mich auf meinem ganzen bisherigen Lebensweg stets liebevoll unterstützt und gefördert haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im August 2019

Victor Vogt

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	21
B. Technische Grundlagen und unionsrechtliche Querschnittsmaterien	25
I. Elektronische Kommunikation und Datensicherheit	25
1. Funktionsweise und Risiken der Datenübertragung im Internet	25
2. Datensicherheit und Vertrauensdienste der eIDAS-VO	26
a) Verschlüsselung zum Schutz der Vertraulichkeit	27
b) Sicherstellung der Authentizität und Integrität	29
aa) Technische Basis digitaler Signaturen	30
bb) Public-Key-Infrastruktur	30
c) Elektronische Signaturen und Siegel gemäß der eIDAS-VO	31
aa) Elektronische Signaturen	31
(1) Fortgeschrittene elektronische Signaturen	32
(2) Qualifizierte elektronische Signaturen	33
bb) Fortgeschrittene und qualifizierte elektronische Siegel	34
cc) Rechtswirkung und Beweiskraft	35
d) Elektronische Zeitstempel	37
II. Datenschutzrechtliche Anforderungen bei der E-Vergabe	37
1. Personenbezogene Daten	38
2. Datenschutzrechtlich Verantwortliche	40
3. Zentrale Grundsätze der Datenverarbeitung	41
a) Rechtmäßigkeit	42
b) Zweckbindung	44
c) Datenminimierung	45
4. Rechtsfolgen bei Datenschutzverstößen	46
C. Entwicklung des Rechtsrahmens für die E-Vergabe	48
I. Zulassung elektronischer Kommunikationsmittel im Vergabeverfahren	48
1. Entwicklung auf europäischer Ebene	48
a) Entstehung von TED und SIMAP	49
b) Internationale Entwicklungen als Impulsgeber	50
c) Zulassung elektronischer Angebote	51

2. Öffnung des nationalen Rechtsrahmens	53
II. Gleichstellung der elektronischen Kommunikation	54
1. Europäische Vergaberechtsreform 2004	54
2. Angleichung des nationalen Rechtsrahmens	56
III. Entwicklung bis zur Richtlinienreform 2014	57
D. E-Vergabe im Kartellvergaberecht	59
I. Allgemeiner Grundsatz der elektronischen Kommunikation	59
1. Richtlinievorgaben	59
a) Richtlinievorgaben der VRL und SRL	60
aa) Entstehung und Inhalt	60
(1) Kommissionsvorschläge	60
(2) Modifizierung im Gesetzgebungsprozess	61
bb) Auslegung der Richtlinievorgaben	64
(1) Personeller Anwendungsbereich	65
(2) Sachlicher Anwendungsbereich	65
b) Richtlinievorgaben der KVR	67
aa) Entstehung und Inhalt	67
(1) Kommissionsvorschlag	67
(2) Modifizierung im Gesetzgebungsprozess	68
bb) Auslegung der Richtlinievorgaben	69
c) Zwischenergebnis	71
2. Regelung im Kartellvergaberecht	73
a) Personeller Anwendungsbereich	73
b) Sachlicher Anwendungsbereich	74
aa) Vergabe öffentlicher Aufträge	74
bb) Vergabe von Konzessionen	75
cc) Pflichtumfang	76
(1) Senden, Empfangen und Weiterleiten von Daten	76
(2) Auslegung des Begriffs des Speicherns	77
(a) Ableitung der Pflicht zur elektronischen Aktenführung	78
(b) Temporäre Speicherung im Kommunikationsprozess	78
(c) Stellungnahme	79
(3) In einem Vergabeverfahren	80
c) Subjektive Rechtsposition	82
d) Ergebnis	83
3. Besondere elektronische Methoden und Instrumente	84

a) Dynamische Beschaffungssysteme	84
b) Elektronische Auktionen	86
c) Elektronische Kataloge	88
II. Elektronische Mittel	91
1. Richtlinienvorgaben	91
a) Entstehung und Inhalt	91
b) Auslegung der Richtlinienvorgaben	91
c) Zwischenergebnis	93
2. Regelung im Kartellvergaberecht	93
a) Legaldefinition	93
aa) Auslegung im Lichte der Richtlinienbegriffsbestimmung	93
bb) E-Vergabeplattformen als primäre elektronische Mittel	94
b) Ergebnis	95
III. Anforderungen an die elektronischen Mittel	96
1. Allgemeine Gebote	96
a) Richtlinienvorgaben	96
aa) Entstehung und Inhalt	96
bb) Auslegung der Richtlinienvorgaben	97
(1) Nichtdiskriminierung	97
(2) Allgemeine Verfügbarkeit	97
(3) Kompatibilität mit allgemein verbreiteten IKT-Erzeugnissen ..	98
(4) Verbot der Zugangseinschränkung	99
cc) Zwischenergebnis	99
b) Regelung im Kartellvergaberecht	99
aa) Anforderungen an den Einsatz elektronischer Mittel im Vergabeverfahren	100
(1) Voranstellung der allgemeinen Verfügbarkeit	100
(2) Nichtdiskriminierung	101
(3) Kompatibilität mit allgemein verbreiteten IKT-Produkten ..	101
(4) Verbot der Zugangseinschränkung	103
bb) Ergebnis	103
2. Anforderungen an die Barrierefreiheit	104
a) Unionsrechtliche Vorgaben	104
aa) Richtlinienvorgaben	104
(1) Entstehung und Inhalt	104
(2) Auslegung der Richtlinienvorgaben	105

bb) Richtlinie über den barrierefreien Zugang zu den Websites und mobilen Anwendungen öffentlicher Stellen	105
(1) Personeller Anwendungsbereich	105
(2) Sachlicher Anwendungsbereich	106
(3) Mindestanforderungen an die barrierefreie Zugänglichkeit	107
cc) Zwischenergebnis	108
b) Regelung im Kartellvergaberecht	109
aa) Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung	109
bb) Anforderungen an die Barrierefreiheit	110
(1) Vorgaben des BGG im Kontext der E-Vergabe	110
(2) Einheitliche Geltung für Auftraggeber i. S. v. § 99 GWB	112
cc) Ergebnis	113
3. Mindestanforderungen an die Interoperabilität	115
a) Richtlinievorgaben	115
aa) Entstehung und Inhalt	115
bb) Auslegung der Richtlinievorgaben	116
(1) Reichweite der Ermächtigung zur Standardsetzung	116
(2) Entwicklungsstand von Standards und Komponenten	117
(a) CEN BII Profiles	118
(b) PEPPOL	119
(c) e-SENS	119
cc) Zwischenergebnis	121
b) Regelung im Kartellvergaberecht	122
aa) XVergabe als nationaler Standard	122
(1) Entwicklung des Standards im Projekt XVergabe	123
(2) XVergabe-Kommunikationsschnittstelle	124
(3) Zeitplan für die Implementierung	125
bb) Ergebnis	126
IV. Alternative elektronische Mittel	126
1. Richtlinievorgaben	127
a) Entstehung und Inhalt	127
b) Auslegung der inhaltlichen Vorgaben	128
aa) Anwendungsbereich	128
bb) Alternativer Zugang zu den Instrumenten und Vorrichtungen	129
(1) Unentgeltlicher, uneingeschränkter und vollständiger direkter Zugang	130
(2) Zugang mittels provisorischer Token	131
(3) Alternativer Kanal zur elektronischen Angebotseinreichung	132
cc) Zwischenergebnis	133

2. Regelung im Kartellvergaberecht	133
a) Alternative elektronische Mittel	134
aa) Restriktive Auslegung des Anwendungsbereichs	134
bb) Anforderungen an die alternative Zugangseröffnung	136
cc) Anwendbarkeit der nicht umgesetzten Richtlinienszenarien	137
b) Ergebnis	138
3. Sonderfall: Elektronische Mittel zur Bauwerksdatenmodellierung	139
a) Richtlinievorgaben	139
aa) Entstehung und Inhalt	139
bb) Auslegung der inhaltlichen Vorgaben	140
cc) Zwischenergebnis	140
b) Regelung im Kartellvergaberecht	141
aa) Nutzung elektronischer Mittel für die Bauwerksdatenmodellierung	141
bb) Ergebnis	143
V. Datensicherheit	143
1. Grundlegende Anforderungen	143
a) Richtlinievorgaben	144
aa) Gebot zur Wahrung der Integrität und Vertraulichkeit	144
(1) Entstehung und Inhalt	144
(2) Auslegung der Richtlinievorgaben	144
bb) Mindestanforderungen der VRL und SRL	146
(1) Entstehung und Inhalt	146
(2) Auslegung der Richtlinievorgaben	147
(a) Modifizierung der Bestimmungen der VKR/SKR	147
(b) Vorgaben der Mindestanforderungen im Einzelnen	148
cc) Zwischenergebnis	149
b) Regelung im Kartellvergaberecht	150
aa) Allgemeines Gebot zur Wahrung der Vertraulichkeit	150
bb) Konkretisierung für die elektronischen Mittel	151
(1) Geltung während der gesamten elektronischen Kommunikation	152
(2) Erforderliche organisatorische und technische Maßnahmen	152
(a) Absicherung der Datenübertragung	153
(b) Absicherung der IT-Infrastruktur	157
cc) Spezielle Anforderungen an die zum Empfang verwendeten elektronischen Mittel	157
(1) Zwingende Vorgaben	157
(a) Bestimmung des Empfangszeitpunktes durch elektronischen Zeitstempel	157

(b) Ausschluss des vorzeitigen Zugriffs durch verschlüsselte Aufbewahrung	158
(c) Zugriffsbeschränkungen nach der erstmaligen Öffnung	159
(d) Feststellbarkeit von versuchten bzw. vollendeten Verstößen	160
(2) Verfügbarmachung notwendiger Informationen	161
(a) Reichweite der Informationspflicht	161
(b) Zurverfügungstellung	162
dd) Ergebnis	163
2. Festlegung des Sicherheitsniveaus bzgl. der Echtheit und Unversehrtheit der Daten	164
a) Richtlinievorgaben	165
aa) Entstehung und Auslegung	165
bb) Auslegung der Richtlinievorgaben	166
(1) Verhältnismäßigkeitsabwägung	166
(2) Elektronische Signaturen	167
(a) Fakultative Anwendung	167
(b) Bedingungen für elektronische Signaturen	168
cc) Zwischenergebnis	170
b) Regelung im Kartellvergaberecht	170
aa) Vorliegen eines inzidenten nationalen Rahmenkonzepts	171
(1) Festlegung des Sicherheitsniveaus für die elektronischen Mittel	171
(2) Einsatz elektronischer Signaturen und Siegel bei erhöhten Sicherheitsanforderungen	173
(3) Grenzen des Abwägungsrahmens	175
(a) Erforderlichkeit der einschränkenden Auslegung	176
(b) Stellungnahme	178
bb) Ergebnis	179
VI. Veröffentlichung der Bekanntmachung	179
1. Richtlinievorgaben	180
a) Entstehung und Inhalt	180
b) Auslegung der inhaltlichen Vorgaben	180
aa) Form und Modalitäten unionsweiter Bekanntmachungen	180
bb) Veröffentlichungen im Beschafferprofil	182
c) Zwischenergebnis	183
2. Regelung im Kartellvergaberecht	183
a) Verwendung der EU-Standardformulare	184
aa) Angaben zur elektronischen Kommunikation	184
bb) Verlinkung der Eignungsanforderungen	185

(1) Pauschale Verlinkung auf die Vergabeunterlagen	186
(2) Unmittelbare Verlinkung der Eignungsanforderungen	187
(3) Vollständige Angabe in der Bekanntmachung	188
(4) Stellungnahme	188
b) Anforderungen an die Übermittlung mit elektronischen Mitteln	189
c) Veröffentlichungen im Beschafferprofil	191
aa) Ausgestaltung des Beschafferprofils	191
bb) Veröffentlichungsinhalte	191
d) Ergebnis	193
VII. Bereitstellung der Vergabeunterlagen	193
1. Richtlinievorgaben	194
a) Entstehung und Inhalt	194
b) Auslegung der inhaltlichen Vorgaben	195
aa) Bereitstellung unter einer Internetadresse	195
bb) Uneingeschränkter und vollständiger direkter Zugang	196
cc) Ergänzung des Erfordernisses der Unentgeltlichkeit	197
c) Zwischenergebnis	198
2. Regelung im Kartellvergaberecht	198
a) Bereitstellungszeitpunkt	199
aa) Sonderfall: Aufforderung zur Interessensbestätigung	199
bb) Sonderfall: Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ..	200
b) Angabe einer elektronischen Adresse	201
c) Unentgeltlichkeit	202
d) Uneingeschränktheit	204
aa) Technische Einschränkungen	204
bb) Zeitliche Einschränkungen	205
(1) Erforderlichkeit der durchgehenden Bereitstellung	205
(a) Zeitliche Einschränkbarkeit	205
(b) Durchgehende Bereitstellungspflicht	206
(c) Stellungnahme	206
(2) Bereitstellungsdauer bei zweistufigen Verfahren	207
(a) Ablauf der Angebotsfrist oder der Teilnahmefrist	207
(b) Stellungnahme	208
cc) Personelle Einschränkungen	208
(1) Registrierungsverbot	208
(a) Verantwortungsverteilung beim anonymen Abruf	210
(b) Informationspflichten bei freiwilliger Registrierung	211
(2) Sonderfall: Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens	212

e) Vollständigkeit	213
aa) Reichweite der Bereitstellungspflicht in zweistufigen Verfahren	213
(1) Pflicht zur Bereitstellung der vollständigen Unterlagen	214
(2) Bereitstellung der erforderlichen Unterlagen	214
bb) Stellungnahme	215
f) Direktheit	218
g) Ergebnis	219
VIII. Form und Zugang von Verfahrenserklärungen	220
1. Richtlinievorgaben	220
2. Regelung im Kartellvergaberecht	221
a) Anforderungen an die Textform für elektronische Erklärungen	221
aa) Abgabe einer lesbaren Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger	222
bb) Person des Erklärenden bei Unternehmen	222
b) Zugang der elektronischen Verfahrenserklärungen beim Auftraggeber ..	223
aa) Erreichen des Machtbereichs des Auftraggebers	223
(1) E-Mail-Postfach als elektronische Empfangsvorrichtung	224
(2) E-Vergabeplattform als elektronische Empfangsvorrichtung	225
bb) Möglichkeit der Kenntnisnahme	225
c) Risikoverteilung bei technischen Störungen	226
aa) Von den Bewerbern bzw. Bieter zu vertretende Umstände	227
(1) Verspäteter Beginn der Datenübermittlung	227
(2) Technische Schwierigkeiten im eigenen Verantwortungsbereich ..	228
bb) Nicht von den Bewerbern bzw. Bieter zu vertretende Umstände ..	229
(1) Verschulden des Auftraggebers	229
(a) Funktionsstörungen der E-Vergabeplattform	230
(b) Funktionsstörungen des Bieterclients als Annex der E-Vergabeplattform	230
(c) Mangelnde Kompatibilität eines X-Vergabe-fähigen Bieterclients	231
(d) Kein (Mit-)Verschulden des Bewerbers bzw. Bieters	232
(2) Technische Störungen aufgrund höherer Gewalt	233
(3) Materielle Beweislast	233
d) Ergebnis	234
IX. Feststellung der Eignung	234
1. Richtlinievorgaben der VRL	234
a) Einheitliche Europäische Eigenerklärung	234
aa) Entstehung und Inhalt	235
bb) Auslegung der Richtlinievorgaben	236

(1) EU-Standardformular	236
(2) Zweistufige Nachweisführung	238
(3) Verwendungs- oder Akzeptanzpflicht	240
cc) Zwischenergebnis	241
b) e-Certis	242
aa) Entstehung und Inhalt	242
bb) Auslegung der Richtlinievorgaben	243
c) Zwischenergebnis	244
2. Regelung im Kartellvergaberecht	244
a) Umsetzung in der VgV	244
aa) Elektronische Form	245
bb) Systematische Einordnung der eEEE als Nachweismittel	246
cc) Nachweisführung mit der eEEE	246
(1) Vorlage der geforderten Unterlagen	247
(2) Ausnahmen von der Vorlagepflicht	248
dd) e-Certis	249
b) Anwendbarkeit in der SektVO und KonzVgV	249
c) Ergebnis	250
X. Ausnahmen von der Pflicht zur elektronischen Kommunikation	251
1. Richtlinievorgaben	251
a) Ausnahmen vom elektronischen Einreichungsverfahren	251
aa) Entstehung und Inhalt	251
bb) Auslegung der Richtlinievorgaben	254
(1) Einheitlicher Anwendungsbereich für Einreichungsverfahren ..	254
(2) Gebot der restriktiven Auslegung und Begründungspflicht ..	255
(3) Ausnahmen aus technischen Gründen	256
(a) Spezifische Instrumente, Vorrichtungen oder Dateiformate ..	256
(b) Dateiformate zur Angebotsbeschreibung	257
(c) Spezielle Bürogeräte	257
(d) Physische oder maßstabsgetreue Modelle	258
(4) Ausnahmen aus Sicherheitsgründen	258
(a) Verletzung der Sicherheit der elektronischen Kommunikationsmittel	258
(b) Besondere Empfindlichkeit der Informationen	259
(5) Übermittlung auf einem anderen geeigneten Weg	260
b) Ausnahmen von der elektronischen Bereitstellung der Vergabeunterlagen	261
aa) Richtlinievorgaben der VRL und SRL	261
(1) Entstehung und Inhalt	261

(2) Auslegung der Richtlinienvorgaben	262
(a) Verweis auf die Ausnahmen von der elektronischen Einreichung	262
(b) Vertraulichkeit der Informationen in den Auftragsunterlagen	263
bb) Richtlinienvorgaben der KVR	264
(1) Entstehung und Inhalt	264
(2) Auslegung der Richtlinienvorgaben	264
c) Zwischenergebnis	265
2. Regelung im Kartellvergaberecht	266
a) Ausnahmen in der VgV und SektVO	266
aa) Bereitstellung der Vergabeunterlagen	266
(1) Ausnahmen aus technischen Gründen	267
(a) Erforderlichkeit spezieller elektronischer Mittel	267
(b) Proprietäre Dateiformate	268
(c) Besondere Bürogeräte	270
(d) Festlegung des alternativen Übermittlungswegs und Fristverlängerung	271
(2) Schutz der Vertraulichkeit	271
bb) Ausnahmen von der elektronischen Einreichung	273
(1) Technische Gründe	274
(a) Beschränkung des Anwendungsbereichs in der VgV	274
(b) Verweis auf die technischen Gründe zu den Vergabeunterlagen	275
(2) Sicherheitsgründe	276
(a) Besondere Empfindlichkeit der Daten	277
(b) Sicherheitsverletzung der elektronischen Mittel	278
b) Ausnahmen in der KonzVgV	279
c) Ergebnis	280
XI. Grenzen der Zulässigkeit mündlicher Kommunikation	281
1. Richtlinienvorgaben	281
a) Entstehung und Richtlinieninhalt	281
b) Auslegung der Richtlinienvorgaben	282
c) Zwischenergebnis	283
2. Regelung im Kartellvergaberecht	284
a) Zulässigkeit mündlicher Kommunikation	284
aa) Betroffenheit wesentlicher Verfahrensbestandteile	284
bb) Sonderfall: Verhandlungen	286
b) Dokumentationspflicht	288
c) Ergebnis	289

E. E-Vergabe im Haushaltsvergaberecht	290
I. Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge	290
1. Grundsatz der elektronischen Kommunikation	291
2. Anforderungen an die elektronischen Mittel und Datensicherheit	292
3. Veröffentlichung der Bekanntmachung	293
4. Bereitstellung der Vergabeunterlagen	294
5. Übermittlung der Verfahrenserklärungen	295
6. Feststellung der Eignung	296
7. Ausnahmen vom Einsatz elektronischer Mittel	297
II. Abweichungen bei der Vergabe von Bauleistungen	298
III. Ergebnis	299
F. Elektronische Rechnungsstellung	301
I. Richtlinievorgaben	301
1. Entstehung und Inhalt	301
2. Auslegung der Richtlinievorgaben	304
a) Anwendungsbereich	304
b) Semantic Interoperabilität	305
c) Pflicht zum Empfang und zur Verarbeitung von E-Rechnungen	306
3. Zwischenergebnis	307
II. Regelung im nationalen Recht	308
1. Umsetzung im EGovG	308
a) Anwendungsbereich	308
aa) Personeller Anwendungsbereich	308
bb) Sachlicher Anwendungsbereich	310
b) Richtlinienkonformität des nationalen Verständnisses der E-Rechnung	310
2. Ausgestaltung des elektronischen Rechnungsverkehrs in der E-Rech-VO	311
a) Grundsatz der elektronischen Rechnungsstellung	312
aa) Ausstellung und Übermittlung in elektronischer Form	312
bb) Ausnahmen im Unter- und Oberschwellenbereich	312
b) Anforderungen an die E-Rechnungsstellung	313
aa) Rechnungsausstellung und -übermittlung	313
(1) Verwendung EN-konformer Datenaustauschstandards	314
(2) Übermittlung über ein Verwaltungsportal des Bundes	315
bb) Empfang und Verarbeitung der E-Rechnungen	316
3. Ergebnis	317

G. Schlussbetrachtung	319
Literaturverzeichnis	328
Sachwortverzeichnis	347

A. Einführung

Bestrebungen zur Elektronisierung der öffentlichen Auftragsvergabe bilden bereits seit fast zwei Jahrzehnten einen Kernbestandteil europäischer und nationaler E-Government-Initiativen.¹ In Anbetracht der ökonomischen Signifikanz der öffentlichen Beschaffung im Binnenmarkt, die sich auf einen geschätzten Anteil von 14 % des Bruttoinlandsprodukts der Europäischen Union beläuft,² wird der Digitalisierung in diesem Bereich ein erhebliches Potenzial zur Effizienzsteigerung, Prozess rationalisierung und damit nicht zuletzt zur Kostensenkung beigemessen.³ Nachdem bereits Ende der 1990er-Jahre der europäische Vergaberechtsrahmen – bedingt durch internationale Entwicklungen – für die elektronische Kommunikation grundlegend geöffnet worden war, erfolgte mit Erlass des Richtlinienpakets im Jahr 2004 die Gleichstellung elektronischer mit anderen Kommunikationsmitteln in den reformierten Vergabekoordinierungsrichtlinien. Spätestens seit diesem Zeitpunkt ist die Durchführung der Vergabe öffentlicher Aufträge mit elektronischen Mitteln (E-Vergabe⁴), d. h. von der Bekanntmachung bis zur Zuschlagserteilung⁵,⁶

¹ Vgl. die EU-Aktionspläne eEurope 2002: Auswirkungen und Prioritäten, KOM (2001) 140, sowie eEurope 2005: Eine Informationsgesellschaft für alle, KOM (2002) 263. Parallel dazu wurde auf nationaler Ebene das Projekt „Öffentlicher Eink@uf Online“ als eines der Leitprojekte der im Jahr 2000 vorgestellten E-Government-Initiative „BundOnline 2005“ durchgeführt, vgl. insg. Paul, Das elektronische Vergabeverfahren, S. 63 ff. Aktuell bildet der Übergang der Mitgliedstaaten zur vollständig elektronischen Auftragsvergabe einen politischen Schwerpunkt des europäischen eGovernment-Aktionsplans 2016–2020: Beschleunigung der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung, KOM (2016) 179.

² Vgl. Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa, KOM (2017) 572, S. 1.

³ Die Kommission führte am Rande der aktuellen Richtlinienreform an, dass – nach einer konservativen Überschlagsrechnung in einer Studie der Deutschen Bank – jährlich Einsparungen zwischen 50 und 75 Mrd. Euro durch die Einführung der E-Vergabe ermöglicht werden könnten. Zudem rechnet sie mit erheblichen makroökonomischen Effekten, vgl. Eine Strategie für die e-Vergabe, KOM (2012) 179, S. 4.

⁴ Es kursieren die divergierenden Schreibweisen „e-Vergabe“ sowie „eVergabe“. Die Wortpaarung „elektronisch“ und „Vergabe“ bilden zusammengefasst in „E-Vergabe“ eine Nominalkomposition. Es entsteht damit ein reguläres Substantiv. E-Vergabe ist daher mit einem großen Anfangsbuchstaben zu schreiben. Zudem werden Einzelbuchstaben in der deutschen Schreibweise stets mit einem Bindestrich verbunden, z. B. „E-Mail“, vgl. Fluck, E-Vergabe versus eVergabe, blog.cosinex.de, v. 20.1.2015.

⁵ In der Literatur wird in diesem Zusammenhang teilweise der Begriff der E-Vergabe „im engeren Sinn“ verwendet, vgl. Mosbacher, DÖV 2001, 573 (574); Schäfer, in: Gehrmann/Schinzer/Tacke, Public E-Procurement, S. 51, ders., in: Kilian/Heussen, ComputerR-HdB, Teil 19, Rn. 4; ders., NZBau 2015, 131 (131); Schippel, VergabeR 2016, 434 (435); Hözl, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, in: GWB, § 120, Rn. 8; Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97, Rn. 99. Zur Kritik sogleich in Fn. 15.

⁶ Zutreffend ist der klarstellende Hinweis von Siegel, dass das Verfahren zwar grundsätzlich in elektronischer Form durchzuführen ist, der Begriff der E-Vergabe jedoch nicht erfordert, dass

oberhalb der europäischen Schwellenwerte optional zulässig. Obgleich die Kommission die Umstellung von der papierbasierten hin zur elektronischen Vergabe priorisierte und förderte, erlangte die vollständige elektronische Verfahrensabwicklung de facto in den nachfolgenden Jahren nur eine geringe Relevanz in den Mitgliedstaaten.⁷ Unterschiedliche Regelungsansätze, Akzeptanzprobleme wegen technisch divergierender Systeme und Authentifizierungsanforderungen sowie eine gewisse „Trägheit“ der Akteure, die eingefahrenen Prozessabläufe der Vergabe zu verändern, hinderten nach Einschätzung der Kommission die flächendeckende Verbreitung.⁸ Mit dem Ziel, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu verbessern, um der E-Vergabe zum Erfolg zu verhelfen, hat der Unionsgesetzgeber nunmehr erneut umfassende Legislativmaßnahmen ergriffen. Als zentraler Schritt⁹ enthalten die Richtlinie 2014/24/EU für die Vergabe öffentlicher Aufträge (VRL)¹⁰ und die Richtlinie 2014/25/EU für die Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich (SRL)¹¹ die obligatorische Hinwendung zur elektronischen Kommunikation in allen Verfahrensphasen. Ebenso eröffnet die neu geschaffene Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU (KVR)¹² die Möglichkeit der elektronischen Konzessionsvergabe. Des Weiteren wurde – neben der flankierenden Reform des europäischen Signaturrechts – ergänzend die Richtlinie über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen erlassen.¹³ Der Unionsgesetzgeber intendiert mit der letzteren die Schaffung eines rechtlichen Anreizes, auch weitere Prozesse des Beschaffungsvorgangs zu digitalisieren, um letztlich eine „durchgehend elektronische Vergabe“¹⁴, d. h. von der ersten Bekanntmachung bis hin zu Bezahlung,¹⁵ zu erreichen.

sämtliche Schritte, insb. interne Vorgänge, elektronisch abgewickelt werden, *Siegel*, LKV 2017, 385 (385). S. zum Pflichtumfang Kap. D.I.2.b)cc).

⁷ Noch im Jahr 2010 lag der Anteil der vollständig elektronisch vergebenen Aufträge bei weniger als 5% des gesamten Beschaffungsvolumens, vgl. Grünbuch zum Ausbau der e-Beschaffung in der EU, KOM (2010) 571, S. 11.

⁸ Vgl. KOM (2010) 571, S. 2 sowie die Mitteilungen zur Strategie für die e-Vergabe, KOM (2012) 179, S. 5f.

⁹ Mit der anschaulichen Bezeichnung als „krönender Abschluss der Entwicklung“, *Siegel*, LKV 2017, 385 (386).

¹⁰ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.

¹¹ Richtlinie 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 der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG.

¹² Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe. Vgl. zu den Besonderheiten Kap. D.I.1.b).

¹³ Richtlinie 2014/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen.

¹⁴ Vgl. Durchgehend elektronische Vergabe öffentlicher Aufträge zur Modernisierung der öffentlichen Verwaltung KOM (2013) 453, S. 4. Das Konzept hatte die Kommission bereits in den Mitteilungen KOM (2012) 179, S. 3 sowie – wenn auch mit anderer Bezeichnung – in dem Grünbuch zum Ausbau der e-Beschaffung in der EU, KOM (2010) 571, S. 3 f., skizziert.

¹⁵ In Teilen der Literatur werden die Vorgänge des Beschaffungsprozesses, die dem Vergabeverfahren nachfolgen, als E-Vergabe „im weiteren Sinn“ bezeichnet, vgl. Schäfer, in: Kilian/Heussen, ComputerR-HdB, Teil 19, Rn. 1; ders., NZBau 2015, 131 (131); Schippel, VergabeR

Diese Förcierung der vollständig elektronischen Verfahrensabwicklung auf legislativer Ebene bedeutet eine komplexe rechtliche, personelle und technische Herausforderung. Sie bietet den Auftraggebern jedoch gleichzeitig die Chance zu einer weitergehenden Restrukturierung, Standardisierung und Optimierung der Prozessabläufe des gesamten Beschaffungsvorgangs,¹⁶ um künftig Einsparungspotenziale zu realisieren. Der Fokus dieser Arbeit richtet sich auf die eingehende Untersuchung der reformierten rechtlichen Anforderungen an die E-Vergabe, die den Handlungsrahmen der Umstellung determinieren.

Einleitend folgt im ersten Abschnitt des Kapitels B. die Darstellung der technischen Grundlagen der elektronischen Kommunikation und der IT-Sicherheit unter Berücksichtigung des reformierten europäischen Signaturrechts. Im zweiten Abschnitt werden darüber hinaus datenschutzrechtliche Implikationen für die E-Vergabe dargelegt.

Anschließend wird in Kapitel C. die historische Entwicklung der Digitalisierung des Vergabeverfahrens auf europäischer und nationaler Ebene bis zur Reform des Vergaberechtsrahmens im Jahr 2014 nachgezeichnet, die sodann den Schwerpunkt der Arbeit bildet.

Im Hauptteil konzentriert sich die Untersuchung in Kapitel D. auf die Umsetzung der Richtlinievorgaben im Kartellvergaberecht. Der erste Kapitelabschnitt untersucht die Reichweite des Grundsatzes der elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren. Die nachfolgenden Abschnitte II. bis V. erörtern die grundlegenden Anforderungen an die im Verfahren zu verwendenden elektronischen Mittel. Im Anschluss erfolgt in den Abschnitten VI. bis IX. die Darstellung der zentralen Verfahrensschritte, für die spezifische Vorgaben bestehen. Abschließend werden in den Abschnitten X. und XI. die Konstellationen analysiert, in denen im Ausnahmefall auf den Einsatz elektronischer Mittel verzichtet werden kann.

Ergänzend zu den Ausführungen zum Kartellvergaberecht im Kapitel D. wird in Kapitel E. die Entwicklung der E-Vergabe auch im haushaltsrechtlich determinierten Unterschwellenbereich¹⁷ aufgezeigt, in dem zumindest partiell eine funktionale Annäherung zu beobachten ist.¹⁸

2016, 434 (435); *Hölzl*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, in: GWB, § 120, Rn. 8; *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97, Rn. 99. Das Begriffsverständnis ist allerdings nicht einheitlich, denn teilweise werden hierunter auch die der Verfahrensdurchführung vorgelegerten Prozesse verstanden, vgl. i. d. S. *Arnold/Eßig*, in: BME/BMWi Grundlagen der elektronischen Vergabe, S. 35; *Mosbacher*, DÖV 2001, 573 (573f.); *Laux*, Wirksamkeit der Nutzung von E-Vergabe, S. 14 f.; *Zielke*, VergabeR 2015, 273 (273). Aus diesem Grund wird die missverständliche Begriffspaarung E-Vergabe „im engeren Sinn“ und „im weiteren Sinn“ im Rahmen dieser Arbeit nicht verwendet.

¹⁶ KGSt, E-Vergabe i. S. d. Vergaberichtlinien, B 2/2015, S. 14 f.; *Zielke*, VergabeR 2015, 273 (274f.).

¹⁷ Eingehend zum sog. Haushaltsvergaberecht *Siegel*, VerwArch 2016, 1.

¹⁸ Vgl. auch *Siegel*, VergabeR 2018, 183.

Nachfolgend wird im Kapitel F. die Pflicht zur elektronischen Rechnungsstellung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge erörtert. Die Umsetzung der Richtlinienvorgaben erfolgt auf nationaler Ebene nicht im Sachzusammenhang mit dem Vertragberecht, sondern im E-Government-Gesetz (EGovG)¹⁹ und entfaltet – zumindest für die öffentlichen Auftraggeber des Bundes – sowohl im Oberschwellen- als auch im Unterschwellenbereich Geltung.

Abschließend werden die wesentlichen Erkenntnisse des Hauptteils in Kapitel G. in der Schlussbetrachtung zusammengefasst.

¹⁹ Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz), G. v. 25.7.2013, BGBl. I S. 2749, zuletzt geändert durch Art. 1 G. v. 5.7.2017, BGBl. I S. 2206.