



::rehm

## Newsletter Vergaberecht

Ausgabe September 2017

### Vergaberechtliche Änderungen im Oberschwellenbereich durch das eIDAS-Durchführungsgesetz ab dem 29.7.2017

Mit der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie1999/93/EG<sup>1</sup> (**eIDAS-Verordnung**) wurde die EU-Signaturrichtlinie aus 1999, die mit dem Gesetz über die Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (Signaturgesetz – SigG)<sup>2</sup> in 2001 in deutsches Recht umgesetzt wurde, mit Wirkung vom 1.Juli 2016<sup>3</sup> aufgehoben. Die Verordnung bildet den neuen europäischen Rechtsrahmen für die elektronische Identifizierung und für elektronische Vertrauensdienste.<sup>4</sup> Ein „Vertrauensdienst“ im Sinne der eIDAS-Verordnung ist ein elektronischer Dienst, der in der Regel gegen Entgelt erbracht wird und aus Folgendem besteht:

- a. Erstellung, Überprüfung und Validierung von elektronischen Signaturen, elektronischen Siegeln oder elektronischen Zeitstempeln, und Diensten für die Zustellung elektronischer Einschreiben sowie von diese Dienste betreffenden Zertifikaten oder
- b. Erstellung, Überprüfung und Validierung von Zertifikaten für die Website-Authentifizierung oder
- c. Bewahrung von diese Dienste betreffenden elektronischen Signaturen, Siegeln oder Zertifikaten.<sup>5</sup>

### Rückblick auf 16 Jahre elektronische Signaturen im Vergaberecht nach dem Signaturgesetz auf der Grundlage der EU-Signaturrichtlinie<sup>6</sup>

Seit immerhin 16 Jahren bestand die vergaberechtliche Verbindung zum Signaturrecht durch die gleichlautende Vorgabe in den Vergabe-und Vertragsordnungen (VOL/A, VOB/A und VOF), wonach elektronische Angebote entweder mit einer „fortgeschrittenen elektronischen Signatur“ nach dem

<sup>1</sup> ABI L 13 vom 19.1.2000, S. 12

<sup>2</sup> BGBI I S. 878, in Kraft getreten am 22.05.2001, das zuletzt durch Artikel 4 Absatz 111 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBI.I S.3154) geändert worden ist

<sup>3</sup> Artikel 50 eIDAS-Verordnung

<sup>4</sup> ABI L 257 vom 28.8.2014, S. 73 ff

<sup>5</sup> Artikel 3 Nr. 16

<sup>6</sup> Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABI L 13 vom 19.1.2000

Signaturgesetz und den Anforderungen der Auftraggeber oder mit einer „qualifizierten elektronischen Signatur“ nach dem Signaturgesetz zu versehen sind. Diese signaturfixierte „Alternativlosigkeit“ im Vergaberecht gehört seit der Vergaberechtsreform 2016 der Vergangenheit an, nachdem der **Grundsatz der Textform** gem. § 126b BGB für die Übermittlung der Angebote, aber auch für die Übermittlung der Teilnahmeanträge, Interessenbekundungen und Interessenbestätigungen vorgegeben wurde. Nur noch in Ausnahmefällen, in denen erhöhte Anforderungen an die Sicherheit der zu übermittelnden Daten gestellt werden, soll auf fortgeschrittene oder qualifizierte elektronische Signaturen zurückgegriffen werden können.

Der Grund hierfür liegt in den 16-jährigen Erfahrungen mit der elektronischen Signatur, die die elektronische Kommunikation im Vergabeverfahren (**Stichwort: e-Vergabe**) eher behinderte, statt sie zu befördern. Die fehlende grenzüberschreitende Interoperabilität der qualifizierten elektronischen Signaturen war ein Grund dafür, dass sich die Zahl elektronischer Angebote im niedrigststelligen Bereich bewegte, was die Bemühungen der EU-Kommission, die e-Vergabe im Binnenmarkt zu forcieren, konterkarierte.

#### **Ab. 18. April 2016: Fortgeschrittene oder qualifizierte elektronische Signaturen nach der eIDAS-Verordnung nur noch als Ausnahme**

Dies sollte anders werden, indem der Richtliniengeber in den neuen EU-Vergaberichtlinien für die elektronische Kommunikation im Vergabeverfahren die elektronischen Signaturen zwar nicht eliminierte, sondern eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** vorgab, die auf der Grundlage eines für den jeweiligen Einzelfall **vorher festgelegten Sicherheitsniveaus** für die Datenübermittlung (insbesondere bei Einreichung von Angeboten) zu dem Ergebnis kommen soll, ob **Datenintegrität** und eine zuverlässige **Authentifizierung** in der jeweiligen Verfahrensphase erforderlich ist oder nicht.<sup>7</sup>

Wenn ja, sollen nach dem Willen des Richtliniengebers „fortgeschrittene elektronische Signaturen, die sich auf ein qualifiziertes Zertifikat stützen“ (qualifizierte elektronische Signaturen) vom öffentlichen Auftraggeber weiterhin vorgegeben werden können, da über die Signaturmechanismen (Hashwertbildung bei Erzeugung und Entschlüsselung) die Datenintegrität und durch Identifizierung des Signierenden die Authentizität gewährleistet wird. Der Zertifizierungsdiensteanbieter einer solchen Signatur muss jedoch auf einer „**Vertrauensliste**“ der EU-Kommission (Vertrauensdiensteanbieter) geführt werden, die für die technische Bearbeitung grenzüberschreitend validierbar sein muss. Der deutsche Verordnungsgeber hatte dies in **§ 53 Abs. 3 VgV**<sup>8</sup> umgesetzt, wobei nach den bisherigen vergaberechtlichen Signaturvorgaben weiterhin zusätzlich auch die Möglichkeit des Verlangens von fortgeschrittenen elektronischen Signaturen beibehalten wurde. Die Vorgabe einer elektronischen Signatur im Vergabeverfahren ist somit nicht gänzlich ausgeschlossen, jedoch als **Ausnahme** in den Hintergrund getreten.

**Achtung!** Bei unveränderter obligatorischer Vorgabe einer fortgeschrittenen oder qualifizierten elektronischen Signatur z.B. für die elektronische Angebotsabgabe besteht aufgrund des vorgegebenen Regel-/Ausnahmeverhältnisses das Risiko der **Angreifbarkeit des Vergabeverfahrens**.

#### **Ziel: Schaffung eines umfassenden EU-Rahmens**

---

<sup>7</sup> Artikel 22 Abs. 6 lit. b und c RL 2014/24/EU, Artikel 40 Abs. 6 lit. b und c RL 2014/25/EU

<sup>8</sup> Analog § 44 Abs. 1 SektVO, § 28 Abs. 3 KonzVgV

Ziel der eIDAS-Verordnung ist es insoweit, einen umfassenden, sektorenübergreifenden EU-Rahmen zu schaffen, um sichere, vertrauenswürdige und nahtlose elektronische Transaktionen zwischen Unternehmen, Bürgern und öffentlichen Verwaltungen grenzüberschreitend in der gesamten Europäischen Union zu ermöglichen. Die eIDAS-Verordnung soll den Rechtsrahmen für elektronische Signaturen weiterentwickeln. Sie enthält hierzu **Anforderungen an Vertrauensdiensteanbieter** sowie Regelungen zu einzelnen **Vertrauensdiensten** (elektronische Signatur, elektronisches Siegel, elektronische Zeitstempel, elektronische Zustelldienste und Zertifizierungsdienste für Webseiten Authentifizierung) einschließlich ihrer Rechtswirkungen.

Die Verordnung gilt unmittelbar in allen Mitgliedstaaten und bedarf gem. Artikel 288 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) keiner Umsetzung in das jeweilige nationale Recht. Es mussten jedoch national die erforderlichen Voraussetzungen für einen effektiven Vollzug der eIDAS-Verordnung geschaffen werden, die der deutsche Gesetzgeber im Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (**eIDAS-Durchführungsgesetz**) mit Wirkung vom 29.7.2017 geschaffen hat<sup>9</sup>.

### **Vertrauensdienstegesetz löst Signaturgesetz ab**

Mit Artikel 1 des eIDAS-Durchführungsgesetzes trat gleichzeitig das **Vertrauensdienstegesetz (VDG)** in Kraft. Es löst das SigG und die Signaturverordnung vom 16.11.2001<sup>10</sup> ab.

Das VDG beschränkt sich dabei auf Regelungen, die die erforderlichen Voraussetzungen für einen **effektiven Vollzug der eIDAS-Verordnung** ermöglichen. Hierzu zählt insbesondere die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die Aufstellung, Führung und Veröffentlichung der vorgenannten „Vertrauenslisten“ in denen die Vertrauensdienste aufgeführt sind. Der Bundesnetzagentur obliegt zudem für die Bereiche „Erstellung, Überprüfung und Validierung elektronischer Signaturen, elektronischer Siegel oder elektronischer Zeitstempel sowie von diese Dienste betreffenden Zertifikate die Aufgabe der Aufsichtsstelle i.S. des Artikels 17 der Verordnung (EU) 910/2014. Hierzu zählen z.B. die Aufsicht über die in Deutschland niedergelassenen qualifizierten Vertrauensdiensteanbieter, damit die von ihnen erbrachten qualifizierten Vertrauensdienste den Anforderungen der eIDAS-Verordnung entsprechen, gegenseitige Amtshilfe gegenüber anderen Aufsichtsstellen und deren Unterstützung und Berichterstattungspflichten gegenüber der EU-Kommission. Das VDG richtet sich weitgehend an den vergleichbaren Vorschriften des bislang geltenden SigG.

### **Elektronische Siegel als Erweiterung der bisherigen elektronischen Signaturen für juristische Personen**

Gleichzeitig werden mit Änderungen im Vergaberecht die Anwendungsfälle für den Einsatz elektronischer Vertrauensdienste erweitert. Das mit der eIDAS-Verordnung erstmals geregelte **elektronische Siegel** kann nunmehr neben den elektronischen Signaturen ebenfalls angewendet werden. Elektronische Siegel dienen als Nachweis dafür, dass ein elektronisches Dokument von einer **juristischen Person** ausgestellt wurde und damit den Ursprung und die Unversehrtheit des

<sup>9</sup> BGBI I S. 2745 (in Kraft getreten am 29.7.2017)

<sup>10</sup> BGBI.I S.3074, die zuletzt durch Artikel 4 Absatz 107 des Gesetzes vom 18.Juli 2016 (BGBl.IS.1666) geändert worden ist

Dokuments belegen. Für Unternehmen besteht der Vorteil, dass das elektronische Siegel nicht an eine natürliche Person gebunden ist, sondern an die jeweilige juristische Person. Dies ermöglicht es, unternehmensinterne Prozesse zu vereinfachen. Insbesondere im Vergabeverfahren, in dem das Angebot als erste rechtsverbindliche Willenserklärung im Vertragsanbahnungsprozess dem Unternehmen als juristische Person des Privatrechts und nicht der natürlichen Person im Unternehmen zugerechnet werden muss, entspricht das elektronische Siegel dem schon seit langem geforderten rechtsgültigen „Organisationszertifikat“. Hinsichtlich der technischen Anforderungen unterscheiden sich elektronische Siegel und elektronische Signaturen nur unwesentlich.

### **Vergaberechtliche Anpassungen bzgl. der Form und Übermittlung von Angeboten & Co.**

Die maßgeblichen Paragraphen über die **Form und Übermittlung** von [Angeboten, Interessenbekundungen](#) [Angeboten, Interessenbekundungen](#), Interessengestätigungen und Teilnahmeanträgen, wurden mit dem eIDAS-Durchführungsgesetz entsprechend angepasst.<sup>11</sup> § 53 Abs. 3 Satz 2 VgV<sup>12</sup> wurde wie folgt neu gefasst:

Soweit es erforderlich ist, kann der öffentliche Auftraggeber verlangen, dass Interessensbekundungen, Interessengestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote zu versehen sind mit

1. einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur,
2. einer qualifizierten elektronischen Signatur,
3. einem fortgeschrittenen elektronischen Siegel oder
4. einem qualifizierten elektronischen Siegel.

Ein Quellenhinweis (wie bisher auf das Signaturgesetz) wurde nicht mehr aufgenommen. Vielmehr ergeben sich die Definitionen von elektronischen Signaturen und elektronischen Siegeln und deren Anforderungen unmittelbar aus der eIDA-Verordnung.<sup>13</sup>

### **Weitere vergaberechtliche Veränderungen unabhängig von der eIDAS-Verordnung**

Unabhängig von der eIDAS-Verordnung wurden nahezu unbemerkt weitere vergaberechtliche Bestimmungen im Oberschwellenbereich mit dem eIDAS-Durchführungsgesetz geändert, wie hier am Beispiel der VgV:

- In § 11 Abs. 1 Satz 3 wurde die Angabe „§§ 4 und 11“ durch die Angabe „§§ 4 und 12“ geändert.<sup>14</sup>

**Verordnungsbegründung:** „Durch Gesetz vom 19.Juli2016 (BGBI.I S. 1757) wurden das Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) geändert und die Anforderungen zur barrierefreien Informationstechnik von §11 BGG nach §12 BGG verschoben.“

---

<sup>11</sup> Artikel 6-9

<sup>12</sup> Analog § 44 Abs. 1 Satz 2 SektVO, § 28 Abs. 3 Satz 2 KonzVgV, §19 Abs 5 Satz 2 VSvGv. In der VsVgV wurden zudem § 27 Abs. 4 Satz 4 (Zusage der Leistungsfähigkeit durch Unternehmen, die dem Bewerber oder Bieter die für die Auftragsdurchführung erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen mit mindestens der fortgeschrittenen elektronischen Signatur), § 31 Abs. 2 Nr. 2 (Ausschluss von Angeboten, die nicht mindestens mit der fortgeschrittenen elektronischen Signatur signiert sind), § 34 Abs. 1 Satz 1 (Annahme eines Angebots (Zuschlag) mit mindestens der fortgeschrittenen elektronischen Signatur) um die Möglichkeit des Einsatzes mindestens eines fortgeschrittenen elektronischen Siegels ergänzt.

<sup>13</sup> Artikel 3 sowie Abschnitte 4 und 5 der eIDAS-Verordnung

<sup>14</sup> Analog §11 Abs. 1 Satz 3 SektVO, §9 Abs. 1 Satz3 KonzVgV

*Dementsprechend muss der in § 11 Absatz1 Satz3 der Vergabeverordnung enthaltene dynamische Verweis auf das BGG aktualisiert werden.“*

**Hinweis:** Diese Änderung betrifft gem. § 7 Abs. 4 Unterschwellenvergabeordnung- UVgO auch den Unterschwellenbereich.

- In § 14 Abs. 6 wurden die Wörter „Absatz 4 Nummer 2 Buchstabe a und b“ durch die Wörter „Absatz 4 Nummer 2 Buchstabe b und c“ ersetzt<sup>15</sup>

**Verordnungsgrundung:** „§ 14 Absatz 6 der Vergabeverordnung dient der Umsetzung von Art. 32 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (2014/24/EU). Die deutsche Sprachfassung enthält dabei den Übersetzungsfehler, dass in Unterabsatz 2 auf die in den Ziffern i und ii festgelegten Ausnahmetatbestände für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb verwiesen wird. Alle anderen Sprachfassungen der Richtlinie 2014/24/EU enthalten dagegen den inhaltlich richtigen Verweis auf die Ziffern ii und iii. Diesen Fehler gilt es in der deutschen Umsetzung der Vorschrift in § 14 Absatz 6 zu korrigieren, in dem statt auf § 14 Absatz 4 Nummer 2 Buchstabe a und b zu verweisen auf § 14 Absatz 4 Nummer 2 Buchstabe b und c Bezug genommen werden muss.“

**Hinweis:** Für ein „einzigartiges“ Kunstwerk oder eine „einzigartige“ künstlerische Leistung nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 a) VgV (entspricht Artikel 32 Abs. 2 Ziffer i der Richtlinie 2014/24/EU), die ein Verhandlungsverfahren **ohne** Teilnahmewettbewerb rechtfertigen, weil diese Leistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, wird es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung i.S. des § 14 Abs. 6 VgV geben können, die ein Verhandlungsverfahren **mit** Teilnahmewettbewerb rechtfertigen.

Autor: Michael Wankmüller

---

<sup>15</sup> Analog § 13 Abs. 3 SektVO,