

Sachs/Trettnak-Hahn

Das neue Bundesvergaberecht Leitfaden für Länder und Gemeinden

6. Auflage

- alle wesentlichen Änderungen durch die Vergaberechtsreform 2018
- die Neuerungen im Rechtsschutz
- hilfreiche Tipps, Anleitungen und Informationen für die tägliche Praxis

Autorenverzeichnis:

Dr. Michael Sachs

Vizepräsident des Bundesverwaltungsgerichts

E-Mail: michael.sachs@bvwg.gv.at

Dr. Katharina Trettnak-Hahn

Rechtsanwältin bei KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH Wien

E-Mail: katharina.trettnak-hahn@kwr.at

Mats Schröder, LL.M. (WU)

Rechtsanwalt bei KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH Wien

E-Mail: mats.schroeder@kwr.at



Dr. Walter Leiss
Generalsekretär Gemeindebund



Bgm. Mag. Alfred Riedl
Präsident Gemeindebund

Vorwort

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser!

Die Entwicklungsdynamik im Bereich öffentlicher Auftragsvergabe ist ungebrochen. Mitte 2018 tritt das neue Bundesvergabegesetz 2018¹ sowie das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) in Kraft. Damit erfolgt die Umsetzung von EU-Richtlinien aus dem Jahr 2014. Mehr als 380 Paragraphen regeln die Beschaffungsvorgänge für Bund, Länder und Gemeinden. Für die Länder und Gemeinden kommen noch die landesrechtlichen Bestimmungen zum Rechtsschutz dazu. Als Herausgeber der Schriftenreihe des Österreichischen Gemeindebundes sehen wir uns verpflichtet, möglichst rasch und aktuell auf Änderungen im Vergabewesen, die unmittelbare Auswirkungen auf die Gemeinden und Länder haben, zu reagieren und darüber zu informieren.

Aber nicht nur die Veränderungen durch dieses neue Bundesvergabegesetz sind im vorliegenden Leitfaden berücksichtigt, sondern auch der Rechtsschutz wird umfassend dargestellt. Die Landesrechtsschutzgesetze werden mit Stand 1. 7. 2018 erfasst. Auch hier sind weitere Änderungen zu erwarten. Seit der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit haben die Verwaltungsgerichte erster Instanz zudem wesentlich zur Rechtsentwicklung beigetragen. Der Verwaltungsgerichtshof sowie die Urteile des Europäischen Gerichtshofes tragen ihren Teil zur Weiterentwicklung des Vergaberechtsschutzes bei.

Der vorliegende Leitfaden, der nunmehr in einer sechsten, überarbeiteten Auflage vorliegt, ist für alle, die mit öffentlichen Auftragsvergaben beschäftigt sind, ein praxisorientierter Behelf, um sich schnell und kompetent einen Überblick zu verschaffen. Neben der

¹ Im gesamten Beitrag wird stets auf das BVergG 2018 Bezug genommen. Verweise auf das BVergG 2006 werden ausdrücklich als solche bezeichnet.

Darstellung der wichtigsten Bestimmungen werden konkrete Hinweise für die Handhabung dieser Normen geboten. Tipps und Anleitungen finden sich ebenso wie nützliche Informationen (zB Adressen, Internetlinks) und weiterführende Literatur.

Unser Dank gilt den Autoren dieses Leitfadens: Dr. *Katharina Tretnak-Hahn*, Rechtsanwältin in der Kanzlei KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH und Dr. *Michael Sachs*, Vizepräsident des Bundesverwaltungsgerichtes. *Mats Schröder*, LL. M. (WU), Rechtsanwalt in der Kanzlei KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, hat den Teil der Vergabe-Compliance übernommen. Ihre berufliche Erfahrung und zahlreich erschienenen Publikationen garantieren die praxisorientierte, lesefreundliche und Verständnis fördernde Aufbereitung einer schwierigen Rechtsmaterie.

Mit besten Grüßen

Generalsekretär Gemeindebund
Dr. Walter Leiss

Präsident Gemeindebund
Bgm. Mag. Alfred Riedl

Wien, Juli 2018

Inhaltsverzeichnis

1. Einführung in die öffentliche Beschaffung	7
1.1 Die europäische Dimension	7
1.1.1 Anwendungsbereich	7
1.1.1.1 Die „klassische“ Auftragsvergabe	7
1.1.1.2 Der Sektorenbereich	7
1.1.1.3 Konzessionen	8
1.1.1.4 Ausnahmen vom Geltungsbereich	9
1.2 Die Umsetzung der EU-Richtlinien	9
2. Das BVergG	11
2.1 Gliederung	11
2.2 Regelungsgegenstand	12
2.3 Anwendungsbereich BVergG	13
2.3.1 Persönlicher Anwendungsbereich – „Auftraggebereigenschaft“	13
2.3.1.1 Allgemeines	13
2.3.1.2 Einrichtung des öffentlichen Rechts	14
2.3.2 Auftraggeber, die zur Anwendung des BVergG zu verpflichten sind ..	18
2.3.3 Sachlicher Anwendungsbereich – Auftragsarten	18
2.3.3.1 Auftragsarten	18
2.3.3.2 Bauauftrag	20
2.3.3.3 Lieferauftrag	20
2.3.3.4 Dienstleistungsauftrag	21
2.3.3.5 Baukonzessionsverträge	22
2.3.3.6 Dienstleistungskonzessionsverträge	23
2.3.3.7 Gemischte Verträge	24
2.3.4 Sachlicher Anwendungsbereich (BVergG) – Schwellenwerte	25
2.3.4.1 Allgemeines	25
2.3.4.2 Begriff	25
2.3.4.3 Höhe	25
2.3.4.4 Berechnung	26
2.3.4.5 Umgehungsverbot	29
2.3.4.6 Losweise Vergabe	29
2.3.5 Ausnahmen vom Anwendungsbereich des BVergG	30
2.3.5.1 Inhouse Privileg – ausgenommene öffentlich-öffentliche Verhältnisse (§§ 10, 179 BVergG)	31
2.4 Grundsätze	35
2.4.1 Wettbewerbsgrundsatz	36
2.4.1.1 Beteiligung subventionierter Bieter	36
2.4.1.2 Mehrfachbeteiligung eines Unternehmers	37
2.4.1.3 Abgabe zweier Angebote/Angebote von verbundenen Bietern ..	37

2.4.2	Vergabe zu angemessenen Preisen	37
2.4.3	Vergabe an geeignete Unternehmer	37
2.4.4	Vorarbeiten-Problematik	38
2.4.5	Vergabeabsicht	38
2.4.6	Vermeidung von Interessenkonflikten	39
2.4.7	Markterkundung	39
2.4.8	Schutz der Vertraulichkeit, Verwertungsrechte	39
2.5	Vergabeverfahren	40
2.5.1	Arten von Vergabeverfahren	40
2.5.2	Allgemeines	40
2.5.3	Verfahren mit und ohne Bekanntmachung	41
2.5.4	Ein-, zwei- und dreistufige Verfahren	43
2.5.5	E-Procurement	43
2.5.6	Elektronische Auktion	43
2.5.7	Offenes Verfahren	44
2.5.8	Nicht offenes Verfahren	45
2.5.9	Verhandlungsverfahren	47
2.5.10	Rahmenvereinbarung	49
2.5.11	Dynamische Beschaffungssysteme	49
2.5.12	Wettbewerblicher Dialog	50
2.5.13	Innovationspartnerschaft	50
2.5.14	Direktvergabe	51
2.6	Fristen	52
2.6.1	Mindestfristen im Oberschwellenbereich: Klassischer Bereich und Sektorenbereich	53
2.6.2	Mindestfristen Unterschwellenbereich: Klassischer Bereich und Sektorenbereich	60
2.7	Wahl der Verfahrensart	63
2.7.1	Klassischer Bereich	63
2.7.1.1	Oberschwellenbereich	63
2.7.1.2	Unterschwellenbereich	64
2.7.2	Sektorenbereich	64
2.8	Die Ausschreibung	65
2.8.1	Grundsätze der Ausschreibung	66
2.8.2	Preise	67
2.8.3	Leistungsbeschreibung	67
2.8.4	Gesamtvergabe, getrennte Vergabe und Teilvergabe	68
2.8.5	Alternativ-, Abänderungs- und Variantenangebote	69
2.8.5.1	Begriff	69
2.8.5.2	Allgemeines zu Alternativ- und Abänderungsangeboten	69
2.8.6	Subunternehmerleistungen	70
2.8.7	Bewerber-, Bieter- und Arbeitsgemeinschaften	72
2.8.8	Eignungskriterien und -nachweise	73
2.8.8.1	Zeitpunkte des Vorliegens der Eignung	74

2.8.8.2 Nachweis der Eignung	74
2.8.8.3 Befugnis	76
2.8.8.4 Technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ..	77
2.8.8.5 Berufliche Zuverlässigkeit	78
2.8.8.6 Exkurs: Vergabe-Compliance	78
2.8.8.7 Substitution fehlender Eignung durch andere Unternehmer und in einer Bieter- und Arbeitsgemeinschaft	99
2.8.9 Auswahlkriterien	99
2.8.10 Zuschlagskriterien	99
2.8.10.1 Begriff	99
2.8.10.2 Zuschlagskriterien und Bewertungssystem	100
2.8.10.3 Wahl zwischen den Bewertungssystemen (§ 91 Abs 4 bis 7, §§ 92 und 262 Abs 3 bis 6, § 263)	100
2.8.10.4 Bekanntgabe der Zuschlagskriterien	101
2.8.10.5 Wahl der Zuschlagskriterien	101
2.8.10.6 Grundsätzliches bei der Festlegung der Zuschlagskriterien ..	102
2.8.11 Leistungsvertrag	103
2.8.11.1 Vertragswerk, Zahlungsverkehr, §§ 363 ff BVergG	103
2.8.11.2 Vertragsänderungen (§ 365 BVergG)	104
2.9 Das Angebot	105
2.10 Das Zuschlagsverfahren	106
2.10.1 Angebotsöffnung (§ 133 BVergG)	106
2.10.2 Eignungsprüfung und Ausscheiden gemäß § 129 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG	107
2.10.3 Angebotsprüfung und Ausscheiden gemäß § 141 und § 302 BVergG	107
2.10.3.1 Angebotsprüfung	107
2.10.3.2 Unklarheiten und Mangelhaftigkeit von Angeboten	108
2.10.3.3 Prüfung der Preisangemessenheit, vertiefte Angebots- prüfung (§ 137 BVergG)	108
2.10.3.4 Ausscheiden gemäß § 141 Abs 1	109
2.10.3.5 Angebotsmängel	110
2.10.4 Angebotsbewertung und „Best-/Billigstangebotsermittlung“	111
2.11 Vertragsabschluss (Zuschlag)	111
2.11.1 Zuschlagsentscheidung	111
2.11.2 Zuschlagserteilung	112
2.12 Widerruf	113
2.12.1 Widerruf = Ende des Vergabeverfahrens	113
2.12.2 Widerrufsgründe	113
2.12.3 Widerrufsentscheidung und Widerrufserklärung	114
2.12.4 Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung, Stillhaltefrist und Unwirk- samkeit	114
2.12.5 Widerrufserklärung und Mitteilung	115

3. Der Rechtsschutz	116
3.1 Organisation des nationalen Rechtsschutzes	116
3.1.1 Die Verwaltungsgerichte auf Landes- und Bundesebene (Landes- verwaltungsgerichte [LVwG] bzw Bundesverwaltungsgericht [BVwG])	116
3.1.2 Der Verfassungsgerichtshof (VfGH)	117
3.1.3 Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH)	117
3.2 Europäischer Rechtsschutz	117
3.2.1 Das Mahnverfahren der Europäischen Kommission (EK)	117
3.2.2 Die Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH)	118
3.3 Das Rechtsschutzverfahren	118
3.3.1 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG)	118
3.3.1.1 Verfahrensarten	118
3.3.1.2 Gesondert anfechtbare Entscheidungen	119
3.3.1.3 Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen	121
3.3.1.4 Präklusion und Fristen	121
3.3.1.5 Pauschalgebühren	122
3.3.2 Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten	123
3.3.2.1 Einleitung	123
3.3.2.2 Burgenland	123
3.3.2.3 Kärnten	123
3.3.2.4 Niederösterreich	124
3.3.2.5 Oberösterreich	125
3.3.2.6 Salzburg	126
3.3.2.7 Steiermark	126
3.3.2.8 Tirol	127
3.3.2.9 Vorarlberg	127
3.3.2.10 Wien	128
3.3.3 Das Provisorialverfahren	128
3.3.3.1 Der Antrag	128
3.3.3.2 Das Verfahren	129
3.3.4 Das Nachprüfungsverfahren	131
3.3.4.1 Der Antrag	132
3.3.4.2 Die Fristen	133
3.3.4.3 Das Verfahren	134
3.3.5 Das Feststellungsverfahren	135
3.3.5.1 Der Antrag	136
3.3.5.2 Die Fristen	137
3.3.5.3 Das Verfahren	137
3.4 Schadenersatz	138
4. Tipps	139
4.1 Adressen Verwaltungsgerichte	139
4.2 Wichtige Internetlinks	140
Schriftenreihe	141

1. EINFÜHRUNG IN DIE ÖFFENTLICHE BESCHAFFUNG

1.1 Die europäische Dimension

1.1.1 Anwendungsbereich

1.1.1.1 Die „klassische“ Auftragsvergabe

Die Europäische Union hat Richtlinien und Verordnungen erlassen, die den Bereich der öffentlichen Beschaffung regeln. Diese Vergaberichtlinien sind in österreichisches Recht umzusetzen. Die europäischen Regelwerke haben sowohl von ihrer Anzahl als auch von ihrem Umfang eine Ausweitung erfahren. Zentrale Bedeutung haben die Richtlinien 2014/24/EU („klassische Richtlinie“) und 2014/23/EU („Konzessionsrichtlinie“).

Unter **öffentlicher Beschaffung** werden privatrechtliche Vorgänge verstanden, welche ua die **Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen** betreffen und von bestimmten, zumeist öffentlichen Auftraggebern zu verantworten sind. Diese Auftraggeber sind bspw Gebietskörperschaften, wie Staaten, Länder und Gemeinden, oder auch Selbstverwaltungskörper (zB Universitäten, Gebietskrankenkassen, Kammern).

Bedienen sich derartige öffentliche Auftraggeber privatrechtlicher Formen, wie etwa Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft, GmbH), dann unterliegen diese ebenfalls den Bestimmungen der Vergaberichtlinien. Wesentlich für die Beurteilung der Zuordnung zum „öffentlichen Bereich“ sind va die konkreten Einflussmöglichkeiten (zB Eigentümerfunktion, Anteils-, Aufsichts- und Kontrollrechte etc), aber auch die Finanzierungssituation.

1.1.1.2 Der Sektorenbereich

Neben der „klassischen“ Vergaberichtlinie 2014/24/EU kommt auch die „Sektorenrichtlinie“ 2014/25/EU zum Tragen. Das bedeutet, dass Tätigkeiten, die dem Sektorenbereich zuzurechnen sind, ebenfalls dem Vergaberecht unterliegen, auch wenn diese Tätigkeiten nur innerhalb eines Landes oder einer Gemeinde ausgeübt werden. Diese **Wirtschaftsbereiche** betreffen

- ▶ Gas, Wärme, Elektrizität,
- ▶ Wasser,
- ▶ Verkehrsleistungen,
- ▶ Postdienste,
- ▶ Erdöl, Gas, Kohle, feste Brennstoffe,
- ▶ Häfen und Flughäfen.

Auftraggeber, die in diesen Wirtschaftsbereichen tätig sind, werden „Sektorenauftraggeber“ genannt.

1. Einführung in die öffentliche Beschaffung

Beispiele zur Anwendung der Sektorenrichtlinie:

- ▶ die Versorgung der Bevölkerung (und das Betreiben fester Netze) mit Gas, Wärme oder Elektrizität² (zB Stadtwerke, Elektrizitätswerke);
- ▶ die Wasserversorgung einschließlich Abwassermanagement (zB Abwasserverband);
- ▶ die Bereitstellung und der Betrieb von Verkehrsleistungen in Verkehrsnetzen auf der Schiene (zB Straßenbahn, Landesbahnen), Busdienste (zB Stadtbuss, aber auch Landesbusdienste, Oberleitungsbusse), oder mit Kabel (zB Seilbahnen)³;
- ▶ Postdienste⁴;
- ▶ Aufsuchen und Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen Brennstoffen;
- ▶ der Betrieb von Luft⁵- und Seehäfen und anderen Verkehrseinrichtungen für den Luft-, See- und Binnenschiffsverkehr (zB Regionalflughafen, Seeschiffahrtsgesellschaft, Hafenbetriebsgesellschaft an Flüssen).

Unabhängig von der Eigentümerstruktur unterliegen diese Auftraggeber – somit **auch Private (!)** – der Vergaberichtlinie für Sektorauftraggeber. Es kann daher vorkommen, dass private Unternehmen, die nicht im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, die in der Sektorenrichtlinie enthaltenen Bestimmungen zur Vergabe von Aufträgen beachten müssen, wenn sie Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge vergeben.

Sollte die öffentliche Hand, auch in der Form privatrechtlich organisierter Gesellschaften (zB VersorgungsGmbH, StadtwerkeAG) im Sektorenbereich tätig sein, dann können diese, sofern die Auftragsvergabe dem Sektorenbereich dient, der Sektorenrichtlinie, sofern es nicht den Sektorenbereich betrifft, den klassischen Vergabebestimmungen, unterliegen.⁶

1.1.1.3 Konzessionen

Konzessionen unterliegen nunmehr den Regelungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergG-Konz 2018). Konzessionen sind Rechte, die jemanden von einem öffentlichen Auftraggeber eingeräumt werden und auf dessen wirtschaftliches Risiko betrieben werden können. Die „Vergabe“ dieser Rechte an Dritte unterliegt nunmehr gesetzlichen Vorschriften, welche wiederum auf EU-Vorgaben basieren.

² Vgl Entscheidung 2008/585/EG vom 7. 7. 2008 zur Freistellung der Erzeugung von Strom in Österreich, ABI L 188, 16. 7. 2008, 28 ff.

³ Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang die Vergabe von bestimmten öffentlichen Personenverkehrsdiensten (Dienstleistungsaufträge und Dienstleistungskonzessionen) nämlich auf der Schiene und per Untergrundbahn, welche vom Anwendungsbereich der Richtlinien und damit dem BVergG ausgenommen sind, jedoch dem Anwendungsbereich der (direkt anwendbaren) VO (EG) über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße 1370/2007 vom 23. 10. 2007, ABI L 315/1, 3. 12. 2007, unterliegen.

⁴ Vgl Freistellung bestimmter Postdienste (Paketdienste), Entscheidung 2010/142/EU vom 3. 3. 2010 ABI L 56, 6. 3. 2010 und Durchführungsbeschluss der Kommission vom 2. 4. 2014, ABI L 101, 4. 4. 2014 wie auch Durchführungsbeschluss der Kommission vom 24. 1. 2017, ABI L 21/103, 26. 1. 2017.

⁵ Vgl Freistellung, dass die Sektorenrichtlinie nicht für Aufträge, die von Auftraggebern vergeben werden und die Bereitstellung von Flughafeninfrastruktur für den Frachtverkehr in Österreich ermöglichen sollen, gilt – Durchführungsbeschluss der Kommission vom 24. 1. 2017, ABI L 21/105, 26. 1. 2017.

⁶ Vgl EuGH 10. 4. 2008, C-393/06 (*Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH/Fernwärme Wien GmbH*).

1.1.1.4 Ausnahmen vom Geltungsbereich

Ausnahmen von der Anwendung der EU-Richtlinien sind nur in den, in den Richtlinien genannten Fällen zulässig (zB geschützte Werkstätten, aber auch Gründe der Staatssicherheit, militärische Beschaffung⁷) und äußerst restriktiv handzuhaben. Der Auftraggeber hat – sinnvollerweise vor dem Start jeglicher konkreter Vergabe-Aktivität – begründet und nachvollziehbar darzulegen, weshalb die Richtlinien und die nationalen vergaberechtlichen Regelungen nicht anzuwenden sind, dh die Beweislast liegt beim Auftraggeber für die jeweils konkrete Beschaffung.

1.2 Die Umsetzung der EU-Richtlinien

Die Umsetzung der EU-Richtlinien obliegt den jeweiligen Mitgliedstaaten.

In Österreich war bis zum 1. 9. 2002 die Zuständigkeit zur Umsetzung der vergabespezifischen Richtlinien zwischen Bund und Ländern geteilt. Sowohl die materiellen, inhaltlichen Bestimmungen der Vorschriften zum öffentlichen Beschaffungswesen als auch die Vorschriften hinsichtlich des Rechtsschutzes lagen, soweit es den Bund (im weiteren Sinn, dh also auch Gesellschaften, Fonds, Selbstverwaltungskörperschaften etc) sowie Länder und Gemeinden (ebenfalls im weiteren Sinn) betraf, bei den jeweiligen Gebietskörperschaften.

Mit dem In-Kraft-Treten des **Art 14 b Bundes-Verfassungsgesetz** (B-VG) im Jahr 2003 kam es zur Neuregelung der verfassungsrechtlichen Kompetenzen: Vereinfacht dargestellt **gelten die materiell-rechtlichen Bestimmungen des BVergG sowohl für den Bund als auch für die Länder und Gemeinden, während der Rechtsschutz weiterhin geteilt bleibt.**

Die Organisation sowie die anzuwendenden Vorschriften hinsichtlich des Rechtsschutzes sind, soweit es nicht die Bundesebene betrifft, Angelegenheit des jeweiligen Landes.

Die Länder haben deshalb nach dem In-Kraft-Treten des BVergG 2006 teilweise neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen. Diese Normen sind **zum 1. 7. 2018:**

Burgenland: Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz, Bgld VergRSG, LGBl 2006/66 idF LGBl 2013/79.

Kärnten: Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz, K-VergRG 2014, LGBl 2003/17 idF LGBl 2013/95.

Niederösterreich: Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl 7200-0 idF 7200-3.

Oberösterreich: Oberösterreichisches Vergaberechtsschutzgesetz 2006, LGBl 2006/130 idF LGBl 2013/90.

⁷ Für bestimmte Beschaffungen von Leistungen (Vergabeverfahren) im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich gibt es ein eigenes Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012 BGBl I 2012/10 idF BGBl I 2018/65.

1. Einführung in die öffentliche Beschaffung

Salzburg: Salzburger Vergabekontrollgesetz, S.VKG 2007, LGBl 2007/28 idF LGBl 2015/120.

Steiermark: Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz, StVergRG, LGBl 2006/154 idF LGBl 2014/49.

Tirol: Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006, LGBl 2006/70 idF LGBl 2013/130.

Vorarlberg: Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz, LGBl 2003/1 idF LGBl 2013/44.

Wien: Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007, WVRG 2007, LGBl 2006/65 idF LGBl 2013/37.

Mit der Verwaltungsgerichtsreform 2014 haben die Länder die **Landesverwaltungsgerichte** als Rechtsschutzeinrichtungen mit dem öffentlichen Beschaffungswesen betraut. Die Verfahrensvorschriften sind im Wesentlichen den Rechtsschutzbestimmungen, wie sie im BVergG 2006 enthalten sind, nachgebildet. Zur Nachprüfung von Beschaffungen des Bundes ist das **Bundesverwaltungsgericht** (BVwG) berufen. Besondere Abweichungen in den Landesgesetzen werden im Kapitel Rechtsschutz (vgl Punkt 3) hervorgehoben.

In Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG trat für Beschaffungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich ein eigenes Bundesgesetz in Kraft, das Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich – **BVergVS 2012**, BGBl I 2012/10 idgF). Diese gilt materiell-rechtlich auch für die Bundesländer und Gemeinden, der Anwendungsbereich wird faktisch aber gering sein.

Mit der sog kleinen Vergaberechtsnovelle 2016 wurden zentrale Neuerungen hinsichtlich Lohn- und Sozialdumping, den (Sub-)Subunternehmereinsatz wie auch das Zuschlags-system („Best- und Billigstangebotsprinzip [neu]“) eingeführt. Diese Änderungen hatten wesentliche Auswirkungen auf die Vergabepraxis.

Mit knapp zwei Jahren Verspätung wurden die EU-Richtlinien aus dem Jahr 2014 umgesetzt. Das Vergaberechtsreformgesetz 2018 brachte ebenfalls wesentliche Neuerungen im materiellen Vergaberecht. Von Bedeutung ist va auch die Stärkung der elektronischen Beschaffung. Diese wird ab 18. 10. 2018 neu aufgesetzt. Weitere Änderungen werden noch erwartet. Auch gibt es ein neues Gesetz – das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (**BVergGKonz 2018**), BGBl I 2018/65.

2. DAS BVergG

2.1 Gliederung

Mit dem BVergG 2018 wurde nicht nur das europäische Vergaberegime umgesetzt, sondern erfolgte auch eine gewisse Totalrevision.

Im Vordergrund der Reform 2018 stand, die Lesbarkeit des BVergG zu verbessern und damit Rechtssicherheit sicherzustellen. Zudem sollte das Vergaberecht modernisiert und vereinfacht werden. Wie schon mit der Novelle 2006 wird dem sog **Sektorenbereich**, für welchen gegenüber dem **klassischen Bereich** ein erleichtertes Vergaberegime gilt, ein eigener Abschnitt, der 3. Teil des BVergG gewidmet. Es finden sich daher an einigen Stellen beinahe inhaltsgleiche Bestimmungen, einmal für öffentliche Auftraggeber, einmal für Sektorenauftraggeber.

Um ein leichteres „Zurechtfinden“ im BVergG zu ermöglichen, ist es sinnvoll sich zunächst an der grundsätzlichen Gliederung des BVergG zu orientieren:

- | | |
|-------------------------|---|
| 1. Teil: §§ 1 bis 3 | Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmungen |
| 2. Teil: §§ 4 bis 165 | Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber |
| 3. Teil: §§ 166 bis 326 | Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber |
| 4. Teil: §§ 327 bis 357 | Rechtsschutz |
| 5. Teil: §§ 358 bis 374 | Außerstaatliche Kontrolle, IMI, Statistik, Verpflichtungen nach Zuschlagserteilung und zivilrechtliche Bestimmungen |
| 6. Teil: §§ 375 bis 382 | Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen |

Anhänge I bis XXI

Mit der **Novelle 2007**, welche am 1. 1. 2008 in Kraft trat, wurde das BVergG 2006 insofern modifiziert, als einige Klarstellungen im materiell-rechtlichen Bereich sowie Anpassungen im Rechtsschutzteil erfolgten.

Mit der **Novelle 2009** erfolgte zunächst die Anpassung des BVergG an die geänderten Rechtsmittelrichtlinien. Hervorzuheben ist, dass dem Bundesvergabeamt (BVA) die Kompetenz eingeräumt wurde, Verträge für nichtig zu erklären und Bußgelder zu verhängen. Die Stillhalte- und Anfechtungsfristen wurden teilweise verkürzt. Neben besondere Bestimmungen für die Beschaffung von Straßenfahrzeugen wurden die Regelungen des BVergG betreffend die Anerkennung von beruflichen Qualifikationen von Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates an die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen und die novellierte Gewerbeordnung angepasst. Auch das bisherige System der Vorlage von Eignungsnachweisen wurde neu geregelt.

Die **Novelle 2012** brachte mit 1. 4. 2012 ua geänderte Schwellenwerte im Unterschwellenbereich betreffend die Wahl der Verfahrensart sowie eine neue Verfahrensart, die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung. Ebenfalls mit dieser Novelle wurde das für spezielle Beschaffungen geltende Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012 in Kraft gesetzt.

Die **Novelle 2014** setzte mit 1. 1. 2014 ua die Verwaltungsgerichts-Reform auch im Vergaberecht um. Auch wurden mit 12. 7. 2013 neue Regelungen betreffend den Zahlungsverzug aufgenommen.

Die **Novelle 2016** sieht mit 1. 3. 2016 zentrale Änderungen im Bereich der Subunternehmerregelung, des Zuschlagssystems, der Gesamt- und gewerkweisen Vergabe wie auch des Lohn- und Sozialdumpings vor.

Mit der **Vergabereform 2018** wurden die Vergaberichtlinien ab 21. 8. 2018 und hinsichtlich der elektronischen Abwicklung von Vergabeverfahren ab 18. 10. 2018 nunmehr umgesetzt. Weitergehende Änderungen sind zu erwarten.

2.2 Regelungsgegenstand

Der Staat – im weitesten Sinne – benötigt, um seine Aufgaben zu erfüllen, zahlreiche Leistungen. Kann oder will er diese nicht selbst leisten, so muss er sich diese auf dem Markt (von privaten Unternehmungen) „beschaffen“.

Bei der Entscheidung, ob der Staat als Auftraggeber eine Leistung selbst erbringen möchte oder ob er sich diese erst auf dem Markt beschafft, ist er grundsätzlich frei. Entschieden sich aber die öffentliche Hand zur Fremdbeschaffung, so regelt den Weg bis zum Vertragsabschluss das BVergG, genauer der 2. und 3. Teil des BVergG.

Rechtlich erfolgt ein derartiger Beschaffungsvorgang in Österreich durch **privatrechtlichen Vertragsabschluss**. Der Staat tritt dabei nicht als Träger seiner hoheitlichen Befugnisse auf, sondern bedient sich der Rechtsformen, die auch den Rechtsunterworfenen zur Verfügung stehen. Die Beschaffung benötigter Sach- und Dienstleistungen, die Vergabe öffentlicher Aufträge auf dem freien Markt zählt daher zur nichthoheitlichen, privatrechtsförmigen Verwaltungstätigkeit, zur **Privatwirtschaftsverwaltung**.

Während private Personen als Ausfluss der Privatautonomie ihre Aufträge prinzipiell frei „vergeben“ können, soll hingegen dem Staat die Vergabe von Aufträgen nur unter Einhaltung bestimmter Vorschriften möglich sein. Die Summe dieser besonderen Regelungen ist im BVergG enthalten.

Gegenstand des „Vergaberechts“ sind somit alle Beschaffungsvorgänge des Staates im weitesten Sinne, dh jene Fälle, in denen der Staat als „Einkäufer“ von Leistungen auf dem Markt auftritt.

Nicht erfasst werden grundsätzlich Veräußerungsgeschäfte, durch welche sich für den Staat weitere Einnahmequellen auftun (zB Veräußerung einer Liegenschaft) oder in de-

nen der Staat im Wettbewerb mit privaten Dritten Leistungen anbietet. Die Frage, ob ein derartiges Veräußerungsgeschäft vorliegt wird jedoch restriktiv zu handhaben sein. Allein in den Fällen, in denen unstrittig feststeht, dass der Auftraggeber lediglich zusätzliche Einnahmen zu erzielen beabsichtigt, wird von einem Veräußerungsgeschäft auszugehen sein.

Aber selbst in den Fällen, in denen kein „Beschaffungsvorgang“ vorliegt, der dem Vergaberecht unterliegt, ist der Staat rechtlich nicht völlig frei: Zum einen hat sich dieser an das **Diskriminierungsverbot** des Art 18 AEUV, die Grundfreiheiten und die Vorschriften des Art 106 ff AEUV zu halten. Zum anderen ist auch eine Bindung an die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte in einem solchen Fall gegeben („Fiskalgeltung der Grundrechte“).

Regelungsgegenstand des BVergG sind somit gemäß § 1 BVergG Verfahren zur Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Bereich durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber.

2.3 Anwendungsbereich BVergG

2.3.1 Persönlicher Anwendungsbereich – „Auftraggebereigenschaft“

Wie auch die Vergaberichtlinien unterscheidet das BVergG zwischen zwei Arten von Auftraggebern, nämlich

- ▶ öffentlichen Auftraggebern („Klassischer Bereich“; § 4 Abs 1 BVergG) und
- ▶ Sektorenauftraggebern (vgl dazu Punkt 1.1.1.2).

Nur auf Beschaffungen derartiger Auftraggeber sind die Bestimmungen des BVergG anwendbar.

2.3.1.1 Allgemeines

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers geht auf die Vergaberichtlinien zurück und ist als **gemeinschaftsrechtlicher** Begriff **autonom** zu verstehen.

Das BVergG enthält keinen taxativen Katalog der Auftraggeber, sondern insbesondere in § 4 Abs 1 Z 2 BVergG eine weit zu verstehende Definition von Einrichtungen (des öffentlichen Rechts).

Öffentliche Auftraggeber sind gemäß § 4 Abs 1 Z 1 BVergG der Bund, die Länder, die **Gemeinden** und **Gemeindeverbände**, aber auch gemäß Z 3 leg cit jeder Verband bestehend aus derartigen öffentlichen Auftraggebern.

Nach § 4 Abs 1 Z 2 BVergG werden auch ausgegliederte Rechtsträger zB von Gemeinden, nämlich sogenannte **Einrichtungen (des öffentlichen Rechts)**, erfasst. Es handelt sich dabei um Einrichtungen, die a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und b) zumindest teilrechtsfähig sind und c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder

anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind.

2.3.1.2 Einrichtung des öffentlichen Rechts

► Aufgaben im Allgemeininteresse

Weder die einschlägigen Europäischen Vergaberichtlinien noch das BVergG enthalten eine Definition des Begriffes „**Allgemeininteresse**“.

Der EuGH hat Aufgaben im Allgemeininteresse „als eng mit dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpfte Aufgaben“ beschrieben und dass es sich um Aufgaben handle, die der Staat selbst erfüllen oder bei denen er sich einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.⁸

Als Aufgaben im Allgemeininteresse wurde vom EuGH qualifiziert, zB die Herstellung amtlicher Druckerzeugnisse (zB Reisepässe, Führerscheine), das Abholen und Behandeln von Hausmüll, das Betreiben einer Universität, der Sozialwohnbau, etc.

► Aufgaben nicht gewerblicher Art

Was das Kriterium der „**nicht gewerblichen Art**“ anbelangt, so präzisiert dieses den Begriff der „im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben“.

Wie insbesondere der EuGH judizierte, gelangen die vergaberechtlichen Bestimmungen zur Anwendung, selbst wenn Privatunternehmen die gleichen Aufgaben erfüllen oder erfüllen könnten.⁹

Vielmehr sind anhand einer **Gesamtbetrachtung**¹⁰ jene Aufgaben abzuwägen, die typischerweise zu den Tätigkeiten eines gewerblichen Unternehmens zählen.¹¹

Nach den Erläuterungen zum BVergG spricht etwa die fehlende **Gewinnerzielungsabsicht** für das Vorliegen einer „Aufgabe nicht gewerblicher Art“, wie auch die Möglichkeit einer Liquidation der Entität aus Gründen des öffentlichen Interesses.¹²

Weiters sei auf die Erbringung einer **wirtschaftlichen Tätigkeit** abzustellen, die **auf dem Markt** angeboten wird, und ob die betreffende Unternehmung nach **Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien** arbeitet. Trage das Unternehmen das finanzielle Risiko ihrer Entscheidungen (zB aufgrund eines Ausgleichs finanzieller Verluste

⁸ Vgl Generalanwalt Alber Schlussanträge 11. 7. 2002, C-180/02 (*Arkkitehtuuriotomisto Riitto Korhonen Oy ua/Varkauden Taitotalo Oy*), Rz 55.

⁹ ZB EuGH 10. 11. 1998, C-360/96 (*Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden/BFI Holding BV*).

¹⁰ 69 BlgNR 26. GP, 23.

¹¹ Vgl *Korinek*, Vergaberecht, in *Raschauer*, Österreichisches Wirtschaftsrecht².

¹² 69 BlgNR 26. GP, 23.

durch die öffentliche Hand), so spreche dies für die Wahrnehmung von Aufgaben gewerblicher Art.¹³

Schließlich sind auch die „Wettbewerbsausgesetztheit“¹⁴, die Teilnahme am regulären Wirtschaftsleben ohne die **Beeinflussung der Unternehmensgebarung „nach staatspezifischen Kriterien“**¹⁵ ein Indiz für eine gewerbliche Aufgabe.

Zu beachten ist jedoch, dass es nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Mannesmann* nicht darauf ankommt, ob eine Einrichtung neben den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art noch andere Tätigkeiten ausüben darf.¹⁶ Wie der EuGH zudem in der Rechtssache *Gemeente Arnhem* judizierte, sei auch nicht von Bedeutung, ob die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nur einen relativ geringen Teil der Tätigkeiten der Einrichtung ausmacht, solange sie weiterhin die Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat.¹⁷

► Teilrechtsfähigkeit

Die Erfüllung des Erfordernisses einer **zumindest teilrechtsfähigen** Einrichtung wird idR nicht auf große Schwierigkeiten stoßen.

► Beherrschung

Unter dem Tatbestandsmerkmal der **überwiegenden Finanzierung** ist nicht nur eine mehrheitliche Kapitalbeteiligung eines öffentlichen Auftraggebers zu verstehen, sondern ob die Unternehmung „Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung“¹⁸ erhält. Der Begriff des „Überwiegens“ ist im Sinn von „mehr als die Hälfte“¹⁹ zu verstehen.

Die Einstufung einer Einrichtung als öffentlicher Auftraggeber hat auf einer **jährlichen Basis** zu erfolgen, wobei für Einrichtungen, die zum Zeitpunkt der Einleitung eines Vergabeverfahrens öffentlicher Auftraggeber waren, dies bis zum Abschluss des Verfahrens gilt.²⁰

Stammen somit die Finanzzuwendungen an die betreffende Einrichtung – trotz Privatisierung – zu über 50% von öffentlichen Auftraggebern, wird von einer überwiegenden Finanzierung zu sprechen sein.

Zu beachten ist, dass der vergaberechtliche Begriff der Finanzierung gerade auf jene finanziellen Zuwendungen abstellt, **die ohne spezifische Gegenleistung erfolgen (wie**

¹³ EuGH 10. 5. 2001, C-223/99 und C-260/99 (*Agorà Srl/Ente Autonomo Fiera Internazionale die Milano und Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C/Ente Autonoma Fiera Internazionale di Milano, Cifitat soc coop Arl*), Rz 40 und 42; vgl bereits 1118 BlgNR 21. GP, 17.

¹⁴ Vgl *Gnittke/Siederer*, Ausschreibungspflicht im Zusammenhang mit gemischtwirtschaftlichen Entsorgungsunternehmen, ZVgR 2000, 240.

¹⁵ 69 BlgNR 26. GP, 24.

¹⁶ EUGH 15. 1. 1998, C-44/96 (*Mannesmann Anlagenbau Austria AG ua/Strohal Rotationsdruck GmbH*), Rz 26.

¹⁷ EuGH 10. 11. 1998, C-360/96 (*Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden/BFI Holding BV*), Rz 40.

¹⁸ EuGH 3. 10. 2000, C-380/98 (*The Queen/H. M. Treasury, ex parte: The University of Cambridge*).

¹⁹ EuGH 10. 11. 1998, C-360/96 (*Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden/BFI Holding BV*), Rz 33.

²⁰ EuGH 3. 10. 2000, C-380/98 (*The Queen/H. M. Treasury, ex parte: The University of Cambridge*), Rz 44.

etwa Fördermittel).²¹ Der Begriff der Finanzierung ist „funktionell“ auszulegen.²² Ebenso können hierunter auch **mittelbare Finanzierungen** in Form von Nutzergebühren, sofern diese durch einen staatlichen Akt eingeführt und garantiert wurden und durch hoheitliche Befugnisse erhoben und eingezogen werden, subsumiert werden.²³ Ferner spielt es keine Rolle, aus welchen Mitteln die Finanzierung erfolgt, sofern sie öffentlichen Auftraggebern zuzurechnen sind.²⁴

Das Tatbestandsmerkmal der mittelbaren Finanzierung **wird jedoch dann nicht als erfüllt angesehen, wenn der Einrichtung erhebliche Autonomie** betreffend „die Bestimmung des Wesens, des Umfangs und der Durchführungsmodalitäten der von ihr zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausgeübten Tätigkeiten, somit bei der Festsetzung des dafür erforderlichen Haushalts und infolgedessen bei der Festlegung der Höhe der Beiträge einräumt, die sie von ihren Mitgliedern erhebt. Dass die Regelung, mit der diese Beiträge festgelegt werden, der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde bedarf, ist nicht ausschlaggebend, da diese Behörde lediglich prüft, ob der Haushalt der betreffenden Einrichtung ausgeglichen ist, dh ob die Beiträge ihrer Mitglieder und ihre übrigen Ressourcen gewährleisten, dass sie über ausreichende Einnahmen zur Deckung aller Betriebskosten nach den von ihr selbst festgelegten Modalitäten verfügt.“²⁵

Das Erfordernis der **Leistungsaufsicht** ist nach der Judikatur des EuGH nur dann erfüllt, wenn die Aufsicht „eine Verbindung mit der öffentlichen Hand schafft, die der Verbindung gleichwertig ist, die besteht, wenn eines der beiden anderen alternativen Merkmale erfüllt ist“.²⁶

Weiters erfüllt eine bloß nachprüfende Kontrolle nicht das Tatbestandsmerkmal der Aufsicht über die Leitung. In der Rechtssache *Truley* bejahte der EuGH jedoch das Kriterium, da „die öffentliche Hand nicht nur die Jahresabschlüsse der betreffenden Einrichtung **kontrolliert**, sondern auch ihre **laufende Verwaltung** im Hinblick auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, und die öffentliche Hand berechtigt ist, die **Betriebsräume und Anlagen dieser Einrichtung zu besichtigen und über das Ergebnis dieser Prüfung einer Gebiets-**

²¹ EuGH 3. 10. 2000, C-380/98 (*The Queen/H. M. Treasury, ex parte: The University of Cambridge*).

²² Vgl nur 69 BlgNR 26. GP, 25.

²³ EuGH 13. 12. 2007, C-337/06 (*Bayrischer Rundfunk*). Vgl auch EuGH 11. 6. 2009, C-300/07 (*Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik*) zu gesetzlichen Sozialversicherungskassen: Die überwiegende Finanzierung durch den Staat wurde bejaht, da sich die Einrichtung zusammengefasst „durch die von ihren Mitgliedern oder für diese entrichteten Beiträge, denen keine spezifische Gegenleistung gegenübersteht, finanzierten, sofern die Mitgliedschaft in einer solchen Kasse und die Zahlung dieser Beiträge gesetzlich vorgeschrieben sind, sofern der Beitragsatz zwar formal von den Kassen selbst festgelegt wird, aber zum einen rechtlich vorgegeben ist, wobei das Gesetz die von den Kassen erbrachten Leistungen und die damit verbundenen Ausgaben festlegt und den Kassen untersagt, ihre Aufgaben mit Gewinnerzielungsabsicht wahrzunehmen, und zum anderen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedarf, und sofern die Beiträge aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zwangsweise eingezogen werden“ (EuGH 12. 9. 2013, C-526/11 [*IVD GmbH & Co KG*], Rz 25; 69 BlgNR 26. GP, 25).

²⁴ *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006, § 3 Rz 83.

²⁵ EuGH 12. 9. 2013, C-526/11 (*IVD GmbH & Co KG*), Rz 27. Im Anlassfall war die Ärztekammer Westfalen-Lippe zu beurteilen.

²⁶ EuGH 1. 2. 2001, C-237/99 (*Kommission/Frankreich*), Rz 48 f.

körperschaft zu berichten, die über eine andere Gesellschaft das Kapital der in Rede stehenden Einrichtung hält.“²⁷

Sind damit der öffentlichen Hand Steuerungsmöglichkeiten²⁸ der Leitung der Einrichtung eingeräumt, die über eine aufsichtsbehördliche Rechtmäßigkeitskontrolle hinausgehen, so wird die Leitungsaufsicht zu bejahen sein.

Von zentraler Bedeutung ist aber auch das Erkenntnis des VwGH vom 17. 9. 2014²⁹: Dort war die Einstufung eines öffentlichen, gemeinnützigen Krankenhauses als öffentlicher Auftraggeber iSd § 4 Abs 1 Z 2 BVergG zu beurteilen. Unter Verweis auf die einschlägige Judikatur des EuGH³⁰ hielt der VwGH im Ergebnis fest, dass die dem Rechnungshof bei der Gebarungskontrolle zukommenden Prüfungsbefugnisse³¹ durchaus mit jenen Befugnissen vergleichbar sind, welche der EuGH – vereinfacht gesagt – für die Einstufung als Einrichtung des öffentlichen Rechts heranzieht. Es ist aber diesem Erkenntnis nicht zu entnehmen, dass einzig und allein die Gebarungskontrolle für sich genommen – dh ohne Vorliegen weiterer Kriterien – eine „Beherrschung durch die öffentliche Hand“ iSd § 4 Abs 1 Z 2 lit c BVergG bedeutet. Vielmehr bedarf es weiterer Anhaltspunkte, aus welchen sich zusätzliche Eingriffs- und Kontrollmöglichkeiten anderer öffentlicher Auftraggeber ergeben: Dies ergibt sich insbesondere auch aus einer weiteren Judikaturlinie des VwGH: So hielt dieser hinsichtlich des ORF³² im Zusammenhang mit den „Beherrschungstatbeständen“ fest, dass neben der Rechnungshofkontrolle auch ein Stiftungsrat besteht, dem die Überwachung der Geschäftsführung und damit die Funktion als Aufsichtsorgan zukommt, mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von öffentlichen Auftraggebern ernannt worden sind. Zusammenfassend könnte dies uE bedeuten, dass die Rechnungshofkontrolle wohl nur in Kombination mit weiteren, nicht abschließend definierten (Teil-)Tatbestandsmerkmalen eine „Beherrschung durch die öffentliche Hand“ iSd § 4 Abs 1 Z 2 lit c BVergG begründet.³³

Die **Ernennung der mehrheitlichen Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans** der entsprechenden Entität spricht ebenfalls für eine enge Verbindung mit dem Staat. Eine solche Befugnis kann von der öffentlichen Hand auch nur mittelbar wahrgenommen werden.

Als Beispiele für Einrichtungen des öffentlichen Rechts in Österreich lassen sich zB nennen: ASFINAG, BIG, BRZ GmbH, Österreichische Bundesforste AG, Austro Control GmbH.

²⁷ EuGH 27. 2. 2003, C-373/00 (*Adolf Truley GmbH/Bestattung Wien GmbH*).

²⁸ Vgl *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar – Bundesvergabegesetz 2006, § 7 Rz 77 ff.

²⁹ VwGH 17. 9. 2014, 2013/04/0144.

³⁰ Vgl dazu nur EuGH 27. 2. 2003, C-373/00 (*Adolf Truley*).

³¹ Vgl nur §§ 3, 4 und 13 Rechnungshofgesetz 1948 (RHG).

³² VwGH 23. 11. 2016, Ra 2016/04/0021. Zu einer Tochtergesellschaft der Österreichischen Notariatskammer VwGH 12. 4. 2018, Ra 2015/04/0054.

³³ Anders als die uE widersprüchlichen Materialien, welche einerseits von der Vornahme einer Gesamtbetrachtung aller einschlägigen Regelungen ausgehen, jedoch – anders als der VwGH – bereits die Kontrolle des Rechnungshofes als „richtlinienrelevante“ Aufsicht qualifizieren (69 BlgNR 26. GP, 26).

2.3.2 Auftraggeber, die zur Anwendung des BVergG zu verpflichten sind

Darüber hinaus beinhaltet § 4 Abs 2 und 3 BVergG Fälle, in denen Auftraggeber, die keine öffentlichen Auftraggeber sind, verpflichtet sind, bei Vergaben im Zusammenhang mit bestimmten subventionierten Bauprojekten im Oberschwellenbereich trotzdem die Bestimmungen des BVergG bei Beschaffungen im Oberschwellenbereich zu beachten. Zudem enthält § 4 Abs 4 BVergG eine besondere Regelung für den Kauf von Straßenfahrzeugen im Oberschwellenbereich.

2.3.3 Sachlicher Anwendungsbereich – Auftragsarten

2.3.3.1 Auftragsarten

Vom BVergG werden nur bestimmte Auftragsstypen erfasst, nämlich nach den §§ 4 bis 7 BVergG folgende:

► **Baufaufträge** (§ 5 BVergG)

Baufaufträge sind entgeltliche Verträge, die einen der folgenden Vertragsgegenstände haben:

1. die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten oder
2. die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung eines Bauvorhabens oder
3. die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln die Erbringung erfolgt, sofern der öffentliche Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat.

► **Lieferaufträge** (§ 6 BVergG)

Lieferaufträge sind entgeltliche Verträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf von Waren, mit oder ohne Kaufoption, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen und der Installation, ist.

► **Dienstleistungsaufträge** (§ 7 BVergG)

Dienstleistungsaufträge sind entgeltliche Verträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind.

Hinweis: Mit dem BVergG 2018 wurde die Systematik der sog. prioritären und nicht prioritären Dienstleistungsaufträge aufgegeben. In den §§ 151 und 312 BVergG wird die Vergabe von besonderen Dienstleistungen gemäß Anhang XVI (zB bestimmte administrative Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich) geregelt.

Nunmehr werden im BVergGKonz geregelt:

► **Baukonzessionsverträge** (§ 5 BVergGKonz)

- (1) Baukonzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.
- (2) Bauleistungen gemäß Abs 1 sind
 1. die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der in **Anhang III** genannten Tätigkeiten oder
 2. die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln die Erbringung erfolgt, sofern der Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat.
- (3) Mit der Vergabe einer Baukonzession muss auf den Konzessionär das Betriebsrisiko für die Nutzung des entsprechenden Bauwerkes übergehen, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des vertragsgegenständlichen Bauwerkes wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.

► **Dienstleistungskonzessionsverträge** (§ 6 BVergGKonz)

- (1) Dienstleistungskonzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung und der Durchführung von Dienstleistungen, die keine Bauleistungen gemäß § 5 sind, betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.
- (2) Mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession muss auf den Konzessionär das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen übergehen, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.

Hinweis: „Lieferkonzessionen“ werden nicht gesondert geregelt und erfasst. Bau- und Dienstleistungskonzessionen können aber Lieferleistungen inkludieren.

2.3.3.2 Bauauftrag

Bei **Bauaufträgen** handelt es sich um entgeltliche Verträge, welche die in § 5 Z 1 bis 3 BVergG enthaltenen Gegenstände zum Inhalt haben. Auch diese Verträge müssen entgeltlich und schriftlich sein.

Bauwerke werden gemäß § 2 Z 8 BVergG als Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, definiert³⁴. Beim Begriff des Bauwerkes geht es daher um „die Herstellung eines (funktionsfähigen) Ganzen (. . .), das bis zur letzten Ausbau- und Installationsphase vollendet ist. Die zur Herstellung dieses Ganzen erforderlichen Leistungen sind die Bauleistungen“³⁵. Bauvorhaben erfassen hingegen sowohl Bauleistungen als auch die Erstellung von Bauwerken³⁶. Bauvorhaben ist somit der umfassendere Begriff.

Auch die Erbringung einer **Bauleistung durch Dritte** gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt, wird nach § 5 Z 3 BVergG vom Begriff des „Baufauftrags“ erfasst. Nach den Materialien zum BVergG zu § 5 werden hier Bauträger-, Mietkauf- oder Leasingverträge gemeint, „bei denen der Auftraggeber nicht selbst baut, sondern für seine Zwecke (und nach seinen Vorgaben) bauen lässt.“³⁷

2.3.3.3 Lieferauftrag

Ein Auftrag muss zwingend folgende Kriterien aufweisen, um als Lieferauftrag im Sinn des § 6 BVergG qualifiziert zu werden:

- ▶ Es muss sich um einen **Vertrag** handeln. Siehe dazu neben den allgemeinen Regeln des Zivilrechts über den Vertragsabschluss etwa zur Form des Vertragsabschlusses § 45 und § 307 BVergG.
- ▶ Der Vertrag muss **entgeltlich** sein.
- ▶ Vertragsparteien sind **Auftraggeber** und **Auftragnehmer** im Sinne des BVergG, wobei die Leistung für den Auftraggeber zu erbringen ist.
- ▶ **Vertragsart** muss eine der in § 6 BVergG genannten sein, nämlich: Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf mit oder ohne Kaufoption.

³⁴ § 2 Z 8 BVergG.

³⁵ 69 BlgNR 26. GP, 28 unter Verweis auf EuGH 5. 10. 2000, C-16/98 (*Kommission/Französische Republik*) und 18. 1. 2007, C-220/05 (*Jean Auroux ua/Commune de Roanne*).

³⁶ 69 BlgNR 26. GP, 28.

³⁷ 69 BlgNR 26. GP, 29.

2.3.3.4 Dienstleistungsauftrag

Dienstleistungsaufträge sind **entgeltliche** Aufträge, deren Vertragsgegenstand **Dienstleistungen** sind. Dieser Auftragsart kommt eine Auffangfunktion zu: Handelt es sich weder um Bau- noch um Lieferleistungen, sind die Leistungen als Dienstleistungen zu qualifizieren.

Die Unterscheidung zwischen prioritären und nicht-prioritären Dienstleistungen wurde gemeinschaftsrechtlich vorgegeben nicht mehr getroffen. Nunmehr ist zwischen „allgemeinen“ und besonderen Dienstleistungen zu unterscheiden.

Für die in Anhang XVI taxativ erfassten (besonderen) Dienstleistungen gilt ein erleichtertes Vergaberegime (vgl §§ 151 und 312 BVergG). Für die übrigen Dienstleistungen gilt das „Vollregime“³⁸ des BVergG.

Derartige besondere Dienstleistungen sind die in Anhang XVI – nach bestimmten Leistungsbereichen und dem CPV-Code gegliederte – Dienstleistungen. Überblicksartig handelt es sich um folgende Bereiche:

- ▶ Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen
- ▶ Administrative Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich
- ▶ Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung
- ▶ Sonstige gemeinschaftliche, soziale und persönliche Dienstleistungen, einschließlich Dienstleistungen von Organisationen
- ▶ Dienstleistungen von religiösen Vereinigungen
- ▶ Gaststätten und Beherbergungsgewerbe
- ▶ Dienstleistungen im juristischen Bereich, sofern sie nicht nach den § 9 Abs 1 Z 9, § 178 Abs 1 Z 9 ausgeschlossen sind
- ▶ Sonstige Dienstleistungen der Verwaltung und für die öffentliche Verwaltung
- ▶ Kommunale Dienstleistungen
- ▶ Dienstleistungen für Haftanstalten, Dienstleistungen im Bereich öffentliche Sicherheit und Rettungsdienste, sofern sie nicht nach den § 9 Abs 1 Z 17, § 178 Abs 1 Z 17 ausgeschlossen sind
- ▶ Dienstleistungen von Detekteien und Sicherheitsdiensten
- ▶ Internationale Dienstleistungen
- ▶ Postdienste
- ▶ Verschiedene Dienstleistungen

³⁸ 69 BlgNR 26. GP, 163.

2. Das BVergG

Für die Vergabe von besonderen Dienstleistungen sind hinsichtlich der Frage, ob es sich um eine Vergabe im Ober- oder Unterschwellenbereich handelt zunächst höhere Schwellenwerte von Relevanz.

Allgemeine Dienstleistungen: € 221.000,- (klassischer Bereich; § 12 Abs 1 Z 3 BVergG)
€ 144.000,- (klassischer Bereich Auftraggeber gemäß Anhang III; § 12 Abs 1 Z 3 BVergG)
€ 443.000,- (Sektorenbereich; § 185 Abs 1 Z 2 BVergG)

Besondere Dienstleistungen: € 750.000,- (klassischer Bereich; § 12 Abs 1 Z 2 BVergG)
€ 1 Mio (Sektorenbereich; § 185 Abs 1 Z 1 BVergG)

Für diese besonderen Dienstleistungen sieht das BVergG lediglich grundlegende Regelungen vor: Es werden keine besonderen Verfahrensarten vorgegeben. Für Verfahren im Oberschwellenbereich soll grundsätzlich ein solches mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern gewählt werden. Dies auch im Unterschwellenbereich, sofern im Hinblick auf die spezifischen Merkmale des Leistungsauftrages kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht. Dies ist im Einzelfall zu beurteilen, wobei vor allem auf die Höhe des Auftrages, den Leistungsgegenstand und -umfang wie auch den Leistungsort abzustellen ist.

Lediglich die Wahl der Direktvergabe wird gesondert geregelt. Diese kann wie folgt gewählt werden:

Klassischer Bereich	geschätzter Auftragswert
Direktvergabe	bis € 100.000,- (§ 151 Abs 6)
Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung	bis € 150.000,- (§ 151 Abs 6)
Sektorenbereich	geschätzter Auftragswert
Direktvergabe	bis € 150.000,- (§ 312 Abs 6)
Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung	bis € 200.000,- (§ 312 Abs 6)

Für gemischte Aufträge (§ 7 Abs 3, § 177 BVergG) und Verfahren, die unterschiedlichen Regelungen unterliegen (§§ 3, 176 BVergG), gelten die allgemeinen Abgrenzungsregelungen.

2.3.3.5 Baukonzessionsverträge

Entsprechend § 5 BVergG Konz besteht das wesentliche Merkmal einer **Baukonzession** darin, dass als **Gegenleistung** das **Recht zur Nutzung** eines Bauwerks gewährt wird. Dies ist auch das wesentliche Unterscheidungskriterium zu einem Bauauftrag. Der Konzessionär erhält sein Entgelt somit nicht direkt vom Konzessionsgeber, sondern erst

durch die Nutzung des entsprechenden Bauwerks, also mittelbar. Zentral ist weiter die Übertragung des **Betriebsrisikos**³⁹ für die Nutzung des entsprechenden Bauwerkes auf den Konzessionsnehmer. In § 5 Abs 3 BVergGKonz wurde diese nunmehr näher definiert und geregelt. „Verträge, bei denen Zahlungen vorgesehen sind, die sämtliche beim Auftragnehmer entstandene Kosten und Investitionsaufwendungen abdecken“⁴⁰, sind nicht als Konzessionsverträge anzusehen. Grund für diese Sonderstellung der Baukonzession gegenüber Bauaufträgen ist somit, dass der Konzessionär „wesentliche Bereiche an Risikotragung übernimmt, die bei einem Bauauftrag (. . .) dem Auftraggeber zufallen“.⁴¹

Für Baukonzessionen gelten die besondere Bestimmungen des BVergGKonz, die – im Vergleich zum BVergG – erleichterte Vergaberegeln vorsehen: Ua erfolgen Konzessionsvergabeverfahren im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Wert der Konzession mindestens € 5.548.000,- (§ 11 Abs 1 BVergGKonz) beträgt. Es gibt sohin keine weitere Unterscheidung nach den Vertragsarten. Weiters sieht das BVergGKonz keine bestimmten Verfahrensarten vor, sondern legt – ähnlich wie bei besonderen Dienstleistungen – Verfahrensgrundsätze fest. Der Auftraggeber kann das Verfahren zur Wahl des Konzessionärs unter Einhaltung dieser Rahmenbedingungen grundsätzlich frei gestalten (vgl § 22 Abs 1 BVergGKonz). Diese Grundsätze werden in den §§ 22 ff BVergGKonz näher geregelt. Zudem werden Grundregeln an das (Mindest-)Fristensystem, die Eignungsanforderungen, den Inhalt wie auch die Zurverfügungstellung der Konzessionsunterlagen neu geregelt. Auch finden sich – an das BVergG systematisch angelehnte Regelungen – über Subvergaben, die Angebotsabgabe und -öffnung, generell das Zuschlagsverfahren wie auch an das Beendigungssystem (Zuschlag/Widerruf).

Zu beachten ist letztlich, dass Konzessionsverträge nur auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden dürfen (§ 13 Abs 1 BVergGKonz). Auch findet der vergabespezifische Rechtsschutz (Zuständigkeit: BVwG wie auch der Landesverwaltungsgerichte) Anwendung und wird ähnlich dem BVergG/Landesvergaberechtsschutzgesetz geregelt.

2.3.3.6 Dienstleistungskonzessionsverträge

Wie bei Baukonzessionen ist wesentliches Merkmal der Dienstleistungskonzession die Einräumung des **Nutzungsrechts** an der Dienstleistung.

Daraus ergibt sich, dass der Konzessionär mit dem übertragenen Nutzungsrecht die **Risiken**, die sich eben aus dieser Nutzung ergeben, trägt. Die **Europäische Kommission** ist der Ansicht, dass es sich um keine Konzession mehr handle, wenn durch eine zulässige Gegenleistung das „ungewisse sich aus der Natur der Nutzung ergebende Risiko beseitigt werde“. In welchem Verhältnis dieses Nutzungsrecht und Entgelt aus der Nutzung durch Dritte zu einem eventuell vom Konzessionsgeber auch zu zahlenden Preis

³⁹ Vgl dazu auch EuGH 10. 11. 2011, C-348/10 (*Norma-A*) und die Erwägungsgründe 18 bis 20 der Richtlinie 2014/23/EU.

⁴⁰ 69 BlgNR 26. GP, 242 und EuGH 10. 3. 2011, C-274/09 (*Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*).

⁴¹ *Gölles*, Vergabe von Konzessions- und PPP-Modellen nach dem BVergG 2002, ZVB 2002/88, 232.

stehen muss, ist nicht näher geregelt. In den Erwägungsgründen zur Richtlinie 2014/23/EU finden sich nähere Hinweise.

Historisch bedeutsam für die Aufnahme der Dienstleistungskonzessionen in das BVergG und nunmehr die Erfassung in einem eigenen Gesetz (BVergGKonz) ist ua das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Telaustria*. Klargestellt wurde, dass öffentliche Auftraggeber jedenfalls bei der Vergabe derartiger Dienstleistungskonzessionen die **Grundregeln des Vertrags im Allgemeinen** und das **Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit** im Besonderen zu beachten haben.⁴² Diese Grundregeln wurden nunmehr durch die Richtlinie 2014/23/EU und das BVergGKonz präzisiert.

Wie auch für Baukonzessionen sind für Dienstleistungskonzessionen erleichterte Vergaberegeln vorgesehen. Der vergabespezifische Rechtsschutz findet nunmehr Anwendung.

2.3.3.7 Gemischte Verträge

§§ 8, 177 BVergG beinhalten besondere Abgrenzungsregelungen:

Aufträge, die mehr als eine Art von Leistung gemäß den §§ 5 bis 7 (Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung) umfassen, sind nach den Regelungen jener Leistungsart zu vergeben, die den **Hauptgegenstand** des Auftrages bildet (§ 8 Abs 1 BVergG). Zur Ermittlung des Hauptgegenstandes des Auftrages ist va auf die wesentlichen Vertragspflichten, welche den Leistungsgegenstand „prägen“⁴³, abzustellen. Der Wert der jeweiligen Einzelleistung ist lediglich ein Indiz zur Ermittlung des Hauptgegenstandes.

Davon abweichend gelten Aufträge, die sowohl Lieferungen als auch Dienstleistungen umfassen, als Dienstleistungsaufträge, wenn der geschätzte Wert der vom Auftrag erfassten Dienstleistungen höher ist als der **geschätzte Gesamtwert** der Waren. Andernfalls gelten derartige Aufträge als Lieferaufträge (§ 8 Abs 2 BVergG).

Aufträge, die sowohl Dienstleistungen gemäß Anhang XVI als auch andere Dienstleistungen umfassen, sind nur dann nach den Regelungen für Dienstleistungen gemäß Anhang XVI zu vergeben, wenn der **geschätzte Wert** der Dienstleistungen gemäß Anhang XVI höher ist als derjenige der anderen Dienstleistungen (§ 8 Abs 2 BVergG).

2.3.4 Sachlicher Anwendungsbereich (BVergG)⁴⁴ – Schwellenwerte

2.3.4.1 Allgemeines

Das BVergG erfasst sämtliche Beschaffungen, sei es im **Ober-**, sei es im **Unterschwellenbereich**. Die Schwellenwerte gehen auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zurück, da die Vergaberichtlinien nur ab bestimmten monetären Grenzen anwendbar sind.

⁴² EuGH 7. 12. 2000, C-324/98 (*Telaustria Verlags GmbH und Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG, Beteiligte: Herold Business Data AG*), Rz 57, 60 bis 62

⁴³ 69 BlgNR 26. GP, 30.

⁴⁴ Zum relevanten Schwellenwert gemäß BVergGKonz s unter Punkt 2.3.3.5.

Die Unterteilung in „**Ober- und Unterschwellenbereich**“ ist für die Frage des anwendbaren Regimes von Bedeutung. Aus diesem Grunde hat der Auftraggeber in der Ausschreibung anzugeben, welche Regelungen des BVergG zur Anwendung gelangen (§ 91 Abs 1 BVergG).

Zu beachten ist, dass es im Unterschwellenbereich zusätzliche Schwellenwerte gibt (vgl zB die, für die Wahl der Verfahrensarten im Unterschwellenbereich relevanten §§ 43 ff BVergG).

2.3.4.2 Begriff

Schwellenwert = vom Auftraggeber geschätzter Auftragswert (ohne USt)

2.3.4.3 Höhe

Die Höhe der Schwellenwerte werden in §§ 12 und 185 BVergG normiert, welche mit den Delegierten Verordnungen (EU) 2015/2170 und 2015/2172 der Kommission wieder geändert wurden:

	geschätzte Auftragswerte ohne USt (ab 1. 1. 2018)
Vergabe durch in Anhang III genannte Auftraggeber von Dienstleistungs- und Lieferaufträgen (§ 12 Abs 1 Z 1)	€ 144.000,-
Lieferaufträge im Bereich des BM für Landesverteidigung nur für Waren nach Anhang IV (§ 12 Abs 1 Z 1)	€ 144.000,-
Durchführung von Wettbewerben, die zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen (§ 12 Abs 2 Z 1)	€ 144.000,-
Lieferaufträge	
Klassischer Auftraggeber (§ 12 Abs 1 Z 3)	€ 221.000,-
Sektorenauftraggeber (§ 185 Abs 1 Z 2)	€ 443.000,-
Baufträge	
Klassischer Auftraggeber (§ 12 Abs 1 Z 4)	€ 5.548.000,-
Sektorenauftraggeber (§ 185 Abs 1 Z 3)	€ 5.548.000,-
Dienstleistungsaufträge	
Klassischer Auftraggeber (§ 12 Abs 1 Z 3)	€ 221.000,-
Sektorenbereich (§ 185 Abs 1 Z 2)	€ 443.000,-

2. Das BVergG

	geschätzte Auftragswerte ohne USt (ab 1. 1. 2018)
Besondere Dienstleistungsaufträge gemäß Anhang XVI	
Klassischer Auftraggeber (§ 12 Abs 1 Z 2)	€ 750.000,–
Sektorenbereich (§ 185 Abs 1 Z 1)	€ 1.000.000,–
Durchführung von Wettbewerben, die zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen	
Klassischer Auftraggeber (§ 12 Abs 2 Z 2)	€ 221.000,–
Sektorenauftraggeber (§ 185 Abs 2)	€ 443.000,–
Konzessionsverträge – BVergGKonz	
Klassischer Bereich und Sektorenbereich (§ 11 Abs 1 BVergGKonz)	€ 5.548.000,–
Besondere Dienstleistungskonzessionen gemäß Anhang IV zum BVergGKonz (§ 25 Abs 1 iVm § 11 Abs 1 BVergGKonz)	€ 5.548.000,–

2.3.4.4 Berechnung

Die §§ 13 ff und §§ 186 ff BVergG sehen bestimmte Berechnungsregelungen des geschätzten Auftragswertes vor:

Relevanter Zeitpunkt für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist die Einleitung des Vergabeverfahrens. Der geschätzte Auftragswert ist **vor** der Einleitung zu berechnen, sohin ex ante zu ermitteln. Hat der Auftraggeber die Berechnungsvorschriften eingehalten, so schadet es nicht von vornherein, dass der Auftragswert – was sich im Zuge des Vergabeverfahrens ja erst herausstellen kann – höher ist.

Grundsätzlich stellt das BVergG bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes auf den geschätzten Gesamtwert aller der zum **Vorhaben** gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und Vertragsverlängerungen, die in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen werden sollen, ab (§ 13 Abs 1, § 186 Abs 1 BVergG). Nach der Judikatur des EuGH ist dabei von einer **funktionellen Betrachtungsweise** „des Projekts“ auszugehen. Das Hauptaugenmerk soll hierbei nach der Rsp des EuGH auf der **technischen und wirtschaftlichen Einheit des Projekts** liegen. Das Kriterium der wirtschaftlichen und technischen Einheit ist dann erfüllt, wenn ein **Auftrag einheitlich und aufeinander abgestimmt auszuführen ist** (= Kriterium des einheitlichen Charakters eines Bauwerks mit **funktionaler und wirtschaftlicher Kontinuität sowie innerer Kohärenz**). „Die Kontinuität sowie innere Kohärenz darf entsprechend dem Rhythmus der Ausführung nicht durch eine Aufteilung der Gesamtleistungen in einzelne Abschnitte durchbrochen wer-

den.“ Diese Betrachtungsweise darf auch nicht aus haushaltsrechtlichen Gründen außer Acht gelassen werden.⁴⁵

Im Speziellen ist auf Folgendes hinzuweisen:

► **Wiederkehrende Aufträge / Vorhaben (gleichartige Leistungen)**

Regelmäßig wiederkehrende Aufträge liegen vor, wenn über mehrere aufeinander folgende Beschaffungszeiträume hinweg in jedem Beschaffungszeitraum eine in etwa gleich bleibende Menge von Gütern beschafft wird.

Bei **Bauaufträgen** ist auf die Summe aller Lose (Gewerke) gemäß Anhang I abzustellen (vgl §§ 14, 187 BVergG).

Auch ist es ausreichend, dass es sich bei den einzelnen **Lieferleistungen** um **gleichartige** Leistungen handelt. Gleichartige Leistungen liegen vor, wenn von einem im Wesentlichen einheitlichen Bieterkreis nach den gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen Erzeugnisse hergestellt werden, die einem im Wesentlichen einheitlichen oder gleichen oder ähnlichen Verwendungszweck dienen.⁴⁶

Va hinsichtlich **Dienstleistungen** wurde im Verfassungsausschuss des Nationalrates klargestellt, dass diesfalls (weiterhin) auf die „**Gleichartigkeit**“ der Dienstleistungen, sohin darauf, ob es sich um Dienstleistungen desselben Fachgebiets handelt, abgestellt wird.⁴⁷

Weiters findet sich in § 13 Abs 4, § 186 Abs 4 BVergG eine Regelung für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes, wenn der Auftraggeber aus mehreren eigenständigen Organisationseinheiten besteht: Besteht der Auftraggeber aus mehreren eigenständigen Organisationseinheiten, so ist der geschätzte Auftragswert für alle Organisationseinheiten zu berücksichtigen. Abweichend davon kann der Auftragswert auf der Ebene einer eigenständigen Organisationseinheit geschätzt werden, wenn die betreffende

⁴⁵ EuGH 12. 3. 2012, C-574/10 (*Kommission/Deutschland*), Rz 45f und EuGH 5. 10. 2000, C-16/98 (*Kommission/Frankreich*).

⁴⁶ 69 BlgNR 26. GP, 50.

⁴⁷ In § 16 Abs 4, § 189 Abs 4 BVergG wurde der Hinweis auf die „Gleichartigkeit“ im Vergleich zu den Vorgängerregelungen ersatzlos gestrichen. Vgl die Klarstellung des Verfassungsausschusses 96 BlgNR 26. GP, 4: „Der Verfassungsausschuss trifft zum Vergabereformgesetz 2018 folgende Feststellungen, da es zum vorgeschlagenen § 16 Abs 4 missverständliche Interpretationen gibt:

Dieser wird teilweise so verstanden, dass inhaltlich völlig unterschiedliche Dienstleistungsaufträge, wie Architektur- und Fachplanung, Projektsteuerung, rechtliche Beratungsleistungen oder Vermessungsleistungen gemeinsam betrachtet und bei einem Auftragswert von insgesamt über 221.000,- die einzelnen Aufträge europaweit ausgeschrieben werden müssten. Öffentliche Auftraggeber, insbesondere auch Gemeinden, müssten – so wird argumentiert – diesfalls, für jeden dieser – oft sehr kleinen – Aufträge ein komplexes EU-weites Vergabeverfahren durchführen. Das würde unnötige Bürokratie erzeugen, die Kommunen mit hohen Kosten belasten und der KMU-geprägten österreichischen Wirtschaft schaden.“

Diese Ansicht steht nicht im Einklang mit dem Regelungsgegenstand der Regierungsvorlage. Vielmehr sieht § 16 Abs 4 BVergG 2018 eine **funktionale Betrachtungsweise** im Rahmen der Zusammenrechnung vor.

Der Verfassungsausschuss stellt vor diesem Hintergrund fest, dass bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die für ein Vorhaben unterschiedliche Dienstleistungsarten mit gesonderter Vergabe umfassen, diese zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes nur dann zusammenzurechnen sind, wenn es sich um Dienstleistungen **desselben Fachgebietes** handelt“ (Herv d Verf).

Einheit selbständig für ihre Auftragsvergaben oder bestimmte Kategorien von Auftragsvergaben zuständig ist. Nach den europäischen Richtlinien sind bei der Beurteilung der selbständigen Zuständigkeit einer Organisationseinheit folgende Aspekte zu beurteilen: unabhängige Zuständigkeit für Beschaffungsmaßnahmen – dies va „wenn die eigenständige Organisationseinheit unabhängig Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durchführt und die Kaufentscheidungen trifft, wenn sie über eine getrennte Haushaltslinie für die betreffenden Auftragsvergaben verfügt, die Aufträge unabhängig vergibt und diese aus ihr zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln finanziert. Eine Aufteilung in Unterteilungen ist nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass der öffentliche Auftraggeber eine Auftragsvergabe dezentral durchführt“⁴⁸.

► Option

Eine **Option** ist ein Vertrag, durch den die Partei das Recht erhält, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen. Die Option gibt – im Unterschied zum Vorvertrag – „nicht bloß ein Recht auf Abschluss eines Hauptvertrags; ihre Ausübung begründet schon unmittelbar die vertraglichen Pflichten“.⁴⁹

Wird eine Leistung optional gefordert, so werden mit dem Auftragnehmer zwei unterschiedliche Schuldverhältnisse eingegangen:

1. der konkret ausgeschriebene Vertrag wird abgeschlossen;
2. es wird ein Optionsvertrag abgeschlossen.

Problematisch ist inwieweit Optionen in einem konkreten Vergabeverfahren zulässig sind. So wird etwa die Ansicht vertreten, dass die Abfrage von optionalen Alternativ- oder Eventualpositionen unzulässig sei, wenn Optionen, deren Ziehung ungewiss sei, im Verhältnis zu den bestimmt zu vergebenden Leistungen großes oder gar größeres Gewicht im Bewertungsschema zukomme, dadurch gleichsam die Haupt- oder Grundposition für die Zuschlagsentscheidung verdrängen.⁵⁰

Aufgrund des Grundsatzes, Vergabeverfahren nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen (§ 20 Abs 4, § 193 Abs 4 BVergG), ist eine optional geforderte Leistung dann unzulässig, wenn sie in Wahrheit etwa nur deshalb erfolgt, um eine Kalkulationsgrundlage für die weiteren Auftraggeberentscheidungen zu schaffen.

Die Inanspruchnahme eines rechtswirksam vereinbarten Optionsrechts stellt grundsätzlich kein neues Vergabeverfahren dar, weshalb das BVergG in einem solchen Fall nicht zur Anwendung kommt⁵¹. Dieser Vorgang ist einem zuvor durchgeführten Vergabeverfahren zuzurechnen. Wesentliche Änderungen des Optionsvertrags sind jedoch nicht

⁴⁸ 20. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU.

⁴⁹ *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht¹⁴, Bd I (2014) 143.

⁵⁰ Zur Diskussion, ob die Optionsausübung im Ermessen des Auftraggebers liegt s etwa *Hackl*, Ausübung von Optionen durch öffentliche Auftraggeber – Muss die Ausübung der Option an weitere Voraussetzungen geknüpft sein? ZVB 2012/16, 49f.

⁵¹ Vgl dazu auch § 365 Abs 3 Z 2 BVergG.

mehr dem vorangegangenen Vergabeverfahren zuzurechnen, weshalb wiederum das BVergG zur Anwendung kommt.

2.3.4.5 Umgehungsverbot

Das Umgehungsverbot, welches zB in § 13 Abs 5 BVergG normiert wird, wirkt in zweifacher Hinsicht:

- ▶ Erstens darf die Aufteilung eines Auftrages (Vorhabens) nicht in der Absicht erfolgen, die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen (zB Bekanntmachung im Amtsblatt) zu umgehen, und
- ▶ zweitens darf durch ein unzulässiges Splitting auch im Unterschwellenbereich nicht eine Umgehung der Vorschriften bewirkt werden (Wahl von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln wie insbesondere der Direktvergabe).

2.3.4.6 Losweise Vergabe

Das Umgehungsverbot wirkt insofern fort, als einer losweisen Vergabe eines Gesamtprojektes aus diesem Grunde zwar nichts entgegensteht (zur seit 1. 3. 2016 neu festgelegten Begründungspflicht s § 28 Abs 6 BVergG), doch ist als geschätzter Auftragswert der Gesamtwert **aller** Lose für die Frage, ob es sich um eine Beschaffung im Ober- oder Unterschwellenbereich handelt, anzusetzen.

Bei kleineren Losen eines Gesamtvorhabens gilt im **Oberschwellenbereich** Folgendes:

- ▶ **Bauaufträge:** Erreicht oder übersteigt der Wert aller Lose den Schwellenwert von € 5.548.000,- so handelt es sich bei der Vergabe **aller Lose** um eine Beschaffung im **Oberschwellenbereich**. Beträgt aber der geschätzte Auftragswert ohne USt von Losen weniger als € 1 Mio **und** übersteigt der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20% des geschätzten Auftragswertes der Summe aller Lose nicht, so sind auf diese „Kleinlose“ die Bestimmungen des **Unterschwellenbereiches** anwendbar (§ 14 Abs 3, § 187 Abs 3 BVergG).
- ▶ **Liefer- und Dienstleistungsaufträge:** Auch diesfalls liegt eine Auftragsvergabe im **Oberschwellenbereich** vor, wenn der Wert aller Lose die Schwellenwerte von € 221.000,- oder € 443.000,- erreicht oder überschreitet. Beträgt aber der geschätzte Auftragswert von Kleinlosen weniger als € 80.000,- und übersteigt der Wert aller Kleinlose 20% des kumulierten Wertes aller Lose nicht, so sind wiederum die Bestimmungen des **Unterschwellenbereiches** anwendbar (§ 15 Abs 4, § 16 Abs 4, § 188 Abs 4, § 189 Abs 4 BVergG).

Mit der kleinen Novelle 2016 wurde anlässlich der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 23. 5. 2014, 2013/04/0025) klargestellt, dass im Falle der „Kleinlosregelung“ im Oberschwellenbereich für die Wahl des Verfahrens als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Loses gilt.

2. Das BVergG

Die Losregelungen der § 14 Abs 4, § 15 Abs 5, § 16 Abs 5 wie auch § 187 Abs 4, § 188 Abs 5, § 189 Abs 6 BVergG, welche für die Wahl der Verfahrensart von Relevanz sind, bei Beschaffungen im **Unterschwellenbereich** lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Liegt die Beschaffung im Unterschwellenbereich, so gelten für . . .

Baufaufträge (Klassischer Bereich und Sektorenbereich)	. . . die Bestimmungen des Unterschwellenbereichs für die Vergabe aller Lose. Bei der Wahl der Verfahrensart gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Loses.
Lieferaufträge und (allgemeine) Dienstleistungsaufträge (Klassischer Bereich)	. . . die Bestimmungen des Unterschwellenbereichs für die Vergabe aller Lose. Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als € 50.000,- beträgt, können im Wege der Direktvergabe vergeben werden, sofern der kumulierte Wert der ausgewählten Lose 50% des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt.
Lieferaufträge und (allgemeine) Dienstleistungsaufträge (Sektorenbereich)	. . . die Bestimmungen des Unterschwellenbereichs für die Vergabe aller Lose. Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als € 75.000,- beträgt, können im Wege der Direktvergabe vergeben werden, sofern der kumulierte Wert der ausgewählten Lose 50% des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt.

2.3.5 Ausnahmen vom Anwendungsbereich des BVergG

Zentrale Bestimmungen sind hier für den klassischen Bereich va §§ 9, 10 BVergG, für den Sektorenbereich §§ 178 ff BVergG.

So gilt das BVergG etwa nicht für

- ▶ sogenannte In-House Aufträge (vgl unter Punkt 2.3.5.1),
- ▶ Verträge über Erwerb oder Miete von oder Rechten an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden,
- ▶ Bestimmte Dienstleistungen (zB Vertretung durch einen Rechtsanwalt in einem Schiedsgerichts- und Schlichtungsverfahren, Dienstleistungsaufträge an eine zentrale Beschaffungsstelle, bestimmte Finanzdienstleistungen, Aufträge über Kredite und Darlehen, bestimmte Dienstleistungen im Bereich des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr)

- ▶ Arbeitsverträge,
- ▶ Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, außer deren Ergebnisse sind ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit und die Dienstleistungen werden vollständig durch den Auftraggeber vergütet,
- ▶ die Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen **durch** Auftraggeber **von** einer zentralen Beschaffungsstelle (vgl § 2 Z 47 BVergG), sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen des 2. oder 3. Teiles des BVergG eingehalten hat,
- ▶ **die Beauftragung einer** zentralen Beschaffungsstelle **durch** Auftraggeber mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für diese Auftraggeber, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen des 2. oder 3. Teiles des BVergG einhält.

***Hinweis:** Auch bei Bejahung eines Ausnahmetatbestands und der daraus resultierenden Nicht-Anwendbarkeit des BVergG für ein bestimmtes Beschaffungsvorhaben können dennoch beihilfenrechtliche Aspekte zu beachten sein.*

2.3.5.1 Inhouse Privileg – ausgenommene öffentlich-öffentliche Verhältnisse (§§ 10, 179 BVergG)

Ua nach dem sog Inhouse-Privileg sind bestimmte Beschaffungsvorgänge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen. Es handelt sich somit um einen expliziten Ausnahmetatbestand. Grundlage für diesen Ausnahmetatbestand war dabei ursprünglich die Rechtsprechung des EuGH.⁵² Die Anwendungsvoraussetzungen dieses Ausnahmetatbestands wurden daraufhin vom EuGH in zahlreichen Judikaten stetig fortentwickelt, wobei als zentraler Ausgangspunkt – bis heute – die sog *Teckal*-Kriterien⁵³ dienen.

- (1) Das Inhouse-Privileg war schon bisher im BVergG 2006 (§ 10 Z 7, § 175 Z 6 BVergG 2006) geregelt. Der bisher gesetzlich verankerte Ausnahmetatbestand des Inhouse-

⁵² Vgl 69 BlgNR 26. GP, 40.

⁵³ EuGH 18. 11. 1999, C-107/98 (*Teckal*). Siehe weiters bspw EuGH 13. 11. 2008, C-342/07 (*Coditel*), 10. 9. 2009, C-572/07 (*Sea*), 11. 1. 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*), 21. 7. 2005, C-231/03 (*Coname*), 13. 10. 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), 10. 11. 2005, C-29/04 (*Kommission/Österreich*), 11. 5. 2006, C-340/04 (*Carbotermo*), 19. 4. 2007, C-295/05 (*Asemfo*), 8. 4. 2008, C-337/05 (*Kommission/Italien*), 17. 7. 2008, C-371/05 (*Kommission/Italien*), 18. 12. 2007, C-220/06 (*Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*), 19. 6. 2008, C-454/06 (*presstext*), 13. 11. 2008, C-324/07 (*Coditel Brabant*), 10. 9. 2009, C-573/07 (*Sea*), 29. 11. 2012, C-182/11 und C-183/11 (*Econord*), 19. 6. 2014, C-574/12 (*Centro Hospitalar de Setúbal und SUCH*), 18. 12. 2014, C-568/13 (*Data Medical Service*), 21. 12. 2016, C-51/15 (*Remondis*), 8. 12. 2016, C-553/15 (*Undis Servizi*), 9. 6. 2009, C-480/06 (*Kommission/Deutschland*), 19. 12. 2012, C-159/11 (*Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ua*), 13. 6. 2013, C-386/11 (*Piepenbrock*), 16. 5. 2013, C-564/11 (*Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia ua*), 20. 6. 2013, C-352/12 (*Consiglio Nazionale degli Ingegneri*), 8. 5. 2014, C-15/13 (*Datenlotsen Informationssysteme*).

Privilegs umfasst jedoch ausschließlich Aufträge von öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern an deren nachgelagerte Einrichtungen (sog „Top Down“-Vergaben). Mit den neuen EU-Richtlinien wurde der Anwendungsbereich des Inhouse-Privilegs erweitert, wodurch insbesondere auch eine Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung zu diesem Themenbereich erfolgt ist.⁵⁴ Dieser erweiterte Anwendungsbereich iSd Richtlinien findet sich nunmehr in den §§ 10, 179 BVergG. Auch schon vor Inkraft-Treten des BVergG 2018 wurde die Anwendbarkeit der umfangreicheren Ausnahme bejaht.⁵⁵ Die nachstehend angeführten Konstellationen sind sowohl zwischen öffentlichen Auftraggebern als auch zwischen öffentlichen Auftraggebern und öffentlichen Sektorenauftraggebern wie auch unter „Beteiligung“ nicht-österreichischer öffentlicher Auftraggeber und öffentlicher Sektorenauftraggeber ausgenommen (§ 10 Abs 5, § 179 Abs 5).

- (2) Das BVergG gilt zunächst nicht für Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber oder öffentlicher Sektorenauftraggeber durch einen Rechtsträger erbringen lässt,
- a) über den der öffentliche Auftraggeber eine ähnliche **Kontrolle** wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, b) **mehr als 80% der Tätigkeiten** des kontrollierten Rechtsträgers der Ausführung der Aufgaben dienen, mit denen er von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem öffentlichen Auftraggeber kontrollierten Rechtsträgern betraut wurde, und c) **keine direkte private Kapitalbeteiligung** am kontrollierten Rechtsträger besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die jeweils in Übereinstimmung mit dem AEUV durch gesetzliche Bestimmungen eines Mitgliedstaates vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss auf den kontrollierten Rechtsträger vermitteln (§ 10 Abs 1 Z 1, § 179 Abs 1 Z 1 BVergG).

Die Voraussetzungen müssen **kumulativ** vorliegen. Als Ausnahmeregelung sind die Tatbestandsmerkmale grundsätzlich eng auszulegen⁵⁶. Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen liegt beim Auftraggeber. Die maßgeblichen Gründe sind schriftlich festzuhalten (§ 10 Abs 6, § 179 Abs 6 BVergG).

Der Begriff der „**ähnlichen Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle**“ bedeutet – der Rechtsprechung des EuGH iSa *Parking Brixen*⁵⁷ folgend – im Wesentlichen, dass ein ausschlaggebender Einfluss sowohl auf strategische Ziele als auch auf wesentliche Entscheidungen des kontrollierten Rechtsträgers maßgeblich ist. Dies wurde nunmehr auch gesetzlich klargestellt (§ 10 Abs 1 Z 1, § 179 Abs 1 Z 1 BVergG). Aus der Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls muss eine

⁵⁴ Vgl auch *Knauff*: Neues zur Inhouse-Vergabe, EuZW 2014, 486.

⁵⁵ VwGH 29. 6. 2017, Ro 2017/04/0005.

⁵⁶ Vgl hierzu bspw. EuGH 16. 9. 1999, C-414/97 (*Kommission/Spanien*) und EuGH 14. 9. 2004, C-385/02, (*Hochwasserrückhaltebecken Parma*).

⁵⁷ EuGH 13. 10. 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*).

tatsächliche Beherrschung festgestellt werden können. Der Einfluss nur auf einen Teil des Tätigkeitsbereichs ist nicht ausreichend.⁵⁸

Bezüglich der geforderten „**80% der Tätigkeiten**“ stellt Abs 4 leg cit klarstellend fest, dass für diese Beurteilung grundsätzlich der durchschnittliche Gesamtumsatz aller innerhalb der letzten drei Jahre vor der beabsichtigten Vergabe erbrachten Leistungen heranzuziehen ist. Gegebenenfalls kann auch ein alternativer – in Relation zur jeweiligen Tätigkeit stehender – Wert herangezogen werden. Wem gegenüber diese Tätigkeiten dabei letztendlich erbracht werden (dh wer konkret Begünstigter der Leistungserbringung ist), ist für die Beurteilung dieses Teilkriteriums nicht von Relevanz.⁵⁹

(3) Weiters werden Konstellationen erfasst, in welchen ein öffentlicher Auftraggeber oder öffentlicher Sektorenauftraggeber, der Rechtsträger gemäß Z 1 leg cit ist, entweder

a) an den ihn kontrollierenden Auftraggeber Aufträge vergibt (sog „**bottom-up**“-**Ausnahme**), oder

b) an einen anderen von dem ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber kontrollierten Rechtsträger Aufträge vergibt, sofern an diesem Rechtsträger keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die jeweils in Übereinstimmung mit dem AEUV durch gesetzliche Bestimmungen eines Mitgliedstaates vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss vermitteln (sog „**inhouse-Schwesternvergabe**“) (§ 10 Abs 1 Z 2, § 179 Abs 1 Z 2 BVergG).

Ganz grundsätzlich sind damit horizontale Inhouse-Verhältnisse zwischen „Enkelgesellschaften“ derselben Muttergesellschaft erfasst. Dies geht bereits aus den Erläuterungen hervor, wonach „nicht nur der Fall einer Beauftragung zwischen zwei ‚Schwestern‘ derselben ‚Mutter‘ (. . .), sondern etwa auch der Fall der Beauftragung zwischen einer ‚Tochter‘ und einer ‚Enkelin‘ desselben öffentlichen Auftraggebers“ abgedeckt wird“.⁶⁰

Gemäß Abs 1 Z 2 lit b leg cit ist eine horizontale Inhouse-Vergabe nur dann zu bejahen, wenn die Tochter- oder die Enkelgesellschaft Aufträge „an einen anderen von dem ihn **kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber** kontrollierten Rechtsträger vergibt.“ Der ausdrückliche Wortlaut der BVergG-Novelle geht vom Singular, dh dem **kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber** aus. Somit muss diese Bestimmung wohl dahingehend verstanden werden, dass eine horizontale Inhouse-Vergabe nur für Konstellationen vorgesehen ist, in welchen zwei Einrichtungen von ein und dem-

⁵⁸ 69 BlgNR 26. GP, 41.

⁵⁹ Vgl ua *Ziekow*: Inhouse-Geschäft und öffentlich-öffentliche Kooperationen: Neues vom europäischen Vergaberecht?, NZBau 2015, 260.

⁶⁰ 69 BlgNR 26. GP, 42.

selben Auftraggeber, nicht hingegen von mehreren Auftraggebern, kontrolliert werden. Dieses Ergebnis wird durch den Wortlaut der zugrundeliegenden Richtlinien-Bestimmungen untermauert. Art 12 Abs 2 der Vergaberichtlinie folgend umfasst der Ausnahmetatbestand des horizontalen Inhouse-Privilegs jene Fälle, in welchen „eine kontrollierte juristische Person (. . .) einen Auftrag an (. . .) eine andere **von demselben öffentlichen Auftraggeber** kontrollierte juristische Person vergibt.“ Auch in der Richtlinie ist daher von einem (Singular), konkret **demselben** öffentlichen Auftraggeber die Rede. Richtig ist zwar, dass weder die Erläuterungen zur BVergG-Novelle noch die Erwägungsgründe der Richtlinien eine horizontale Inhouse-Vergabe zwischen zwei von mehreren Auftraggebern kontrollierten Einrichtungen explizit für (un-)zulässig erklären. Auf Grundlage des Wortlauts muss jedoch davon ausgegangen werden, dass eine horizontale Inhouse-Vergabe nur dann in Betracht kommt, wenn die beiden involvierten Einrichtungen ausschließlich von einem einzigen öffentlichen Auftraggeber kontrolliert werden. Diese Annahme wird grundsätzlich auch in der Literatur getroffen.⁶¹ In der Literatur wird jedoch für die Zulässigkeit der Inhouse-Vergabe die Möglichkeit der „*Beauftragung übers Eck*“ ins Treffen geführt: Bei Bejahung der Zulässigkeit der umgekehrten Inhouse-Vergabe („Bottom-Up“-Vergabe) bei mehreren Auftraggebern könnte eine auf diesem Wege von der Tochter/Enkeltochter beauftragte Mutter den Auftrag wiederum über die klassische Inhouse-Vergabe an die Tochter / Enkeltochter weitergeben. „Es vermag daher kaum zu überzeugen, warum dann nicht eine direkte Beauftragung der Halbschwester zulässig sein soll.“⁶² Die Zulässigkeit der direkten Beauftragung wird aber aufgrund des klaren Wortlautes scheitern. In der Umwegkonstellation („Beauftragung übers Eck“) ist die, alle Gesellschaften kontrollierende (und letztlich herrschende) Mutter involviert – anders als in der Konstellation der direkten Beauftragung.

- (4) Aber auch „Top-Down“ Inhouse-Vergaben bei **von mehreren Auftraggebern kontrollierten Einrichtungen** sind gemäß § 10 Abs 1 Z 3, § 179 Abs 1 Z 3 BVergG ausgenommen:

Ausgenommen sind Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber oder öffentlicher Sektorenauftraggeber durch einen Rechtsträger erbringen lässt, a) über den der Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern bzw öffentlichen Sektorenauftraggebern eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, b) mehr als 80% der Tätigkeiten des kontrollierten Rechtsträgers der Ausführung der Aufgaben dienen, mit denen er von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern oder von anderen von diesen öffentlichen Auftraggebern kontrollierten Rechtsträgern betraut wurde, und c) keine direkte private Kapitalbeteiligung am kontrollierten Rechtsträger besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne

⁶¹ Vgl bspw *Stalzer*, welcher bereits bei einer Inhouse-Vergabe zwischen Schwestergesellschaften, welche durch die gleichen Muttergesellschaften gemeinsam kontrolliert werden, eine „zurückhaltende Haltung“ nahelegt (*Stalzer*: Die „neue“ In-House-Vergabe, *ecolex* 2017, 492).

⁶² So auch *Hoffmann/Schulz/Gottberg*: Zulässige Inhouse-Vergabe im Konzern öffentliche Verwaltung, *KommJur* 2017, 249.

Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit dem AEUV durch gesetzliche Bestimmungen eines Mitgliedstaates vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss auf den kontrollierten Rechtsträger vermitteln.

Eine gemeinsame Kontrolle im Sinne von Abs 1 Z 3 lit a leg cit liegt vor, wenn

1. die beschlussfassenden Organe des kontrollierten Rechtsträgers sich aus Vertretern sämtlicher beteiligter öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen, wobei einzelne Vertreter mehrere oder alle beteiligten öffentlichen Auftraggeber vertreten können,
2. die beteiligten öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen des kontrollierten Rechtsträgers ausüben können und
3. der kontrollierte Rechtsträger keine Interessen verfolgt, die denen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen (§ 10 Abs 2, § 179 Abs 2 BVergG).

Hingegen wird wiederum eine „*Bottom-Up*“ Inhouse-Vergabe einer derart kontrollierten Einrichtung in den Erläuterungen zur BVergG-Novelle explizit ausgeschlossen.⁶³

- (5) Nach Abs 3 leg cit sind bestimmte **öffentlich-öffentliche Kooperationen** ausgeschlossen. Es handelt sich dabei um Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder zwischen öffentlichen Sektorenauftraggeber.

Voraussetzung ist zunächst, dass der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Auftraggebern begründet oder implementiert, mit der sichergestellt werden soll, dass von den beteiligten Auftraggebern zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden können. Weiters muss die Implementierung dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt werden. Schließlich erbringen die beteiligten Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20% der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

Hinsichtlich des kooperativen Konzepts ist ua relevant, dass alle Partner einen Beitrag leisten, der über „eine allfällig vorgesehene Entgeltzahlung hinausgeht“.⁶⁴ Von Bedeutung ist, dass allen Kooperationspartnern eine idente Aufgabe obliegt.

2.4 Grundsätze

In § 20 und § 193 BVergG werden die allgemeinen Grundsätze von Ausschreibungen normiert, die sich kurz wie folgt auflisten lassen:

- ▶ Freier und lauterer Wettbewerb,
- ▶ Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter,

⁶³ 69 BlgNR 26. GP, 43.

⁶⁴ 69 BlgNR 26. GP, 43.

2. Das BVergG

- ▶ Beachtung der Grundfreiheiten und des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots,
- ▶ Transparenzgebot,
- ▶ Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,
- ▶ Vergabe an geeignete Unternehmer,
- ▶ Vergabe zu angemessenen Preisen,
- ▶ Absicht des Auftraggebers, die Leistung tatsächlich zu vergeben,
- ▶ Vertraulichkeit,
- ▶ Umweltgerechtigkeit der Leistung wie auch Berücksichtigung des Tierschutzes,
- ▶ Möglichkeit der Berücksichtigung sozialer Belange,
- ▶ Bedachtnahme auf innovative Aspekte,
- ▶ Teilnahmemöglichkeit der KMU,
- ▶ Keine Umgehung des BVergG.

Diese Grundsätze werden durch speziellere Regelungen im BVergG näher präzisiert. Es erfolgen weitergehende Anordnungen an die Auftraggeber für die konkrete Vergabe.

2.4.1 Wettbewerbsgrundsatz

Die in § 20 Abs 1, § 193 Abs 1 BVergG normierten Grundsätze gelten grundsätzlich für **alle Verfahren nach dem BVergG**.

Als Klarstellung wird explizit normiert, dass Aufträge unter Beachtung der **gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten** sowie des **Diskriminierungsverbots** zu vergeben sind.

Wettbewerb ist **Grundlage** und ein **Ziel** des BVergG.

2.4.1.1 Beteiligung subventionierter Bieter

Wie der EuGH ausführte, stellt die Tatsache allein, dass ein öffentlicher Auftraggeber ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zulässt, die entweder von ihm selbst oder von anderen öffentlichen Auftraggeber **Zuwendungen** gleich welcher Art erhalten, die es ihnen ermöglichen, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer Mitbewerber liegen, die keine solche Zuwendung erhalten, weder eine versteckte Diskriminierung noch eine mit dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbare Beschränkung dar.⁶⁵

⁶⁵ EuGH 7. 12. 2000, C-94/99 (ARGE Gewässerschutz).

2.4.1.2 Mehrfachbeteiligung eines Unternehmers

Im Falle der **Beteiligung eines Bieters an mehreren Bietergemeinschaften**, liegt nach Ansicht des BVA eine unzulässige Bieterabsprache vor, der eine wettbewerbsverfälschende und -behindernde Wirkung zukommt. Der (ehemalige) NÖ UVS stellt hingegen auf eine konkrete Wettbewerbsbeeinflussung ab.⁶⁶ Die **Doppelfunktion als Bieter und Subunternehmer** stellt ebenfalls nur dann eine wettbewerbswidrige Abrede dar, wenn es zur Einflussnahme auf den Angebotsinhalt eines Bieters oder zur Kenntnis von im Rahmen der Angebotsbewertung wesentlichen Inhalten eines anderen Angebots gekommen ist und auch ohne die Teilnahme des in Mehrfachfunktion auftretenden Bieters/Subunternehmers keine ausreichende Anzahl von Angeboten zu erwarten ist.⁶⁷

2.4.1.3 Abgabe zweier Angebote/Angebote von verbundenen Bietern

Problematisch ist nach der Judikatur die mehrfache Abgabe von Angeboten. So hatte etwa der VKS Wien den Fall zu beurteilen, dass eine natürliche Person ein Angebot als Einzelunternehmer und ein Angebot als Geschäftsführer einer GmbH unterfertigte. Nach Ansicht der Vergabekontrollbehörde bedinge dies die Kenntnis des Inhalts beider Angebote. Dies stelle einen Verstoß gegen § 20 Abs 1 BVergG dar und führe zum Ausscheiden beider Angebote.⁶⁸

Miteinander verbundene Bieter, die in ein und demselben Verfahren gesonderte Angebote abgeben sind, nicht verpflichtet, dem Auftraggeber von sich aus ihre Verbindung offen zu legen, wenn keine besondere Verpflichtung vorgesehen ist. Verfügt der Auftraggeber in einer derartigen Konstellation über Anhaltspunkte, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit aufkommen lassen, so hat er zusätzliche Informationen von diesen Bietern anzufordern.⁶⁹

2.4.2 Vergabe zu angemessenen Preisen

Dieser Grundsatz wird durch §§ 137, 138 Abs 5 bis 7 und §§ 300, 301 Abs 3 und 4 BVergG (Prüfung der Angemessenheit der Preise – vertiefte Angebotsprüfung; diese Bestimmungen wurden mit den jüngsten Novellen präzisiert) und § 141 Abs 1 Z 3, § 302 Abs 1 Z 3 BVergG näher geregelt.

2.4.3 Vergabe an geeignete Unternehmer

Der Auftragnehmer muss nach dem in § 20 Abs 1, § 193 Abs 1 BVergG normierten Grundsatz befugt, wirtschaftlich und technisch leistungsfähig sowie zuverlässig, somit geeignet sein.

⁶⁶ UVS NÖ 7. 3. 2002, Senat-AB-02-1004.

⁶⁷ Siehe BVA 2. 10. 2001, N-80/01-19; BVA 19. 10. 2009, N/0098-BVA/13/2009-25. Vgl auch zur Mehrfachbeteiligung und der Möglichkeit des Freibeweises EuGH 23. 12. 2009, C-376/08 (Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Srl).

⁶⁸ VKS Wien 25. 11. 2010, VKS-10684/10.

⁶⁹ EuGH 17. 5. 2018, C-531/16 (*Specializuotas transportas*).

Ist ein Unternehmer nicht geeignet, so ist sein Angebot gemäß § 141 Abs 1 Z 1 oder 2, § 302 Abs 1 Z 1 oder 2 BVergG **auszuscheiden** oder ist dieser im Rahmen eines zweistufigen Vergabeverfahrens eben **nicht** zur Angebotsabgabe **einzuladen**.

2.4.4 Vorarbeiten-Problematik

Im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über Bewerber und Bieter (§§ 25, 198 BVergG) wird festgelegt, dass Unternehmer, die an den Vorarbeiten für eine Ausschreibung unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind, sowie mit diesen verbundene Unternehmer, von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen sind, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre.

Ist ein Unternehmer unzulässigerweise an **Vorarbeiten** beteiligt, so zieht dies zwingend das Ausscheiden des Angebots des beteiligten Bieters nach sich.

Zweck der Vorarbeitenregelung ist, dass Unternehmer nicht dadurch, dass sie an Vorarbeiten beteiligt sind, etwa zeitliche, technische oder wirtschaftliche Vorteile, allgemein Wettbewerbsvorteile, erlangen sollen.

Nicht jede Teilnahme an Vorarbeiten für eine Ausschreibung wird mit dem Ausscheiden „sanktioniert“, sondern nur dann, wenn durch die Beteiligung eines Unternehmens an der **Erarbeitung der Unterlagen** ein fairer und lauterer Wettbewerb **ausgeschlossen wäre**.

Nach der Judikatur des VfGH treffen den Auftraggeber bei Beteiligung eines Unternehmens an den Vorarbeiten zu einer Ausschreibung **mindestens folgende Pflichten**:

- ▶ Er hat **alle erhobenen Daten unaufgefordert allen Bewerbern gemeinsam mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung zu stellen**. Er darf sich dabei insbesondere nicht darauf verlassen, dass die Bewerber die Informationen auf anderen Wegen erhalten könnten.
- ▶ Er hat sicherzustellen, dass die **Daten** eines solchen Versuches **vollständig und objektiv überprüfbar erhoben werden**. Dazu ist es notwendig, eine von dem an den Vorarbeiten beteiligten Unternehmen unabhängige Instanz zur Datenerhebung und -sammlung einzurichten. Soweit er dies nicht aus eigenem Vermögen, hat er einen geeigneten Dritten damit zu betrauen, um sicherzustellen, dass das beauftragte Unternehmen keine Daten oder Erfahrungswerte zurückhalten kann.⁷⁰

Nach § 49 Abs 1 und § 218 Abs 1 BVergG ist auch jede Mitwirkung von Dritten an der Vorbereitung einer Ausschreibung zu dokumentieren. Die Dokumentation ist für mindestens drei Jahre ab Zuschlagserteilung aufzubewahren.

2.4.5 Vergabeabsicht

Vor der Bekanntmachung der Absicht, einen Auftrag vergeben zu wollen, muss definitiv feststehen, dass dieser auch tatsächlich zur Vergabe geführt werden soll.

⁷⁰ VfGH 20. 6. 2001, B 1560/00.

Ab dem Beginn der Angebotsfrist kann eine Ausschreibung nur mehr, gesetzlich vorgegeben, nach den Regeln der §§ 148 ff und 310 f BVergG widerrufen werden. Eine unzulässige Beendigung des Vergabeverfahrens durch Widerruf kann nicht nur zur Nichtigklärung, sondern auch zu Schadenersatzverpflichtungen des Auftraggebers führen.

Der Auftraggeber soll durch diese Bestimmung in einem gewissen Ausmaß gezwungen sein, bereits bei Konzeption der Ausschreibung Kapazitäten aufzutun, die er gerade durch die externe Vergabe der Leistung nicht selbst aufwenden möchte oder kann.

2.4.6 Vermeidung von Interessenkonflikten

Mit der Vergabennovelle 2018 wurde klargestellt, dass Interessenkonflikte zu vermeiden sind. Die neuen Regelungen sollen den Wettbewerbsgrundsatz wie auch die Gleichbehandlung aller Bieter sicherstellen. Nach §§ 26, 199 BVergG liegt ein Interessenkonflikt jedenfalls dann vor, wenn Mitarbeiter eines Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können, direkt oder indirekt ein finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte.

Der Auftraggeber hat geeignete Maßnahmen zur wirksamen Verhinderung, Aufdeckung und Behebung von sich bei der Durchführung von Vergabeverfahren ergebenden Interessenkonflikten zu treffen, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und eine Gleichbehandlung aller Unternehmer zu gewährleisten.

2.4.7 Markterkundung

Nach §§ 24, 197 BVergG können Markterkundungen vor Einleitung eines Vergabeverfahrens zur Vorbereitung durchgeführt werden. Der Auftraggeber kann potentiell interessierte Unternehmer über seine Pläne und Anforderungen informieren. Im Rahmen der Markterkundungen kann sich der Auftraggeber insbesondere von Dritten beraten lassen. Er kann die solcherart eingeholten Informationen für die Planung und Durchführung des Vergabeverfahrens nutzen, sofern dadurch der Wettbewerb nicht verzerrt oder gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoßen wird.

Zu beachten ist, dass im Falle von entgeltlichen Informationsvorgängen (zB Beratung) ein gesonderter Auftrag vorliegen kann, welcher nach den allgemeinen Regelungen zu beurteilen ist.

2.4.8 Schutz der Vertraulichkeit, Verwertungsrechte

Die §§ 27, 200 BVergG beinhalten nunmehr allgemeine Regelungen über den Schutz vertraulicher Informationen. Es handelt sich um wechselseitige Schutzpflichten.

2.5 Vergabeverfahren

2.5.1 Arten von Vergabeverfahren

In § 31 und § 203 BVergG werden die zulässigen Arten der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge angeführt.

Es handelt sich dabei um folgende Verfahrensarten:

- ▶ offene Verfahren,
- ▶ nicht offene Verfahren,
- ▶ Verhandlungsverfahren,
- ▶ Rahmenvereinbarung,
- ▶ Dynamische Beschaffungssysteme,
- ▶ wettbewerblicher Dialog,
- ▶ Innovationspartnerschaften,
- ▶ Direktvergaben,
- ▶ Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung.

2.5.2 Allgemeines

Die abschließend angeführten Arten der Vergabeverfahren dürfen weder vermischt werden, noch darf zwischen den einzelnen Formen gewechselt werden („**numerus clausus**“).

Bieter haben ein durchsetzbares Recht auf ordnungsgemäße, dh rechtskonforme Wahl und auch Durchführung des Vergabeverfahrens. Dies ergibt sich bereits aus § 20 Abs 1 BVergG, wonach „Aufträge über Leistungen (. . .) nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren (. . .) zu vergeben“ sind.

Würde etwa ein Auftraggeber im Rahmen eines offenen Verfahrens zB zunächst eine technische Prüfung vornehmen und aufgrund dieser Prüfung entscheiden, welche Angebote geöffnet werden können, so handelt er jedenfalls vergaberechtswidrig.

Unter dem Begriff des **Wettbewerbes** hingegen werden zwei Arten zusammengefasst: Der Ideenwettbewerb und der Realisierungswettbewerb.

Ideenwettbewerbe sind gemäß § 32 Abs 2 und § 204 Abs 2 BVergG Auslobungsverfahren, die dazu dienen, dem Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber insbesondere auf den Gebieten der Raumplanung, der Stadtplanung, der Architektur und des Bauwesens, der Werbung oder der Datenverarbeitung einen Plan oder eine Planung zu verschaffen, dessen oder deren Auswahl durch ein Preisgericht auf Grund vergleichender Beurteilung mit oder ohne Verteilung von Preisen erfolgt.

Realisierungswettbewerbe hingegen sind Wettbewerbe, bei denen im Anschluss an die Durchführung eines derartigen Auslobungsverfahrens ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags durchgeführt wird (§ 32 Abs 3 und § 204 Abs 3 BVergG).

Wettbewerbe sind, da diese selbst nicht mit einem Vertragsabschluss enden, nicht zu den genannten Vergabeverfahren zu zählen, sie können jedoch einem Vergabeverfahren vorgeschaltet werden (vgl § 37 Abs 1 Z 7, § 206 Abs 1 Z 11 BVergG).

Nach §§ 163 ff und 324 ff BVergG bestehen auch hier gewisse Verpflichtungen des potentiellen Auftraggebers, die vom einzelnen Wettbewerbsteilnehmer durchsetzbar sind.

2.5.3 Verfahren mit und ohne Bekanntmachung

Grundsätzlich lassen sich die Verfahrensarten in jene **mit und ohne Vergabebekanntmachung** unterteilen.

Eine zwingende Bekanntmachung hat beim offenen Verfahren zu erfolgen. Beim nicht offenen und beim Verhandlungsverfahren, aber auch bei der Direktvergabe kann eine Bekanntmachung nur ausnahmsweise unterbleiben.

Bei Beschaffungen im **Oberschwellenbereich** erfolgen die entsprechenden Bekanntmachungen jedenfalls im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften.⁷¹

Auftraggeber haben für diese sogenannte **Standardformulare** zu verwenden und bei der Beschreibung der Leistung die CPV⁷²-Nomenklatur heranzuziehen.⁷³

Bekanntmachungen in österreichischen Publikationsmedien dürfen nicht vor dem Tag der Absendung der gemeinschaftsweiten Bekanntmachung veröffentlicht werden.

Nach den jeweiligen landesspezifischen Verordnungen und der PublikationsmedienVO des Bundeskanzlers haben Bekanntmachungen in folgenden Medien zu erfolgen (auf die Möglichkeit der Bekanntmachung über www.lieferanzeiger.at wird hingewiesen):

Burgenland: www.burgenland.gv.at

Kärnten: www.ktn.gv.at/ausschreibungen (vgl nunmehr <https://ktn.vergabeportal.at/List>)

Niederösterreich: Amtliche Nachrichten der Niederösterreichischen Landesregierung oder im Internet (vgl nunmehr <http://www.noel.gv.at/noel/Ausschreibungen-Liegenschaften/Bekanntmachungen.html>)

Oberösterreich: Homepage des Landes Oberösterreich (www.landoberoesterreich.gv.at) (vgl nunmehr <http://www.land-oberoesterreich.gv.at/33221.htm>)

⁷¹ Abrufbar unter <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>.

⁷² CPV = Common Procurement Vocabulary.

⁷³ Vgl VO (EG) Nr 2195/2002, ABI Nr L 340 vom 16. 12. 2002 idgF.

2. Das BVergG

Salzburg: im Internet unter der Adresse www.salzburg.gv.at (vgl nunmehr https://www.salzburg.gv.at/verwaltung_/Seiten/ausschreibungen.aspx)

Steiermark: Grazer Zeitung – Amtsblatt für die Steiermark“ oder im Internet (vgl nunmehr <https://steiermark.vergabeportal.at/>)

Tirol: Bote für Tirol (vgl nunmehr <https://www.tirol.gv.at/buergerservice/ausschreibungen/>)

Vorarlberg: www.vorarlberg.at (vgl nunmehr http://www.vorarlberg.gv.at/vorarlberg/service/a_f/ausschreibungen/aktuelleveroeffentlichung.htm)

Wien: im Internet unter der Adresse www.gemeinderecht.wien.at (vgl nunmehr <https://www.wien.gv.at/wirtschaft/auftraggeber-stadt/bekanntmachungen.html>)

Bund: Online-Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers als Teil des „Amtsblattes zur Wiener Zeitung“ (vgl nunmehr <http://www.pep-online.at/CP/WZOnlineSearch.aspx>)

Die Veröffentlichungen innerhalb Österreichs haben (bei Zutreffen) den Tag der Absendung an die Kommission anzugeben und dürfen keine Informationen enthalten, die über die gemeinschaftsweite Bekanntmachung hinausgehen.

Auch Berichtigungen von Bekanntmachungen sind so bekannt zu machen wie die ursprüngliche Bekanntmachung.

Die Festlegung der maßgeblichen österreichischen Publikationsmedien erfolgte durch Verordnungen des Bundeskanzlers und der jeweiligen Landesregierungen.

Im **Unterschwelbereich** hat keine gemeinschaftsweite Veröffentlichung zu erfolgen. Es genügt eine nationale Bekanntmachung. Der Mindestinhalt der Bekanntmachung ergibt sich aus Anhang VIII des BVergG.

Dem Auftraggeber steht es offen, **vor** Einleitung eines konkreten Vergabeverfahrens im Oberschwelbereich eine **Vorinformation**⁷⁴ oder ein **Beschafferprofil**⁷⁵ zu veröffentlichen. Diese Bekanntmachungen ersetzen nicht die erforderliche Vergabebekanntmachung für das einzelne Vergabeverfahren selbst. Es kann aber etwa die für die Angebotsfrist vorgesehene gesetzliche Mindestfrist verkürzt werden:

Im offenen, im nicht offenen Verfahren und Verhandlungsverfahren jeweils mit vorheriger Bekanntmachung besteht die Möglichkeit die Angebotsfrist im offenen Verfahren auf 15 Tage und in den genannten zweistufigen Verfahren auf 10 Tage zu verkürzen, wenn mindestens 35 Tage, aber höchstens 12 Monate vor dem Zeitpunkt der Absendung der konkreten Bekanntmachung eine Vorinformation veröffentlicht wurde, welche alle Anga-

⁷⁴ Im Sektorenbereich regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung.

⁷⁵ Das Beschafferprofil kann Bekanntmachungen, Angaben über laufende Vergabeverfahren, geplante Aufträge, vergebene Aufträge, widerrufen Verfahren sowie alle sonstigen Informationen betreffend ein Vergabeverfahren oder Informationen von allgemeinem Interesse wie Kontaktstelle, Telefonnummer, Postanschrift und elektronische Adresse enthalten.

ben enthielt, die zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vorinformation vorlagen (§ 73 BVergG).

Hinweis: Generell wurden die (Mindest-)Fristen mit dem BVergG 2018 neu geregelt.

2.5.4 Ein-, zwei- und dreistufige Verfahren

Weiters lassen sich die Verfahrensarten nach den durchzuführenden Schritten einteilen.

Das **offene Verfahren** ist als einstufiges Verfahren konzipiert: Die Eignungsprüfung und die Angebotsbewertung erfolgen zwar rechtlich getrennt in zwei Schritten, doch nicht in unterschiedlichen Verfahrensabschnitten.

Beim **nicht offenen Verfahren** und beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung erfolgt in der ersten Stufe die Überprüfung der Eignung der Bieter, erst in einem zweiten Schritt werden die „am besten“ geeigneten Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert.

Mit dem BVergG 2006 wurde mit dem sogenannten **wettbewerblichen Dialog** ein dreistufiges Vergabeverfahren eingeführt. Zwischen der Teilnahme- und der Angebotsphase ist eine Dialogphase eingebettet, in welcher der Auftraggeber einen Dialog mit dem Ziel führt, Lösungen zu ermitteln, wie seine Bedürfnisse und Anforderungen am besten erfüllt werden können.

Auch die neue Verfahrensart der **Innovationspartnerschaft** ist als mehrstufiger Prozess abgebildet (vgl dazu im Detail §§ 118 ff, 285 ff BVergG).

2.5.5 E-Procurement

Beim sogenannten E-Procurement („elektronische Auftragsvergabe“) handelt es sich nicht um eine besondere Verfahrensart, sondern es wird darunter die elektronische Abwicklung der genannten Verfahrensarten verstanden. Mit der BVergG-Novelle 2018 ist auch eine vollständige elektronische Kommunikation angestrebt. Die elektronische Abwicklung stellt einen zentralen Inhalt dar.

Ab 18. 10. 2018 sollen die zentralen Regelungen in Kraft treten. Va werden auch Angebote elektronisch abzugeben sein (vgl § 126 Abs 2 iSd Art 2 des Vergabereformgesetzes 2018). Zur elektronischen Kommunikation s va §§ 48, 217 BVergG.

2.5.6 Elektronische Auktion

Mit dem BVergG 2002 wurde erstmals die Möglichkeit vorgesehen, eine sogenannte **elektronische Auktion** durchzuführen, bis dato jedoch nur für den Unterschwellenbereich. Das BVergG 2006 weitete die Wahl der Auftragsvergabe im Wege einer elektronischen Auktion auch auf den Oberschwellenbereich aus.

Nach der in § 156 Abs 1 und § 317 Abs 1 BVergG festgelegten Definition ist eine elektronische Auktion ein iteratives Verfahren zur Ermittlung des Angebots, dem der Zuschlag erteilt werden soll, bei dem mittels einer elektronischen Vorrichtung nach einer ersten vollständigen Bewertung der Angebote jeweils neue, nach unten korrigierte Preise und/oder neue, auf bestimmte Komponenten der Angebote abstellende Werte vorgelegt werden, und das eine automatische Klassifikation dieser Angebote ermöglicht.

Zu unterscheiden ist zwischen der **einfachen elektronischen Auktion** und der **sonstigen elektronischen Auktion**. Bei ersterer ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen; bei zweiter dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot. Auf die Besonderen Bestimmungen in den §§ 156 ff, 317 ff BVergG wird hingewiesen.

2.5.7 Offenes Verfahren

Beim **offenen Verfahren** richtet sich der Auftraggeber an eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern. Jeder kann sich damit an einem offenen Vergabeverfahren beteiligen. Gebietsmäßige Beschränkungen sind unzulässig. Der Auftraggeber hat an Unternehmer, die vor Ablauf der Angebotsfrist dem Auftraggeber gegenüber ihr Interesse an einem bestimmten offenen Verfahren bekunden, die Ausschreibungsunterlagen unverzüglich abzugeben. Anzahl und Namen der interessierten Unternehmer sind bis zur Angebotseröffnung geheim zu halten.

Für das offene Verfahren ist damit charakteristisch, dass jeder beliebige Anbieter teilnehmen darf und nicht von vornherein Beschränkungen auferlegt werden dürfen.

Der Ablauf eines offenen Verfahrens lässt sich kurz wie folgt darstellen:

- ▶ eventuell Vorinformation, regelmäßige Bekanntmachungen,
- ▶ Bekanntmachung,
- ▶ Anforderung der Ausschreibungsunterlagen durch interessierte Unternehmer, zusätzliche Auskünfte über die Ausschreibungsunterlagen,
- ▶ während der Angebotsfrist Entgegennahme und Verwahrung der Angebote,
- ▶ Öffnung der Angebote,
- ▶ Prüfung der Angebote,
- ▶ Ausscheiden von Angeboten und Bekanntgabe,
- ▶ Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien,
- ▶ Zuschlagsentscheidung und Mitteilung,
- ▶ Stillhaltefrist innerhalb welcher der Zuschlag nicht erteilt werden darf,
- ▶ Zuschlag, gleichzeitig Vertragsabschluss und Benachrichtigung der übrigen Bieter, Beendigung des Vergabeverfahrens,
- ▶ Vergabevermerk und Bekanntmachung.

Zu beachten ist, dass es dem Auftraggeber während des offenen, aber auch des nicht offenen Verfahrens nicht gestattet ist, mit dem Bieter über eine **Angebotsänderung** zu **verhandeln**. Aber auch der Bieter ist während der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden (§ 131 Abs 2, § 297 Abs 2 BVergG), welchem unverändert zugeschlagen werden soll. Dadurch soll sichergestellt werden, dass jeder Bieter die gleiche Chance auf den Zuschlag hat und dass der Zuschlag auf ein Angebot nur zu jenem Preis erteilt wird, der auch bei der Angebotseröffnung verlesen wurde.

Zulässig sind gemäß § 139 Abs 1 BVergG hingegen **Aufklärungsgespräche** zur Einholung von Auskünften über die Eignung sowie von Auskünften, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind. Prinzipiell dürfen aber auch diese Aufklärungen des Bieters nicht zu einer inhaltlichen Abänderung des ursprünglichen Angebots führen, die diesem Bieter einen Wettbewerbsvorsprung einräumen würden.

Zur Angebotsfrist s Punkt 2.6.

2.5.8 Nicht offenes Verfahren

Beim **nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung** werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert, wohingegen beim nicht offenen Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung direkt – ohne Zwischenschaltung einer formalisierten ersten Phase zur Prüfung der Eignung – eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen zur Angebotsabgabe eingeladen wird.

Beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung handelt es sich um ein zweistufiges Verfahren: Zunächst sind die Bewerber aufgefordert, ihre Eignung für den konkreten Auftrag mittels eines sog Teilnahme- oder Bewerbungsantrags aufgrund der vom Auftraggeber festgelegten Eignungsnachweise gemäß §§ 80 ff, 251 ff BVergG darzutun. Im Anschluss sind die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe einzuladen.

Beim **nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung** entfällt diese formalisierte erste Stufe. Jedoch darf die Einladung zur Angebotsabgabe nur an geeignete Unternehmer erfolgen und hat dies der Auftraggeber vorab zu prüfen und festzuhalten (§ 122 Abs 1 BVergG).

Die Eignung eines potentiellen Bieters muss jedenfalls zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe vorliegen, weshalb ein späterer Erwerb zB der Befugnis unbeachtlich ist. Prinzipiell ist die Anzahl der einzuladenden Unternehmer entsprechend der Leistung zu wählen. Bei Durchführung eines nicht offenen Verfahrens (mit oder ohne vorherige Bekanntmachung) sind im Unterschwellenbereich zumindest drei Unternehmer zur Angebotsabgabe einzuladen. Bei Durchführung eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich darf die Zahl nicht unter fünf liegen (vgl § 122 Abs 3, § 123 Abs 4 BVergG).

Im Zuge eines nicht offenen Verfahrens findet schon auf der ersten Stufe ein Wettbewerb unter den interessierten Bewerbern statt. Zwar geht es in dieser Phase noch nicht um ein Angebot für den eigentlichen Auftrag, sondern um die Eignungsprüfung, doch ist diese Phase des Verfahrens ausschlaggebend dafür, ob überhaupt eine Chance auf den Zuschlag in der nächsten Stufe besteht.

Ab dem Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe läuft das nicht offene Verfahren mit und ohne vorherige Bekanntmachung im Wesentlichen gleich dem offenen Verfahren ab, wobei auch hier das Verhandlungsverbot zu beachten ist.

Dabei sind folgende Schritte einzuhalten:

Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung

- ▶ eventuell Vorinformation, regelmäßige Bekanntmachungen,
- ▶ Bekanntmachung,
- ▶ Eingang der Teilnahmeanträge,
- ▶ Eignungsprüfung und Auswahl geeigneter Unternehmer,
- ▶ Benachrichtigung nicht qualifizierter Bewerber und Einladung zur Angebotsabgabe,
- ▶ während der Angebotsfrist Entgegennahme und Verwahrung der Angebote,
- ▶ Öffnung der Angebote,
- ▶ Prüfung der Angebote,
- ▶ Ausscheiden von Angeboten und Bekanntgabe,
- ▶ Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien,
- ▶ Zuschlagsentscheidung und Mitteilung,
- ▶ Stillhaltefrist, innerhalb welcher der Zuschlag nicht erteilt werden darf,
- ▶ Zuschlag, damit gleichzeitig Vertragsabschluss und Beendigung des Vergabeverfahrens,
- ▶ Vergabevermerk und Bekanntmachung.

Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung

- ▶ Vorinformationen, regelmäßige Bekanntmachungen,
- ▶ Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und Versand an qualifizierte Bewerber, Aufforderung zur Angebotsabgabe,
- ▶ während der Angebotsfrist Entgegennahme und Verwahrung der Angebote,
- ▶ Öffnung der Angebote,
- ▶ Prüfung der Angebote,
- ▶ Ausscheiden von Angeboten und Bekanntgabe,
- ▶ Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien,
- ▶ Zuschlagsentscheidung und Mitteilung,

- ▶ Stillhaltefrist, innerhalb welcher der Zuschlag nicht erteilt werden darf,
- ▶ Zuschlag, damit gleichzeitig Vertragsabschluss und Beendigung des Vergabeverfahrens,
- ▶ Vergabevermerk und Bekanntmachung.

Zur Angebots- und Bewerbungsfrist s unter Punkt 2.6.

2.5.9 Verhandlungsverfahren

Nach §§ 123, 281 BVergG handelt es sich beim **Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung** ebenso wie beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung um ein zweistufiges Verfahren.

Hingegen sind beim **Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung** direkt von den in Aussicht genommenen Unternehmern Angebote einzuholen.

Anders als bei den zuvor genannten Vergabeverfahren, ist es beim Verhandlungsverfahren gerade zulässig mit einem oder mehreren ausgewählten Unternehmen über den gesamten Auftragsinhalt zu **verhandeln**, wobei aber va die Grundsätze des fairen und lautereren Wettbewerbs und des Diskriminierungsverbots zu beachten sind. Zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens – auch in mehreren Phasen s §§ 114, 281 BVergG. Zu beachten ist, dass über Zuschlagskriterien oder Mindestanforderungen nicht verhandelt werden darf. Auch über das letztgültige Angebot darf nicht mehr verhandelt werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber nach Angebotsabgabe und während der Verhandlungsphase die Zuschlagskriterien grundsätzlich nicht ändern darf. Reine Preisverhandlungen sind allerdings zulässig.⁷⁶

Insbesondere ist im Sinn des Gleichbehandlungsgebots darauf zu achten, dass die Gegenstände aller mit den Bietern geführten Verhandlungen gleich sind.

Hinweis: Nach § 89 Abs 1, § 260 Abs 1 BVergG sind im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung (somit auch im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung), die Ausschreibungsunterlagen kostenlos, direkt, uneingeschränkt und va vollständig zur Verfügung zu stellen, sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmalig verfügbar ist. Die Ausschreibungsunterlagen sind dann nicht elektronisch zur Verfügung zu stellen, wenn die etwa zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen erforderlich ist.

Weiters darf die Identität der Unternehmer, die die zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen abgerufen haben, Mitarbeitern des Auftraggebers oder der vergebenden Stelle, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können, nicht preisgegeben werden (§ 89 Abs 4, § 260 Abs 4 BVergG).

⁷⁶ 69 BlgNR 26. GP, 140.

Der Auftraggeber hat folgende Schritte einzuhalten:

Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung

- ▶ eventuell Vorinformation, regelmäßige Bekanntmachungen,
- ▶ Bekanntmachung,
- ▶ Eingang der Teilnahmeanträge,
- ▶ Eignungsprüfung und Auswahl geeigneter Unternehmer,
- ▶ Benachrichtigung nicht qualifizierter Bewerber und Einladung zur Angebotsabgabe,
- ▶ während der Angebotsfrist Entgegennahme und Verwahrung der Angebote,
- ▶ Öffnung der Angebote,
- ▶ Prüfung der Angebote,
- ▶ Ausscheiden von Angeboten und Bekanntgabe,
- ▶ Verhandlung(en),
- ▶ Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien,
- ▶ Zuschlagsentscheidung und Mitteilung,
- ▶ Stillhaltefrist, innerhalb welcher der Zuschlag nicht erteilt werden darf,
- ▶ Zuschlag, damit gleichzeitig Vertragsabschluss und Beendigung des Vergabeverfahrens,
- ▶ Vergabevermerk und Bekanntmachung.

Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

- ▶ Vorinformationen, regelmäßige Bekanntmachungen,
- ▶ Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und Versand an qualifizierte Bewerber, Aufforderung zur Angebotsabgabe,
- ▶ während der Angebotsfrist Entgegennahme und Verwahrung der Angebote,
- ▶ Öffnung der Angebote,
- ▶ Prüfung der Angebote und Ausscheiden,
- ▶ Verhandlungen,
- ▶ Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien,
- ▶ Zuschlagsentscheidung und Mitteilung,
- ▶ Stillhaltefrist innerhalb welcher der Zuschlag nicht erteilt werden darf,
- ▶ Zuschlag, damit gleichzeitig Vertragsabschluss und Beendigung des Vergabeverfahrens,
- ▶ Vergabevermerk und Bekanntmachung.

Zur Angebots- und Bewerbungsfrist s unter Punkt 2.6.

2.5.10 Rahmenvereinbarung

Auch die Möglichkeit der Vergabe von **Rahmenvereinbarungen** ist mit dem BVergG 2002 eingeführt worden. Seit dem BVergG 2006 können auch Auftraggeber Rahmenvereinbarungen bei Beschaffungen im Oberschwellenbereich abschließen.

Eine Rahmenvereinbarung ist eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Auf Grund einer Rahmenvereinbarung wird nach Abgabe von Angeboten eine Leistung von einer Partei der Rahmenvereinbarung mit oder ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb bezogen (§ 31 Abs 7 BVergG).

Das Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung lässt sich wie folgt skizzieren (vgl §§ 153 ff BVergG⁷⁷):

- ▶ Bekanntmachung des beabsichtigten Abschlusses einer Rahmenvereinbarung;
- ▶ Ermittlung der Parteien der Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines „regulären, allerdings fiktiven Vergabeverfahrens mit einem oder mit mehreren Unternehmen“;
- ▶ Unverzügliche Verständigung der nicht berücksichtigten Unternehmer, jedenfalls aber zehn Tage nach Abschluss der Bewertung der Angebote;
- ▶ Laufzeit einer Rahmenvereinbarung maximal vier Jahre; ausnahmsweise, insbesondere aufgrund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung, wenn dies sachlich gerechtfertigt werden kann, darf eine längere Laufzeit vorgesehen werden (§ 154 Abs 5 BVergG).

Anschließend kann der Auftraggeber Leistungen aufgrund der abgeschlossenen Rahmenvereinbarung „abrufen“, somit die Einzelaufträge vergeben (dies mit oder ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb).

2.5.11 Dynamische Beschaffungssysteme

Ein dynamisches Beschaffungssystem ist ein vollelektronisches Verfahren für die Beschaffung von Leistungen, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmale den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers genügen. Bei einem dynamischen Beschaffungssystem wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert und alle geeigneten Unternehmer sind während seiner Gültigkeitsdauer zur Teilnahme am System zuzulassen. Bei einem dynamischen Beschaffungssystem wird die Leistung nach einer gesonderten Aufforderung zur Angebotsabgabe von einem Teilnehmer am dynamischen Beschaffungssystem be-

⁷⁷ Zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung im Sektorenbereich s §§ 208, 215 BVergG.

zogen. Ein dynamisches Beschaffungssystem kann in Kategorien von Waren, Bauleistungen oder Dienstleistungen untergliedert werden, die anhand von Merkmalen der vorgesehenen Beschaffung in der betreffenden Kategorie sachlich definiert werden (§ 31 Abs 8 BVergG).

Aufträge sollen im Wege eines dynamischen Beschaffungssystems dann vergeben werden können, wenn das dynamische Beschaffungssystem nach Durchführung eines nicht offenen Verfahrens eingerichtet wurde (vgl va §§ 160 ff, 321 ff BVergG).

2.5.12 Wettbewerblicher Dialog

Im Rahmen dieses Vergabeverfahrens führt der Auftraggeber mit ausgewählten geeigneten Bewerbern einen Dialog über alle Aspekte des Auftrags. Ziel des zwischen der ersten und zweiten Phase eines zweistufigen Verfahrens eingebetteten Dialogs ist es, eine oder mehrere den Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers entsprechende Lösung oder Lösungen zu ermitteln, auf deren Grundlage oder Grundlagen die jeweiligen Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

Beim wettbewerblichen Dialog führt der öffentliche Auftraggeber, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, mit ausgewählten geeigneten Bewerbern einen Dialog über alle Aspekte des Auftrages. Ziel des Dialoges ist es, eine oder mehrere der Ausschreibung entsprechende Lösung oder Lösungen zu ermitteln, auf deren Grundlage die jeweiligen Teilnehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Mit der BVergG 2018-Novelle wurden die Voraussetzungen für die Wahl des wettbewerblichen Dialoges an jene des Verhandlungsverfahrens angeglichen. Der wettbewerbliche Dialog ist daher nicht mehr ausschließlich auf hochkomplexe Auftragsvergaben beschränkt. Auf die besonderen Bestimmungen der §§ 115 ff, 282 ff BVergG wird verwiesen.

2.5.13 Innovationspartnerschaft

Bei einer Innovationspartnerschaft werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte geeignete Bewerber zur Abgabe von Angeboten zur Entwicklung einer innovativen Ware, Bau- oder Dienstleistung aufgefordert. Danach wird über den Auftragsinhalt (Entwicklung und anschließender Erwerb der daraus hervorgehenden Leistung) verhandelt (§ 31 Abs 10, § 203 Abs 10 BVergG).

Für den Abschluss der Innovationspartnerschaft („dh das eigentliche Vergabeverfahren bis zum Zuschlag“) ist ein (besonderes) Verhandlungsverfahren durchzuführen (vgl zB § 120 BVergG). Besonders ist, dass das BVergG auch Regelungen über die Phase nach Zuschlag somit über die Durchführung der Innovationspartnerschaft selbst beinhaltet (vgl zB § 121 BVergG).

2.5.14 Direktvergabe

Bei der Direktvergabe wird eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen. Zulässig ist das Einholen unverbindlicher Preisauskünfte, aber auch das Einholen von Angeboten.

Diese Verfahrensart ist nur im Unterschwellenbereich und nur in bestimmten Ausnahmefällen oder bis zu bestimmten Schwellenwerten zulässig. Eine Direktvergabe ist im klassischen Bereich nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert ohne USt € 50.000,- (bis 31. 12. 2018: € 100.000,-), im Sektorenbereich € 75.000,- (bis 31. 12. 2018: € 100.000,-) nicht erreicht. Auf Direktvergaben gelangt ein gelockertes Vergaberegime zur Anwendung: Einzuhalten sind die Grundsätze des Vergabeverfahrens wie jener der Nichtdiskriminierung. Auch dürfen lediglich geeignete Unternehmer beauftragt werden (vgl §§ 46, 213 BVergG).

Mit der Novelle 2012 wurde die **Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung** (vgl §§ 41 a, 201 a BVergG) als neue Verfahrensart vorgesehen: Eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ist im Unterschwellenbereich nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert

- ▶ bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen € 130.000,- und
- ▶ bei Bauaufträgen € 500.000,- nicht erreicht.

Wie bei der „klassischen“ Direktvergabe nach § 46 BVergG hat die Berechnung des geschätzten Auftragswerts nach den §§ 13 ff BVergG zu erfolgen.

Wesentlicher Unterschied zur genannten Verfahrensart ist, dass der Auftraggeber die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages bekannt zu machen hat.

Diese Bekanntmachung hat dabei zumindest folgende Angaben zu enthalten:

- ▶ Bezeichnung des Auftraggebers,
- ▶ Gegenstand der Leistung sowie Erfüllungsort und Leistungsfrist,
- ▶ Hinweis, wo nähere Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf verfügbar sind und
- ▶ ausdrückliche Bezeichnung als Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung.

Der Auftraggeber hat objektive, nicht diskriminierende und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien für die Auswahl des Unternehmers bzw der Unternehmer, von dem bzw von denen Angebote eingeholt werden, und anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird, festzulegen.

Die jeweilige Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Unternehmers, an welchen ein Auftrag mittels einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden soll, muss spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen und ist anhand von Eignungsnachweisen zu prüfen. Eignungsnachweise sind nur dann nicht

2. Das BVergG

zu verlangen und zu überprüfen, wenn aufgrund der Einschätzung des jeweiligen Mitarbeiters keine Zweifel am Vorliegen der Eignung eines Bieters bestehen.

Der Auftraggeber kann weiters das Verfahren seinen Bedürfnissen entsprechend ein- oder zweistufig gestalten. Nach Zuschlagserteilung hat der Auftraggeber den am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen (dh jene Unternehmer, die sich aufgrund der Bekanntmachung beworben haben und/oder ein Angebot gelegt haben) unverzüglich mitzuteilen, welchem Unternehmer zu welchem Gesamtpreis der Zuschlag erteilt wurde.

Hinweis: Für besondere Dienstleistungen gelten für die Wahl der Direktvergaben höhere Schwellenwerte:

Klassischer Bereich gemäß § 151 Abs 6 BVergG:

€ 100.000,- (auf gesetzlicher Grundlage ohne Befristung) *Direktvergabe*

€ 150.000,- (auf gesetzlicher Grundlage ohne Befristung) *Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung*

Sektorenbereich gemäß § 312 Abs 6 BVergG

€ 150.000,- (auf gesetzlicher Grundlage ohne Befristung) *Direktvergabe*

€ 200.000,- (auf gesetzlicher Grundlage ohne Befristung) *Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung*

Hinsichtlich der Kleinlosregelung im Unterschwellenbereich und die Wahl der Direktvergabe s für Liefer- und Dienstleistungsaufträge § 15 Abs 5, § 16 Abs 6, § 188 Abs 5 und § 189 Abs 6 BVergG.

2.6 Fristen

Im Folgenden werden die im BVergG normierten Teilnahme- und Angebotsfristen dargestellt (zur Zuschlagsfrist s §§ 112, 260 BVergG; zu Übermittlungs- und Auskunftsfristen s §§ 58, 223 BVergG). Es handelt sich dabei um zwingend einzuhaltende **Mindestfristen**, die jedoch in bestimmten Ausnahmefällen verkürzt werden können.

2.6.1 Mindestfristen im Oberschwellenbereich: Klassischer Bereich und Sektorenbereich

§§ 70 bis 74 und §§ 241 bis 246 BVergG

Offenes Verfahren	Fristen	Beginn/Berechnung
Angebotsfrist		
a) normales Verfahren		
Klassischer Bereich	mind 30 Tage	mit Tag der Absendung der Bekanntmachung
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt	um 5 Tage auf mind 35 Tage	
Verlängerung, falls Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 5 Tage auf mind 35 Tage	
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt und Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 10 Tage auf mind 40 Tage	
Verlängerung bei Ortsbesichtigung oder Einsichtnahme in zusätzliche Unterlagen	angemessene Verlängerung	
Verlängerung bei Berichtigungen und zusätzlichen Auskünften	angemessene Verlängerung	
Sektorenbereich	mind 30 Tage	mit Tag der Absendung der Bekanntmachung
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt	um 5 Tage auf mind 35 Tage	
Verlängerung, falls Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 5 Tage auf mind 35 Tage	
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt und Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 10 Tage auf mind 40 Tage	
Verlängerung bei Ortsbesichtigung oder Einsichtnahme in zusätzliche Unterlagen	angemessene Verlängerung	
Verlängerung bei Berichtigungen und zusätzlichen Auskünften	angemessene Verlängerung	

2. Das BVergG

b) beschleunigte Verfahren

Klassischer Bereich

nach Vorinformation (§ 73 Z 1)	auf 15 Tage verkürzt
bei Dringlichkeit (§ 74 Z 1)	auf 15 Tage verkürzt

Sektorenbereich

nach regelmäßiger nicht verbindlicher Bekanntmachung (§ 245)	auf 15 Tage verkürzt
bei Dringlichkeit	auf 15 Tage verkürzt

Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung

Fristen

Beginn/Berechnung

Teilnahmefrist

a) normales Verfahren

Klassischer Bereich	mind 30 Tage	mit Tag der Absendung der Bekanntmachung
Sektorenbereich	mind 15 Tage	mit Tag der Absendung der Bekanntmachung

b) beschleunigte Verfahren

Klassischer Bereich	auf 15 Tage verkürzt
bei Dringlichkeit	verkürzt

Angebotsfrist

a) normales Verfahren

Klassischer Bereich	mind 25 Tage (AG gemäß Anhang III); im Einvernehmen mit den Bewerbern und sonst mind 10 Tage (AG nicht in Anhang III genannt)	mit Tag der Absendung der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten
----------------------------	---	---

Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung	Fristen	Beginn/ Berechnung
Angebotsfrist		
a) normales Verfahren		
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt	um 5 Tage	
Verlängerung, falls Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 5 Tage	
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt und Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 10 Tage	
Verlängerung bei Ortsbesichtigung oder Einsichtnahme in zusätzliche Unterlagen	angemessene Verlängerung	
Verlängerung bei Berichtigungen und zusätzlichen Auskünften	angemessene Verlängerung	
Sektorenbereich	im Einvernehmen mit den Bewerbern und sonst mind 10 Tage	mit Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt	um 5 Tage	
Verlängerung, falls Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 5 Tage	
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt und Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 10 Tage	
Verlängerung bei Ortsbesichtigung oder Einsichtnahme in zusätzliche Unterlagen	angemessene Verlängerung	
Verlängerung bei Berichtigungen und zusätzlichen Auskünften	angemessene Verlängerung	
b) beschleunigte Verfahren		
Klassischer Bereich		
nach Vorinformation	auf 10 Tage verkürzt	

2. Das BVergG

bei Dringlichkeit

auf 10 Tage
verkürzt

Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung	Fristen	Beginn/Berechnung
Teilnahmefrist		
a) normales Verfahren		
Klassischer Bereich	mind 30 Tage	mit Tag der Absen- dung der Bekanntma- chung
Sektorenbereich	mind 15 Tage	mit Absendung der Bekanntmachung
b) beschleunigte Verfahren		
Klassischer Bereich bei Dringlichkeit	mind 15 Tage	mit Tag der Absen- dung der Bekanntma- chung
Angebotsfrist		
Klassischer Bereich	mind 25 Tage (AG gemäß Anhang III); im Einvernehmen mit den Bewerbern und sonst mind 10 Tage (AG nicht in Anhang III ge- nannt)	mit Absendung der Aufforderung
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt	um 5 Tage	
Verlängerung, falls Angebote nicht auf elektro- nischem Weg zu übermitteln	um 5 Tage	
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt und Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 10 Tage	
Verlängerung bei Ortsbesichtigung oder Ein- sichtnahme in zusätzliche Unterlagen	angemessene Ver- längerung	
Verlängerung bei Berichtigungen und zusätzli- chen Auskünften	angemessene Ver- längerung	

Sektorenbereich	im Einvernehmen mit den Bewerbern und sonst mind 10 Tage	mit Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt	um 5 Tage	
Verlängerung, falls Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 5 Tage	
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt und Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 10 Tage	
Verlängerung bei Ortsbesichtigung oder Einsichtnahme in zusätzliche Unterlagen	angemessene Verlängerung	
Verlängerung bei Berichtigungen und zusätzlichen Auskünften	angemessene Verlängerung	

b) beschleunigte Verfahren

Klassischer Bereich	nach Vorinformation	auf 10 Tage verkürzt
	bei Dringlichkeit	auf 10 Tage verkürzt
Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung		Fristen
Angebotsfrist		Beginn/Berechnung
Klassischer Bereich		Keine
Sektorenbereich		Keine
Wettbewerblicher Dialog		Fristen
Teilnahmefrist		Beginn/Berechnung
Klassischer Bereich		mind 30 Tage ab Tag der Absendung der Bekanntmachung
Sektorenbereich		mit 15 Tage ab Tag der Absendung der Bekanntmachung
Angebotsfrist		
Klassischer Bereich		Keine
Sektorenbereich		Keine

2. Das BVergG

Dynamisches Beschaffungssystem	Fristen	Beginn/ Berechnung
Teilnahmefrist		
Klassischer Bereich	mind 30 Tage	ab Tag der Absendung der Bekanntmachung
Sektorenbereich	mind 15 Tage	ab Tag der Absendung der Bekanntmachung
Angebotsfrist		
Klassischer Bereich	mind 10 Tage; im Einvernehmen mit den Bewerbern auch kürzer (AG nicht in Anhang III genannt)	mit Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe
Verlängerung bei Berichtigungen und zusätzlichen Auskünften	angemessene Verlängerung	
Sektorenbereich	mind 10 Tage; im Einvernehmen mit den Bewerbern auch kürzer	mit Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe
Verlängerung bei Berichtigungen und zusätzlichen Auskünften	angemessene Verlängerung	
Innovationspartnerschaft (es gelten die Fristen für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, vgl §§ 120, 287 BVergG)	Fristen	Beginn/ Berechnung
Teilnahmefrist		
a) normales Verfahren		
Klassischer Bereich	mind 30 Tage	mit Tag der Absendung der Bekanntmachung
Sektorenbereich	mind 15 Tage	mit Absendung der Bekanntmachung

b) beschleunigte Verfahren**Klassischer Bereich**

bei Dringlichkeit	mind 15 Tage	mit Tag der Absendung der Bekanntmachung
-------------------	--------------	--

Angebotsfrist**Klassischer Bereich**

	mind 25 Tage (AG gemäß Anhang III); im Einvernehmen mit den Bewerbern und sonst mind 10 Tage (AG nicht in Anhang III ge- nannt)	mit Absendung der Aufforderung
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt	um 5 Tage	
Verlängerung, falls Angebote nicht auf elektro- nischem Weg zu übermitteln	um 5 Tage	
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt und Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 10 Tage	
Verlängerung bei Ortsbesichtigung oder Ein- sichtnahme in zusätzliche Unterlagen	angemessene Ver- längerung	
Verlängerung bei Berichtigungen und zusätzli- chen Auskünften	angemessene Ver- längerung	

Sektorenbereich

	im Einvernehmen mit den Bewerbern und sonst mind 10 Tage	mit Absendung der Aufforderung zur Angebots- abgabe
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt	um 5 Tage	
Verlängerung, falls Angebote nicht auf elektro- nischem Weg zu übermitteln	um 5 Tage	
Verlängerung, falls Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt und Angebote nicht auf elektronischem Weg zu übermitteln	um 10 Tage	
Verlängerung bei Ortsbesichtigung oder Ein- sichtnahme in zusätzliche Unterlagen	angemessene Verlängerung	

2. Das BVergG

Verlängerung bei Berichtigungen und zusätzlichen Auskünften angemessene Verlängerung

b) beschleunigte Verfahren

Klassischer Bereich

nach Vorinformation	auf 10 Tage verkürzt
bei Dringlichkeit	auf 10 Tage verkürzt

2.6.2 Mindestfristen Unterschwellenbereich: Klassischer Bereich und Sektorenbereich

§§ 75 bis 77 und § 247 BVergG:

Offenes Verfahren	Frist	Beginn/ Berechnung
Angebotsfrist		
Klassischer Bereich	mind 20 Tage	mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung
Verkürzung aus Gründen der Dringlichkeit, bei Vorinformation sowie bei Lieferaufträgen über Waren mit allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmalen	Verkürzung möglich	
Sektorenbereich	angemessene Frist	
Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung	Frist	Beginn/ Berechnung
Teilnahmefrist		
a) normales Verfahren		
Klassischer Bereich	mind 14 Tage	mit erstmaliger Verfügbarkeit der Bekanntmachung
Verkürzung aus Gründen der Dringlichkeit, bei Vorinformation sowie bei Lieferaufträgen über Waren mit allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmalen	Verkürzung möglich	
Sektorenbereich	angemessene Frist	

Angebotsfrist		
Klassischer Bereich	mind 10 Tage	mit Tag der Absendung der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten
Verkürzung aus Gründen der Dringlichkeit, bei Vorinformation sowie bei Lieferaufträgen über Waren mit allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmalen	Verkürzung möglich	
Sektorenbereich	angemessene Frist	
Nicht offenes Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung	Frist	Beginn/ Berechnung
Angebotsfrist		
Klassischer Bereich	mind 10 Tage	mit Tag der Absendung der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten
Verkürzung aus Gründen der Dringlichkeit, bei Vorinformation sowie bei Lieferaufträgen über Waren mit allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmalen	Verkürzung möglich	
Sektorenbereich	angemessene Frist	
Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung	Frist	Beginn/ Berechnung
Teilnahmefrist		
Klassischer Bereich	mind 14 Tage	mit erstmaliger Verfügbarkeit der Bekanntmachung
Sektorenbereich	angemessene Frist	
Angebotsfrist		
Klassischer Bereich	mind 10 Tage	mit Tag der Absendung der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten
Verkürzung aus Gründen der Dringlichkeit, bei Vorinformation sowie bei Lieferaufträgen über Waren mit allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmalen	Verkürzung möglich	
Sektorenbereich	angemessene Frist	

2. Das BVergG

Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung		Frist	Beginn/ Berechnung
Angebotsfrist			
Klassischer Bereich		angemessene Frist	
Sektorenbereich		angemessene Frist	
Wettbewerblicher Dialog		Frist	Beginn/ Berechnung
Teilnahmefrist			
Klassischer Bereich		mind 14 Tage	mit erstmaliger Verfügbarkeit der Bekanntmachung
Verkürzung aus Gründen der Dringlichkeit, bei Vorinformation sowie bei Lieferaufträgen über Waren mit allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmalen		Verkürzung möglich	
Sektorenbereich		angemessene Frist	
Dialogphase und Angebotsfrist			
Klassischer Bereich		angemessene Frist	
Sektorenbereich		angemessene Frist	
Dynamisches Beschaffungssystem		Fristen	Beginn/ Berechnung
Teilnahmefrist			
Klassischer Bereich		mind 14 Tage	mit erstmaliger Verfügbarkeit der Bekanntmachung
Verkürzung aus Gründen der Dringlichkeit, bei Vorinformation sowie bei Lieferaufträgen über Waren mit allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmalen		Verkürzung möglich	
Sektorenbereich		angemessene Frist	
Angebotsfrist			
Klassischer Bereich		mind 10 Tage; mit Absendung der im Einvernehmen mit den Bewerbern auch kürzer	mit Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe

Verkürzung aus Gründen der Dringlichkeit, bei Vorinformation sowie bei Lieferaufträgen über Waren mit allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmalen

Verkürzung möglich

Sektorenbereich

angemessene Frist

Innovationspartnerschaft (es gelten die Fristen für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, vgl §§ 120, 287 BVergG)	Fristen	Beginn/ Berechnung
Teilnahmefrist		

Klassischer Bereich

mind 14 Tage mit erstmaliger Verfügbarkeit der Bekanntmachung

Sektorenbereich

angemessene Frist

Angebotsfrist		
----------------------	--	--

Klassischer Bereich

mind 10 Tage mit Tag der Absendung der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten

Verkürzung aus Gründen der Dringlichkeit, bei Vorinformation sowie bei Lieferaufträgen über Waren mit allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmalen

Verkürzung möglich

Sektorenbereich

angemessene Frist

2.7 Wahl der Verfahrensart

Die Wahl der richtigen Verfahrensart ist abhängig von

- ▶ der Art der Leistung,
- ▶ dem Schwellenwert (Ober- oder Unterschwellenbereich und damit der Höhe des geschätzten Auftragswerts),
- ▶ dem „Beschaffungsbereich“ (klassischer Bereich oder Sektorenbereich).

2.7.1 Klassischer Bereich

2.7.1.1 Oberschwellenbereich

Der Auftraggeber kann frei zwischen dem **offenen Verfahren** und dem **nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung** wählen.

Ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung wie auch Direktvergaben sind nur im Unterschwellenbereich zulässig.

Verhandlungsverfahren mit und ohne vorherige Bekanntmachung wie auch der **wettbewerblicher Dialog** sind im klassischen Bereich nur ausnahmsweise und nur in den in §§ 34 ff BVergG angeführten Fällen zulässig. Die dort festgelegten Voraussetzungen sind restriktiv auszulegen, da es sich beim Verhandlungsverfahren um ein Ausnahmeverfahren handelt. Die Beweislast für die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens trifft denjenigen, der sich auf sie berufen will.

2.7.1.2 Unterschwellenbereich

Auch bei im Hinblick auf den monetären Umfang geringeren Beschaffungen gelten die für den Oberschwellenbereich gemachten Ausführungen.

Erleichtert wird die Wahl der Verfahrensarten durch den leichteren Zugang zu **nicht offenen Verfahren** und **Verhandlungsverfahren**. Diesbezüglich wurden Schwellenwerte im Unterschwellenbereich eingeführt⁷⁸:

- ▶ Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung
 - Bauaufträge < € 300.000,- (bis 31. 12. 2018: € 1 Mio)
 - Liefer- und Dienstleistungsaufträge < € 80.000,- (bis 31. 12. 2018: € 100.000,-)
- ▶ Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung
 - Besondere Dienstleistungsaufträge gemäß Anhang XVI < € 750.000,-
 - Liefer- und Dienstleistungsaufträge < € 221.000,-
 - Bauaufträge < € 5.548.000, –
- ▶ Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, wenn
 - der geschätzte Auftragswert € 80.000,- (bis 31. 12. 2018: € 100.000,-) nicht erreicht, oder
 - aufgrund einer besonders günstigen Gelegenheit, die sich für einen sehr kurzen Zeitraum ergeben hat, Waren oder Dienstleistungen von einem Unternehmer zu einem Preis beschafft werden können, der erheblich unter den marktüblichen Preisen liegt.

Zur Zulässigkeit von **Direktvergaben** mit und ohne vorherige Bekanntmachung s unter Punkt 2.5.13.

2.7.2 Sektorenbereich

Im Gegensatz zum „klassischen Bereich“ wird im Sektorenbereich kein Vorrang des offenen und des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung festgelegt. Der

⁷⁸ Siehe in diesem Zusammenhang § 14 Abs 4, § 15 Abs 5, § 16 Abs 6 und § 182 Abs 4, § 183 Abs 5 und § 184 Abs 6 BVergG.

Sektorenauftraggeber kann grundsätzlich **frei** zwischen dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren, dem Verhandlungsverfahren und dem wettbewerblichen Dialog wählen. Voraussetzung ist aber, dass zuvor jeweils eine Bekanntmachung erfolgt ist (§ 205 BVergG).

Eine Bekanntmachung kann im Sektorenbereich in mehreren Formen erfolgen zB durch eine konkrete Vergabebekanntmachung wie auch die Bekanntmachung über die beabsichtigte Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems aber auch durch Bekanntmachung über die beabsichtigte Einrichtung eines Prüfsystems erfolgen (§ 219 BVergG).

Wie im klassischen Bereich sind Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ausnahmsweise in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig.

2.8 Die Ausschreibung

Nach der in § 2 Z 7 BVergG verankerten Legaldefinition ist eine **Ausschreibung** die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmern gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte (Bekanntmachung, Aufruf zum Wettbewerb, Ausschreibungs-, Wettbewerbs- und Auktionsunterlagen, Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim wettbewerblichen Dialog).

Als zentrale Neuerung der Novelle 2018 ist etwa die Regelung über das **Zur-Verfügung-Stellen der Ausschreibungsunterlagen** in den **§§ 89, 260 BVergG** hervorzuheben:

Wird ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt, sind die Ausschreibungsunterlagen ausschließlich **auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt** und **vollständig** zur Verfügung zu stellen, sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmalig verfügbar ist oder die Aufforderung zur Interessensbestätigung übermittelt bzw. bereitgestellt wurde. In der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung ist die Internet-Adresse anzugeben, unter der diese Unterlagen abrufbar sind.

Abweichend davon können die Ausschreibungsunterlagen ausnahmsweise nicht elektronisch zur Verfügung gestellt werden, wenn dies etwa aufgrund von Anforderungen zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen gemäß § 27 Abs 3 BVergG erforderlich ist.

Weiters darf die Identität der Unternehmer, die die zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen abgerufen haben, Mitarbeitern des öffentlichen Auftraggebers oder der vergebenden Stelle, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können, nicht preisgegeben werden.

2.8.1 Grundsätze der Ausschreibung

Kernstück jedes Vergabeverfahrens sind ua die Leistungsbeschreibung, der Leistungsvertrag, die Zuschlags-, Eignungs- und Auswahlkriterien, auf welche im Folgenden noch näher einzugehen ist. Aber auch der künftige Vertrag ist von zentraler Bedeutung.

Die wesentlichen Grundsätze und der wesentliche Inhalt einer Ausschreibung werden in den §§ 88 ff BVergG normiert.⁷⁹

Sofern nicht eine sog „funktionale Leistungsbeschreibung“ erfolgt, sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die **Vergleichbarkeit** der Angebote sichergestellt ist und die Preise **ohne umfangreiche Vorarbeiten** und **ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken** von den Bietern ermittelt werden können (§ 88 Abs 2 BVergG).

Die Beschreibung der Leistung und die sonstigen Bestimmungen sind so abzufassen, dass sie in derselben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Leistungsvertrag verwendet werden können (§ 88 Abs 3 BVergG).

Nach Ablauf der Frist für die Abgabe des Teilnahmeantrages und während der Zuschlagsfrist ist der Auftraggeber an die eigenen Teilnahme- oder Ausschreibungsunterlagen **gebunden**. Ein einseitiges Abgehen würde den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter widersprechen.

Möglich sind jedoch **Berichtigungen** der Ausschreibung während der Angebotsfrist, die den Bewerbern und Bietern bekannt zu geben sind (§ 101 BVergG; zur Berichtigung der Bekanntmachung s § 52 BVergG). Ist dies nicht möglich, so hat die Berichtigung in gleicher Weise wie die Vergabebekanntmachung zu erfolgen. Auf das Erfordernis der Verlängerung der Angebotsfrist bei einer Berichtigung der Bekanntmachung ist zu verweisen.

Einige Änderungen sind jedoch einer Berichtigung nicht zugänglich, sondern führen vor Angebotsabgabe zu einem **Widerruf** der Ausschreibung nach **§ 148 BVergG**.

Auf die Rügeobliegenheit der interessierten Unternehmer gemäß § 125 Abs 6 BVergG ist hinzuweisen.

Zur Nutzung von elektronischen Katalogen s nunmehr § 102 BVergG.⁸⁰

⁷⁹ Zu den Fragen der Preisgestaltung s ua § 29 BVergG.

⁸⁰ Vgl 69 BlgNR 26. GP, 132: „Ein ‚elektronischer Katalog‘ ist ein systematisch strukturiertes Verzeichnis von Leistungen (meist Waren) in einem elektronischen Format, das zumindest Preisinformationen und Leistungsbeschreibungen enthält aber auch durch Abbildungen (Fotos) oder sonstige Informationen zur Leistung (zB Grafiken) ergänzt sein kann. Da der Auftraggeber festlegen muss welche technischen Spezifikationen (und gegebenenfalls Formate) die von den Bietern zu verwendenden elektronischen Kataloge haben müssen, bietet ein elektronischer Katalog somit ein Format zur Darstellung und Gestaltung von Informationen in einer Weise, die allen teilnehmenden Bietern gemeinsam ist und die sich für eine elektronische Bearbeitung eignet.“

2.8.2 Preise

Auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen ist (vgl § 29 BVergG)

- ▶ zu **Einheitspreisen**, wenn sich eine Leistung nach Art und Güte genau, nach Umfang zumindest annähernd bestimmen lässt;
- ▶ zu **Pauschalpreisen**, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, zur Zeit der Ausschreibung hinreichend genau bekannt sind und mit einer Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen ist;
- ▶ zu **Regiepreisen** nur dann, wenn Art, Güte und Umfang der Leistung oder die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, nicht so genau erfasst werden können, dass eine Vergabe nach Einheits- oder Pauschalpreis möglich ist und nur nach dem tatsächlichen Stunden- oder Materialaufwand abgerechnet werden kann.

Zu beachten ist weiters, dass **Festpreise** nur dann vorzusehen sind, wenn den Vertragspartnern nicht durch langfristige Verträge oder durch preisbestimmende Kostenteile, die einer starken Preisschwankung unterworfen sind, unzumutbare Unsicherheiten entstehen. Diesfalls ist nach **veränderlichen Preisen** auszuschreiben. Zudem darf der Zeitraum für die Geltung fester Preise die Dauer von zwölf Monaten nicht übersteigen.

2.8.3 Leistungsbeschreibung

Mit dem BVergG wurde dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt frei, zwischen einer konstruktiven oder einer funktionalen Leistungsbeschreibung zu wählen.

Bei einer **konstruktiven Leistungsbeschreibung** sind die Leistungen nach zu erbringenden Teilleistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern, wohingegen bei einer **funktionalen Leistungsbeschreibung** die zu beschaffende Leistung als Aufgabenstellung durch Festlegung von Leistungs- oder Funktionsanforderungen beschrieben wird.

Der Auftraggeber hat beide Arten der Leistungsbeschreibungen **eindeutig, vollständig und neutral** zu gestalten und zu verfassen. Die Leistung darf nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen.

Sind für die konstruktive Leistungsbeschreibung ÖNormen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen vorhanden, so sind diese heranzuziehen. Entfallen ist die bisher vorgesehene Regelung, dass der Auftraggeber in einzelnen Punkten abweichende Festlegungen treffen kann und die Gründe für die abweichende Festlegung dem Unternehmer auf Anfrage jedenfalls mitzuteilen sind. In den Materialien findet sich lediglich der Hinweis, dass im Falle von Abweichungen „dies vom öffentlichen Auftraggeber intern mit den dafür maßgeblichen Gründen zu dokumentieren“ ist.⁸¹

Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung ist es zudem besonders wichtig, die technischen Spezifikationen so zu beschreiben, dass alle für die Erstellung des Angebots

⁸¹ 69 BlgNR 26. GP, 134.

maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind. Dem Unternehmer muss eine klare Vorstellung über den Auftragsgegenstand vermittelt werden.

Schließlich sind alle Umstände anzuführen (zB örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebots von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen (§ 104 Abs 3 BVergG).

Zu den **Technischen Spezifikationen**⁸² s § 106 BVergG.

Zur Erstellung des **Leistungsverzeichnisses** s § 105 BVergG.

2.8.4 Gesamtvergabe, getrennte Vergabe und Teilvergabe

In § 28 BVergG werden zwei grundsätzliche Fragestellungen geregelt:

- ▶ Kann der Auftraggeber Leistungen gemeinsam vergeben oder muss er diese getrennt vergeben?
- ▶ Kann der Auftraggeber Teile einer dann ausgeschriebenen Gesamtleistung auch in Teilen vergeben?

Auf die erste Fragestellung nimmt im Wesentlichen § 28 Abs 1 BVergG Bezug: Dem Auftraggeber steht es frei, ob er Leistungen getrennt oder gemeinsam vergibt. Dieses Ermessen wird jedoch durch wirtschaftliche und technische Aspekte begrenzt. Als Beispiel nennt das Gesetz die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung wie auch eine eindeutige Gewährleistung. Der Auftraggeber wird unter den Grundsätzen des § 20 Abs 1 BVergG, insbesondere dem Wettbewerbsgrundsatz einzuschätzen haben, ob nicht eine Gesamtausschreibung den Wettbewerb unter den Bietern reduziert oder gar ausschließt. Auch ist auf die Haushaltsgrundsätze Bedacht zu nehmen.

Der Auftraggeber kann vorsehen, dass die sodann ausgeschriebenen Leistungen in Teilen vergeben werden können. Diesfalls hat der Auftraggeber den Bietern die Möglichkeit einzuräumen auch nur **einzelne Teile (Los, Gewerk)** anzubieten. Ein bloßer Vorbehalt allfälliger Teilleistungen ist unzulässig, genauso wie ein Zuschlag in Teilen einer ausgeschriebenen Gesamtleistung (§ 28 Abs 2 BVergG).

Generell gilt aber, dass die Wahl zwischen der Vergabe eines einzigen Auftrags oder die Vergabe mehrerer getrennter Aufträge nicht mit der Zielsetzung erfolgen darf, die Anwendung des BVergG zu umgehen.

Mit der kleinen Novelle 2016 wurde in § 28 Abs 4 BVergG für öffentliche Auftraggeber eine neue Begründungspflicht normiert: Erfolgt keine Unterteilung des Auftrags in Lose, so hat der Auftraggeber dies in der Ausschreibung oder im Vergabevermerk zu begrün-

⁸² Vgl die Definition in § 2 Z 37 BVergG. Zusammenfassend: Technische Spezifikationen beschreiben die für die Leistung geforderten Merkmale.

den. Diese Regelung soll insbesondere der „KMU-Förderung“ dienen. Der Auftraggeber könne – so die Materialien zur kleinen Novelle⁸³ – frei entscheiden, ob die Aufteilung „sinnvoll“ sei; „er hat seine Entscheidung nach eigenem Ermessen zu begründen, unterliegt dabei jedoch keiner nachprüfenden Kontrolle“. Unseres Erachtens ist diese Regelung jedoch vor dem Hintergrund des § 28 Abs 1 BVergG zu sehen, die das Erfordernis von sachlichen Gründen normiert.

2.8.5 Alternativ-, Abänderungs- und Variantenangebote

2.8.5.1 Begriff

Alternativangebot ist ein Angebot über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters (§ 20 Z 2 BVergG). Ein **Varianteangebot** ist hingegen ein Angebot auf Grund einer Ausschreibungsvariante des Auftraggebers (§ 2 Z 39 BVergG).

Abänderungsangebot ist ein Angebot eines Bieters, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht.

Eine Abgrenzung zwischen Alternativ- und Abänderungsangeboten kann sich in Einzelfällen als durchaus schwierig erweisen. Wann weicht ein Angebot nicht „in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot“ von der Ausschreibung ab?

Alternativangebote können sich im Gegensatz zu Abänderungsangeboten auch auf wirtschaftliche und rechtliche Belange beziehen. Abänderungsangebote betreffen nur technische Änderungen.

2.8.5.2 Allgemeines zu Alternativ- und Abänderungsangeboten

Anders als bisher sind Alternativangebote sowohl bei Vergaben nach dem Billigstangebotsprinzip wie auch nach dem Bestangebotsprinzip⁸⁴ zulässig.

Alternativangebote können sich (uE je nach Festlegung des Auftraggebers) nach § 125 Abs 4 BVergG auf die Gesamtleistung, auf Teile der Leistung, auf die wirtschaftlichen oder die rechtlichen Bedingungen der Leistungserbringung beziehen. Abänderungsangebote dürfen sich nur auf technische Aspekte der Leistung beziehen (§ 125 Abs 5 BVergG).

Beide Angebotsarten müssen zur ausgeschriebenen Leistung gleichwertig sein, sind als solche zu kennzeichnen und in einer eigenen Ausarbeitung einzureichen. Für jedes Alternativangebot ist je ein Gesamt-Alternativangebotspreis, für jedes Abänderungsangebot ein Gesamt-Abänderungspreis zu bilden.

⁸³ 776 BlgNR 25. GP, 3.

⁸⁴ Mit der kleinen Novelle 2016 wird vom „Bestangebots- oder Billigstangebotsprinzip“ gesprochen, bisher auch als „Best- oder Billigstbieterprinzip“ benannt.

Der Bieter hat bei beiden Angebotsarten den Nachweis der Gleichwertigkeit zu führen.

Zur Vergleichbarkeit von Alternativangeboten mit der ausgeschriebenen Hauptleistung hat der Auftraggeber Mindestanforderungen vorzuschreiben. Bei Abänderungsangeboten kann der Auftraggeber die Erfüllung bestimmter Mindestanforderungen vorschreiben.

Nach § 96 BVergG hat der Auftraggeber anzugeben, ob und welche Art von Alternativangeboten zugelassen sind. Enthält die Ausschreibung keine derartige Angabe, sind Alternativangebote nicht zugelassen. Bei **Abänderungsangeboten** ist dies genau umgekehrt: Abänderungsangebote sind zulässig, außer der Auftraggeber legt anderes fest (§ 97 BVergG).

Alternativangebote sind, soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anderes festgelegt wurde, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig. Abänderungsangebote sind, so in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anderes festgelegt wurde, auch ohne Abgabe eines ausschreibungsgemäßen Angebotes zulässig.

2.8.6 Subunternehmerleistungen

Subunternehmer ist gemäß § 2 Z 34 BVergG „ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.“ Mit dieser neuen Definition des Subunternehmerbegriffes sind auch die sog **Sub-Subunternehmer** zu benennen.

Zentrale Bestimmungen sind hinsichtlich der Subunternehmerbenennung die §§ 98, 268 und 363 BVergG. Diese wurden bereits mit der kleinen Novelle 2016 wesentlich erweitert.

Der am Vergabeverfahren teilnehmende Unternehmer kann einzelne Tätigkeiten an Subunternehmer (Nachunternehmer) selbst weitergeben. In den Ausschreibungsunterlagen sind Bestimmungen über die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen zu treffen, wobei ein generelles Verbot unzulässig ist.

Die **Weitergabe des gesamten Auftrags** ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

Bis zur Novelle 2016 hatte der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur wesentliche Teile des Auftrags, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind. Nunmehr hat der Bieter alle Teile des Auftrages, die er im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben. Abweichend davon kann der Auftraggeber aus sachlichen Gründen in den Ausschreibungsunterlagen festlegen, dass nur die von ihm festgelegten wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben sind (§ 98 Abs 2 BVergG).

Die **Weitergabe von Teilen der Leistung** ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Bei Substitution der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit muss der Subunternehmer auch dieses Eignungsmerkmal aufweisen.

Dies hat der Auftraggeber zu prüfen.

Der Bieter wiederum hat in seinem Teilnahmeantrag oder Angebot den Teil des Auftrags anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt.

In der Praxis erwies sich das Erfordernis, die Subunternehmer namentlich bereits im Angebot benennen zu müssen als problematisch. Zudem ist sicherzustellen, dass der Bieter oder Bewerber im Auftragsfall tatsächlich über die Kapazitäten des Subunternehmers verfügt (§ 51 BVergG).⁸⁵ Diesfalls wurde nicht zwischen solchen Subunternehmern unterschieden, welche der anbietenden Unternehmer heranzieht, weil er die erforderliche Eignung nicht besitzt (**„lebensnotwendige“, erforderliche Subunternehmer**) und jenen, die er aus anderen Gründen (**sonstige Subunternehmer**) benennt.

Die § 127 Abs 1 Z 2 BVergG enthalten insofern eine ausdrückliche Regelung, als jene Subunternehmer zwingend zu benennen sind, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist. Überdies sind im Angebot alle Teile oder – sofern dies der Auftraggeber aus sachlichen Gründen in der Ausschreibungsunterlage vorgesehen hat – nur wesentliche Teile des Auftrages anzugeben, die der Bieter namentlich an Subunternehmer weitergeben möchte. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Auch wird weiterhin die Mehrfachnennung von Subunternehmern je Leistungsteil als zulässig qualifiziert.

Mit der kleinen Novelle 2016 wurde weiters vorgesehen, dass bei Bau- oder Dienstleistungsaufträgen sowie bei Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag vom Auftraggeber vorgeschrieben werden kann, dass bestimmte **kritische Aufgaben** vom Bieter selbst, von einem mit diesem verbundenen Unternehmen oder von einem Mitglied der Arbeits- oder Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen (§ 98 Abs 4 BVergG). In den Materialien werden als „Paradebeispiele“ für kritische Leistungsteile „geistige Dienstleistungen (zB Studien, Untersuchungen), F&E Dienstleistungen, Verlegearbeiten von besonderen Parkettböden“⁸⁶ angeführt.

Nunmehr wurde in § 98 Abs 4 Z 2 BVergG die Möglichkeit vorgesehen, den Subunternehmereinsatz in der Ausschreibung im Einzelfall zu beschränken, sofern dies durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen ist. Diese Regelung soll die Judikatur des EuGH aufgreifen.⁸⁷

⁸⁵ Vgl nur VwGH 24. 9. 2003, 2003/04/0093.

⁸⁶ 776 BlgNR 25. GP, 9.

⁸⁷ EuGH 2. 6. 2016, C-27/15 (*Pippo Pizzo*).

Neu vorgesehen wurde nunmehr in § 363 BVergG eine Regelung für den Fall nach Vertragsabschluss:

Nach Zuschlagserteilung hat der Auftragnehmer jeden beabsichtigten Wechsel eines Subunternehmers oder jede beabsichtigte Hinzuziehung eines nicht im Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers dem Auftraggeber schriftlich und unter Anschluss aller zur Prüfung der Eignung des betreffenden Unternehmers erforderlichen Nachweise mitzuteilen. Der Auftraggeber hat Unternehmer, die nicht die erforderliche Eignung besitzen, abzulehnen. Der Auftragnehmer hat in diesem Fall gegebenenfalls einen anderen Unternehmer bekannt zu geben. Der Einsatz dieser Unternehmer bei der Leistungserbringung darf nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers erfolgen. Die Zustimmung des Auftraggebers gilt als erteilt, sofern der Auftraggeber den Subunternehmer nicht binnen drei Wochen nach Einlangen der Mitteilung gemäß dem ersten Satz abgelehnt hat. Sind der Mitteilung gemäß dem ersten Satz die erforderlichen Unterlagen nicht vollständig angeschlossen, so hat der Auftraggeber dies dem Auftragnehmer unverzüglich mitzuteilen und ihn zur Vorlage der ausständigen Unterlagen aufzufordern. Diese Aufforderung hemmt den Fortlauf der Frist gemäß dem sechsten Satz bis zur vollständigen Vorlage der erforderlichen Unterlagen.

Sofern dies nicht bereits aus dem Angebot ersichtlich ist, hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber nach Zuschlagserteilung, spätestens jedoch zum Zeitpunkt des Beginns der Auftragsdurchführung die Kontaktdaten und die vertretungsbefugten Personen der bei der Auftragsdurchführung eingesetzten Subunternehmer bekannt zu geben. Der Auftragnehmer hat während der Auftragsdurchführung überdies alle diesbezüglichen Änderungen dem Auftraggeber unverzüglich bekannt zu geben.

2.8.7 Bewerber-, Bieter- und Arbeitsgemeinschaften

Bewerber-, Bieter- und Arbeitsgemeinschaften können sich am Vergabeverfahren beteiligen, wobei Bietergemeinschaften gemäß § 21 Abs 2 BVergG nicht verpflichtet sind zwecks Einreichung eines Angebots eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Erst nach Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber verlangen, dass eine bestimmte Rechtsform angenommen wird, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist.

Jedenfalls aber kann der Auftraggeber aus sachlichen Gründen eine Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen.

Unterscheide gemäß § 2 BVergG:

- **Bewerber** ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligen will und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet hat.

- ▶ **Bieter** ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der ein Angebot eingereicht hat.
- ▶ **Bietergemeinschaft** ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebots, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann.
- ▶ **Arbeitsgemeinschaft** ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung verpflichten.

Nicht mehr vorgesehen ist, dass die eingeladenen Bewerber dem Auftraggeber beim **nicht offenen Verfahren** und beim **Verhandlungsverfahren** die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen haben (vgl. bisher § 20 Abs 2 BVergG 2006).

Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden die **Beteiligung eines Bieters an mehreren Bietergemeinschaften**, eine unzulässige Bieterabsprache darstellt, die eine wettbewerbsverfälschende und -behindernde Wirkung zukommt.⁸⁸

2.8.8 Eignungskriterien und -nachweise

Bieter und Bewerber müssen, um mit ihrem Angebot für einen Zuschlag in Betracht zu kommen, die erforderliche **Befugnis, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (= Eignung)** aufweisen.

Eignungskriterien sind die vom Auftraggeber festgelegten unternehmerbezogenen Mindestanforderungen (zB bestimmte Bonität, bestimmte Erfahrungen des potentiellen Auftragnehmers). Die Erfüllung dieser Anforderungen hat der interessierte Unternehmer darzutun.

Mit der Novelle 2009 wurde die Vorlage von Eignungsnachweisen maßgeblich geändert. Hintergrund für diese Änderung war die Intention, die Verwaltungskosten für Unternehmer aufgrund gesetzlicher Informationsverpflichtungen zu reduzieren. Die Vorlage von Eignungsnachweisen soll (zumindest in einer ersten Phase des Vergabeverfahrens) nicht von vornherein erforderlich sein. Überdies soll die Vorlage von Nachweisen lediglich jene Bieter betreffen, die für die Zuschlagserteilung in Betracht kommen. Zunächst soll eine **Eigenerklärung** der Bieter oder Bewerber genügen.

Auch die Novelle 2018 brachte eine zentrale Neuerung: Gemäß § 80 Abs 2 BVergG kann der Bewerber oder Bieter in Verfahren im Oberschwellenbereich die Eignung aber

⁸⁸ Vgl. dazu unter Punkt 2.4.1.2.

2. Das BVergG

auch die Erfüllung der Auswahlkriterien durch Vorlage einer **Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE)** gemäß der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, ABl L 3 vom 6. 1. 2016, nachweisen. Im Unterschwellenbereich ist – wie bisher – eine **Eigenerklärung** zulässig.

Die EEE kann unter Verwendung der Website <https://ec.europa.eu/tools/espd> erstellt und ausgefüllt werden. Auch sehen ua nationale Publikationsplattformen eine entsprechende Verlinkung vor.

Es ist zu beachten, dass der Auftraggeber bei Nachweisführung durch einen nicht österreichischen Unternehmer zur Überprüfung, ob der vorgelegte Nachweis seiner Art nach dem geforderten Nachweis entspricht, auf die Online-Datenbank e-Certis zurückzugreifen hat. Siehe dazu unter <http://ec.europa.eu/ecertis>.

2.8.8.1 Zeitpunkte des Vorliegens der Eignung

Abhängig von der Verfahrensart müssen die Unternehmer zu unterschiedlichen Zeitpunkten über die erforderliche Eignung verfügen (vgl §§ 79, 250 BVergG), zB:

Verfahren	Zeitpunkt
Offenes Verfahren	Angebotsöffnung
Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung	Aufforderung zur Angebotsabgabe
Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung	grundsätzlich mit Ablauf Teilnahmeantragsfrist
Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, wettbewerblicher Dialog, Innovationspartnerschaft	grundsätzlich mit Ablauf Teilnahmeantragsfrist
Rahmenvereinbarung	je nach Verfahrensart zu dem jeweils danach festgelegten Zeitpunkt
Direktvergabe	Zuschlagserteilung (Vertragsabschluss)

2.8.8.2 Nachweis der Eignung

Vom Zeitpunkt des Vorliegens sind der Nachweis und der Zeitpunkt der Beibringung der Nachweise zu unterscheiden:

► Zeitpunkt der Beibringung

Gemäß § 80 Abs 2 BVergG genügt es zunächst, dass der interessierte Unternehmer oder Subunternehmer eine Eigenerklärung oder EEE abgibt und das Vorliegen der vom Auftraggeber festgelegten Eignungskriterien bestätigt. In der Eigenerklärung ist festzuhalten, dass der Bieter die von diesem Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllt und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen

kann. Weiters sind die Befugnisse anzugeben, über die der Unternehmer konkret verfügt.

Eine bloße Erklärung „befugt“ zu sein, entspricht nicht § 80 Abs 2 BVergG. In § 80 Abs 3 bis 4 BVergG werden Konstellationen erfasst, in denen der Auftraggeber Eignungsnachweise verlangen kann. Mit der Novelle 2012 wurde vorgesehen, dass der Auftraggeber bei Beschaffungen im Oberschwellenbereich vom Zuschlagsempfänger vor Zuschlagerteilung die Vorlage von Eignungsnachweisen zu verlangen hat.

Oft bestimmen jedoch Auftraggeber in der Ausschreibung, dass die Eignungsnachweise (zB „bei sonstigem Ausscheiden“, „ist ein unbehebbarer Mangel“) zwingend mit dem Angebot oder dem Teilnahmeantrag abzugeben sind. In der Ausschreibung wird damit ein unbehebbarer Mangel im Sinn des § 141 Abs 1 Z 7 BVergG definiert. Der Auftraggeber hat sich – so diese Bestimmung unangefochten bleibt und rechtlich nicht beseitigt wird – nach Abgabe der Unterlagen durch den Unternehmer an diese Bestimmung zu halten. Die Nichtabgabe zB eines Firmenbuchauszugs mit dem Angebot kann daher zum Ausscheiden des Angebots führen!

► Arten der Nachweise

Nach § 80 Abs 1, § 251 Abs 1 BVergG dürfen vom Unternehmer Nachweise nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

Der Unternehmer muss jene Nachweise nicht vorlegen, die der öffentliche Auftraggeber direkt über eine für den öffentlichen Auftraggeber kostenlos zugängliche Datenbank erhalten kann (zB ANKÖ). Dies gilt aber nur insoweit, als es sich um die vom Auftraggeber festgelegten Nachweise in der vorgegebenen Aktualität handelt.

Auch muss ein Bewerber oder Bieter bei einem Verfahren im Oberschwellenbereich jene Nachweise nicht vorlegen, die dem Auftraggeber bereits in einem früheren Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorgelegt wurden und geeignet sind, die Eignung nachzuweisen (§ 80 Abs 6 BVergG). Nach den Materialien gilt diese Regelung zwar für den Oberschwellenbereich, „was den öffentlichen Auftraggeber jedoch nicht daran hindern soll, auch im Unterschwellenbereich bereits erhaltene geeignete Nachweise wiederzuverwenden“.⁸⁹ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass im Hinblick auf die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) die (ausdrückliche) Einwilligung zur wiederholten Verwendung der Unterlagen durch den Auftraggeber erforderlich ist. Diese kann auch nur für einzelne Nachweise eingeholt werden.

⁸⁹ 69 BlgNR 26. GP, 106.

Zum Zweck der Verwaltung und Wiederverwendung der solcherart vorgelegten Nachweise kann der Auftraggeber eine Datenbank einrichten. Diese darf allerdings nur geeignete Nachweise beinhalten. Dh nicht mehr aktuelle Nachweise dürfen nicht erfasst werden und sind damit zu löschen. Gemäß Art 35 DSGVO ist eine Datenschutz-Folgenabschätzung vorzusehen.

Die §§ 81 ff BVergG enthalten abschließend alle zulässigen Nachweise, welche von einem Unternehmer hinsichtlich seiner Eignung verlangt werden können. Die für die Zuverlässigkeit relevanten Ausschlussgründe sind in § 78 BVergG normiert.

Der Auftraggeber hat festzulegen, welche Nachweise für die Befugnis, Zuverlässigkeit, finanzielle und wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit vorzulegen sind oder auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichen sind (§ 80 Abs 1 BVergG).

2.8.8.3 Befugnis

Unter **Befugnis** sind sowohl allgemeine, als auch spezielle Genehmigungen, Berechtigungen, etc zu verstehen.

Dieser Berechtigungsnachweis kann zB durch einen Auszug aus dem Zentralen Gewerbemelderegister, einer Bestätigung der jeweils zuständigen Kammer erfolgen. Auf die Liste der einschlägigen Berufs- und Handelsregister der einzelnen Mitgliedstaaten gemäß Anhang IX wird hingewiesen.

► § 20 Abs 1, § 188 Abs 1, § 129 Abs 1 Z 11 und § 269 Abs 1 Z 7 BVergG

Ebenfalls zu beachten sind für nicht österreichische Unternehmer **§ 21 Abs 1, § 194 Abs 1 BVergG**, die mit der Novelle 2009 geändert wurden:

Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, haben ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedenfalls aber vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten.

Zu beachten ist, dass im Zuge der Umsetzung der Berufsankennungsrichtlinie (Richtlinie 2005/36/EG) die §§ 373 a ff GewO wie auch das ZTG umgestaltet und geändert wurden. Eine bescheidmäßige Anerkennung oder Gleichhaltung ist in der Regel nur mehr für eine Niederlassung erforderlich. Neben der Qualifikation als bloß vorübergehende und gelegentliche Erbringung von Dienstleistungen ist weiters die Unterscheidung im Sinn der GewO danach, ob die Ausübung der Tätigkeit als sensibel anzusehen ist, sodass dafür eine behördliche Entscheidung erforderlich ist, oder, ob die Tätigkeit bei Vorliegen gesetzlich normierter Voraussetzungen ausgeübt werden darf, von Bedeutung. Zu den sensiblen Gewerbearten s § 373 a Abs 5 Z 2 GewO. Daraus ergibt sich, dass für bestimmte Gewerbe eine behördliche Entscheidung Voraussetzung für die Zulässigkeit der Dienstleistungserbringung ist. Nach den Materialien stellt die Erbringung einer Leistung

im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe in der Regel eine bloß vorübergehende und gelegentliche Erbringung von Dienstleistungen dar.⁹⁰

Auch § 141 Abs 1 Z 11 und § 302 Abs 1 Z 8 BVergG sieht Konsequenzen (Ausscheiden des Angebotes) wie folgt vor:

Angebote von Bietern sind auszuschneiden, wenn

- a) keine für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich erforderliche behördliche Entscheidung vorliegt,
- b) kein Nachweis darüber, dass fehlende Kenntnisse erworben worden sind oder
- c) eine behördliche Entscheidung die die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausschließt, vorliegt.

► Befugnis „einer Bewerber-, Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft“

Weiters stellte sich gerade bei **Bewerber-, Bieter- und Arbeitsgemeinschaften** die Frage, ob jedes Mitglied über die erforderliche Befugnis verfügen muss oder aber nur jene für den von ihm zu erbringenden Leistungsteil?

Seit der Novelle 2007 ist ausdrücklich klargelegt, dass im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeits- oder Bietergemeinschaft **jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil** nachzuweisen hat (§ 80 Abs 4, § 251 Abs 4 BVergG).

2.8.8.4 Technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Die Forderung des Nachweises der technischen sowie der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zielt darauf ab sicherzustellen, dass Unternehmer den Auftrag auch „durchstehen“ und über die für den Auftrag erforderliche Erfahrung verfügen.

Nach § 84 Abs 1 BVergG kann der Auftraggeber zum Nachweis für die **finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** die in Anhang X angeführten Nachweise verlangen, zB Bankerklärung (Bonitätsauskunft) oder einen Nachweis einer entsprechenden Haftpflichtversicherung, die Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen, eine Erklärung über den Gesamtumsatz und zB bei Bauaufträgen eine Erklärung über den (spartenspezifischen) Umsatz bei der Ausführung von Bauarbeiten der letzten drei Geschäftsjahre verlangen.

Zum Nachweis der **technischen Leistungsfähigkeit** wiederum können gemäß Anhang XI iVm § 85 BVergG zB bei Bauaufträgen:

- Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers;

⁹⁰ 69 BlgNR 26. GP, 55.

- ▶ eine Referenzliste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen;
- ▶ eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird und eine solche aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind;
- ▶ eine Erklärung, in der die Techniker oder die technischen Stellen anzugeben sind, über die der Unternehmer unabhängig davon, ob sie dem Unternehmen angehören oder nicht, bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird.

verlangt werden.

Zu beachten ist, dass Referenzlisten jedenfalls enthalten müssen:

- ▶ Name und Sitz des Leistungsempfängers und Name der Auskunftsperson,
- ▶ Wert der Leistung,
- ▶ Zeit und Ort der Leistungserbringung,
- ▶ Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde
- ▶ im Falle der Leistungserbringung als ARGE: Leistungsanteil des Bieters/Bewerbers/Subunternehmers/Mitgliedes der Bieter- oder Bewerbergemeinschaft (§ 85 Abs 2 und 3 BVergG).

2.8.8.5 Berufliche Zuverlässigkeit

Bei der Zuverlässigkeit geht es um das rechtmäßige und „integere“ Verhalten der Unternehmer in der Vergangenheit. In diesem Zusammenhang stellen sich Fragen der Vergabe-Compliance:

2.8.8.6 Exkurs: Vergabe-Compliance

▶ Begriff und Bedeutung der Vergabe-Compliance

Die Begriffe „Vergabe“ und „Compliance“ – jeweils für sich genommen – werden von einem Großteil der in diesem Zusammenhang tätigen Personen wohl im ersten Moment nicht gedanklich miteinander verknüpft. Dies insbesondere vor dem Hintergrund der – zumindest auf den ersten Blick – gänzlich verschiedenen Regelungsbereiche dieser Themenbereiche.

Dabei stellt die Vergabe-Compliance jedoch gleich aus mehreren Gründen eine wichtige, sehr spezifische Schnittstelle dieser beiden Bereiche dar. Bei der praktischen Durchführung von Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des BVergG sind diese Begriffe oft nahezu untrennbar miteinander verbunden. Dabei ist dem (Teil-)Bereich der „Compliance“ in diesem konkreten Kontext ein etwas differenziertes Verständnis zugrunde zu legen. Der Begriff der Vergabe-Compliance bezieht sich schließlich auf Verhaltensweisen von Unternehmern und Entscheidungsträgern, die zu möglichen Problemen bei aktuellen

und möglicherweise auch zukünftigen Teilnahmen an dem BVergG unterliegenden Vergabeverfahren führen können.

Im Vordergrund stehen dabei im Wesentlichen zwei Fragen:

- ▶ Wann werden Unternehmer für aktuelle und zukünftige Vergabeverfahren „gesperrt“?
- ▶ Welche Maßnahmen können zur Aufhebung einer „Sperrung“ gesetzt werden?

Diese, sich aus dem Bereich der Vergabe-Compliance ergebenden Fragen, finden sich in der novellierten Fassung des BVergG 2018 gleich an mehreren Stellen wieder. Fundamentaler Ausgangspunkt sind dabei – wie auch für eine Vielzahl weiterer, vergaberechtlicher Fragestellungen – die Grundsätze des Vergabeverfahrens iSd § 20 Abs 1 BVergG, konkret der Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs.

Für Auftraggeber wie auch die beteiligten Unternehmer sind bei der faktischen Durchführung von Vergabeverfahren insbesondere die Regelungsbereiche betreffend die Ausschlussgründe (§ 78 BVergG⁹¹), den Nachweis und die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit (§ 82 f BVergG) sowie die Ausscheidenstatbestände des § 141 Abs 1 BVergG von zentraler Bedeutung. Gerade diesen Bestimmungen ist zu entnehmen, welche Verhaltensweisen die Zuverlässigkeit eines Unternehmers in Frage stellen und in Folge zum Ausschluss (Ausscheiden) von einem Vergabeverfahren mangels Zuverlässigkeit führen können. Gleichzeitig wird jedoch auch festgelegt, welche Möglichkeiten ein Unternehmer hat, seine Zuverlässigkeit wiederherzustellen. Diese Wiederherstellungsmöglichkeit (die sog „Selbstreinigung“) wurde dabei mit Inkrafttreten des BVergG 2018 verschärft.

Doch auch für die Auftraggeber selbst und deren Entscheidungsträger nimmt die Bedeutung der Vergabe-Compliance rasant zu. Dies aus ganz naheliegenden und offensichtlichen Gründen:

Beauftragt ein Auftraggeber (konkret der jeweils handelnde Entscheidungsträger, wie bspw der Bürgermeister) einen Unternehmer trotz Kenntnis über die fehlende Zuverlässigkeit dieses Unternehmers aufgrund des Vorliegens eines Ausschlussgrunds, so verstößt der Auftraggeber (Entscheidungsträger) gegen diverse Bestimmungen gleich mehrerer Regelungsbereiche. Schließlich entsteht dem Auftraggeber hierdurch ein (ggf auch zu beziffernder) Schaden. Hinzu kommt, dass uU sogar bereits abgeschlossene Verträge unverzüglich beendet werden müssen (vgl nur § 366 BVergG).

Auftraggeber „der öffentlichen Hand“ sind bei Beschaffungsvorgängen zudem an haushaltsrechtliche Rahmenbedingungen gebunden. Wird jedoch ein Unternehmer zu einem – bspw auf einer unzulässigen Absprache basierenden – erhöhten Preis beauftragt, so liegt bereits ein Verstoß gegen die Haushaltsgrundsätze vor. Sind dem Entscheidungs-

⁹¹ Im Sektorenbereich gelten die §§ 166 ff BVergG; die §§ für den Sektorenbereich, welche für diesen Teil des Beitrages relevant sind, sind im Wesentlichen inhaltsgleich mit den §§ für öffentliche Auftraggeber. Aufgrund besserer Lesbarkeit wird nachstehend ausschließlich auf die §§ im klassischen Bereich Bezug genommen.

träger des Auftraggebers diese Umstände bekannt, so handelt er gar vorsätzlich und sieht sich einer allfälligen, strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausgesetzt.

Eben diese haushaltsrechtliche und allfällig auch strafrechtliche Verantwortlichkeit der Entscheidungsträger unterstreicht die zentrale Bedeutung der Vergabe-Compliance auch für die Auftraggeber selbst. Erschwerend kommt hinzu, dass der Fokus der Ermittlungsbehörden auf strafrechtlich relevantes Verhalten im Zusammenhang mit öffentlichen Ausschreibungen in den letzten Jahren merklich zugenommen hat und dies auch vermehrt medial erfasst wird.

► **Ausschlussgründe (§ 78 BVergG)**

§ 78 Abs 1 BVergG legt taxativ Gründe fest, die zum Ausschluss eines Unternehmers vom Vergabeverfahren führen. Aufgelistet sind dabei insgesamt elf Tatbestände, welche Ausschlussgründe aus verschiedensten Regelungsbereichen (Strafrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Steuerrecht, Insolvenzrecht, Wettbewerbsrecht, Umweltrecht und Gewerbe-recht) umfassen. Darüber hinaus stellen auch manche Interessenkonflikte, die Beteiligung an Vorarbeiten, bestimmte Vertragsverletzungen aus vorgelagerten Projekten sowie Täuschungs- und Irreführungshandlungen Ausschlussgründe dar. Im Vergleich zur Vorgängerfassung des BVergG 2006 wurde der Katalog an Ausschlussgründen dabei nicht unwesentlich erweitert.

Im Bereich der Vergabe-Compliance sind insbesondere nachstehende Ausschlussgründe von großer praktischer Bedeutung. Diese werden somit im Rahmen der weitergehenden Ausführungen im Detail behandelt:

- Rechtskräftige Verurteilungen des Unternehmers oder einer in der Geschäftsführung tätigen physischen Person⁹², welche bestimmte, taxativ aufgezählte Straftatbestände (ua Bestechung, Betrug, Untreue) betrifft und über welche der Auftraggeber Kenntnis hat (Z 1);
- Der öffentliche Auftraggeber verfügt über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür, dass für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen wurden, die gegen die guten Sitten verstoßen oder darauf abzielen, den Wettbewerb zu verzerren (Z 4);
- Begehung einer schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit (insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts), welche vom Auftraggeber auf geeignete Weise nachgewiesen wurde (Z 5);
- Erhebliche oder dauerhafte Mängel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, die die vorzeitige

⁹² Hierunter sind neben den Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern auch Prokuristen und Personen, die mit entsprechender Vertretungsmacht in vergleichbarer Weise nach außen vertreten, zu verstehen. Präzisiert wird dieser Begriff ferner durch § 78 Abs 2 BVergG, welcher in diesem Zusammenhang grundsätzlich auf die Mitgliedschaft in einem Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan sowie auf Personen, denen Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse zukommen, abstellt.

Beendigung dieses früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben (Z 9).

Welche konkreten Nachweise dem Auftraggeber für den Ausschluss eines Unternehmers vorliegen müssen, variiert je Ausschlussgrund. In Betracht kommen dabei bspw Firmenbuchauszüge, Strafregisterbescheinigungen, Registerauskünfte für Verbände sowie Auskünfte aus der Evidenz über Verwaltungs(straf)verfahren des Kompetenzzentrums LSDB (Lohn- und Sozialdumping) und der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministeriums für Finanzen über Bestrafungen gemäß den Vorgaben des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG).

Für alle Ausschlussgründe gilt hingegen gleichermaßen, dass Auftraggeber gemäß § 83 Abs 1 BVergG hiervon nachweislich Kenntnis haben müssen oder den Ausschlussgrund auf geeignete Weise erbringen müssen. Dies bedeutet, dass dem Auftraggeber der jeweils objektivierte Nachweis für das Vorliegen des konkreten Ausschlussgrundes grundsätzlich faktisch Vorliegen muss. Bloße Vermutungen, der medialen Berichterstattung entnommene Annahmen oder aber gar Gerüchte stellen keine nachweisliche Kenntnis dar. Schließlich müssen die Gründe für das Vorliegen eines Ausschlussgrundes dem betroffenen Unternehmer im Zuge der Möglichkeit zur Selbstreinigung (vgl unten) auch konkret vorgehalten werden. Dies ist nur dann möglich, wenn der Auftraggeber selbst überhaupt konkrete Nachweise vorliegen hat.

Der (bloße) Umstand, dass ein Ausschlussgrund vorliegt und der Auftraggeber hiervon auch nachweislich Kenntnis hat, führt grundsätzlich nicht zu einem sofortigen und automatischen Ausschluss des betroffenen Unternehmers vom Vergabeverfahren. Vielmehr ist dem Unternehmer – zumindest bei einem Großteil der in § 78 Abs 1 BVergG festgehaltenen Ausschlussgründe⁹³ – die Möglichkeit zur sog Selbstreinigung zu geben. Dies bedeutet im Wesentlichen, dass der Unternehmer darlegen kann, dass er trotz Vorliegen eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist. Hinsichtlich der diesbezüglichen Details betreffend Inhalt und Ablauf dieser Selbstreinigung vgl Seiten 90 ff.

In Folge werden die mit der Vergabe-Compliance in engem Zusammenhang stehenden Ausschlussgründe näher erläutert:

► **Rechtskräftige Verurteilungen (Z 1)**

„Der öffentliche Auftraggeber hat – unbeschadet der Abs 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn

1. der öffentliche Auftraggeber Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung des Unternehmers hat, die einen der folgenden Tatbestände betrifft: Mitgliedschaft bei einer

⁹³ So ist eine Selbstreinigung bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes betreffend einen Interessenkonflikt oder aber die Beteiligung des Unternehmers an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens (§ 78 Abs 1 Z 7 und 8 BVergG) schlichtweg nicht möglich. Selbiges gilt für Ausschlussgründe, bei welchen ein rechtswidriges Verhalten des Unternehmers im konkreten Vergabeverfahren selbst geahndet wird (bspw bei schwerwiegenden Täuschungen oder dem Versuch einer unzulässigen Einflussnahme gemäß § 78 Abs 1 Z 10 und 11 BVergG). Derartiges Verhalten kann vom Unternehmer schließlich nicht „ungeschehen“ gemacht werden.

2. Das BVergG

kriminellen Vereinigung oder Organisation (§§ 278 und 278 a des Strafgesetzbuches – StGB, BGBl 1974/60), Terroristische Vereinigung, Terroristische Straftaten oder Terrorismusfinanzierung (§§ 278 b bis 278 d StGB), Bestechlichkeit, Vorteilsannahme, Bestechung, Vorteilszuwendung oder verbotene Intervention (§§ 304 bis 309 StGB und § 10 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl 1984/448), Betrug (§§ 146 bis 148 StGB), Untreue (§ 153 StGB), Geschenkannahme (§ 153 a StGB), Förderungsmisbrauch (§ 153 b StGB), Geldwäscherei (§ 165 StGB), Sklaverei, Menschenhandel oder Grenzüberschreitender Prostitutionshandel (§§ 104, 104 a und 217 StGB) bzw. einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes, in dem der Unternehmer seinen Sitz hat (. . .)“

Die Prüfung des Vorliegens einer möglichen rechtskräftigen Verurteilung nach einem der in § 78 Abs 1 Z 1 BVergG angeführten Straftatbestände bereitet idR aufgrund der klar umrissenen Formulierung dieses Ausschlussgrundes keine größeren Schwierigkeiten. Schließlich sind die betroffenen Straftatbestände abschließend aufgelistet. Auch die konkrete Form der zum Ausschluss führenden Ausgangskonstellation (konkret das Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung) ist klar definiert. Darüber hinaus ergibt sich aus den Erläuterungen zum BVergG, dass gegenständlicher Ausschlussgrund nicht zwingend eine rechtskräftige Verurteilung als unmittelbarer Täter fordert. Vielmehr fallen hierunter auch allfällige Bestimmungs- und Beitragstäter iSd § 12 StGB.⁹⁴ Selbiges hat wohl – trotz Fehlens eines expliziten Hinweises im BVergG 2018 und den zugehörigen Erläuterungen – für jene Fälle zu gelten, in welchen eine rechtskräftige Verurteilung eines strafbaren Versuch (§ 15 StGB) iZm einem der aufgezählten Delikte vorliegt.

Eine umfassende Änderung dieses Ausschlussgrundes durch das BVergG 2018 (im Vergleich zur Fassung des BVergG 2006) ist dabei grundsätzlich nicht erfolgt.⁹⁵

Zwar wurde der in § 68 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 noch festgehaltene Tatbestand, wonach rechtskräftige Urteile gegen den Unternehmer oder eine in der Geschäftsführung tätige physische Person wegen eines die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellenden Delikts zum Ausschluss von Vergabeverfahren führen, nicht übernommen. Eine Einschränkung von Ausschlussgründen erfährt das BVergG 2018 hierdurch jedoch nicht. Vielmehr werden die im BVergG 2006 hierunter subsumierten Verurteilungen und Verhaltensweisen (wie bspw wettbewerbsbeschränkenden Absprachen im Vergabeverfahren gemäß § 168 b StGB, Urkundenfälschungen oder Kridadelikte, etc) nunmehr anhand § 78 Abs 1 Z 5 BVergG („schwere berufliche Verfehlungen“, vgl unten) zu prüfen sein.

Liegt dem Auftraggeber nun eine Strafregisterbescheinigung einer in der Geschäftsführung tätigen physischen Person vor, aus welcher eine Verurteilung nach einem der taxativ aufgezählten Straftatbeständen hervorgeht, so ist die Beurteilung dieses Ausschlussgrundes mit keinen großen Schwierigkeiten verbunden. In der gängigen Praxis (gerade

⁹⁴ RV 69 BlgNR 26. GP, 97.

⁹⁵ Im Rahmen des BVergG 2018 erfolgte lediglich eine Erweiterung der taxativen Aufzählung um vereinzelte, weitere Straftatbestände (bspw Bestechlichkeit, Vorteilszuwendung oder verbotene Intervention).

auf kommunaler Ebene) stellt sich in diesem Zusammenhang oft jedoch ein ganz anderes Problem:

Die überwiegende Mehrheit der in Österreich durchgeführten Vergabeverfahren betrifft Beschaffungen im Unterschwellenbereich. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich ist gemäß § 80 Abs 3 BVergG die Vorlage konkreter Nachweise zur Bestätigung der Eignung des Unternehmers (wie insbesondere auch Strafregisterbescheinigungen und Registerauskünfte für Verbände) nicht verpflichtend vorgesehen. Vielmehr besteht die Möglichkeit für den Auftraggeber, sich das Vorliegen der Eignung durch Abgabe einer Eigenerklärung bestätigen zu lassen. Diese Möglichkeit wird – insbesondere zur Vermeidung eines ggf unverhältnismäßigen Prüfaufwands – vom Großteil der Auftraggeber auch in Anspruch genommen.

Mit Abgabe dieser Eigenerklärung bestätigt der Unternehmer zwar das Vorliegen der beruflichen Zuverlässigkeit und somit das Nicht-Vorliegen eines Ausschlussgrunds. Diese Angabe ist dabei vom Auftraggeber jedoch nicht überprüfbar. Gleichzeitig kommt dem Auftraggeber nicht die Rolle einer Ermittlungsbehörde zu, weshalb er keine „investigativen“ Schritte setzen muss, um die Eigenerklärung des Unternehmers zu verifizieren. Anderes gilt für jene Konstellationen, in denen der Auftraggeber – aus anderen Gründen – Kenntnis oder nähere Informationen hinsichtlich des Vorliegens eines Ausschlussgrunds hat.

In diesen Fällen ist der Auftraggeber verpflichtet, ergänzende Nachweise betreffend das Vorliegen der beruflichen Zuverlässigkeit konkret im Hinblick auf den ihm bekannten, vermeintlichen Ausschlussgrund nachzufordern. Unterließe der Auftraggeber eine derartige Nachforderung, so würde er womöglich „sehenden Auges“ einen unzuverlässigen Unternehmer beauftragen. Dies könnte für den Entscheidungsträger des Auftraggebers (neben bspw seiner politischen Verantwortung) in Einzelfällen sogar auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Für den betroffenen Unternehmer hingegen kann eine Falschangabe im Zuge der Eigenerklärung über das Nicht-Vorliegen eines Ausschlussgrunds ebenfalls Konsequenzen haben. Insbesondere verwirklicht der Unternehmer hierdurch ggf den Ausschlussgrund der schwerwiegenden Täuschung bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Eignung gemäß § 78 Abs 1 Z 10 BVergG. Dies wird im Einzelfall zu prüfen sein. Hierdurch nimmt sich der Unternehmer womöglich selbst die Möglichkeit einer Selbstreinigung, welche zwar bei Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung iSd Z 1, nicht hingegen bei einer schwerwiegenden Täuschung iSd Z 10 möglich ist (vgl hierzu auch Seiten 90 ff).

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass eine rechtskräftige Verurteilung gemäß § 78 Abs 1 Z 1 BVergG zwar einen Ausschlussgrund darstellt, dieser jedoch grundsätzlich einer zeitlichen Beschränkung unterliegt. So legt § 83 Abs 5 Z 1 BVergG fest, dass eine derartige Verurteilung dann nicht mehr als Ausschlussgrund herangezogen werden darf, wenn die zugrundeliegende rechtskräftige Verurteilung mehr als fünf Jahre zurückliegt. Allfällig strengere Berufsausübungsverbote oder sogar mögliche „Vergabe-Sperren“ aus anderen EWR-Staaten (in Österreich sind derartige Sperren nicht vorgesehen) bleiben

hiervon jedoch unberührt (dies gilt gleichermaßen auch für die weiteren Ausschlussgründe).

► Für den Auftraggeber nachteilige Abreden (Z 4)

„Der öffentliche Auftraggeber hat – unbeschadet der Abs 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn (. . .)

4. der öffentliche Auftraggeber über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür verfügt, dass der Unternehmer mit anderen Unternehmern für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen hat, die gegen die guten Sitten verstoßen, oder mit anderen Unternehmern Abreden getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen (. . .)“

► Hintergrund dieses Ausschlussgrunds

§ 78 Abs 1 Z 4 BVergG, welcher den Ausschluss eines Unternehmers vom Vergabeverfahren bei Vorliegen hinreichend plausibler Anhaltspunkte für das Vorliegen nachteiliger Abreden normiert, wurde mit dem BVergG 2018 neu eingeführt. Weitere (Teil-)Voraussetzung dieses Ausschlussgrunds ist dabei, dass die betroffene Abrede mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilig ist, gegen die guten Sitten verstößt oder aber darauf abzielt, den Wettbewerb zu verzerren. Einen vergleichbaren Ausschlussgrund kannte das BVergG 2006 nicht. Vielmehr waren vergleichbare Verhaltensweisen bisher unter den Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 zu subsumieren. Dieser befasst sich ebenfalls mit für den Auftraggeber nachteiligen, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßenden Abreden.

Mit dem BVergG 2018 werden daher wettbewerbswidrige, für den Auftraggeber nachteilige Abreden keinesfalls sanktionsfrei gestellt. Vielmehr wurde derartige Verhalten in der Gesamtsystematik des BVergG 2018 an einer nunmehr anderen Stelle vorgesehen. Hinzu kommen selbstverständlich auch allfällige, über das Vergabeverfahren hinausgehende, strafrechtliche Konsequenzen für die involvierten Unternehmer (§ 168b StGB).

Der bisher in Z 4 (BVergG 2006) normierte Ausschlussgrund befasste sich hingegen im Hinblick auf die involvierten Unternehmer mit dem Vorliegen eines (rechtskräftigen) Urteils wegen eines Deliktes, „das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt“. Umfasst waren somit gerade auch Verurteilungen wegen Delikten, welche in Z 1 gerade nicht angeführt waren (und sind). Den Materialien zum BVergG 2006 folgend kamen dabei insbesondere auch eine wettbewerbsbeschränkende Absprache im Vergabeverfahren (§ 168 b StGB) in Betracht.⁹⁶ Darüber hinaus waren aber eine Vielzahl an weiteren Straftatbeständen (wie bspw Urkundenfälschungen oder Kridadelikte) geeignet, die berufliche Zuverlässigkeit in Frage zu stellen.

⁹⁶ Wettbewerbswidrige Absprachen im Vergabeverfahren iSd § 168 b StGB werden jedoch nach wie vor unter den Ausschlussgrund der Z 4 zu subsumieren sein.

Diese gänzliche Neugestaltung der Z 4 bedeutet im Hinblick auf die Gesamtsystematik der Ausschlussgründe (§ 68 Abs 1 BVergG 2006/§ 78 Abs 1 BVergG) jedoch nicht, dass weniger Verhaltensweisen zu einem Ausschluss vom Vergabeverfahren führen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die unter die bisherige Z 4 fallenden Konstellationen zum großen Teil ohnehin auch eine schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit darstellen und somit von § 78 Abs 1 Z 5 BVergG erfasst sind (vgl hierzu unten).

► **Tatbestandsmerkmale und praktische Bedeutung**

Gegenständlichem Ausschlussgrund liegen im Wesentlichen zwei Voraussetzungsgebiete zugrunde:

- Für den Auftraggeber nachteilige Abrede des Unternehmers mit anderen Unternehmern, welche gegen die guten Sitten verstößt oder darauf abzielt, den Wettbewerb zu verzerren und
- hinreichend plausible Anhaltspunkte des Auftraggebers für das Vorliegen einer derartigen Absprache.
- Hinsichtlich des ersten der beiden obigen Kriterien halten die Erläuterungen zum BVergG zunächst fest, dass diesbezüglich jedenfalls Verurteilungen aufgrund wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Vergabeverfahren (§ 168 b StGB) in Betracht kommen. Diese Festlegung könnte jedoch irreführend sein, da der Ausschlussgrund der Z 4 – dem Gesetzeswortlaut folgend – durchaus derart interpretiert werden könnte, dass er sich auf das jeweils konkret durchgeführte Vergabeverfahren bezieht. Eine strafgerichtliche Verurteilung nach § 168 b StGB betreffend ein zu diesem Zeitpunkt noch laufendes Vergabeverfahren ist wohl nicht zu erwarten.
- Von größerer Bedeutung wird daher hinsichtlich des Teilbegriffs der „nachteiligen Abrede“ der Verweis in den Erläuterungen zum BVergG auf Art 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sein, welcher eine umfassende Erörterung von wettbewerbswidrigem Verhalten (inkl zugehöriger Beispiele⁹⁷) enthält. Ferner stellen die Erläuterungen auch klar, dass unter nachteiligen Abreden neben wettbewerbsverzerrenden Vereinbarungen zwischen Unternehmern auch wettbewerbsverzerrende, abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmern umfasst sind.
- Betreffend das Teilkriterium der hinreichend plausiblen Anhaltspunkte halten die Erläuterungen zum BVergG 2018 fest, dass dem Auftraggeber selbst die Einschätzung obliegt, „ob die ihm zur Verfügung stehenden Informationen „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ dafür darstellen, dass ein wettbewerbsverzerrendes Verhalten vorliegt“. Diese Einschätzung wird dabei oft nicht leichtfallen, da es keine konkreten Bescheinigungen oder Datenbanken gibt, in welchen derartige Abreden für konkrete Vergabeverfahren enthalten sind. Vielmehr muss sich der Auftraggeber in diesem Zusammenhang – insbesondere bei Vorliegen konkreter Verdachtsmomente – auf sonstige Informationen und Anhaltspunkte stützen. Als Verdachtsmoment kommt

⁹⁷ So werden in Art 101 AEUV bspw die Aufteilung von Märkten oder auch die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung von An- oder Verkaufspreisen oder sonstiger Geschäftsbedingungen als verboten eingestuft.

dabei bspw eine idente Übereinstimmung gleich mehrerer Einheitspreise in Leistungsverzeichnissen verschiedener Bieter in Betracht. Derartigen „Red Flags“ hat der Auftraggeber jedenfalls nachzugehen.

- ▶ Dabei ist jedoch anzumerken, dass der Auftraggeber nicht die Rolle der Bundeswettbewerbsbehörde oder des Kartellanwalts zu übernehmen hat. Vielmehr muss der Auftraggeber den betroffenen Unternehmer bei entsprechender Verdachtslage zur Aufklärung auffordern, wodurch sich die Vermutung des Auftraggebers bestätigen kann oder aber der Unternehmer eine nachvollziehbare Erklärung erstattet. Die Durchführung eines formalisierten, an ein Ermittlungsverfahren angelehntes Aufklärungsverfahrens ist hingegen nicht erforderlich.
- ▶ Eine Art „Feinprüfungspflicht“ trifft den Auftraggeber ebenfalls nicht. Ein mögliches, wettbewerbswidriges Verhalten (in Form einer unzulässigen Abrede) muss nicht bis ins letzte Detail mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden. Eine grobe kartellrechtliche Prüfung wird als ausreichend angesehen. Konkreter Nachweise für das Vorliegen wettbewerbswidrigen Verhaltens bedarf es selbstverständlich trotzdem, da Auftraggeber sonst nahezu willkürlich über Ausschluss oder Verbleib eines Unternehmers entscheiden könnten.

Wie bereits zum Ausschlussgrund der Z 1 angeführt, darf auch ein unter Z 4 zu subsumierendes Verhalten nicht zeitlich unbeschränkt als Ausschlussgrund herangezogen werden. Vielmehr wird in § 83 Abs 5 Z 2 BVergG festgehalten, dass ein derartiges Verhalten nur innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren „ab dem betreffenden Ereignis“ geahndet werden kann. Die Konkretisierung eines derartigen Ereignisses (und dem damit zu laufen beginnenden Zeitraum) wird jedoch gerade bei wettbewerbswidrigen Abreden nicht immer leicht möglich sein.

Allfällig strengere Berufsausübungsverbote und mögliche „Vergabe-Sperren“ aus anderen EWR-Staaten (in Österreich sind derartige Sperren nicht vorgesehen) bleiben auch hier unberührt.

▶ **Schwere Verfehlungen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit (Z 5)**

„Der öffentliche Auftraggeber hat – unbeschadet der Abs. 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn (. . .)

5. der Unternehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechtes, begangen hat, die vom öffentlichen Auftraggeber auf geeignete Weise nachgewiesen wurde (. . .)“

Der wohl am häufigsten diskutierte – und gerade auch in der Praxis äußerst relevante – Ausschlussgrund ist jener der schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit iSd § 78 Abs 1 Z 5 BVergG. Diese Verfehlung ist vom Auftraggeber – anders als noch nach dem Regime des BVergG 2006 – auf geeignete Weise nachzuweisen. Das BVergG 2006 verlangte in diesem Zusammenhang noch eine „nachweisliche Feststellung“.

Dieser Ausschlussgrund bringt somit zwei ganz wesentliche Fragen mit sich:

- ▶ Was ist unter einer schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit zu verstehen?
- ▶ Wann wurde diese Verfehlung vom Auftraggeber auf geeignete Weise nachgewiesen?

▶ Der Begriff der Verfehlung

Schwere Verfehlungen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit können insbesondere (aber nicht nur) in den beispielhaft angeführten Bereichen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts ihren Ursprung finden. Relevant sind daher bspw Verstöße gegen die Regelungsbereiche des Arbeitszeitgesetzes (AZG), des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes (ASchG), das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) oder aber auch der Gewerbeordnung

(GewO). In Frage kommen dabei aber gerade auch strafrechtsrelevante Verhaltensweisen, welche in § 78 Abs 1 Z 1 BVergG nicht aufgezählt sind⁹⁸, oder aber auch Verwaltungsstrafen. § 78 Abs 1 Z 5 BVergG kann somit – im weitesten Sinne – als eine Art Auffangtatbestand innerhalb der Ausschlussgründe eingestuft werden.

Eine Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit ist dann als „schwer“ einzustufen, wenn das betroffene Verhalten mit Vorsatz oder mit einer gewissen Schwere an Fahrlässigkeit (grobe Fahrlässigkeit) gesetzt wurde.⁹⁹ Dieses Teilkriterium stellt somit nicht auf die „Schwere“ des durch die Verfehlung bewirkten Ergebnisses ab, sondern auf die diesbezügliche subjektive Verantwortung („Schuld“) des betroffenen Unternehmers und/oder der jeweils handelnden physischen Person. Im Ergebnis ist somit eine Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls jedenfalls erforderlich. Eine mangelhafte Erfüllung von Leistungen eines „Altvertrags“ ist dabei für sich genommen noch nicht geeignet, als schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit eingestuft zu werden (vgl hierzu jedoch die Ausführungen Seite 89 f). Vielmehr bedarf es hierbei ergänzend hinzukommender, erschwerender Umstände im Zusammenhang mit der konkreten, mangelhaften Erfüllung.

Von einer schweren Verfehlung ist insbesondere dann auszugehen, wenn zwingend einzuhaltende Vorschriften verletzt wurden. Somit ist dieses Kriterium bei der bloßen Nichtbeachtung von Empfehlungen oder Obliegenheiten nicht erfüllt.¹⁰⁰ Als „schwer“ ist eine Verfehlung dann einzustufen, „wenn sie aufgrund ihres Gewichts ähnliche Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit des Bieters zulässt, wie eine (. . .) strafgerichtliche Verurteilung.“ Dabei können auch andere als gerichtlich zu ahndende Verstöße, wie eben gerade die vom Gesetz explizit aufgezählten Verstöße gegen das Arbeits-, Sozial- oder Umweltrecht in Betracht kommen. Als Beispiel einer vom Verwaltungsgerichtshof als „schwer“ angesehenen Verfehlung kann dabei das bewusste Verrechnen einer nicht erbrachten Lei-

⁹⁸ Im Einzelfall ist zu prüfen, ob bei derartigen, strafrechtlichen Verurteilungen der Ausschluss (aus formaler Sicht) gemäß Z 5 oder aber womöglich gemäß Z 4 („Nachteilige Abreden“, insbesondere bei Verurteilungen gemäß § 168 b StGB) zu erfolgen hat.

⁹⁹ RV 69 BlgNR 26. GP, 98.

¹⁰⁰ Mayr in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienerl*, Bundesvergabegesetz 2006, § 68 Rz 45.

stung iHv von mehr als EUR 17.000,- angeführt werden; wobei die strafrechtliche Qualifikation bei der Beurteilung einer schweren Verfehlung iSd § 78 Abs 1 Z 5 BVergG unerheblich ist.¹⁰¹

Ein weiteres Beispiel für das Vorliegen einer schweren Verfehlung ist die bewusste und wiederholte Nichtbefolgung von Weisungen des Auftraggebers im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung, insbesondere wenn mit dieser Weigerung Kosten für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit der geschuldeten Leistungen einhergehen.¹⁰²

► Nachweis auf geeignete Weise

Größere Schwierigkeiten bereitet jedoch zumeist das zweite (Teil-)Tatbestandsmerkmal: der Nachweis der Verfehlung durch den Auftraggeber auf geeignete Weise.

Wesentlich dabei ist, dass – im Unterschied zu Z 1 – ein rechtskräftiges Gerichtsurteil oder eine rechtskräftige behördliche Entscheidung gerade nicht erforderlich sind (aber bei Vorliegen selbstverständlich auch entsprechende zugrunde gelegt werden können). Vielmehr ist die Objektivierbarkeit an den vom Auftraggeber zu erbringenden Nachweis entscheidend, wobei in diesem Zusammenhang ein strenger Maßstab anzusetzen ist. Denkbar sind bspw das Vorliegen eines Geständnisses im Ermittlungsverfahren, objektive Feststellungen des Rechnungshofes oder anderer Kontrollämter oder bspw aber der Umstand, dass die Verfehlung gänzlich unbestritten ist. Diese Einstufung bedarf in der Praxis einer Einzelfallbeurteilung und führt bejahendenfalls zur (Folge-)Frage, ob diese Verfehlung auch vom Auftraggeber auf geeignete Weise nachgewiesen wurde.

Kernaussage dieser zweiten (Teil-)Voraussetzung ist ferner, dass den Auftraggeber grundsätzlich die Beweislast für das Vorliegen der Verfehlung trifft. Dies bedeutet jedoch nicht, dass dem Auftraggeber die Rolle einer Ermittlungsbehörde zukommt. Zur Feststellung bedarf es jedoch eines objektiven Nachweises. Vorwürfe, Mutmaßungen, Verdächtigungen oder sonstige, bloß subjektive Wahrnehmungen des Auftraggebers sind nicht ausreichend. Diese Grundvoraussetzungen waren bereits im BVergG 2006 – trotz geänderten Wortlauts dieses Ausschlussgrunds¹⁰³ – verankert.

Entscheidend ist und bleibt die Objektivierbarkeit des Nachweises und in Folge eine Vergleichbarkeit zu jenen Nachweisen, die für die Beurteilung der übrigen Ausschlussgründe herangezogen werden (wie bspw Strafregisterbescheinigungen). Wesentlich ist daher, dass dem Auftraggeber die zugrundeliegenden Nachweise (wie bspw entsprechende Feststellungen des Rechnungshofs) auch tatsächlich Vorliegen und ihm diese nicht nur in irgendeiner Form (in letztendlich auch nicht überprüfbarer Form) „zu Ohren gekommen sind“. Die Heranziehung des Ausschlussgrunds der Z 5 (wie grundsätzlich auch jeder weitere Ausschlussgrund) will daher – auch aus Sicht des Auftraggebers – gut überlegt sein, will man den betroffenen Unternehmer nicht mit gänzlich aus der Luft ge-

¹⁰¹ Vgl VwGH 8. 10. 2010, 2009/04/0214.

¹⁰² VwGH 28. 02. 2012, 2008/04/0253.

¹⁰³ § 68 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 normierte, dass die Verfehlung vom Auftraggeber nachweislich festzustellen ist.

griffenen Vorwürfen konfrontieren. Dies könnte schließlich wiederum nachteilige Konsequenzen für den Auftraggeber selbst nach sich ziehen.

Hinzu kommt auch hier wieder der Umstand, dass wohl bei einem Großteil der Vergabeverfahren der Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit vom Unternehmer (zunächst) in Form einer Eigenerklärung zu erbringen sein wird. Somit bedarf es idR bei diesen Vergabeverfahren ohnehin bereits (konkreter) Anhaltspunkte für einen möglichen Ausschluss, um eine weitergehende Prüfung durch den Auftraggeber überhaupt erst auszulösen.

Abschließend ist auch der Ausschlussgrund der Z 5 mit einer dahingehend zeitlichen Beschränkung versehen, dass dieser nur innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren „ab dem betreffenden Ereignis“ herangezogen werden kann (§ 83 Abs 5 Z 2 BVergG), wobei sich dieser Zeitpunkt (das betreffende Ereignis) bei einem Ausschluss gemäß Z 5 idR auch auf eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung beziehen wird, mit welcher die schwere berufliche Verfehlung erst manifestiert wurde.

► **Mangelhafte Erfüllung früherer Aufträge (Z 9)**

„Der öffentliche Auftraggeber hat – unbeschadet der Abs 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn (. . .)

9. der Unternehmer bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben“

Gänzlich neu ist der im BVergG 2018 erstmals verankerte Ausschlussgrund iSd § 78 Abs 1 Z 9 BVergG. Dieser legt fest, dass ein Unternehmer dann auszuschließen ist, wenn er bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung betreffend einen früheren Auftrag (oder Konzessionsvertrag) erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, welche zu einer vorzeitigen Beendigung eben dieses (früheren) Auftrags (oder Konzessionsvertrags), zu Schadenersatzansprüchen des AG oder zu anderen vergleichbaren Sanktionen geführt haben. Was dem Gesetzeswortlaut dabei nicht entnommen werden kann, ist ob diese Mängel aus einem Auftragsverhältnis mit demselben Auftraggeber des jeweils relevanten Vergabeverfahrens stammen müssen. Schließlich wäre auch denkbar, dass ein Auftraggeber auf andere Weise von einem derartigen Mangel bei der Auftrags-erbringung Kenntnis erlangt (bspw wenn der damalige Auftraggeber ein konzernverbundenes Unternehmen war).

Die Erläuterungen zum BVergG 2018 stellen dies – unter Verweis auf die Vorgaben der Vergaberichtlinie 2014/24/EU – dahingehend klar, dass ein derartiger Mangel auch das frühere Auftragsverhältnis mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber oder Sektorauftraggeber betreffen kann. Fraglich bleibt hingegen, in welcher Form und in welcher Detailtiefe der Auftraggeber Kenntnis von einem derartigen Mangel (der einem ihn nicht betreffenden Auftragsverhältnis entspringt) haben muss.

Wesentlich bei der Heranziehung dieses Ausschlussgrunds ist jedoch, dass bloß geringfügige – wenn auch vertragswidrige – Mängel bei der Leistungserbringung nicht ausreichend sind. So ist bspw eine geringfügige zeitliche Verzögerung (inkl Leistung einer damit verbundenen Pönale) grundsätzlich noch nicht als erheblicher oder dauerhafter Mangel zu qualifizieren. Vielmehr geht es um die schuldhafte Verletzung wesentlicher Pflichten im Rahmen der Leistungserbringung. Daraus folgt auch, dass Sachverhalte mit noch anhängigen Gerichtsverfahren bspw zur Klärung der Schuldfrage oder die Frage der Zulässigkeit der Vertragsbeendigung für die Heranziehung dieses Ausschlussgrunds nicht geeignet sind.

Eine konkrete, sich insbesondere aus der Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden ergebende Grenze betreffend das Vorliegen eines erheblichen oder dauerhaften Mangels im Zusammenhang mit einer wesentlichen Anforderung gibt es derzeit (noch) nicht. Es ist jedoch davon auszugehen, dass hinkünftig vermehrt Ausgangskonstellationen, welchen der Ausschlussgrund der Z 9 zugrunde liegt, an die Verwaltungsgerichte herangetragen werden.

Auch der Ausschlussgrund der Z 9 unterliegt gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG einer zeitlichen Beschränkung und kann nur innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren „ab dem betreffenden Ereignis“ geahndet werden. Als betreffendes Ereignis ist dabei im Zusammenhang mit gegenständlichem Ausschlussgrund die Beendigung des Vertragsverhältnisses oder die sonstige, relevante Sanktion maßgeblich.

► Die „Selbstreinigung“

Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes ist der Unternehmer mangels Vorliegen der geforderten Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen, „es sei denn, er macht glaubhaft, dass er trotz dieses Umstands zuverlässig ist“. Diese Möglichkeit zur „Selbstreinigung“ (welche insbesondere bei den oben behandelten Ausschlussgründen eine große praktische Rolle spielt) soll verhindern, dass Unternehmer trotz (in der Vergangenheit) bewirktem Ausschlussgrund nicht zur Gänze und ohne „Rehabilitationsmöglichkeit“ bei Vergabeverfahren nach dem BVergG gesperrt werden.¹⁰⁴ Schließlich könnte dies für viele Unternehmer eine Existenzbedrohung darstellen.

Wie die Maßnahmen zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit ausgestaltet sein können (müssen), ist in § 83 Abs 2 BVergG festgelegt. Es muss sich um konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen handeln, die geeignet sind, das nochmalige Setzen der betroffenen Verhaltensweise zu verhindern. Weiters finden sich in § 83 Abs 2 Z 3 BVergG Beispiele für derartige, vom betroffenen Unternehmer zu setzende Maßnahmen:

¹⁰⁴ So wäre ohne Selbstreinigungsmöglichkeit ein Unternehmer, der bspw einer Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen auf der Baustelle nicht nachgekommen ist und somit womöglich einen Verstoß gegen die Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) gesetzt hat, für weitere Vergabeverfahren „gesperrt“.

- ▶ Einführung eines hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens,
- ▶ Einschaltung von Organen der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften oder
- ▶ Einführung von Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften.

Zusätzlich zu diesen beispielhaft angeführten oder anderen, vergleichbaren Maßnahmen, hat der betroffene Unternehmer auch die beiden nachstehenden Selbstreinigungshandlungen (somit kumulativ) darzulegen:

- ▶ Zahlung eines Ausgleichs für jeglichen durch eine Straftat oder eine Verfehlung gegebenenfalls verursachten Schaden oder Verpflichtung zur Zahlung eines Ausgleichs und
- ▶ Mitwirkung an der Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Straftat oder Verfehlung durch aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden.

Sowohl die Zahlung eines Ausgleichs als auch die aktive Kooperation mit den Ermittlungsbehörden waren dem BVergG 2006 bisher nicht explizit zu entnehmen. In § 83 Abs 2 Z 1 und Z 2 BVergG wurden somit neue, ergänzende Pflichten für eine erfolgreiche Selbstreinigung festgelegt.

Der gemäß § 83 Abs 2 Z 1 BVergG auszugleichende Schaden erstreckt sich dabei auf alle durch das „Vergehen“ des Unternehmers verursachten Schäden. Der Unternehmer muss dabei unabhängig von einer konkreten Gerichtsentscheidung nachweisen, dass er den verursachten Schaden wiedergutmacht und seine Schadenersatzpflicht anerkannt hat. „Ist eine Schadenersatzforderung zwar dem Grunde nach unstreitig berechtigt, besteht aber über die Höhe des Schadens Unklarheit oder Streit, kann es für die Anerkennung von Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichen, wenn der Unternehmer seine Verpflichtung zur Schadenersatzleistung dem Grunde nach anerkennt.“¹⁰⁵ Diesbezüglich wird klargestellt, dass dem Unternehmer durch diese Bestimmung nicht das Recht genommen werden kann, einen der Höhe nach strittigen Schadenersatzanspruch vor einem Zivilgericht zu klären oder gar eine für ihn nachteilige Prozesshandlung zu setzen (bspw einen Verjährungsverzicht). Überdies kann auch nicht verlangt werden, nicht substantiierte und möglicherweise unbegründete Schadenersatzforderungen anzuerkennen oder auszugleichen, bloß um der Selbstreinigungsmaßnahme des § 83 Abs 2 Z 1 BVergG zu entsprechen.

Gemäß der „neuen“ Z 2 des § 83 Abs 2 BVergG muss der Unternehmer sich nunmehr weiters auch aktiv, ernsthaft und erkennbar um eine umfassende Sachverhaltsaufklärung mit den Ermittlungsbehörden bemühen. Dabei müssen jene Tatsachen und Umstände aufgeklärt werden, die das Vorliegen eines Ausschlussgrundes begründen bzw mit der Straftat oder dem Fehlverhalten zusammenhängen, einschließlich der Schadensumstän-

¹⁰⁵ RV 69 BlgNR 26. GP, 109.

de.¹⁰⁶ Wann ein aktives, ernsthaftes und erkennbares Bemühen um die Sachverhaltsaufklärung mit der zuständigen Ermittlungsbehörde bei einem Unternehmer zu bejahen ist, ist nicht konkret festgelegt. Auch wird abzuwarten sein, in welcher konkreten Form der diesbezüglich erforderliche Nachweis erbracht werden muss.

Diese Maßnahmen sind dabei vom betroffenen Unternehmer in jedem Vergabeverfahren darzulegen, solange die entsprechende, die berufliche Unzuverlässigkeit begründende Verhaltensweise „einschlägig“ ist.¹⁰⁷ Über diesen Zeitpunkt hinaus hat eine Aufforderung durch den Auftraggeber zur „Selbstreinigung“ (vgl hierzu Seiten 90 ff) auch nicht mehr zu erfolgen. Dies gilt auch für jene Fälle, in welchen ein Unternehmer bei ein und demselben Auftraggeber bereits bei einem vergangenen Vergabeverfahren erfolgreich seine berufliche Zuverlässigkeit nachgewiesen und wiederhergestellt hat. Eine nochmalige Aufforderung zur „Selbstreinigung“ durch diesen Auftraggeber ist somit nicht erforderlich, sofern nicht neue, die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellende Umstände hinzugekommen sind.

An dieser Stelle ist anzumerken, dass nicht alle Ausschlussgründe einer Selbstreinigung überhaupt zugänglich sind. Dafür gibt es unterschiedliche Gründe, die je nach Natur des Ausschlussgrundes variieren. Als Konsequenz kann eine Glaubhaftmachung (und somit Wiederherstellung) der Zuverlässigkeit unmöglich sein:

Im Hinblick auf die Ausschlussgründe des Interessenkonflikts (Z 7) und der Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens (Z 8) ergibt sich die Unmöglichkeit der Selbstreinigung daraus, dass der Ausschluss vom Vergabeverfahren oft bereits das letztmögliche Mittel bildet, um einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten. Weiters bleibt die Gelegenheit der Wiederherstellung der Zuverlässigkeit dann verwehrt, wenn der Verstoß im laufenden Vergabeverfahren selbst gesetzt wurde, wie dies bspw bei den Ausschlussgründen der Z 10 (schwerwiegende Täuschung bei der Erteilung von Auskünften) und Z 11 (Versuch der Beeinflussung der Entscheidungsfindung des Auftraggebers) der Fall sein kann. Gründet der Ausschluss in einem Insolvenzverfahren oder in der Liquidation des Unternehmers, so besteht für den Auftraggeber gemäß § 78 Abs 3 BVergG ohnehin die Möglichkeit, von einem Ausschluss Abstand zu nehmen, wenn die Leistungsfähigkeit des betroffenen Unternehmers dennoch für die beabsichtigte Auftragsdurchführung ausreicht. Dieses Absehen vom Ausschluss wird jedoch vom Auftraggeber genau zu prüfen und zu dokumentieren sein, um die Erbringung der von ihm ausgeschriebenen Leistungen nicht zu gefährden. Schließlich ist auch bei Bestehen von Beitragsrückständen iSd Z 6 grundsätzlich keine „klassische“ Selbstreinigung iSd obigen Ausführungen vorgesehen, da gemäß § 78 Abs 4 BVergG 2018 in diesem Zusammenhang alternative Erleichterungen zugunsten des betroffenen Unternehmers vorgesehen sind (bspw Abse-

¹⁰⁶ Vgl RV 69 BlgNR 26. GP, 109.

¹⁰⁷ So sind bspw Bestrafungen wegen Verstößen gegen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) nach bestimmten Zeiträumen nicht mehr zu berücksichtigen und scheinen somit auch nicht mehr in der entsprechenden, vom Auftraggeber abzufragenden Evidenz auf. Konsequenterweise wird der Auftraggeber in diesen Fällen wohl meist auch gar keine Kenntnis von derartigen Bestrafungen und Verstößen haben können. § 83 Abs 5 BVergG enthält weitere Fristen, nach deren Ablauf ein Ausschluss des betroffenen Unternehmers nicht mehr zulässig ist (vgl hierzu auch Seiten 89 ff).

hen vom Ausschluss bei bloß geringfügigen Rückständen oder Vereinbarungen im Hinblick auf die Entrichtung der fälligen Abgaben abgeschlossen wurden).

► **Verfahrensablauf und Prüfschritte des Auftraggebers**

Schriftliche Aufklärung / Mündliches Aufklärungsgespräch

Hat der Auftraggeber nachweislich Kenntnis vom Vorliegen eines Ausschlussgrunds erlangt (oder diesen auf geeignete Weise festgestellt), so hat er den betroffenen Unternehmer hiervon in Kenntnis zu setzen und ihm mitzuteilen, dass er als beruflich unzuverlässig eingestuft wird, sofern er nicht glaubhaft macht, dass er trotz Vorliegens des Ausschlussgrunds zuverlässig ist. Dem Unternehmer sind dabei zunächst die vom Auftraggeber festgestellten Ausschlussgründe konkret vorzuhalten. Dies ist für die Selbstreinigungsmöglichkeit des Unternehmers essentiell, da er andernfalls keine Möglichkeit hat, konkrete Maßnahme zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit darzulegen.

Darüber hinaus ist der Unternehmer aufzufordern, innerhalb einer konkret vorgeschriebenen (angemessenen) Frist die entsprechenden technischen, organisatorischen, personellen oder sonstigen Maßnahmen zur Verhinderung abermaliger Verstöße darzulegen sowie zu erläutern, dass ein Ausgleich für den verursachten Schaden erfolgt ist und dass mit den Ermittlungsbehörden im Hinblick auf die Klärung aller Umstände aktiv zusammengearbeitet wurde.

Nach Erhalt der entsprechenden Unterlagen und Informationen prüft der Auftraggeber, ob die Maßnahmen geeignet und ausreichend sind. Die vom Unternehmer implementierten Maßnahmen sind dabei mit der Anzahl und Schwere der festgestellten Verfehlungen in Verhältnis zu setzen. Dabei müssen die dargelegten Maßnahmen auch konkret im Hinblick auf die jeweils gewählte Verfahrensart sowie den sich hieraus ergebenden Zeitpunkt des erforderlichen Vorliegens der Eignung geprüft werden.

Dabei ist weiters hervorzuheben, dass das BVergG keine Formerfordernisse für die Darlegung der Maßnahmen zur Wiederherstellung der beruflichen Zuverlässigkeit normiert. Somit besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit, dass der Unternehmer zur Erläuterung der Maßnahmen im Rahmen eines mündlichen Aufklärungsgesprächs aufgefordert wird. Ein derartiges Gespräch kann dabei selbstverständlich auch in Ergänzung zur schriftlichen Aufklärung erfolgen.¹⁰⁸ Jedenfalls sollte aber eine Protokollierung (zumindest der wesentlichen Punkte) des Aufklärungsgesprächs erfolgen.

Ergebnis des Selbstreinigungsverfahrens

Der Auftraggeber hat auf Grundlage der ihm vorgelegten oder in sonstiger Weise kommunizierten Unterlagen und Informationen gesamthaft über eine gelungene Selbstreinigung zu entscheiden. Dabei hat insbesondere eine Abwägung zwischen der Schwere

¹⁰⁸ Oft wird ein mündliches Aufklärungsgespräch gerade in Ergänzung zur schriftlichen Aufklärung sinnvoll sein, da gerade (technisch oder organisatorisch) umfangreiche Selbstreinigungsmaßnahmen bestmöglich in schriftlicher und strukturierter Form dargelegt werden können. Derart detailliert wird dies im Zuge von Aufklärungsgesprächen nicht immer möglich sein.

des Vergehens, der Konsequenz des Ausschlusses sowie der Geeignetheit der dargelegten Maßnahmen zu erfolgen. Kurzum: Je schwerer das den Ausschlussgrund begründende Vergehen/Verhalten wiegt, desto strenger ist der Maßstab an die implementierten Maßnahmen zu setzen. Für die Beurteilung der Schwere des betroffenen Vergehens/Verhaltens kann dabei hilfsweise auch auf die diesbezüglichen Rahmenbedingungen des Strafrechts (§§ 32 bis 34 StGB) zurückgegriffen werden.

Sofern der Auftraggeber zu dem Ergebnis kommt, dass die Maßnahmen des Unternehmers ausreichend sind, ist dessen berufliche Zuverlässigkeit im Vergabeverfahren wiederhergestellt und ihm dies auch entsprechend zu kommunizieren. Eine Begründung für diese Entscheidung muss dem Unternehmer dabei grundsätzlich nicht kommuniziert werden. Intern ist eine entsprechende Begründung seitens des Auftraggebers jedoch jedenfalls festzuhalten und im Vergabeakt entsprechend abzulegen.

Werden die Maßnahmen hingegen als unzureichend eingestuft, so ist die Wiederherstellung der beruflichen Zuverlässigkeit gescheitert und der Unternehmer vom Vergabeverfahren auszuschließen. Diese Entscheidung des Auftraggebers (dh die Einstufung der Maßnahmen als unzureichend) ist dem Unternehmer gegenüber entsprechend zu begründen. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass der Unternehmer grundsätzlich die Möglichkeit hat, gegen die Entscheidung des Auftraggebers ein Rechtsmittel (konkret in Form eines Nachprüfungsantrags) zu erheben.

Entwicklung des Selbstreinigungsverfahrens

Das BVergG 2018 hat die Systematik des Selbstreinigungsverfahrens grundsätzlich aus dem BVergG 2006 übernommen. Die tatsächliche Wiederherstellung der Zuverlässigkeit ist für Unternehmer mittlerweile jedoch mit einem größeren Aufwand verbunden als bisher. Dies vor dem Hintergrund, dass die in § 83 Abs 2 Z 1 bis 3 BVergG festgelegten, kumulativ erforderlichen Maßnahmen erweitert wurden.

In § 83 Abs 2 Z 3 BVergG finden sich die – auch bereits im BVergG 2006 festgehaltenen – beispielhaften effektiven Maßnahmen (Berichts- und Kontrollwesen, Organ der inneren Revision, etc.). Neu sind hingegen umfassende, in den Z 1 und 2 festgehaltene Mitwirkungsverpflichtungen. So haben Unternehmer im Rahmen des Selbstreinigungsprozesses mittlerweile zusätzlich darzulegen, dass ein Ausgleich für einen im Rahmen der betroffenen Verhaltensweise gegebenenfalls verursachten Schaden gezahlt wurde (oder eine Verpflichtung zum Schadensausgleich vorliegt) und der Unternehmer umfassend durch aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung aller Tatsachen und Umstände hinsichtlich der betroffenen Verhaltensweise mitgewirkt hat. Wie Unternehmer diese Umstände Nachweisen sollen, ist im BVergG 2018 nicht definiert und werden daher die ersten Praxisfälle abzuwarten sein.

Der Selbstreinigungsaufwand wird durch obige Neuerungen jedenfalls erhöht. Hinzu kommt erschwerend, dass – anders als bspw in Deutschland – die Selbstreinigung in jedem Vergabeverfahren – sofern es sich nicht um einen einzigen Auftraggeber handelt – neu vorzunehmen ist. Vor diesem Hintergrund ist Unternehmern die Verfassung eines einheitlichen Dokuments, aus welchem die entsprechend getroffenen Maßnahmen her-

vorgehen, zu empfehlen und dieses dem jeweiligen Auftraggeber vorzulegen. Dies würde für sich genommen noch keinen allzu großen Aufwand darstellen. Vielmehr ergibt sich dieser daraus, dass viele Auftraggeber zusätzlich bspw auch die Führung von Aufklärungsgesprächen (im Rahmen eines sog kontradiktorischen Verfahrens, vgl obige Ausführungen) verlangen, um sich von der wiederherzustellenden Zuverlässigkeit des Unternehmers selbst überzeugen zu können. Dabei ist es auch denkbar, dass ein Auftraggeber die Maßnahmen als geeignet empfindet, ein anderer hingegen nicht. Eine allgemein zugängliche Datenbank, in welcher eine erfolgreiche „Selbstreinigung“ für alle Auftraggeber sichtbar ist (und somit eine Erleichterung der betroffenen Unternehmer darstellen würde), gibt es in Österreich nicht.

In Deutschland hingegen wurde ein sog „Wettbewerbsregister“ eingerichtet, in welchem zunächst diverse Straf- und Ordnungswidrigkeiten eingetragen werden, die – nach vergleichbarer deutscher Rechtslage – einen Ausschlussgrund darstellen. Darüber hinaus können die betroffenen Unternehmer jedoch – unter Darlegung der getroffenen Selbstreinigungsmaßnahmen – einen Antrag auf vorzeitige Löschung der betroffenen Eintragungen aus dem Wettbewerbsregister stellen. Ob die Selbstreinigung erfolgreich war, entscheidet in diesem Fall die Registerbehörde und löscht allenfalls die Eintragung(en). An diese Entscheidung sind in Folge die in das Register Einsicht nehmenden Auftraggeber grundsätzlich gebunden. Der hierdurch ersparte Aufwand ist dabei nicht zu unterschätzen und wäre sohin die Einführung eines derartigen Registers auch in Österreich überlegenswert.

► **Schadenswiedergutmachung und Behördenkooperation**

Für eine erfolgreiche Selbstreinigung verlangen § 83 Abs 2 Z 1 und 2 BVergG zunächst eine entweder tatsächlich bereits erfolgte Schadenswiedergutmachung oder eine entsprechende Verpflichtung hierzu. Hinzu kommt eine umfassende Mitwirkung durch Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden zur Klärung aller mit der Straftat oder Verfehlung im Zusammenhang stehender Umstände und Tatsachen. Diese beiden festgelegten Voraussetzungen müssen dabei kumulativ und zusätzlich zu den bereits im BVergG 2006 vorgesehenen, effektiven Maßnahmen (§ 83 Abs 2 Z 3 BVergG) nachgewiesen werden. Wie bereits festgehalten, wird hierdurch der den Unternehmern zukommende Aufwand im Zusammenhang mit dem Selbstreinigungsprozedere erhöht. Vor diesem Hintergrund ist betroffenen Unternehmern daher jedenfalls zu empfehlen, eine detaillierte und abschließende Ausarbeitung betreffend ihre Selbstreinigung zu verfassen, welche hinkünftig den jeweiligen Auftraggebern vorgelegt werden kann (und somit eine separate Ausarbeitung je Vergabeverfahren vermieden wird).

Im Hinblick auf die Wiedergutmachung des allfällig verursachten Schadens muss diese – den Erläuterungen zum BVergG 2018 folgend – nicht nur bei gerichtlich festgestellten Schadensfällen vorgenommen werden. Vielmehr ist der Unternehmer auch dann zum Nachweis eines (künftigen) Schadensausgleichs verpflichtet, wenn gerade keine gerichtliche Feststellung erfolgt ist. Nichtsdestotrotz kann es in jenen Fällen, in denen die exak-

te Schadenshöhe (noch) nicht feststeht, bereits ausreichend sein, dass der Unternehmer grundsätzlich bereit ist, für den verursachten Schaden aufzukommen.

In diesem Zusammenhang gibt es jedoch auch Grenzen im Hinblick auf den Selbstreinigungsprozess betroffener Unternehmer. Ein rechtsgültiger Verzicht des Unternehmers, sich über das noch nicht feststehende Ausmaß eines Schadens vor einem Zivilgericht zu einigen, kann von diesem nicht gefordert werden. Ebenso wenig können Maßnahmen, welche die prozessuale Stellung des Unternehmers verschlechtern, von diesem verlangt werden. Selbstverständlich wäre es in diesem Zusammenhang auch unzulässig, den Unternehmer dazu aufzufordern, Schadenersatzansprüche gegen ihn anzuerkennen, obwohl diese möglicherweise gar nicht erst bestehen.

Im Zusammenhang mit der zusätzlich vorgesehenen Verpflichtung zur Kooperation mit den Ermittlungsbehörden muss sich der Unternehmer aktiv, ernsthaft und auch erkennbar darum bemühen/bemüht haben, an der Feststellung und Ermittlung des konkreten Sachverhaltes mitzuwirken. Ziel soll es sein, Klarheit über jene Gegebenheiten zu erlangen, die zum Vorliegen eben dieses Ausschlussgrundes geführt haben (dh diesen begründen) oder mit der Straftat oder dem betroffenen Verhalten im Zusammenhang stehen.

Wie gerade dieser Nachweis (dh in welcher Form) konkret vom betroffenen Unternehmer zu erbringen sein wird, bleibt dabei jedoch offen. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass Intensität und Umfang der dem Unternehmer auferlegten Kooperationspflicht aus § 83 Abs 2 Z 2 BVergG nicht hervorgehen. Standardisierte „Kooperationsbestätigungen“ seitens der Ermittlungsbehörden sind nicht vorgesehen. Im Ergebnis entscheidet jedoch der Auftraggeber – unter gesamthafter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Selbstreinigungsverfahrens – ob die Selbstreinigung des Unternehmers erfolgreich war und dessen berufliche Zuverlässigkeit somit bestätigt werden konnte.

► Technische, organisatorische und personelle Maßnahmen

Neben dem Nachweis der Schadenswiedergutmachung sowie der Kooperation mit den Ermittlungsbehörden sind gemäß § 83 Abs 2 Z 3 BVergG weiters getroffene technische, organisatorische und personelle Maßnahmen des Unternehmers nachzuweisen.

Das BVergG 2018 sieht dabei – wie auch bereits das BVergG 2006 – bestimmte, beispielhaft zu verstehende Maßnahmen vor. So werden die Installation eines (qualitativ hochwertigen) Berichts- und Kontrollwesens, die Integration eines Organs der inneren Revision, dessen Aufgabe die Überwachung und Kontrolle der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften zu sein hat, oder die Einführung von Haftungs- und Schadenersatzregelungen, mit welchen eben die maßgeblichen Vorschriften eingehalten werden sollen, als beispielhafte Maßnahmen iSd § 83 Abs 2 Z 3 BVergG angeführt. Ziel ist es dabei einerseits, das Risiko der Begehung von Straftaten oder Vergehen zu minimieren und andererseits, auch eine wiederholte Begehung zu vermeiden. Jedenfalls steht fest, dass sich das Ausmaß der Maßnahmen in einem verhältnismäßigen Rahmen bewegen muss, um insbesondere kleinen und mittelgroßen Unternehmen die Teilnahme an Vergabever-

fahren nicht unverhältnismäßig zu erschweren. Klar ist aber auch, dass das Ausmaß der zu setzenden Maßnahmen auch im Zusammenhang mit der Art und Schwere des Unzuverlässigkeitsgrundes zusammenhängt und eine schwerer wiegende Verhaltensweise wohl auch entsprechend umfangreichere Maßnahmen erfordern wird.

Welche Maßnahmen dabei konkret für die Selbstreinigung als geeignet gelten können, hängt daher vom konkreten Einzelfall und der „wieder gut zu machenden“ Verfehlung ab. Grundsätzlich gilt, dass beim Ausmaß der Maßnahmen auf die Art und die Schwere der Verfehlung Bedacht zu nehmen ist. Auch die Anzahl entsprechender Ereignisse (Vorkommnisse) spielt dabei eine Rolle: Je mehr Verstöße vorliegen und je schwerer diese wiegen, desto umfangreicher müssen die Maßnahmen sein. Auch die letztendlich vom Auftraggeber vorzunehmende Beurteilung, ob die Zuverlässigkeit erfolgreich wiederhergestellt werden konnte, erfolgt nach einem an den Einzelfall entsprechend angepassten Maßstab. Bereits in den vergangenen Jahren haben sich in diesem Zusammenhang verschiedenste, erfolgreiche Selbstreinigungsmaßnahmen herausgestellt (wobei es sich nachstehend bloß um Beispiele, nicht hingegen um einen abschließenden Katalog handelt; auch können sich die nachstehenden Maßnahmen bei bestimmten Ausgangskonstellationen durchaus als gänzlich ungeeignet darstellen):

Als personelle (und auch organisatorische) Maßnahme kann bspw die Trennung (in Form von Kündigungen und/oder Entlassungen) von bestimmten Mitarbeitern dienen, die im Verdacht stehen, an dem Fehlverhalten beteiligt gewesen zu sein oder von diesem gewusst zu haben. Dabei muss darauf Bedacht genommen werden, dass in vielen Fällen auch Personen auf Führungsebene an bestimmten, unzulässigen Verhaltensweisen beteiligt waren. In diesem Fall wäre die bloße Kündigung von (diesen Führungspersonen hierarchisch untergeordneten) Mitarbeitern keineswegs ausreichend. Ganz im Gegenteil: Häufig erfolgt die Mitwirkung an diesen Verstößen aufgrund (wenn auch rechtswidriger) Weisungen der jeweiligen Vorgesetzten, weshalb grundsätzlich eine Trennung von diesen Führungspersonen zu erfolgen hätte. Eben dieser Umstand bereitet in der Praxis jedoch häufig Probleme, insbesondere wenn es sich bei den involvierten Personen gleichzeitig um Gesellschafter und/oder Geschäftsführer handelt, welche eine langjährige Verbindung mit dem betroffenen Unternehmen aufweisen (oder dieses gar gegründet haben).

Als weiters mögliche, organisatorische Maßnahme kann die Untersuchung der Kontroll-ebenen des Unternehmens erforderlich sein. Dies um herauszufinden, warum ein spezifisches Fehlverhalten nicht bereits im Vorfeld erkannt wurde. Dabei können auch die Neuorganisation von Abteilungen und/oder eine mögliche Trennung von administrativen und operativen Aufgabenbereichen förderlich sein. Ebenso stellt die rechtliche Schulung von Mitarbeitern durch externe Berater eine sinnvolle Maßnahme dar.¹⁰⁹ Als durchaus praxisrelevantes Beispiel sind dabei Compliance-Schulungen zu nennen, bei welchen die tatsächliche Teilnahme der Mitarbeiter entsprechend nachzuweisen ist (bspw in Form von Unterschriftenlisten oder Teilnahmebestätigungen).

¹⁰⁹ Denk, Selbstreinigung macht Bieter wieder zuverlässig, Der Standard 2010/20/06.

Technische Maßnahmen, die geeignet sein können, hinkünftiges Fehlverhalten zu verhindern, werden insbesondere im EDV-Bereich vorzunehmen sein. In Betracht kommen dabei insbesondere sog „Chinese Walls“, also die elektronische Abgrenzung bestimmter Organisations- oder Informationseinheiten innerhalb eines Unternehmens. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass nur tatsächlich befugte Personen auf die jeweiligen Daten und Informationen zugreifen können. Dass ein rechtswidriges Verhalten von grundsätzlich zugriffsberechtigten Personen hierdurch nicht ausgeschlossen werden kann, ist jedoch zu beachten. Dieses Beispiel zeigt auch, dass die Vornahme nur einzelner, isolierter Maßnahmen idR nicht geeignet sein wird, weitere Verfehlungen gesamthaft zu verhindern. Vor diesem Hintergrund wird daher meist eine Mischung aus technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen wohl als am effektivsten einzustufen sein.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bei Vorliegen von Verstößen im Rahmen der daraufhin erforderlich werdenden Selbstreinigung genau geprüft werden muss, ob die dargelegten Maßnahmen im konkreten Einzelfall und unter Berücksichtigung der konkreten Verstöße (inkl deren Schwere, Art und Häufigkeit) tatsächlich dazu geeignet sind, weitere Vergehen zu verhindern.

► Fazit

Nicht nur die mediale Berichterstattung ist dafür verantwortlich, dass der Bereich der Vergabe-Compliance sowohl bei Unternehmern wie auch Auftraggebern vermehrt in den Fokus rückt. Ursächlich hierfür sind vielmehr die damit verbundenen, meist sehr unangenehmen Konsequenzen für das betroffene Unternehmen, wie insbesondere der Ausschluss vom Vergabeverfahren, weitergehende Haftungen oder möglicherweise gar strafrechtsrelevante Folgeerscheinungen.

Für Unternehmer ist es daher ganz wesentlich, präventive Maßnahmen zu setzen, um sich gar nicht erst mit einem möglichen Ausschlussgrund auseinander setzen zu müssen. Dabei spielt die (laufende) Schulung der eigenen Mitarbeiter eine ganz wesentliche Rolle.

Selbiges gilt für Auftraggeber. Keinesfalls darf es dazu kommen, dass als unzuverlässig einzustufende Unternehmer beauftragt werden. Dies könnte schließlich durchaus auch negative Konsequenzen für den betroffenen Entscheidungsträger haben. Vielmehr ist nach Feststellung eines möglichen Ausschlussgrunds dem betroffenen Unternehmer ggf die Möglichkeit zur Selbstreinigung einzuräumen. Das Ergebnis des Selbstreinigungsverfahrens ist entsprechend zu dokumentieren, zu begründen und der Unternehmer im Ergebnis zuzulassen oder auszuschließen.

Für Unternehmer bedeutet dies wiederum, dass ein die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellendes Verhalten nicht automatisch zu einer „Sperrung“ und somit möglicherweise zu einer Existenzbedrohung führen muss. Vor diesem Hintergrund ist den zu setzenden Selbstreinigungsmaßnahmen höchste Priorität einzuräumen und sind diese auch entsprechend ernst zu nehmen sowie anzuwenden. Der Vorteil der einmaligen Setzung dieser effektiven Maßnahmen sowie deren Dokumentation ist, dass diese – zumindest

Großteils – in verschiedenen Vergabeverfahren vorgelegt werden können und nicht jeweils gänzlich neu ausgearbeitet werden müssen.

2.8.8.7 Substitution fehlender Eignung durch andere Unternehmer und in einer Bieter- und Arbeitsgemeinschaft

Nach der Judikatur des EuGH ist es zulässig im Konzernverbund zB auf die Referenzen einer Tochtergesellschaft zu verweisen, unabhängig von der Art der rechtlichen Beziehung mit den Tochtergesellschaften, sofern der Unternehmer tatsächlich über die diesen zustehenden Mittel verfügen kann, die zur Ausführung der Aufträge erforderlich sind.¹¹⁰ Diese Rechtsprechung fand Eingang in das BVergG (zB §§ 86 und 257 BVergG).

Zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit und Befugnis kann sich ein Unternehmer auf die Kapazitäten anderer Unternehmer (insbesondere auch Subunternehmer) ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrags die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Unter den gleichen Voraussetzungen können sich auch Bieter- und Arbeitsgemeinschaften auf die Kapazitäten ihrer Mitglieder oder anderer Unternehmer stützen.

Nach den Materialien zum BVergG wird gerade bei der Substitution der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Auftraggebern empfohlen, einen strengen Maßstab anzulegen. Insbesondere ist eine ausreichende Risikoabdeckung zB in Form einer unbedingten Bankgarantie zugunsten des Auftraggebers sicherzustellen.¹¹¹

2.8.9 Auswahlkriterien

Auswahlkriterien sind die vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten, **unternehmerbezogenen** Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird und die Auswahl im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, bei nicht offenen Wettbewerben, bei Innovationspartnerschaften oder im wettbewerblichen Dialog erfolgt (§ 2 Z 22 lit a BVergG).

Auswahlkriterien sind im Vorhinein bekannt zu machen.

2.8.10 Zuschlagskriterien

2.8.10.1 Begriff

Zuschlagskriterien (vgl § 2 Z 22 lit d BVergG) sind im Gegensatz zu Eignungs- und Auswahlkriterien **auftragsbezogen**. Die Zuschlagskriterien dienen der Bewertung der Angebote (vgl § 142 Abs 1 BVergG) und dienen der Ermittlung des „billigsten oder besten“

¹¹⁰ EuGH 14. 4. 1994, C-389/92 (*Ballast Nedam Groep NV/Belgischer Staat*), Rz 15, 17; EuGH 18. 12. 1997, C-5/97 (*Ballast Nedam Groep NV/Belgische Staat*), Rz 14.

¹¹¹ 69 BigNR 26. GP, 112.

Angebots, welchem der Zuschlag erteilt werden soll. Auch ermöglichen Zuschlagskriterien, die Angebote objektiv miteinander zu vergleichen.

2.8.10.2 Zuschlagskriterien und Bewertungssystem

Es ist je nach dem gewählten Bewertungssystem („Best- oder Billigstangebotsprinzip“) zu unterscheiden (Zuschlagskriterien):

- ▶ Bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots sind Zuschlagskriterien festzulegen zB Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw Ausführungsfrist;
- ▶ bei der Wahl des Angebots mit dem niedrigsten Preis der Preis.

2.8.10.3 Wahl zwischen den Bewertungssystemen (§ 91 Abs 4 bis 7, §§ 92 und 262 Abs 3 bis 6, § 263)

Der Zuschlag kann entweder dem **technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot** oder aber jenem mit dem **niedrigsten Preis** erteilt werden.

Die Ermittlung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes erfolgt aufgrund der Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses entweder anhand eines **Kostenmodells** oder anhand von bekannt gegebenen **Zuschlagskriterien**. Die (niedrigsten) Kosten sollen aufgrund eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes¹¹² ermittelt werden, wobei als ein Beispiel die Berechnung von Lebenszykluskosten in §§ 92, 263 gesondert geregelt werden.

Primär hat der Auftraggeber das „**Bestangebotsprinzip**“ zu wählen. Als verpflichtend wurde dieses System für **klassische Auftraggeber** in folgenden Fällen vorgesehen: wenn

- ▶ ein Verhandlungsverfahren gemäß § 34 Z 2 bis 4 BVergG zur Vergabe von Dienstleistungen durchgeführt wird, insbesondere geistige Dienstleistungen vergeben werden (§ 2 Z 17 BVergG)
- ▶ wenn die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt
- ▶ bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens EUR 1 Mio beträgt
- ▶ bei einer Auftragsvergabe im Wege eines wettbewerblichen Dialoges
- ▶ bei einer Auftragsvergabe im Wege einer Innovationspartnerschaft
- ▶ Von **Sektorenauftraggeber** ist das „Bestangebotsprinzip“ in folgenden Fällen zu wählen:
 - ▶ bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens EUR 10 Mio beträgt
 - ▶ bei einer Auftragsvergabe im Wege eines wettbewerblichen Dialoges

¹¹² 69 B1gNR 26. GP, 116.

- ▶ bei einer Auftragsvergabe im Wege einer Innovationspartnerschaft
- ▶ In den in § 91 Abs 6, § 262 Abs 5 BVergG genannten Konstellationen sind jedenfalls qualitätsbezogene Aspekte festzulegen, zB Gebäudereinigungs- und Bewachungsdienstleistungen, Beschaffung von Lebensmitteln, etc.

Nach § 91 Abs 3 BVergG ist ein Preiswettbewerb („**Billigstangebotsprinzip**“) ausnahmsweise unter folgenden Voraussetzungen ausdrücklich als zulässig anzusehen:

Ist der Qualitätsstandard der Leistung in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert, sodass die Festlegung in der Ausschreibung qualitativ gleichwertige Angebote sicherstellt, so kann der Zuschlag auch dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden.

Nicht mehr vorgesehen wurde die Auffangregelung, dass bei Fehlen von Festlegungen betreffend das Zuschlagsprinzip oder -system der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen ist.

Basis für die Ermittlung des (niedrigsten) Preises sind die Herstellungs- oder Anschaffungskosten.¹¹³

2.8.10.4 Bekanntgabe der Zuschlagskriterien

Der Auftraggeber hat in der **Bekanntmachung** oder in den **Ausschreibungsunterlagen** anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in der **Bekanntmachung** oder in den **Ausschreibungsunterlagen** alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben.

2.8.10.5 Wahl der Zuschlagskriterien

Der Auftraggeber ist bei der **Wahl** der Zuschlagskriterien grundsätzlich **frei**. Eingeschränkt wird dieses Ermessen durch das für die Privatwirtschaftsverwaltung geltende **Sachlichkeitsgebot** des Gleichheitssatzes und dass sich die ausgewählten Kriterien **auf den konkreten Auftrag zu beziehen** haben und **geeignet** sein müssen, das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln.

Das BVergG enthält keinen taxativen Katalog an Zuschlagskriterien. In der Vergaberichtlinie und nunmehr auch im BVergG werden einige Kriterien beispielsweise aufgezählt: Lieferfristen, Betriebskosten, Rentabilität, Qualität, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, technischer Wert, Kundendienst, technische Hilfe, Ausführungsfrist und -zeitraum, Lieferzeitpunkt.

¹¹³ 69 B1gNR 26. GP, 116.

Je nach Art und Umfang der zu beschaffenden Leistung steht es dem Auftraggeber frei, die Zuschlagskriterien zu bestimmen. Er darf jedoch dabei keineswegs willkürlich vorgehen, sondern hat hierbei bestimmte, vor allem von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze einzuhalten:

2.8.10.6 Grundsätzliches bei der Festlegung der Zuschlagskriterien

Die Kriterien müssen ein gewisses Ausmaß an Genauigkeit aufweisen (**Konkretisierungsgebot**), damit es allen Beteiligten eines Vergabeverfahrens möglich ist, bestimmte Eigenschaften von Produkten oder Leistungen konkreten Kriterien zuzuordnen.

Die Zuschlagskriterien müssen so gefasst werden, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können.

Der Auftraggeber hat weiters nur solche Kriterien zu wählen, die auch der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen. Die Zuschlagskriterien müssen demnach jedenfalls auftragsbezogen sein. Kriterien, die sich als Eignungskriterien darstellen, also als unternehmensbezogen zu qualifizieren sind, kommen keinesfalls als Zuschlagskriterien in Betracht (**Wirtschaftlichkeitsgebot und Gebot der Auftragsbezogenheit**).

Wie der EuGH in der Rechtssache *Beentjes*¹¹⁴ judizierte, müssen die vom Auftraggeber aufgestellten Kriterien geeignet sein, das dem Auftraggeber zustehende Beurteilungsermessen nach objektiven Gesichtspunkten zu handhaben und dürfen kein willkürliches Auswahllement enthalten (**Objektivitätsgebot und Willkürverbot**).

Bereits aus dem in § 20 Abs 1 BVergG statuierten allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung, folgt im Besonderen auch der bei der Festlegung der Zuschlagskriterien zu beachtende Grundsatz der Transparenz. Der Gleichbehandlungsgrundsatz setzt nämlich eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten nicht geprüft werden könnte, ob er beachtet wird. Die Zuschlagskriterien sind im Voraus bekannt zu geben (**Transparenzgebot**). Auch darf der Zuschlag nach § 142 Abs 1 BVergG nur anhand der Festlegungen in der Ausschreibung erteilt werden. Änderungen der Ausschreibung und damit auch der Zuschlagskriterien nach Angebotsöffnung sind jedenfalls unzulässig. Damit müssen auch alle Angebote den vom Auftraggeber in den Auftragsunterlagen getroffenen Festlegungen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote gewährleistet ist (Sicherstellen der **Vergleichbarkeit** der Angebote).

Dem in § 20 Abs 1 BVergG normierten Grundsatz und der Judikatur des EuGH weiters folgend, gilt hinsichtlich der Anforderungen an die Zuschlagskriterien jedenfalls auch der **Grundsatz der Nichtdiskriminierung**.

Weiters hat der Auftraggeber für den Fall, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot („Bestangebotsprinzip“) erteilt werden soll, in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren

¹¹⁴ EUGH 20. 9. 1988, 31/87 (*Gebroeder Beentjes/Königreich Niederlande*).

Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben (**Reihungs- oder Gewichtungspflichtung**).

Ist auch die Festlegung einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, ausnahmsweise auf Grund der Eigenart der ausgeschriebenen Leistung nicht möglich, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben.

Nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollinstanzen, hat die Reihung jedoch im Rahmen einer Gewichtung zu erfolgen. Der Auftraggeber hat, um eine abgestufte vergleichende Bewertung der Angebote zu ermöglichen, ein objektiv hierzu geeignetes System zu erstellen. Eine bloß punktemäßige Gewichtung ohne verbale Darstellung genügt diesen Anforderungen nicht.

2.8.11 Leistungsvertrag

2.8.11.1 Vertragswerk, Zahlungsverkehr, §§ 363 ff BVergG

Kernstück der Ausschreibungsunterlagen sind gerade auch die Bestimmungen betreffend den Leistungsvertrag. Quasi als „Checkliste“ werden in § 110 Abs 1 BVergG wesentliche Bestimmungen eines Vertrags angeführt. Es gelangen die Bestimmungen des Zivilrechts zur Anwendung.

Auch § 110 Abs 2 BVergG wurde mit der Novelle 2018 neu gefasst: Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie **ÖNORMen** oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so ist auf diese nunmehr bloß „Bedacht zu nehmen“. Eine verpflichtende Zugrundelegung ist nicht mehr normiert. Der Auftraggeber hat somit die maßgeblichen Gründen lediglich intern zu dokumentieren.¹¹⁵

Weiters sind nach § 111 BVergG Regelungen über den **Zahlungsverkehr** zu beachten: Die Zahlungsfrist darf grundsätzlich nicht mehr als 30 Tage betragen. Eine Verlängerung auf bis zu maximal 60 Tage ist nur möglich, wenn 1) dies auf Grund der besonderen Natur oder Merkmale des Auftrages sachlich gerechtfertigt ist, oder wenn 2) die überwiegende Tätigkeit des Auftraggebers oder der Organisationseinheit, für die das Vergabeverfahren durchgeführt wird, in der Bereitstellung von Gesundheitsdienstleistungen besteht (zu Besonderheiten im Sektorenregime s § 269 BVergG). Weiters darf die Dauer eines **Abnahme- oder Überprüfungsverfahrens** grundsätzlich 30 Tage ab dem Empfang der Ware oder der Erbringung der Bau- oder Dienstleistung nicht übersteigen. Davon abweichende Festlegungen des Auftraggebers sind nur zulässig, wenn diese für Unternehmer nicht grob nachteilig sind. Für die Beurteilung der groben Nachteiligkeit ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit die Dauer des vorgesehenen Abnahme- oder Überprüfungsverfahrens von der Übung des redlichen Verkehrs abweicht, ob es einen sachlichen Grund für diese Abweichung gibt und um welche Vertragsleistung es sich

¹¹⁵ 69 B1gNR 26. GP, 138.

handelt. Zudem darf der in § 456 UGB festgelegte Zinssatz nicht unterschritten werden. Die Ausschreibung darf keine Angaben über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung beim Auftraggeber beinhalten.

In den §§ 363 ff BVergG wurden nunmehr auch neue Verpflichtungen nach der Zuschlagserteilung und zivilrechtliche Bestimmungen aufgenommen. Hervorzuheben sind folgende Neuregelungen: zu den Bekanntgabepflichten im Zusammenhang mit Subunternehmern (§ 363 BVergG) s Punkt 2.8.6, § 366 BVergG normiert die Verpflichtung zur Beendigung von Verträgen.

2.8.11.2 Vertragsänderungen (§ 365 BVergG)

Wesentliche Änderungen von Verträgen und Rahmenvereinbarungen während ihrer Laufzeit sind grundsätzlich nur nach einer erneuten Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig. Eine Änderung des Vertrages oder einer Rahmenvereinbarung ist jedenfalls dann als wesentlich (und somit ausschreibungspflichtig) iSd § 365 BVergG anzusehen, wenn sie dazu führt, dass sich der Vertrag oder die Rahmenvereinbarung erheblich vom ursprünglichen Vertrag bzw der ursprünglichen Rahmenvereinbarung unterscheidet. (§ 365 Abs 1 BVergG)

Jedenfalls „wesentliche Änderungen“ sind zusammenfassend (§ 365 Abs 2 BVergG):

- ▶ **Z 1:** durch die Änderung werden (**neue**) **Bedingungen** eingeführt, die – hätten sie bereits für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten –
 - die Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber erlaubt hätte (Änderung des Bewerber-/Bieterkreises) oder
 - die Annahme eines anderen als des ursprünglichen Angebotes ermöglicht hätten oder
 - das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätte (Änderung des Bewerber-/Bieterkreises)
- ▶ **Z 2:** Änderungen, die zu einer **Veränderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts** des Vertrags oder der Rahmenvereinbarung zugunsten des Auftragnehmers führen, welche ursprünglich nicht vorgesehen waren;
- ▶ **Z 3:** Änderungen, welche den Umfang des Vertrages erheblich erweitern oder verringern;
- ▶ **Z 4:** Der **Vertragspartner wird** durch einen neuen Auftragnehmer **ersetzt** (in anderen als den in § 365 Abs 3 Z 3 BVergG vorgesehenen Fällen).

Jedenfalls „unwesentliche Änderungen“ sind (§ 365 Abs 3 BVergG):

- ▶ **Z 1:** die Änderung der Auftragssumme sofern sie die gesetzlich genannte Schwellenwerte und 10% der ursprünglichen Auftragssumme bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bzw 15% bei Bauaufträgen nicht übersteigen. Der Gesamtcharakter des Vertrages darf sich nicht verändern. Im Falle mehrerer aufeinander folgender

Änderungen wird deren Wert auf der Grundlage des kumulierten Nettowertes der aufeinander folgenden Änderungen bestimmt.

- ▶ **Z 2:** Änderungen die in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen in klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklauseln vorgesehen sind (zB Optionen);
- ▶ **Z 3:** das Ersetzen des Auftragnehmers durch einen neuen Vertragspartner aufgrund
 - einer eindeutig formulierten Vertragsklausel gemäß § 365 Abs 3 Z 2 BVergG,
 - einer Unternehmensumstrukturierung, oder
 - der Übernahme der Verpflichtungen des Auftragnehmers gegenüber dessen Subunternehmer durch den Auftraggeber.
- ▶ **Z 4:** Änderungen, die unabhängig von ihrem Wert nicht als wesentliche Änderungen gemäß § 365 Abs 1 und 2 BVergG anzusehen sind,
- ▶ **Z 5: Zusätzliche Leistungen des ursprünglichen Auftragnehmers**, die erforderlich geworden sind und nicht in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen vorgesehen waren, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers
 - aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und
 - mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre
- ▶ **Z 6:** Bei Vorliegen folgender Voraussetzungen:
 - die Änderung wurde aufgrund von Umständen erforderlich, die ein seiner Sorgfaltspflicht nachkommender Auftraggeber nicht vorhersehen konnte, und
 - der Gesamtcharakter des Auftrages verändert sich aufgrund der Änderung nicht.

Für klassische Auftraggeber darf im Falle der Z 5 und 6 der Gesamtwert der zusätzlichen Leistungen 50% des Wertes des ursprünglichen Auftrages nicht übersteigen.

Gemäß § 365 Abs 4 BVergG sind Änderungen des Vertrages oder einer Rahmenvereinbarung gemäß § 365 Abs 3 Z 5 (zusätzliche Leistungen) und Abs 3 Z 6 BVergG bekannt zu machen.

2.9 Das Angebot

Bieter haben sich bei der Erstellung ihrer Angebote an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Abweichungen sind mit dem Ausscheiden gemäß § 141 Abs 1 Z 7 und § 302 Abs 1 Z 5 BVergG sanktioniert.

Angebote müssen sich auf die ausgeschriebene Gesamtleistung beziehen, außer es wurde die Möglichkeit von Teilangeboten vorgesehen (vgl Punkt 2.8.4).

Bei (zulässiger) Abgabe eines Alternativangebots oder Abänderungsangebots hat der Bieter den Nachweis der **Gleichwertigkeit** zu führen. Für jedes Alternativangebot und

für jedes Abänderungsangebot ist, auch wenn sich dieses auf Teile der Gesamtleistung bezieht, vom Bieter je ein Gesamt-Alternativangebotspreis (oder uU Gesamt-Abänderungsangebotspreis) zu bilden.

Auch hat der Bieter bei Anbieten eines bestimmten Erzeugnisses in freien Zeilen (**Bieterlücken**) des Leistungsverzeichnisses den Nachweis der Gleichwertigkeit zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einer zu seinem Angebot gesonderten Erklärung erklärt hat (§ 125 Abs 7 BVergG).

Hinsichtlich der **Form** von Angeboten wird auf § 126 BVergG, des **Inhalts** ua auf § 127 BVergG verwiesen. Bei **Angebotsabgabe** ist § 129 BVergG zu beachten, für den Auftraggeber gelten bestimmte **Verwahrungspflichten** gemäß § 132 BVergG.

2.10 Das Zuschlagsverfahren

2.10.1 Angebotsöffnung (§ 133 BVergG)

Die Angebote dürfen erst nach Ablauf der Angebotsfrist geöffnet werden. Die Unmittelbarkeit der Öffnung nach Ablauf der Angebotsfrist wurde nicht mehr vorgeschrieben. Die Öffnung von Papierangeboten hat beim offenen und beim nicht offenen Verfahren durch eine Kommission (mind zwei sachkundige Vertreter des Auftraggebers) zu erfolgen. Bei Verhandlungsverfahren ist das Ergebnis der Öffnung geheim zu halten. Bei Vergabeverfahren von Sektorenauftraggebern ist generell keine formalisierte Öffnung der Angebote erforderlich.

Die zwingende Teilnahmemöglichkeit der Bieter an Öffnungen im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens wurde nicht mehr vorgesehen. Der Auftraggeber kann die Beteiligung der Bieter vorsehen. Der Verlesung soll anders als bisher keine entscheidende Bedeutung mehr zukommen. Diese Funktion soll das Angebotsöffnungsprotokoll übernehmen.

Vor dem Öffnen eines Angebots ist zunächst festzustellen, ob es ungeöffnet und vor Ablauf der Angebotsfrist eingelangt ist. Nach Ablauf der Angebotsfrist eingelangte Angebote sind nicht zu öffnen und als verspätet eingelangt zu kennzeichnen.

Aus den Angeboten sind jedenfalls in einem Protokoll folgende Angaben festzuhalten (§ 133 Abs 5 BVergG):

- ▶ Name und Geschäftssitz des Bieters,
- ▶ der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Losen oder für die ganze Leistung

oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Lospreise sowie die Variantenangebotspreise,

- ▶ wesentliche Erklärungen des Bieters,
- ▶ sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als den Preis relevante in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben, deren Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde,
- ▶ Vermerke über offensichtliche Angebotsmängel und
- ▶ Geschäftszahl des Verfahrens sowie gegebenenfalls die Namen der Kommissionsmitglieder.

Klargestellt wurde somit, dass sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als den Preis relevante, in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben (zB Bauzeitverkürzung, Verlängerung der Gewährleistungsfrist), deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde, zu dokumentieren und zu verlesen sind.

Jedem Bieter ist das Protokoll zu übermitteln bzw bereitzustellen.

2.10.2 Eignungsprüfung und Ausscheiden gemäß § 129 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG

Im Rahmen der Eignungsprüfung wird überprüft, ob der Bewerber oder der Bieter über die Befugnis, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit verfügt.

Diese Prüfung erfolgt beim nicht offenen Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung wie auch beim Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Rahmen der ersten Phase des Verfahrens.

Sie erfolgt anhand der vom Auftraggeber festgelegten und den Bietern oder Bewerbern bekannt gegebenen Eignungskriterien, wobei der Bieter oder Bewerber seine Eignung durch die vom Auftraggeber geforderten und in der Ausschreibung definierten Eignungsnachweise darzutun hat.

Erfüllt der Bieter oder der Bewerber die entsprechenden Kriterien nicht, wird sein Angebot gemäß § 141 Abs 1 Z 1 und 2 wie auch § 302 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG ausgeschieden oder dieser nicht zur Angebotsabgabe eingeladen.

Auf die Ausführungen in Punkt 2.8.8 wird verwiesen.

2.10.3 Angebotsprüfung und Ausscheiden gemäß § 141 und § 302 BVergG

2.10.3.1 Angebotsprüfung

Der Angebotsprüfung kommt im gesamten Vergabeverfahren zentrale Bedeutung zu. Grob lässt sich diese in eine formale und inhaltlich-materielle Prüfung untergliedern.

Nach § 135 Abs 2 BVergG ist zu prüfen, ob die Grundsätze nach § 20 Abs 1 BVergG eingehalten wurden, ob die Angebote rechnerisch richtig sind, die Angemessenheit der Preise und ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist, weiters ob die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters und – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer vorliegen.

2.10.3.2 Unklarheiten und Mangelhaftigkeit von Angeboten

Bei Vorliegen von behebbaren Mängeln (vgl § 141 Abs 1 Z 7 BVergG) oder Unklarheiten hat der Auftraggeber gemäß § 138 Abs 1 BVergG, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom **Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung** zu verlangen. Dafür ist ihm eine angemessene Frist einzuräumen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte sind in die Dokumentation der Prüfung der Angebote aufzunehmen.

Rechnerisch fehlerhafte Angebote sind, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde, dann nicht weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindern – 2% oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist, **ausgenommen** der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt, jedenfalls unzulässig (§ 138 Abs 7 BVergG).

2.10.3.3 Prüfung der Preisangemessenheit, vertiefte Angebotsprüfung (§ 137 BVergG¹¹⁶)

Die Preisangemessenheit ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Der Auftraggeber hat dabei von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

Eine Aufklärung über die Positionen des Angebots muss verlangt werden und ist eine sog vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, wenn

- ▶ Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen;
- ▶ Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in Positionen aufweisen;
- ▶ begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

¹¹⁶ Für Sektorauftraggeber enthält § 300 BVergG eine weniger „strenge“ Regelung.

Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung hat der Auftraggeber zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich **erklär- und nachvollziehbar sind**, wobei insbesondere geprüft werden kann, ob

- ▶ im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind;
- ▶ der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringer wertige Leistungen;
- ▶ die geforderte oder vom Bieter vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

§ 141 BVergG wurde insofern geändert, als im Unterschwellenbereich jedenfalls auch eine kontradiktorische Prüfung vorgenommen werden muss.

Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, sind auszuschneiden (**§ 141 Abs 1 Z 3 BVergG**).

2.10.3.4 Ausscheiden gemäß § 141 Abs 1¹¹⁷

Vor der Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung ua folgende Angebote auszuschneiden:

- ▶ Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen sind;
- ▶ Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
- ▶ Angebote, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;
- ▶ Angebote, bei denen der Bieter keine Preise angibt, sondern nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten;
- ▶ Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt;
- ▶ verspätet eingelangte Angebote;
- ▶ den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

¹¹⁷ Für Sektorenauftraggeber s die Regelung in § 302 BVergG.

- ▶ Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben;
- ▶ rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind;
- ▶ Angebote von nicht aufgeforderten Bieter;
- ▶ Angebote von Bieter bei denen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung oder des Ablaufes der Nachfrist
 - a) keine für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich erforderliche behördliche Entscheidung,
 - b) kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer behördlichen Entscheidung fehlenden Kenntnisse erworben worden sind, oder
 - c) eine behördliche Genehmigung, die die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausschließt, vorliegt.

In § 141 Abs 2 BVergG wird es dem Auftraggeber freigestellt, Angebote von Bieter auszuschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.

Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebots unter Angabe des Grundes zu **verständigen**. Hintergrund dieser Verständigungsverpflichtung des Auftraggebers ist, dass auch das Ausscheiden eines Angebots bei den zuständigen Verwaltungsgerichten angefochten werden kann (s dazu Punkt 3.3.1.3).

2.10.3.5 Angebotsmängel

Ob ein behebbarer oder unbehebbarer Mangel vorliegt, ist anhand der **Grundsätze der Leistungsvergabe** zu beurteilen.

Nur solche Mängel des Angebots eines Bieters sind verbesserungsfähig, die nicht nach Angebotseröffnung zu einer **Änderung der Wettbewerbsstellung** der Bieter führen können.

Es ist bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter **materiell** verbessert würde.¹¹⁸

Die Frage, welche Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung eines Bieters materiell verbessert, ist nach der Art des Mangels differenziert zu lösen.

¹¹⁸ VwGH 25. 2. 2004, 2003/04/0186-9.

Dies liegt etwa dann vor, wenn die nachträgliche Mängelbehebung den **Wert der angebotenen Leistung beeinflussen** würde. Diesfalls könnte nämlich der Bieter durch eine nachträgliche Ergänzung seines Angebots seine eigene Position in Kenntnis der Angebotspreise seiner Mitbewerber in unzulässiger Weise nachträglich verbessern.¹¹⁹

Als unbehebbarer Mängel wurden zB qualifiziert:

- ▶ Richtigstellung eines Preises von ATS 24.750,- auf ATS 4.950,- ist unzulässig;¹²⁰
- ▶ nachträgliche Bekanntgabe bei Fehlen der in der Ausschreibung nachgefragten Projektierungskosten eines Alternativangebots ist unzulässig;¹²¹
- ▶ Anbieten (im Hauptangebot) von anderen als fabriksneuen Waren, wenn diese verlangt waren;¹²²
- ▶ Nennung (im Hauptangebot) von anderen als in den Ausschreibungsunterlagen genannte Zahlungsbedingungen;¹²³
- ▶ Änderung des Personaleinsatzes: Ist der Personaleinsatz ein maßgebendes Zuschlagskriterium, würde daher eine nachträgliche Ergänzung der ursprünglich über den Personaleinsatz erstatteten Angaben jedenfalls den Wert der angebotenen Leistung für den Auftraggeber beeinflussen und wäre somit geeignet, die Position des Bieters in unzulässiger Weise zu verbessern.¹²⁴

2.10.4 Angebotsbewertung und „Best-/Billigstangebotsermittlung“

Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung entweder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen (§ 142 Abs 1 BVergG).

Das „beste“ Angebot wird anhand der Zuschlagskriterien ermittelt. Vgl Punkt 2.8.10.

2.11 Vertragsabschluss (Zuschlag)

Der Leistungsvertrag kommt durch Annahme (Zuschlag) des Angebots des Bieters zu Stande.

2.11.1 Zuschlagsentscheidung

Um die wichtige Entscheidung der Wahl eines Auftragnehmers durch den Auftraggeber vor den Vergabekontrollbehörden einer Nachprüfung zugänglich zu machen, erfolgte die Vorschaltung der sogenannten **Zuschlagsentscheidung**. Es handelt sich gemäß § 2

¹¹⁹ BVA 27. 9. 1999, N-39/99-18.

¹²⁰ BVA 23. 1. 1998, F-23/97-13.

¹²¹ BVA 1. 4. 1998, N-7/98-10, N-9/98-5.

¹²² BVA 8. 1. 2002, N-107/01-23.

¹²³ BVA 21. 11. 1997, N-26/97-6.

¹²⁴ BVA 3. 8. 1998, F-3/98-12.

2. Das BVergG

Z 49 BVergG um die an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll.

Diese Zuschlagsentscheidung ist den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern (nicht mehr jenen Bietern, deren Angebot „rechtskräftig“ ausgeschieden wurden!) gemäß §§ 143, 305 BVergG bekannt zu geben.

Die Zuschlagsentscheidung ist den Bietern grundsätzlich **nachweislich elektronisch** mitzuteilen. Die Zuschlagsentscheidung darf ausnahmsweise, nämlich dann, wenn eine nachweisliche Übermittlung per E-Mail nicht möglich ist, brieflich mitgeteilt werden.

In der Mitteilung sind das Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung des Angebots, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots mitzuteilen.

Der Zuschlag darf bei sonstiger absoluter Nichtigkeit innerhalb der Stillhaltefrist nicht erteilt werden. Anders als nach der bisherigen Regelung führt die Verletzung der Pflicht zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung mit der Novelle 2009 nicht mehr zur ex lege Nichtigkeit des Vertrages. Die Aufhebung eines Vertrages aufgrund genannter Verletzung kann Folge einer Feststellung der Vergabekontrollbehörde sein.

Mit der Novelle 2018 wurde eine einheitliche Stillhaltefrist vorgesehen: Bei Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung darf der Zuschlag bei sonstiger Nichtigkeit nicht innerhalb einer **Stillhaltefrist** in der Regel von 10 Tagen (bei Übermittlung der Zuschlagsentscheidung auf elektronischem Wege) oder 15 Tagen (bei brieflicher Übermittlung) erteilt werden (vgl dazu im Detail § 144 Abs 1, § 306 Abs 1 BVergG). Diese Frist beginnt mit der **Absendung** der Zuschlagsentscheidung.

Hinweis: Die Stillhaltefrist beträgt generell für alle Verfahren 10 Tage.

Mit der Novelle 2009 neu vorgesehen wurde die Möglichkeit der freiwilligen Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Diese Möglichkeit wurde im Rahmen der Bekanntmachungsvorschriften geregelt (vgl zB §§ 58, 59 Abs 5, § 64 Abs 6, §§ 227, 229 Abs 5, § 234 Abs 6 BVergG). Auch wenn die Bekanntgabe der Entscheidung freiwillig erfolgt, handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a BVergG.

2.11.2 Zuschlagserteilung

Erst nach Ablauf der Stillhaltefrist darf der Zuschlag erteilt und das Angebot somit angenommen werden.

Während der Zuschlagsfrist (dh nach Ablauf der Stillhaltefrist) kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebots erhält. Wird die Zuschlagsfrist überschritten, so entsteht

das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt. Zur Abgabe dieser Erklärung ist dem Bieter eine angemessene Frist zu setzen (§ 145 BVergG).

Der Auftraggeber hat den Zuschlag durch Auftragsschreiben, Bestellschein oder Schlussbrief zu erteilen. Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer eine unterfertigte Auftragsbestätigung (Gegenschlussbrief) verlangen.

Sofern sich der Inhalt des Vertrags – außer aus dem Angebot – auch aus anderen Schriftstücken, die Zusatzvereinbarungen enthalten (zB Verhandlungsprotokolle im Verhandlungsverfahren), ergibt, sind sämtliche Schriftstücke im Auftragsschreiben, Bestellschein oder Schlussbrief und, wenn eine Auftragsbestätigung verlangt wurde, auch in dieser anzuführen.

Mit der Novelle 2009 neu vorgesehen wurde die Möglichkeit der Mitteilung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt wurde (vgl § 144 Abs 2, § 306 Abs 2 BVergG).

2.12 Widerruf

2.12.1 Widerruf = Ende des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren endet entweder mit dem Vertragsabschluss (s Punkt 2.11) oder mit Widerruf. Eine andere Beendigungsform ist im BVergG nicht vorgesehen und wäre rechtswidrig.

Zur Durchsetzbarkeit einer Beendigung des Vergabeverfahrens wurde in § 152 Abs 9 BVergG Folgendes normiert:

Wird durch eine Vergabekontrollbehörde rechtskräftig festgestellt, dass nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens der Sektorenauftraggeber ein Verfahren zur Vergabe eines Auftrags weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat, so gilt dies als Erklärung des Widerrufs im Sinn des BVergG.

2.12.2 Widerrufsgründe

§ 148 BVergG normiert die Widerrufsmöglichkeiten während der Angebotsfrist. § 149 BVergG regelt den Widerruf während der Zuschlagsfrist.¹²⁵

Ein Widerruf der Ausschreibung ist nur zulässig, wenn diesen sachliche Gründe rechtfertigen. § 149 Abs 1 BVergG nennt jene Fälle in denen widerrufen werden **muss**, Abs 2 jene Fälle in denen widerrufen werden **kann**.

¹²⁵ Nach § 310 BVergG können Sektorenauftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestehen.

Der im BVergG 2002 noch vorgesehene ex lege Widerruf, wonach die Ausschreibung automatisch als widerrufen gilt, wenn kein Angebot nach dem Ausscheiden übrig bleibt, wurde nunmehr als Muss-Widerrufsgrund aufgenommen.

2.12.3 Widerrufsentscheidung und Widerrufserklärung

Entsprechend der Judikatur des EuGH, wonach auch der Widerruf anfechtbar und für nichtig erklärbar sein muss (was im BVergG 2002 nicht explizit vorgesehen war) wurde mit dem BVergG 2006 eine Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung (= die an Unternehmer abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, ein Vergabeverfahren widerrufen zu wollen) normiert. Es erfolgte daher betreffend den Widerruf ein ähnliches Splitting wie beim Zuschlag. Zu unterscheiden ist zwischen Widerrufsentscheidung und Widerrufserklärung.

Mit der Novelle 2007 wurde neu vorgesehen, dass es bei Beschaffungen im Unterschwellenbereich im Ermessen des Auftraggebers gelegen ist, den Widerruf unmittelbar und ohne Abwarten einer Stillhaltefrist zu erklären. Im Unterschwellenbereich wird dem Auftraggeber die Wahlmöglichkeit eingeräumt, das System der Widerrufsentscheidung und Widerrufserklärung einzuhalten oder aber direkt den Widerruf zu erklären (§ 150 Abs 7, § 311 Abs 7 BVergG 2007).

Diese Änderung geht auf ein Erkenntnis des VfGH zurück, indem dieser aussprach, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestünden, wenn im Unterschwellenbereich die Bekämpfbarkeit des Widerrufs nicht in gleicher Weise wie im Oberschwellenbereich vorgesehen ist.¹²⁶

2.12.4 Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung, Stillhaltefrist und Unwirksamkeit

Nach § 150 und § 311 BVergG haben Auftraggeber und Sektorenauftraggeber **nachweislich** allen am Vergabeverfahren teilnehmenden und ihm bekannten Unternehmern mitzuteilen, dass beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren zu widerrufen.

Die Mitteilung der Widerrufsentscheidung hat **elektronisch** zu erfolgen. Ist ausnahmsweise eine derartige Übermittlung nicht möglich, so ist diese brieflich zu übermitteln. In dieser Mitteilung sind das jeweilige Ende einer Stillhaltefrist sowie die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt zu machen.

Ist eine individuelle Mitteilung an alle Unternehmer nicht möglich, so ist die Widerrufsentscheidung in derselben Art bekannt zu machen wie die Ausschreibung.

Der Widerruf darf bei sonstiger Unwirksamkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 10 Tagen (Übermittlung auf elektronischem Wege) oder 15 Tagen (postalische Übermittlung) **erklärt** werden. Auch für den Unterschwellenbereich gilt mit der Novelle 2018 nunmehr die 10-tägige Frist. Vor Ablauf der Stillhaltefrist darf auch **kein neues Verga-**

¹²⁶ VfGH 19. 6. 2006, B 3378/05-9.

beverfahren über den gleichen Auftragsgegenstand eingeleitet werden, soweit die Beschaffung nicht aus dringlichen zwingenden Gründen erforderlich ist. Bereits eingelangte Angebote dürfen nach der Mitteilung oder der Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung **nicht geöffnet** werden.

***Hinweis:** Die Stillhaltefrist beträgt generell für alle Verfahren 10 Tage.*

Die Stillhaltefrist beginnt mit der **Absendung** der Mitteilung der Widerrufsentscheidung oder erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung.

2.12.5 Widerrufserklärung und Mitteilung

Nach Ablauf der Stillhaltefrist hat der Sektorenauftraggeber die **Widerrufserklärung** (= ist die an Unternehmer abgegebene Erklärung des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren ohne Zuschlagserteilung zu beenden) in derselben Art wie die Widerrufsentscheidung mitzuteilen. Mit der Erklärung des Widerrufs nach Ablauf der Stillhaltefrist gewinnen Auftraggeber und Bieter ihre Handlungsfreiheit wieder. Bereits eingelangte Angebote sind nach Erklärung des Widerrufs auf Verlangen zurückzustellen.

3. DER RECHTSSCHUTZ

3.1 Organisation des nationalen Rechtsschutzes

3.1.1 Die Verwaltungsgerichte auf Landes- und Bundesebene (Landesverwaltungsgerichte [LVwG] bzw Bundesverwaltungsgericht [BVwG])

Ein Unternehmer kann sich gegen bestimmte Entscheidungen (zB Ausschreibungsbedingungen, Zuschlagsentscheidung, Ausscheiden) des Auftraggebers (zB Land, Gemeinde) im Vergabeverfahren mittels eines speziellen Antrags wehren. Dieser sogenannte „Nichtigerklärungs- oder Nachprüfungsantrag“ bewirkt die **Überprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers** (s § 2 Z 15 BVergG) durch ein Verwaltungsgericht. Ein derartiger Antrag kann (muss) mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (zB „Stopp des Vergabeverfahrens“) verbunden werden.

Für Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Entscheidungen, die von Ländern oder Gemeinden getroffen werden, sind die für das jeweilige Bundesland geschaffenen Landesverwaltungsgerichte (LVwG) zuständig. Die LVwG überprüfen ebenso die Vergabeverfahren, die von Gesellschaften (zB Marketing GmbH, Versorgungs AG) durchgeführt werden, die im Einflussbereich (zB durch Eigentumsanteile, Aufsichtsrechte) der Länder und Gemeinden stehen. Ebenso werden die Vergabeverfahren, die von Sektorenauftraggebern auf Landesebene durchgeführt werden, von den LVwG kontrolliert.

Sollte der Auftraggeber eine Bundesdienststelle sein (zB Bundesministerium, Gericht, Parlament), dann ist das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) als Rechtsschutzinstanz zuständig. Dies gilt ebenso für Gesellschaften des Bundes (zB BIG, BBG, ASFINAG, ÖBB) und für Körperschaften, die einer Bundeskontrolle unterliegen (zB Universitäten, Kammern, Gebietskrankenkassen).

Die organisationsrechtlichen Bestimmungen (zB Einrichtung der LVwG) zu den einzelnen Rechtsschutzinstanzen finden sich in den jeweiligen Landesgesetzen und im Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG) sowie – einzelne Sonderbestimmungen – im BVergG 2018 (für das BVwG) wieder.

Die LVwG sind Gerichte, welche die Landesverwaltungen kontrollieren. Sie sind wie alle „ordentlichen Gerichte“ **unabhängig** und **weisungsfrei**. Das bedeutet, dass die Entscheidungen dieser Rechtsschutzeinrichtungen nicht durch Weisungen eines Landeshauptmannes oder eines Mitgliedes der Landesregierung beeinflusst werden können und dürfen. Es sind – neben einzelnen besonderen Verfahrensvorschriften (vgl die jeweiligen landesgesetzlichen Vergabenormen und das BVergG 2018) – insbesondere die Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrens (VwGVG) sowie subsidiär die Regelungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG) anzuwenden.

Die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte ergehen mittels Erkenntnis oder Beschluss. Diese Erkenntnisse und Beschlüsse erlangen unmittelbare Rechtskraft. Gegen ein derartiges Erkenntnis oder einen Beschluss kann gegebenenfalls eine Revision oder eine außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof (VwGH) oder eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof (VfGH) eingebracht werden.

3.1.2 Der Verfassungsgerichtshof (VfGH)

Der VfGH entscheidet über eine **Beschwerde gegen das Erkenntnis oder den Beschluss** eines Verwaltungsgerichtes wegen Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte (zB Grundrechte). Dabei wird überprüft, ob die Anwendung einfach gesetzlicher Bestimmungen dem geltenden Verfassungsrecht widerspricht. Für die Einbringung einer Beschwerde besteht Anwaltszwang, ein Verfahren vor dem VfGH dauert mehrere Monate.

3.1.3 Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH)

Der VwGH überprüft im Rahmen einer **Revision** die „richtige“ Anwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen durch die Verwaltungsgerichte. Eine Revision ist nur dann zulässig, wenn es sich um eine noch nicht geklärte grundsätzliche Rechtsfrage handelt oder die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes von der ständigen Rechtsprechung des VwGH abweicht. Der VwGH prüft also nur noch Rechtsfragen und kann diese Prüfung zu einer Aufhebung des Erkenntnisses oder Beschlusses führen, wenn die Verwaltungsgerichte die Rechtsfragen „falsch oder unvollständig“ gelöst haben. Ein Verfahren vor dem VwGH dauert mehrere Monate und zur Einbringung einer Revision bedarf es eines Rechtsanwalts.

3.2 Europäischer Rechtsschutz

Da es sich bei den vergaberechtlichen Normen um die Umsetzung von EU-weit relevanten Richtlinien handelt, haben auch europäische Institutionen bestimmte Möglichkeiten der Kontrolle öffentlicher Beschaffungsvorgänge.

3.2.1 Das Mahnverfahren der Europäischen Kommission (EK)

Zum einen hat die EK die Möglichkeit, ein **administratives Beschwerdeverfahren (Mahnverfahren)** durchzuführen. Jedermann ist berechtigt der EK eine Beschwerde vorzulegen, die von der EK behandelt werden kann, aber nicht aufgegriffen werden muss. Eine derartige Beschwerde wird vertraulich behandelt. Die EK kann den betreffenden Mitgliedstaat auffordern, darzulegen, dass die Umsetzung der Richtlinien im ausreichenden Maße gewährleistet ist. Sollte die EK letztlich zu dem Schluss kommen, dass die Richtlinien verletzt werden, kann sie ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH beantragen.

Auch wenn sich das **Vertragsverletzungsverfahren** gegen einen Mitgliedstaat wendet, so wird letztlich innerstaatlich derjenige, der die EU-Richtlinien verletzt, dies verantwort-

ten müssen. Wenn also öffentliche Auftraggeber, wie Gemeinden, Länder oder Bundesdienststellen, sich nicht an die entsprechenden Richtlinien halten, kann die EK – unabhängig von der Durchführung eines nationalen Kontrollverfahrens – dies aufgreifen und zu einem Fall machen, der europaweit Beachtung findet.

3.2.2 Die Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH)

Vor dem EuGH können zwei verschiedene „Rechtsschutzverfahren“ stattfinden:

Die EK kann gegen einen Mitgliedstaat nach Durchführung eines Mahnverfahrens ein **Vertragsverletzungsverfahren** beim EuGH einbringen; einem einzelnen Bieter/Bewerber ist dies nicht gestattet. Dabei kann festgestellt werden, dass ein EU-Mitgliedstaat die verbindliche Anwendung von EU-Richtlinien nicht (ausreichend) umgesetzt und sichergestellt hat. Dies kann mit Pönalezahlungen des Mitgliedstaates verbunden werden.

Über Ersuchen der Verwaltungsgerichte oder der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts kann der EuGH in sogenannten „**Vorabentscheidungen**“ darlegen, wie die EU-Vergaberichtlinien anzuwenden und auszulegen sind. Diese Urteile sind für die nationalen (Verwaltungs-)Gerichte verbindlich (auch für den VfGH und VwGH) und können bewirken, dass nationale Bestimmungen nicht anzuwenden sind, wenn sie den unmittelbar wirkenden EU-Richtlinien nicht entsprechen.

3.3 Das Rechtsschutzverfahren

3.3.1 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG)

3.3.1.1 Verfahrensarten

Einem Unternehmer steht zur Wahrung seiner Interessen und im BVergG eingeräumten Rechte die Möglichkeit offen, sich gegen die Entscheidungen eines Auftraggebers im Rahmen eines **vergabespezifischen Rechtsschutzverfahrens** zu wehren. Dazu sind folgende Verfahren vorgesehen:

- ▶ das Provisorialverfahren (primär gemeinsam mit einem Nachprüfungsverfahren),
- ▶ das Nachprüfungsverfahren,
- ▶ das Feststellungsverfahren.

Das **Provisorialverfahren** dient dazu, dem Bieter/Bewerber einen vorläufigen Rechtsschutz zu sichern („Vergabestopp“).

Im **Nachprüfungsverfahren** sollen bestimmte, „gesondert anfechtbare“ Entscheidungen des Auftraggebers kontrolliert und aufgehoben werden können (s § 2 Z 15 BVergG). Der Antrag kann nur innerhalb der für die jeweilige „gesondert anfechtbare“ Entscheidung vorgesehenen Frist gestellt werden bzw so lange, bis das Vergabeverfahren noch nicht endgültig durch Zuschlag beendet oder widerrufen wurde.

Das **Feststellungsverfahren** dient dazu, dem Bieter/Bewerber die Möglichkeit zu geben, dass das Verwaltungsgericht feststellt, ein Auftrag wurde nicht dem „Best- oder Billigstbieter“ erteilt oder das Vergabeverfahren wurde zu Unrecht widerrufen. Darüber hinaus kann auch festgestellt werden, dass eine unzulässige Direktvergabe vorliegt.

***Hinweis:** Beachte den Unterschied zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung (und Widerrufsentscheidung und Widerruf), vgl Punkt 2.11 und 2.12.*

Die Zuschlagsentscheidung bringt die Absicht eines Auftraggebers zum Ausdruck, einem bestimmten Bieter einen Auftrag erteilen zu wollen; die Zuschlagserteilung ist die endgültige Auftragserteilung („Vertragsabschluss“). Die Zuschlagsentscheidung wird im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens angefochten, die Zuschlagserteilung im Rahmen eines Feststellungsverfahrens kontrolliert. Ähnlich auch beim Widerruf: Die Widerrufsentscheidung ist als gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers mittels Nachprüfungsverfahrens bekämpfbar, die Unrichtigkeit des erfolgten Widerrufs hingegen nur im Feststellungsverfahren.

3.3.1.2 Gesondert anfechtbare Entscheidungen

Im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens (einschließlich des Provisorialverfahrens) kann ein Unternehmer nur bestimmte Entscheidungen eines Auftraggebers einer nachprüfenden Kontrolle unterziehen lassen. Es unterliegt somit nicht sofort jede nach außen tretende Festlegung eines Auftraggebers einer Kontrolle, sondern nur solche Entscheidungen, die in § 2 Z 15 lit a) BVergG als „gesondert anfechtbare Entscheidungen“ genannt werden.

Die Liste der „gesondert anfechtbaren Entscheidungen“ ist lang und variiert nach dem jeweils gewählten Vergabeverfahren:

- ▶ **im offenen Verfahren:** die Ausschreibung; sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebots; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;
- ▶ **im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und bei dynamischen Beschaffungssystemen:** die Ausschreibung; die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebots; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;
- ▶ **im nicht offenen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung:** die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebots; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

3. Der Rechtsschutz

- ▶ **im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und bei Innovationspartnerschaften:** die Ausschreibung, die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Entscheidungen während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebots; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;
- ▶ **im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung:** die Aufforderung zur Angebotsabgabe; die Ausschreibungsunterlagen; sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebots; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;
- ▶ **im offenen Wettbewerb:** die Ausschreibung; die Widerrufsentscheidung; die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw der Zahlungen oder die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren;
- ▶ **im nicht offenen Wettbewerb:** die Ausschreibung, die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Vorlage von Wettbewerbsarbeiten; die Widerrufsentscheidung; die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw der Zahlungen oder über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren;
- ▶ **im geladenen Wettbewerb:** die Aufforderung zur Vorlage von Wettbewerbsarbeiten; die Wettbewerbsunterlagen; die Widerrufsentscheidung; die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw der Zahlungen oder über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren;
- ▶ **bei der Rahmenvereinbarung:** hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß § 2 Z 15 lit a) sublit aa), bb), dd) oder ee) BVergG mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung; die Entscheidung, mit welchem der Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll; der erneute Aufruf zum Wettbewerb; das Ausscheiden eines Angebots; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;
- ▶ **bei der Direktvergabe und bei der Durchführung von Verfahren gemäß Art 5 Abs 2, 3 a, 4, 4 a, 4 b, 5 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und EWG Nr. 1107/70, ABI Nr L 315 vom 3. 12. 2007 S 1 in der Fassung der Verordnung (EU) 2016/2338 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenverkehrsdienste, ABI Nr L 354 vom 23. 12. 2016 S 22:** die Wahl des Vergabeverfahrens;
- ▶ **bei besonderen Dienstleistungsaufträgen und bei Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per U-Bahn, sofern nicht § 2 Z 15 lit a) sublit. aa) bis hh) und jj) anwendbar sind:** jede nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung des Auftraggebers;

- ▶ **beim wettbewerblichen Dialog:** die Ausschreibung; die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Teilnahme; die Nichtberücksichtigung einer Lösung in der Dialogphase; der Abschluss der Dialogphase; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; das Ausscheiden eines Angebots; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;
- ▶ **im Prüfsystem:** die Ausschreibung; die Ablehnung des Antrags auf Aufnahme in das Prüfsystem; die Mitteilung über die beabsichtigte Aberkennung der Qualifikation;
- ▶ **bei der Direktvergabe:** die Wahl des Vergabeverfahrens;
- ▶ **bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung:** die Bekanntmachung.

3.3.1.3 Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen

Aus obiger Aufzählung ergibt sich, dass „nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen“ alle übrigen, den jeweiligen „gesondert anfechtbaren Entscheidungen“ zeitlich vorhergehenden Entscheidungen sind. Diese können nur in dem gegen die ihnen nächstfolgende „gesondert anfechtbare Entscheidung“ gerichteten Nachprüfungsantrag aufgegriffen werden.

3.3.1.4 Präklusion und Fristen

Das System der **Sequenzierung des Vergabeverfahrens**, der Aufteilung in einzelne Abschnitte, die jeweils zu „gesondert anfechtbaren Entscheidungen“ führen, wird ergänzt durch **Präklusionsregelungen**.

Die Bestimmungen der Vergaberechtsschutzgesetze verlangen, dass innerhalb bestimmter Fristen die „gesondert anfechtbaren Entscheidungen“ des Auftraggebers angefochten werden müssen, ansonsten der Bieter/Bewerber keine Möglichkeit mehr hat, die behaupteten (bzw. tatsächlichen) Fehler des Vergabeverfahrens überprüfen zu lassen. Der Sinn der Präklusionsregelung ist die Durchführung von Vergabeverfahren innerhalb eines absehbaren Zeitrahmens und damit die Schaffung von Rechtssicherheit. So soll ein Bieter/Bewerber, der sich etwa durch einen Mangel in der Ausschreibung beschwert erachtet, diesen Mangel möglichst frühzeitig darlegen und nicht erst zu einem Zeitpunkt, zu dem feststeht, dass er den Auftrag nicht erhalten soll und er deswegen alle juristischen Möglichkeiten ausschöpft, um dennoch zum Zug zu kommen. Es ist auch aus der Sicht der Auftraggeber und des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters unerträglich, wenn andere Unternehmer mit dem Aufzeigen von Mängeln warten, in der Hoffnung, sich dadurch zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt vielleicht Vorteile zu verschaffen.

Die Fristen, innerhalb derer gesondert anfechtbare Entscheidungen angefochten werden müssen, variieren ebenfalls nach dem jeweils gewählten Vergabeverfahren. Dies ist Teil der verfahrensrechtlichen Bestimmungen im BVergG und in den landesgesetzlichen Vorschriften.

3.3.1.5 Pauschalgebühren

Bei Durchführung eines Provisorial-, Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahrens ist **für jeden Antrag gesondert eine eigene Pauschalgebühr** zu entrichten, deren Höhe vom gewählten Vergabeverfahren und dem jeweiligen Schwellenwert abhängt.

Bezieht sich ein Antrag lediglich auf die **Vergabe eines Loses**, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß den §§ 12 und 185 BVergG nicht erreicht, so ist lediglich die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten.

Für besonders große Aufträge erhöhen sich die Gebührensätze. In Stufen wird, je nach Höhe des geschätzten oder tatsächlichen Auftragswertes, der jeweilige Gebührenersatz angehoben.

Die Pauschalgebühr für einstweilige Verfügungen beträgt die Hälfte der Gebühr für den Nachprüfungsantrag.

Hat der Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß § 342 Abs 1 oder gemäß § 353 Abs 1 und 2 BVergG eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß § 342 Abs 1 oder gemäß § 353 Abs 1 oder 2 BVergG eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten.

Wird ein Antrag vor Durchführung einer mündlichen Verhandlung oder, wenn keine mündliche Verhandlung durchgeführt wird, vor Erlassung des Erkenntnisses oder Beschlusses zurückgezogen, so ist lediglich die Gebühr zu 75 % zu entrichten. Bereits entrichtete Mehrbeträge sind zurückzuerstatten.

Die Entrichtung der Pauschalgebühr kann mittels Barzahlung, Einzahlung mittels Erlagscheins, Bankomat- oder Kreditkarte erfolgen. Nützliche Hinweise (Kontonummer, Kassastunden) sind im Internet bekannt gegeben (www.bvwg.gv.at) oder bei den jeweiligen Verwaltungsgerichten zu erfragen. Die Pauschalgebühren werden vom jeweiligen (Landes-)Gesetzgeber für das jeweilige Verwaltungsgericht gesondert geregelt.

Sollte ein Antragsteller – auch nur teilweise – im Rechtsschutzverfahren obsiegen, dann hat er Anspruch auf **Ersatz der Pauschalgebühr** durch den Auftraggeber. Er hat diesen Anspruch auch dann, wenn er während des Verfahrens vom Auftraggeber klaglos gestellt wird. Ein Anspruch hinsichtlich der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht allerdings nur, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben oder nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen worden war. Über den Ersatz der Gebühren entscheiden die Verwaltungsgerichte.

Die Tabellen zur Pauschalgebühr befinden sich im Anhang bzw sind aktuell auf der Homepage des BVwG (www.bvwg.gv.at) zu finden.

3.3.2 Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten

3.3.2.1 Einleitung

Das Rechtsschutzverfahren im Bereich der öffentlichen Beschaffung ist entsprechend dem Art 14 b B-VG geteilt. Hinsichtlich des materiellen Rechts gilt das BVergG, hinsichtlich des Rechtsschutzes die jeweilige landesgesetzliche Norm. In den Ländern bestehen Verwaltungsgerichte. Alle Verwaltungsgerichte sind berechtigt, den EuGH um eine Vorabentscheidung anzurufen. Erkenntnisse und Beschlüsse dieser Verwaltungsgerichte können beim VfGH in Beschwerde gezogen werden; gegenüber dem VwGH besteht die Möglichkeit des Revisionsverfahrens.

In weiterer Folge werden Besonderheiten und Abweichungen zum Verfahren vor dem BVwG dargestellt.

Bitte beachten Sie, dass sich auch die landesgesetzlichen Normen ändern können; deshalb sollte man sich immer über die jeweils gültige Bestimmung informieren!

Nachstehend eine Übersicht mit **Stand 1. 7. 2018**:

3.3.2.2 Burgenland

Rechtsgrundlage: Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz, Bgld VergRSG, idF LGBl 2013/79

Zuständiges

Verwaltungsgericht: Landesverwaltungsgericht Burgenland

Adresse: Europaplatz 1, Landhaus-Neu, Eingang Waschstattgasse, 7000 Eisenstadt,

Telefon: +43 2682 66811 1100

Homepage: www.verwaltungsgericht.bgld.gv.at

Email: verwaltungsgericht@bgld.gv.at

Arbeitsstunden: Mo – Do: 07.30 bis 16.00,
Fr: 07.30 bis 13.00

Änderungen gegenüber dem Verfahren auf Bundesebene:

Veröffentlichungspflicht auf www.burgenland.gv.at

Entscheidungsgremium: USB: Einzelrichter, OSB: Senat

Die Geldbußen fließen dem Burgenländischen Ökoenergiefonds zu.

Die Zustellung der schriftlichen Ausfertigung einer mündlich verkündeten Entscheidung hat unverzüglich, spätestens innerhalb von zwei Monaten zu erfolgen.

3.3.2.3 Kärnten

Rechtsgrundlage: Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 KVergRG idF LGBl 2017/18

3. Der Rechtsschutz

Zuständiges

Verwaltungsgericht: Landesverwaltungsgericht Kärnten
Adresse: Fromillerstraße 20, 9020 Klagenfurt,
Telefon: +43 463 54350
Homepage: www.lvwg.ktn.gv.at
Email: post.lvwg@ktn.gv.at
Amtsstunden: Mo – Do: 07.30 bis 15.00,
Fr: 07.30 bis 12.00

Änderungen gegenüber dem Verfahren auf Bundesebene:

In Kärnten ist eine „Ombudsstelle“ eingerichtet. Diese kann angerufen werden, solange noch kein Zuschlag oder Widerruf erfolgte, und nur dann, wenn es sich nicht um ein beschleunigtes Verfahren bei Dringlichkeit, um Direktvergaben sowie um Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus dringlichen, zwingenden Gründen handelt.

Mit der Anrufung der Ombudsstelle wird der Fortlauf der Nachprüfungsfristen (für maximal zwei Wochen) gehemmt. Die Ombudsstelle verständigt die vergebende Stelle, dass diese den Zuschlag nicht erteilen, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und die Angebote nicht öffnen darf. Die Ombudsstelle hat innerhalb von zwei Wochen eine begründete Stellungnahme zur Entscheidung des Auftraggebers abzugeben, die jedoch nur empfehlenden Charakter hat. Die Ombudsstelle kann auch zu Fragen, die nicht gesondert anfechtbar sind, angerufen werden.

Die Entscheidungsfrist für das Verwaltungsgericht Kärnten ist im Nachprüfungsverfahren auf zwei Monate verlängert.

Entscheidungsgremium: USB: Einzelrichter, OSB (außer EV): Senat

Die Geldbuße im Feststellungsverfahren beträgt maximal 10% und fließt dem Kärntner Wirtschaftsförderungsfonds zu.

3.3.2.4 Niederösterreich

Rechtsgrundlage: Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz, NÖVerg-NG idF LGBl 7200-3

Zuständiges

Verwaltungsgericht: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich
Adresse: Rennbahnstraße 29, 3109 St. Pölten
Telefon: +43 2742 90590
Homepage: www.lvwg.noel.gv.at
Email: post@lvwg.noel.gv.at
Amtsstunden: Mo, Mi, Do: 07.30 bis 15.30,
Di: 07.30 bis 18.00,
Fr: 07.30 bis 13.00

Weitere Standorte in Mistelbach, Wr. Neustadt, Zwettl

Änderungen gegenüber dem Verfahren auf Bundesebene:

In Niederösterreich ist zusätzlich eine „Schlichtungsstelle“ eingerichtet. Vor der Einbringung eines Nachprüfungsverfahrens ist die Schlichtungsstelle zwingend, aber ohne Gebühr, anzurufen. Der Auftraggeber wird von der Schlichtungsstelle benachrichtigt. Er darf ab diesem Zeitpunkt für vier Wochen den Zuschlag nicht erteilen, das Vergabeverfahren nicht widerrufen oder die Angebote öffnen, es sei denn, dass der Schlichtungsantrag zurückgezogen wird, eine gütliche Einigung zustande kommt oder die Schlichtungsstelle die Einleitung des Verfahrens ablehnt. Bei einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus dringlichen, zwingenden Gründen oder bei einem beschleunigten Verfahren wegen Dringlichkeit kommt dem Schlichtungsantrag hingegen keine aufschiebende Wirkung zu. Innerhalb von zwei Wochen ist eine mündliche Verhandlung mit dem Antragsteller, dem Auftraggeber sowie allfälligen Betroffenen (andere Bieter/Bewerber) durchzuführen. Es ist auf eine gütliche Einigung hinzuwirken und es sind gegebenenfalls Vorschläge zur Beilegung der Meinungsverschiedenheiten zu unterbreiten. Ist eine gütliche Einigung nicht möglich, ist dies in einer Niederschrift festzuhalten. Für die Zeit des Schlichtungsverfahrens sind die Fristen des Nachprüfungsverfahrens gehemmt.

Die Entscheidungsfrist für das Gericht ist im Nachprüfungsverfahren, so ferne es sich nicht um ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus dringlichen, zwingenden Gründen oder um ein beschleunigtes Verfahren bei Dringlichkeit handelt, auf zwei Monate verlängert.

Entscheidungsgremium: USB: Einzelrichter, OSB: Senat

Geldbußen fließen dem NÖ Fonds zur Förderung von Einrichtungen für Menschen mit besonderen Bedürfnissen sowie für pflegebedürftige Menschen zu.

3.3.2.5 Oberösterreich

Rechtsgrundlage: Oberösterreichisches Vergaberechtsschutzgesetz, OÖVergRSG, idF LGBl 2013/90

Zuständiges

Verwaltungsgericht: Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Adresse: Volksgartenstraße 14, 4021 Linz

Telefon: +43 732 7075 18004

Homepage: www.lvwg-ooe.gv.at

Email: post@lvwg-ooe.gv.at

Amtsstunden: Mo, Di, Do: 07.00 bis 12.30 und 13.00 bis 17.00;
Mi: 07.00 bis 13.00;
Fr: 07.00 bis 12.30

Änderungen gegenüber dem Verfahren auf Bundesebene:

3. Der Rechtsschutz

Die Entscheidungsfrist für das Gericht ist im Nachprüfungsverfahren auf zwei Monate verlängert.

Geldbußen fließen dem Oö. Gesundheitsfonds zu.

3.3.2.6 Salzburg

Rechtsgrundlage: Salzburger Vergabe-Nachprüfungsgesetz SVKG 2007, idF LGBl 2015/120

Zuständiges

Verwaltungsgericht: Landesverwaltungsgericht Salzburg

Adresse: Wasserfeldstraße 30, 5020 Salzburg

Telefon: +43 662 8042 3834

Homepage: www.lvwg-salzburg.gv.at

Email: post@lvwg-salzburg.gv.at

Amtsstunden: Mo – Do: 07.30 bis 16.00,
Fr: 07.30 bis 12.00

Änderungen gegenüber dem Verfahren auf Bundesebene:

Entscheidungsgremium: USB: Einzelrichter, mit der Möglichkeit, bei besonderen Rechtsfragen im Senat zu entscheiden; OSB: Senat (Richter und zwei fachkundige Laienrichter)

Geldbußen fließen dem ERP-Fonds zu.

3.3.2.7 Steiermark

Rechtsgrundlage: Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz StVergRG, LGBl 2012/80 idF 2017/23

Zuständiges

Verwaltungsgericht: Landesverwaltungsgericht Steiermark

Adresse: Salzamtsgasse 3, 8010 Graz

Telefon: +43 316 8029 0

Homepage: www.lvwg-stmk.gv.at

Email: lvwg@lvwg-stmk.gv.at

Amtsstunden: Mo – Fr: 08.30 bis 12.00

Änderungen gegenüber dem Verfahren auf Bundesebene:

Die Entscheidungsfrist für das Gericht ist im Nachprüfungsverfahren, so ferne es sich nicht um ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus dringlichen, zwingenden Gründen oder um ein beschleunigtes Verfahren bei Dringlichkeit handelt, auf zwei Monate verlängert.

Entscheidungsgremium: USB: Einzelrichter, OSB: Senat

Geldbußen fließen der Steirischen Wirtschaftsförderungsgesellschaft mbH (SFG) zu.

3.3.2.8 Tirol

Rechtsgrundlage: Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006, TVergG-NG, LGBl 2006/70 idF 2013/130

Zuständiges

Verwaltungsgericht: Landesverwaltungsgericht Tirol

Adresse: Michael-Gaismair-Straße 1, 6020 Innsbruck

Telefon: +43 512 9017 0

Homepage: www.lvwg-tirol.gv.at

Email: post@lvwg-tirol.gv.at

Arbeitsstunden: Mo – Do: 08.00 bis 12.00 und 13.00 bis 15.30,
Fr: 08.00 bis 12.00

Änderungen gegenüber dem Verfahren auf Bundesebene:

Die Entscheidungsfrist für das Gericht ist im Nachprüfungsverfahren auf zwei Monate verlängert.

Entscheidungsgremium: USB: Einzelrichter, OSB (außer EV): Senat

Geldbußen können auch im Unterschwellenbereich bis 20% betragen und fließen dem ERP-Fonds zu.

3.3.2.9 Vorarlberg

Rechtsgrundlage: Vorarlberger Vergabe-Nachprüfungsgesetz, VlbvVerg-NG, idF LGBl 2013/44

Zuständiges

Verwaltungsgericht: Landesverwaltungsgericht Vorarlberg

Adresse: Landwehrstraße 1, 6900 Bregenz

Telefon: +43 5574 48442 0

Homepage: www.lvwg-vorarlberg.at

Email: post@lvwg-vorarlberg.at

Arbeitsstunden: Mo – Do: 08.00 bis 12.00 und 14.00 bis 17.00,
Fr 08.00 bis 12.00 und 14.00 bis 15.00

Änderungen gegenüber dem Verfahren auf Bundesebene:

Hinsichtlich des Ersatzes der Pauschalgebühr besteht für den Fall des teilweisen Obsiegens die Verpflichtung für den Auftraggeber, die Hälfte der Pauschalgebühr dem Antragsteller zu ersetzen.

Hinsichtlich eines Nachprüfungsantrags hat das Gericht im Oberschwellenbereich innerhalb von zwei Monaten, im Unterschwellenbereich innerhalb eines Monats zu entscheiden.

Die Geldbuße beträgt maximal 10% und fließt dem Sozialfonds zu.

3. Der Rechtsschutz

3.3.2.10 Wien

Rechtsgrundlage: Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014, WVRG 2014, LGBl 2013/37 idF 2016/43

Zuständiges

Verwaltungsgericht: Verwaltungsgericht Wien

Adresse: Muthgasse 62, Riegel C, 1. Stock, 1190 Wien

Telefon: +43 1 4000 38500

Homepage: www.verwaltungsgericht.wien.gv.at

Email: post@vgw.wien.gv.at

Amtsstunden: Mo – Fr: 07.30 bis 13.00

Änderungen gegenüber dem Verfahren auf Bundesebene:

Beim Amt der Wiener Landesregierung wurde eine (nicht zwingend anzurufende) „Wiener Schlichtungsstelle für Vergabeangelegenheiten“ eingerichtet. Sie kann bis zu bestimmten Verfahrensabschnitten angerufen werden.

Bei Antragszurückziehung oder – wenn keine mündliche Verhandlung durchgeführt wird – vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird die Hälfte der Beträge erstattet. Wird ein Antrag nach Kundmachung der Anberaumung einer mündlichen Verhandlung zurückgezogen, so werden 20% vom Verwaltungsgericht Wien refundiert.

Entscheidungsgremium: Senate (außer bei EV und Gebühren)

Die Geldbußen fließen dem Fonds Soziales Wien zu.

3.3.3 Das Provisorialverfahren

Das Provisorialverfahren dient der **Sicherung des vorläufigen Rechtsschutzes**. Es soll dem Antragsteller ermöglichen, dass seine Ansprüche gewahrt bleiben, ohne dass der Auftraggeber vollendete Tatsachen schafft, etwa durch die Öffnung der Angebote oder die Erteilung des Auftrags.

Ziel des Provisorialverfahrens ist somit, dass das Verwaltungsgericht vorläufige Maßnahmen verfügt, die das Verfahren in Schwebe halten und eine inhaltliche Überprüfung der gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers ermöglicht.

3.3.3.1 Der Antrag

Das Provisorialverfahren wird mittels Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch einen Bieter/Bewerber an die Verwaltungsgerichte eingeleitet. Ein Antrag ist jedoch unzulässig, wenn er nicht ordnungsgemäß vergebührt oder verspätet eingebracht wird.

Ein Antrag hat zu enthalten:

- ▶ Die genaue Bezeichnung
 - des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,

- des Antragstellers,
 - des Auftraggebers und gegebenenfalls der vergebenden Stelle einschließlich deren elektronischer Adresse,
 - der behaupteten Rechtswidrigkeit,
 - der begehrten vorläufigen Maßnahme (= der inhaltliche Antrag).
- ▶ Die Darstellung
- des maßgeblichen Sachverhalts,
 - des Interesses am Vertragsabschluss,
 - bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Bezeichnung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters,
 - des durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder drohenden Schadens.
- ▶ Die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers sowie eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen.
- ▶ Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.
- ▶ Unterschrift

In der Regel wird auch ein Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber gestellt (s Punkt 3.3.1.5.).

Sollte ein Antrag nicht den Bestimmungen entsprechen, dann ist zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln zu unterscheiden: **Behebbaere Mängel** (zB Nachweis der rechtzeitig eingezahlten Pauschalgebühr) sind innerhalb einer kurzen Frist (zumeist drei Tage) über Auftrag des Verwaltungsgerichtes zu verbessern, ansonsten ist der Antrag zurückzuweisen. **Unbehebbaere Mängel** (zB verspätete Einbringung) führen gleich zur Zurückweisung.

3.3.3.2 Das Verfahren

Das Verwaltungsgericht hat den betroffenen Auftraggeber vom Einlangen eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit dem die Untersagung der Angebotseröffnung, der Zuschlagserteilung oder der Widerrufserklärung begehrt wird, unverzüglich zu verständigen. Dementsprechend darf der Auftraggeber die Angebote nicht öffnen bzw bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen oder bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen.

Der Antragsteller hat innerhalb der gesetzlichen Fristen zusätzlich einen Nachprüfungsantrag zu stellen, ansonsten das Provisorialverfahren formlos eingestellt wird. Sollte ein Nachprüfungsantrag nicht gestellt werden, tritt eine allenfalls erlassene einstweilige Verfügung außer Kraft, der Antragsteller und der Auftraggeber sind davon vom Verwaltungsgericht zu verständigen.

3. Der Rechtsschutz

Das Verwaltungsgericht muss über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung **innerhalb einer Woche** entscheiden. Bei seiner Entscheidung hat das Gericht eine **Interessensabwägung** durchzuführen. Es hat zu beurteilen, welche Auswirkungen die beantragte Maßnahme (zB Untersagung der Angebotsöffnung) im konkreten Verfahren bedeutet. Bei seiner Beurteilung hat es die Interessen des Antragstellers, des Auftraggebers sowie die Interessen der anderen Bieter/Bewerber bzw des in Aussicht genommenen Bieters zu berücksichtigen. Dazu kommt noch, dass ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehen könnte. Je besser und klarer ein Antragsteller für bzw ein Auftraggeber gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung argumentieren kann, desto eher wird im Rahmen der Interessensabwägung seinem (Gegen-)Antrag Rechnung getragen werden. Jedenfalls hat das Verwaltungsgericht nur die jeweils gelindeste zum Ziel führende Maßnahme auszusprechen. Würden die nachteiligen Folgen der begehrten einstweiligen Verfügung überwiegen, ist der Antrag abzuweisen.

Falls das Verwaltungsgericht eine einstweilige Verfügung erlässt, hat es auch den Zeitraum zu bestimmen, für den sie gelten soll. In der Regel wird eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, somit längstens für sechs Wochen, festgelegt. Sollte sich die Notwendigkeit der Verlängerung ergeben, so kann dies wiederum über Antrag oder „von Amts wegen“ erfolgen („Ketten-EV“). Sollte hingegen der Grund, der zur Erlassung der einstweiligen Maßnahme geführt hat, entfallen, so ist sie unverzüglich, wiederum „von Amts wegen“ oder auf Antrag, aufzuheben.

Das Verwaltungsgericht entscheidet auf Grund der ihm vorgelegten Unterlagen und Anträge. Dies bedeutet, dass vor allem Auftraggeber die Vergabeunterlagen im Falle der Anfechtung innerhalb kürzester Frist (zumeist drei Tage!) dem Verwaltungsgericht geordnet und mit einer Stellungnahme zum Antrag vorzulegen haben. Je besser die Auftraggeber vorbereitet sind, desto mehr Zeit bleibt für das Eingehen auf die Argumente des Antragstellers.

Es gelten die Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG), subsidiär aber auch des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG) und einzelne Sonderbestimmungen des BVergG. Die Sonderbestimmungen im BVergG 2018 bzw in den jeweiligen Landesgesetzen bestehen, um dem Charakter des Provisorialverfahrens besser entsprechen zu können.

Im Provisorialverfahren gibt es lediglich **zwei Parteien, den Antragsteller und den Auftraggeber**. Die anderen Bieter sind nicht Verfahrensparteien. Auf Grund der kurzen Stellungnahme- und Entscheidungsfristen ist eine mündliche Verhandlung nicht vorgesehen.

Über den Antrag entscheidet der jeweilige Richter des Verwaltungsgerichtes, es gibt keinen „Dreier-Senat“. Dies bedeutet, dass der Richter die alleinige Verantwortung der Entscheidung zu tragen hat. Zur Durchsetzung der gerichtlichen Anordnungen (zB Vorlage der Vergabeakten innerhalb von drei Tagen) kann er notfalls Mutwillensstrafen (bis zu € 20.000,-) verhängen.

Die Entscheidung ergeht in Form eines schriftlichen Beschlusses, der sofort Rechtskraft erlangt. Zwar kann dieser Beschluss beim VfGH angefochten und beim – sofern zulässig – VwGH einer Revision unterzogen werden. Allerdings ist nicht zu erwarten, dass einer Beschwerde bzw. einer Revision gegen einen derartigen Beschluss eine aufschiebende Wirkung zuerkannt wird.

Sollte einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht Folge gegeben worden sein, dann wird der Auftraggeber das Vergabeverfahren (unabhängig vom weiteren Nachprüfungsverfahren) fortsetzen. In der Praxis bedeutet dies, dass etwa die Angebote geöffnet werden oder der Zuschlag erteilt wird. Sollte der Zuschlag erteilt worden sein, ist das Nachprüfungsverfahren in weiterer Folge unzulässig, weil dieses ja nur bis zum Ende des Vergabeverfahrens (welches durch Zuschlagserteilung beendet wird) angestrengt werden kann; danach wäre ein Feststellungsverfahren durchzuführen. Dem Nachprüfungsantrag wäre deshalb kein Erfolg beschieden.

Sollte hingegen dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Folge gegeben werden, dann erwächst die per Beschluss festgesetzte Maßnahme sofort in Rechtskraft. Der Auftraggeber hat dann die Anordnung zu befolgen (zB Stopp des Vergabeverfahrens, Nicht-Öffnung der Angebote, Untersagung der Zuschlagserteilung). Wenn sich der Auftraggeber gegen diesen Beschluss zur Wehr setzen wollte, wäre – gegebenenfalls – eine Revision an den VwGH oder eine Beschwerde an den VfGH zu richten. Allerdings ist dabei zu beachten, dass der (ordentlichen oder außerordentlichen) Revision bzw. der Beschwerde kaum Erfolgsaussichten einzuräumen wäre, da eine Entscheidung über sie regelmäßig erst nach mehreren Wochen getroffen wird. Innerhalb dieses Zeitraumes verlieren diese Beschlüsse jedoch, da sie zumeist mit fünf Wochen (für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens) befristet sind, ihre Wirkung und die Beschwerde bzw. das Revisionsbegehren läuft – mangels aufrechten Rechtsschutzinteresses – ins Leere.

Diese Beispiele zeigen die starke Wirkung, die Entscheidungen der jeweiligen Verwaltungsgerichte haben können. Innerhalb kürzester Zeit wird über Erfolg oder Misserfolg von Auftragsvergaben oder deren Anfechtung entschieden. Auftraggeber und Unternehmer sollten sich besonders gut auf das Provisorialverfahren vorbereiten.

3.3.4 Das Nachprüfungsverfahren

Das Nachprüfungsverfahren dient dazu, noch **vor dem Ende eines Vergabeverfahrens** bestimmte Entscheidungen des Auftraggebers durch ein Verwaltungsgericht überprüfen zu lassen. Die Idee, die dahinter steht: **bevor** ein Zuschlag erteilt wird, und damit **ein Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer entsteht**, soll jeder Bieter/Bewerber die Chance haben, die gesondert anfechtbaren **Entscheidungen des Auftraggebers nachprüfen** zu lassen. Damit werden aufwändige Prozesse (zB Schadenersatz, Rückabwicklung) nach Vertragsabschluss vermieden, es herrscht größere Rechtssicherheit. Dieses System der (begleitenden) Kontrolle funktioniert jedoch nur im Zusammenhang mit einer Präklusion, dh, dass Bieter/Bewerber Entscheidungen des Auftraggebers nur innerhalb bestimmter Fristen überprüfen lassen können, ansonsten sie später keine Möglichkeit mehr besitzen, Einwendungen gegen die Auftragsvergabe

zu erheben und Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Dies entspricht auch der Zielsetzung, Vergabeverfahren möglichst zügig und ohne hohen Kostenaufwand durchzuführen. Ein Interesse an einer rechtssicheren Auftragsvergabe hat neben dem Auftraggeber letztlich auch der ausgewählte Auftragnehmer.

Da ein Vergabeverfahren nicht nur mit der Zuschlagserteilung, sondern auch mit dem Widerruf beendet werden kann, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, einen geplanten Widerruf anzufechten.

3.3.4.1 Der Antrag

Ein Nachprüfungsverfahren kann nur über Antrag eines Bieters/Bewerbers eingeleitet werden. Damit ein Antrag nicht von vornherein zurückgewiesen wird, sind bestimmte Formerfordernisse einzuhalten, insbesondere darf er nicht verspätet eingebracht werden und ist die Pauschalgebühr vorher zu entrichten.

Ein Antrag hat zu enthalten:

- ▶ Die genaue Bezeichnung
 - des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,
 - des Antragstellers,
 - des Auftraggebers und gegebenenfalls der vergebenden Stelle einschließlich elektronischer Adresse,
 - des in Aussicht genommenen Bieters (nur bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung),
 - des betreffenden Vergabeverfahrens,
 - der gesondert anfechtbaren Entscheidung,
 - die behauptete Rechtswidrigkeit,
 - das Antragsbegehren (= Antrag auf Nichtigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung).
- ▶ Die genaue Darstellung
 - des maßgeblichen Sachverhalts,
 - des Interesses am Vertragsabschluss,
 - des durch die behauptete Rechtswidrigkeit drohenden oder bereits entstandenen Schaden,
 - die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt.
- ▶ Die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers sowie eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen.
- ▶ Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

► Unterschrift

Für den Antragsteller empfiehlt es sich darüber hinaus das Begehren auf Ersatz der Pauschalgebühren zu stellen.

Ein Antrag ist jedenfalls unzulässig, wenn

- er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet,
- er nicht innerhalb bestimmter Fristen eingebracht wird,
- er trotz Aufforderung nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

Dem Nachprüfungsantrag kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Sollte der Antragsteller eine Unterbrechung des Vergabeverfahrens begehren, was in der Regel sinnvoll ist, um den Auftraggeber abzuhalten, unumkehrbare rechtliche Tatsachen zu schaffen (zB Öffnung der Angebote, Zuschlagserteilung), wäre zusätzlich ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (s Provisorialverfahren Kapitel 3.3.3) zu stellen.

Sollte ein Antrag nicht den Bestimmungen entsprechen, dann ist zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln zu unterscheiden: **behebbaere Mängel** (zB Nachweis der rechtzeitig eingezahlten Pauschalgebühr) sind innerhalb einer kurzen Frist (zumeist drei Tage) über Auftrag des Verwaltungsgerichtes zu verbessern, ansonsten der Antrag zurückzuweisen ist. **Unbehebbaere Mängel** (zB verspätete Einbringung) führen gleich zur Zurückweisung.

3.3.4.2 Die Fristen

***Hinweis:** Der Bieter/Bewerber hat nach Entrichtung der Pauschalgebühren fristgerecht den Antrag beim jeweils zuständigen Verwaltungsgericht einzubringen (beachte die Amtsstunden des BVwG: Mo – Fr von 8 Uhr bis 15 Uhr; ausgenommen Feiertage, Karfreitag, 24. 12. und 31. 12.). Die Amtsstunden der LVwG finden sich unter 3.3.2 wieder; einzelne Feiertage können landesspezifisch unterschiedlich geregelt sein.*

Die **Fristen zur Einbringung von Nachprüfungsanträgen** sind unterschiedlich geregelt. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

Anträge zur **Nachprüfung** einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei der Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg, mittels Telefax oder bei einer Bekanntmachung einer Entscheidung binnen 10 Tagen einzubringen, bei einer brieflichen Übermittlung innerhalb von 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung/Verfügbarkeit der Entscheidung.

Bei der Direktvergabe beträgt die Frist 10 Tage ab dem Zeitpunkt der möglichen oder tatsächlichen Kenntnis.

3. Der Rechtsschutz

Anträge hinsichtlich Ausschreibung sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages können bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist eingebracht werden (falls die Frist mehr als 17 Tage beträgt).

Wenn die Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen nicht auf elektronischem Weg zur Verfügung gestellt werden verlängert sich die Nachprüfungsfrist erst dann, wenn die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder die Teilnahmefrist mehr als 22 Tage beträgt.

3.3.4.3 Das Verfahren

Es gelten die Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG) sowie subsidiär des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG). Zusätzlich gibt es noch Sondernormen im BVergG bzw in den jeweiligen Landesgesetzen.

Im Verfahren vor dem BVwG hat der zuständige Richter unverzüglich **im Internet (www.bvwg.gv.at) bekannt** zu geben, dass ein Antrag eingebracht wurde. Weiters ist **der Auftraggeber von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zu verständigen**. Darüber hinaus ist, wenn es sich um die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung handelt, der in Aussicht genommene Bieter zu benachrichtigen.

Sollten sich mehrere Bieter gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers wenden, und sind mehrere Nachprüfungsverfahren eingeleitet worden, so kann der zuständige Richter diese Verfahren miteinander verbinden.

Da Nachprüfungsverfahren meistens mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht werden, ist davon auszugehen, dass der Richter den Vergabeakt sowie eine Stellungnahme vom Auftraggeber innerhalb kürzester Frist (drei Tage) anfordert. Ein Auftraggeber sollte sich daher, bevor er eine gesondert anfechtbare Entscheidung bekannt gibt, über die möglichen Auswirkungen und allfälliger zeitlicher Verfahrensabläufe bewusst sein.

Das BVwG hat innerhalb von **sechs Wochen** in der Sache zu entscheiden. In der Regel wird eine mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Antragsteller, der Auftraggeber sowie im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung auch der in Aussicht genommene Bieter zu laden sind. Darüber hinaus ist der **Verhandlungstermin im Internet (www.bvwg.gv.at)** bekannt zu geben.

Parteien des Nachprüfungsverfahrens sind jedenfalls der Antragsteller sowie der Auftraggeber. Darüber hinaus hat auch der in Aussicht genommene Bieter Parteistellung, die er jedoch verliert, sollte er nicht innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis des Nachprüfungsverfahrens begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller vorgebrachten Argumente erheben. Aber auch andere Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihrem rechtlich geschützten Interesse nachteilig betroffen sein könnten, haben bei sonstigem Verlust ihrer Parteistellung innerhalb von zwei Wochen Einwendungen vorzubringen. Sollte eine mündliche Verhandlung vorher

stattfinden, dann sind die Einwendungen im Rahmen der Verhandlung vorzubringen. Haben mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers angefochten, so kommt ihnen in allen Nachprüfungsverfahren zu dieser Entscheidung Parteistellung zu.

Zur Durchsetzung der gerichtlichen Anordnungen (zB Vorlage der Vergabeakten) können Mutwillensstrafen (bis zu € 20.000,-) verhängt werden.

Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens – etwa mangels entsprechenden Provisorialrechtsschutzes – der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, ist das Verfahren vor dem BVwG auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Bis zum Ablauf der Frist zur Einbringung des Feststellungsantrags ruht das Verfahren, danach wäre es formlos einzustellen.

Das BVwG entscheidet in **weisungsfreien und unabhängigen „Dreier-Senaten“**. Diese „Dreier-Senate“ bestehen aus einem Richter sowie zwei Beisitzern, je einer aus dem Bereich der Auftraggeber (zB Vertreter eines Bundesministeriums) und der Auftragnehmer (zB Vertreter der Wirtschaftskammer). Der jeweilige Richter, der allein über die Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidet, führt das Verfahren und ist innerhalb des Senates Berichterstatte. Er ist auch für die Ausfertigung des Erkenntnisses oder Beschlusses verantwortlich.

Sollte es erforderlich sein, kann das Verwaltungsgericht zur Klärung der Auslegung der europäischen Richtlinien ein **Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH** richten. In diesem Falle wird das Nachprüfungsverfahren bis zum Urteil des EuGH unterbrochen, wobei mit einer langen Verfahrensverzögerung zu rechnen ist.

Das Erkenntnis bzw. der Beschluss hat innerhalb von sechs Wochen zu ergehen und erlangt sofortige Rechtskraft. Es kann aber – gegebenenfalls – einer Revision vor dem VfGH unterzogen oder in Form einer Beschwerde vor dem VfGH angefochten werden.

3.3.5 Das Feststellungsverfahren

Nach Beendigung des Vergabeverfahrens, also entweder nach Zuschlagserteilung oder nach erfolgtem Widerruf, kann ein Unternehmer ein Feststellungsverfahren beantragen.

Ein **Feststellungsantrag** kann allerdings **nur in folgenden Fällen** gestellt werden:

- ▶ Es muss ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrags bestehen;
- ▶ es muss durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sein.

Das Verwaltungsgericht kann feststellen, dass infolge eines Verstoßes gegen das BVergG, einer dazu ergangenen Verordnung oder gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht

3. Der Rechtsschutz

- ▶ die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne Aufruf zum Wettbewerb rechtswidrig war;
- ▶ der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;
- ▶ die Erklärung des Widerrufs rechtswidrig war;
- ▶ der Zuschlag auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gemäß § 155 Abs 5 bis 9, § 162 Abs 1 bis 5, § 316 Abs 1 bis 3 oder § 323 Abs 1 bis 5 BVergG rechtswidrig war;
- ▶ die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß §§ 131 bzw 272 BVergG rechtswidrig war.

3.3.5.1 Der Antrag

Das Feststellungsverfahren kann nur über Antrag eines Unternehmers eingeleitet werden. Damit ein Antrag nicht von vornherein zurückgewiesen wird, sind bestimmte Form-erfordernisse einzuhalten, insbesondere darf er nicht verspätet eingebracht werden und ist die Pauschalgebühr bei Antragstellung zu entrichten.

Ein Antrag hat zu enthalten:

- ▶ Die genaue Bezeichnung
 - des Vergabeverfahrens,
 - des Antragstellers,
 - des Auftraggebers oder der vergebenden Stelle einschließlich elektronische Adresse,
 - des allfälligen Zuschlagsempfängers (soweit dies zumutbar ist),
 - die behauptete Rechtswidrigkeit,
 - das Antragsbegehren (= Antrag auf Feststellung).
- ▶ Die genaue Darstellung
 - des maßgeblichen Sachverhalts,
 - des Interesses am Vertragsabschluss,
 - der Angaben über den behaupteten eingetretenen Schaden,
 - das Recht, in dem sich der Antragsteller verletzt erachtet,
 - der Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützen.
- ▶ Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.
- ▶ Unterschrift

Für den Antragsteller empfiehlt es sich darüber hinaus das Begehren auf Ersatz der Pauschalgebühren zu stellen.

Ein Antrag ist jedenfalls unzulässig, wenn

- ▶ er nicht innerhalb bestimmter Fristen eingebracht wird,
- ▶ der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können,
- ▶ er trotz Aufforderung nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

3.3.5.2 Die Fristen

Das Recht auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlages, des Widerrufs oder der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens erlischt, wenn der Antrag nicht binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt gestellt wird, in dem der Antragsteller entsprechende Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können (§ 354 Abs 2 BVergG). Im Falle der Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, beträgt die Frist 30 Tage. Jedenfalls kann ein Antrag aber nicht mehr nach sechs Monaten gestellt werden, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde (§ 356 Abs 7 BVergG).

3.3.5.3 Das Verfahren

Auch hinsichtlich des Feststellungsverfahrens gelten die Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG) sowie subsidiär des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG), einzelne Sondernormen sind dem BVergG bzw den landesgesetzlichen Vorschriften zu entnehmen.

Verfahrensparteien sind der Antragsteller, der Auftraggeber und ein allfälliger Zuschlagsempfänger. Das BVwG hat in Form des „Dreier-Senates“ innerhalb von **sechs Monaten** zu entscheiden. Die Entscheidung ergeht in Form eines Erkenntnis oder Beschlusses und ist sofort rechtskräftig. Das Erkenntnis oder der Beschluss kann gegebenenfalls beim VwGH einer Revision unterliegen und beim VfGH mittels Beschwerde angefochten werden.

Besondere Sanktionen gibt es bei Feststellung durch das BVwG, wenn

- ▶ ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorhergehenden Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;
- ▶ der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde;

In diesen Fällen kann das BVwG den bereits geschlossenen **Vertrag** (oder Teile desselbigen) für **nichtig erklären**. Es hat dabei eine Abwägung der öffentlichen Interessen unter Berücksichtigung der Realisierbarkeit der Rückabwicklung durchzuführen. Falls das BVwG von der (teilweisen) Nichtigklärung des Vertrages absieht, ist gegenüber dem Auftraggeber eine **Geldbuße** zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschrec-

kend sein muss. Die Höchstgrenze dieser Geldbuße beträgt 20% (im Unterschwellenbereich: 10%) der Auftragssumme. Diese Geldbuße fließt dem Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung zu.

3.4 Schadenersatz

Der übergangene Bieter hat **bei hinreichend qualifizierter Verletzung des BVergG** Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren. Weitergehende, jedoch nur alternativ zustehende Schadenersatzansprüche des übergangenen Bestbieters nach anderen Rechtsvorschriften werden davon nicht berührt.

Kein Anspruch besteht jedoch, wenn nach Zuschlagserteilung oder nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens vom jeweils zuständigen Verwaltungsgericht festgestellt worden ist, dass der übergangene Bieter/Bewerber auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte oder wenn der Geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch das Stellen eines Nachprüfungsantrags hätte abwenden können.

Zuständig zur Entscheidung über schadenersatzrechtliche Ansprüche sind aber nicht die Verwaltungsgerichte, sondern **die ordentlichen Gerichte**.

Das bedeutet: Zur Entscheidung über Ansprüche gemäß § 369 BVergG ist ohne Rücksicht auf den Streitwert in erster Instanz der mit der Ausübung der allgemeinen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betraute Gerichtshof ausschließlich zuständig, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Sitz hat. Fehlt im Inland ein solcher Gerichtsstand, so ist das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien zuständig.

Eine Schadenersatzklage ist nur zulässig, wenn zuvor eine entsprechende Feststellung des jeweils zuständigen Verwaltungsgerichtes hinsichtlich wesentlicher Verfehlungen im Vergabeverfahren erfolgte.

Das Gericht und die Parteien des Verfahrens sind an eine solche Feststellung des Verwaltungsgerichtes gebunden. Ist die Entscheidung des Rechtsstreites von der Frage der Rechtswidrigkeit eines Erkenntnisses oder Beschlusses des Verwaltungsgerichtes abhängig und hält das Gericht das Erkenntnis oder den Beschluss für rechtswidrig, so hat es das Verfahren zu unterbrechen und beim VwGH mit Revision gemäß Art 131 Abs 2 B-VG die Feststellung der Rechtswidrigkeit zu begehren. Nach Einlangen des Erkenntnisses des VwGH hat das Gericht das Verfahren fortzusetzen und den Rechtsstreit unter Bindung an die Rechtsanschauung des VwGH zu entscheiden.

Eine Schadenersatzklage ist auch zulässig, wenn die **Erklärung des Widerrufs** eines Vergabeverfahrens rechtskonform war, aber **vom Auftraggeber durch einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das BVergG verursacht** wurde (zB mangels Budgetvorsorge).

4. TIPPS

4.1 Adressen Verwaltungsgerichte

- ▶ Bundesverwaltungsgericht
Erdbergstraße 192–196, 1030 Wien; Tel 01-60149-0;
einlaufstelle@bvwg.gv.at; www.bvwg.gv.at
- ▶ Landesverwaltungsgericht Burgenland
Landhaus-Neu, Eingang Waschstattgasse
Europaplatz 1, 7000 Eisenstadt, Tel 02682-66811-1100;
verwaltungsgericht@bgld.gv.at; www.verwaltungsgericht.bgld.gv.at
- ▶ Landesverwaltungsgericht Kärnten
Fromillerstraße 20, 9020 Klagenfurt; Tel 0463-54350;
post.lvwg@ktn.gv.at; www.lvwg.ktn.gv.at
- ▶ Landesverwaltungsgericht Niederösterreich
Rennbahnstraße 29, 3109 St. Pölten; Tel 02742-90590;
post@lvwg.noel.gv.at; www.lvwg.noe.gv.at
- ▶ Landesverwaltungsgericht Oberösterreich
Volksgartenstraße 14, 4021 Linz; Tel 0732-7075-18004;
post@lvwg-ooe.gv.at; www.lvwg-ooe.gv.at
- ▶ Landesverwaltungsgericht Salzburg
Wasserfeldstraße 30, 5020 Salzburg; Tel 0662-8042-3834;
post@lvwg-salzburg.gv.at; www.lvwg-salzburg.gv.at
- ▶ Landesverwaltungsgericht Steiermark
Salzamtsgasse 3, 8010 Graz; Tel 0316-8029-0;
lvwg@lvwg-stmk.gv.at; www.lvwg-stmk.gv.at
- ▶ Landesverwaltungsgericht Tirol
Michael-Gaismair-Straße 1, 6020 Innsbruck; Tel 0512-9017-0;
post@lvwg-tirol.gv.at; www.lvwg-tirol.gv.at
- ▶ Landesverwaltungsgericht Vorarlberg
Landwehrstraße 1, 6900 Bregenz; Tel 05574-48442-0;
post@lvwg-vorarlberg.at; www.lvwg-vorarlberg.gv.at
- ▶ Verwaltungsgericht Wien
Muthgasse 62, Riegel C, 1. Stock; 1190 Wien; +43 1 4000 38500;
post@vgw.wien.gv.at; www.verwaltungsgericht.wien.gv.at
- ▶ **Verwaltungsgerichtshof**
Judenplatz 11, 1010 Wien; Tel 01-53111-0;
www.vwgh.gv.at

4. Tipps

► **Verfassungsgerichtshof**

Freyung 8, 1010 Wien; Tel 01-53122-0;
vfg@vfg.gv.at; www.vfg.gv.at

4.2 Wichtige Internetlinks

Veröffentlichung von Ausschreibungen:	www.lieferanzeiger.at
Abfrage von Ausschreibungen:	www.auftrag.at
Zentrale Beschaffung:	www.bbg.gv.at
Firmenankünfte:	www.firmenmonitor.at
Österreichischer Gemeindebund:	www.gemeindebund.at

SCHRIFTENREIHE RFG

RECHT & FINANZEN FÜR GEMEINDEN

2003
<p>Band 3/2003 Flotzinger/Leiss Gemeindeabgaben im Insolvenzverfahren IV 32 Seiten. EUR 9,80 ISBN 978-3-214-14475-3</p>
<p>Band 4/2003 Becker/Jäger/Kirowitz/Suárez/Trenker Lenkungseffekte von Abgaben auf Handymasten 54 Seiten. EUR 15,20 ISBN 978-3-214-14476-0</p>
<p>Band 5/2003 Hink/Mödlhammer/Platzer (Hrsg) Auswirkungen des Regierungsprogramms auf die Gemeinden 126 Seiten. EUR 28,- ISBN 978-3-214-14477-8</p>
2004
<p>Band 1/2004 Achatz/Oberleitner Besteuerung und Rechnungslegung der Vereine 76 Seiten. EUR 18,80 ISBN 978-3-214-14473-9</p>
<p>Band 2/2004 Huber/Noor/Trieb/Reifberger Die Gemeinden und ihre straßenpolizeilichen Aufgaben 88 Seiten. EUR 21,- ISBN 978-3-214-14474-6</p>
<p>Band 3/2004 Colcuc-Simek/Mader/Skala/Viehauser/Zimmer Herausforderung Siedlungswasserwirtschaft 80 Seiten. EUR 18,80 ISBN 978-3-214-14478-4</p>
<p>Band 4/2004 Kerschner/Wagner/Weiß Umweltrecht für Gemeinden 172 Seiten. EUR 36,- ISBN 978-3-214-14479-0</p>

<p>Band 5/2004 Schmied Facility Management 64 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-14482-1</p>
<p>Band 6/2004 Österr. Gemeindebund Katastrophenschutz – Katastrophenbewältigung 94 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-14481-4</p>
2005
<p>Band 1/2005 Hink/Leininger-Westerburg/Rupp E-Government – Leitfaden für Bürgermeister und Gemeindebedienstete 64 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-14483-8</p>
<p>Band 2/2005 Heiss/Dietmar Pilz Kosten- und Leistungsrechnung der Siedlungswasserwirtschaft 78 Seiten. EUR 19,80 ISBN 978-3-214-14484-5</p>
<p>Band 3–4/2005 Mitterbacher/Schrittwieser Kommunales Abgabenstrafrecht 196 Seiten. EUR 38,- ISBN 978-3-214-14487-6</p>
<p>Band 5/2005 Achatz/Hacker-Ostermann/Heiss/Pilz Betriebsprüfung in der Gemeinde 95 Seiten. EUR 24,- ISBN 978-3-214-14486-9</p>
2006
<p>Band 1–2/2006 Sachs/Hahn Das neue Bundesvergaberecht 2006 – Leitfaden für Länder und Gemeinden 162 Seiten. EUR 36,- ISBN 978-3-214-14485-2</p>

Reihenübersicht

<p>Band 3/2006 Kommunalnet E-Government Solutions GmbH Handbuch Kommunalnet 84 Seiten. EUR 19,80 ISBN 978-3-214-14488-3</p>
<p>Band 4.a/2006 Mugler/Fink/Loidl Gestaltung günstiger Rahmenbedingungen für Klein- und Mittelbetriebe im ländlichen Raum 52 Seiten. EUR 13,80 ISBN 978-3-214-14489-0</p>
<p>Band 4.b/2006 Österreichischer Gemeindebund (Hrsg) Zukunft ländliche Gemeinde Diskussionsbeiträge zum Österreichischen Gemeindetag 2006 108 Seiten. EUR 26,- ISBN 978-3-214-14490-6</p>
<p>Band 5/2006 Mazal (Hrsg) Zur sozialen Stellung von Gemeindefachkräften 126 Seiten. EUR 28,80 ISBN 978-3-214-14491-3</p>
2007
<p>Band 1/2007 Aicher-Hadler Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bürgermeisters 52 Seiten. EUR 14,- ISBN 978-3-214-14480-7</p>
<p>Band 2/2007 Bacher/Grieb/Hartel/Heiss/Stabentheiner Die Gemeinde als Vermieterin 116 Seiten. EUR 24,80 ISBN 978-3-214-14494-4</p>
<p>Band 3/2007 Hofinger/Hinteregger Genossenschaften – eine Perspektive für Kommunen 38 Seiten. EUR 9,90 ISBN 978-3-214-14495-1</p>
<p>Band 4/2007 Handler/Mazal/Weber Kommunale Sommergespräche 2007 76 Seiten. EUR 18,80 ISBN 978-3-214-14497-5</p>

<p>Band 5/2007 Reinhard Haider Umsetzung von E-Government 72 Seiten. EUR 18,80 ISBN 978-3-214-18821-4</p>
2008
<p>Band 1 – 2/2008 Sachs/Hahn Das neue Bundesvergaberecht 2006 – Leitfaden für Länder und Gemeinden. 2. Auflage 164 Seiten. EUR 38,- ISBN 978-3-214-14498-2</p>
<p>Band 3/2008 Achatz/Brassloff/Brenner/Schauer Kommunale KG-Modelle und Rechnungsabschlüsse auf dem Prüfstand 52 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-14499-9</p>
<p>Band 4/2008 Mugler/Loidl/Fink/Lang/Teodorowicz Gemeindeentwicklung in Zentraleuropa 48 Seiten. EUR 12,50 ISBN 978-3-214-00542-9</p>
2009
<p>Band 1/2009 Lukas Held Haushaltsführung und Verantwortlichkeit der Gemeindeorgane 124 Seiten. EUR 28,- ISBN 978-3-214-14500-2</p>
<p>Band 2/2009 Hoffer/M. Huber/Noor/Reifberger/Rettenbacher/ M. Schneider Die Gemeinde und ihre straßenpolizeilichen Aufgaben. 2. Auflage 96 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-14501-9</p>
<p>Band 3/2009 Günther Löwenstein Die finanzstrafrechtliche Verantwortung der Gemeinde 48 Seiten. EUR 9,90 ISBN 978-3-214-14502-6</p>
<p>Band 4/2009 Alfred Riedl Richtlinien für Finanzgeschäfte der Gemeinden 24 Seiten. EUR 4,90 ISBN 978-3-214-14503-3</p>

<p>Band 5/2009 Gabriele Aicher-Hadler Verantwortlichkeit bei Amtsmissbrauch und Korruption. 2. Auflage 52 Seiten. EUR 14,60 ISBN 978-3-214-14504-0</p>	<p>Band 2/2011 Matschek Interkommunale Zusammenarbeit (IKZ) 120 Seiten. EUR 28,- ISBN 978-3-214-14512-5</p>
<p>Band 6/2009 A. Enzinger/M. Papst Mittelfristige Finanzplanung in Gemeinden 104 Seiten. EUR 26,- ISBN 978-3-214-14505-7</p>	<p>Band 3/2011 Steindl/Wiese Optimales Krisenmanagement für Gemeinden 120 Seiten. EUR 28,- ISBN 978-3-214-14513-2</p>
2010	<p>Band 4/2011 Klug Einführung in das kommunale Haushalts- und Rechnungswesen 36 Seiten. EUR 7,90 ISBN 978-3-214-14514-9</p>
<p>Band 1/2010 Bacher/Heiss/Klausbruckner/G. Stabentheiner/Schweyer Energieausweis für Gemeinden 88 Seiten. EUR 18,80 ISBN 978-3-214-14506-4</p>	<p>Band 5/2011 Breuss/Pilz/Pletz/Pözl/Strohriegl/Teuschler Haushaltskonsolidierung in wirtschaftlich schwierigen Zeiten 88 Seiten. EUR 20,- ISBN 978-3-214-14515-6</p>
<p>Band 2/2010 Weber/Kahl/Trixner Verpflichtendes Vorschul- oder Kindergartenjahr 80 Seiten. EUR 16,80 ISBN 978-3-214-14507-1</p>	2012
<p>Band 3/2010 Postgeschäftsstellenbeirat (Hrsg) Von der Postliberalisierung zur Postgeschäftsstelle 64 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-14508-8</p>	<p>Band 1 –2/2012 Sachs/Hahn-Trettnak Das neue Bundesvergaberecht 2006, 3. Auflage 158 Seiten. EUR 38,- ISBN 978-3-214-14516-3</p>
<p>Band 4/2010 Hink/Rupp/Parycek E-Government in Gemeinden 56 Seiten. EUR 12,80 ISBN 978-3-214-14509-5</p>	<p>Band 3/2012 Jauk/Kronberger Gender Budgeting 67 Seiten. EUR 16,80 ISBN 978-3-214-14517-0</p>
<p>Band 5/2010 Hofbauer//Kamhuber/Krammer/Mühlberger/Ninaus/Pilz/Rathgeber/Ritz/Veigl Leitfaden zum Kommunalsteuerrecht 124 Seiten. EUR 28,60 ISBN 978-3-214-14510-1</p>	2013
2011	<p>Band 1/2013 Aicher-Hadler Verantwortlichkeit bei Amtsmissbrauch und Korruption, 3. Auflage 64 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-14518-7</p>
<p>Band 1/2011 Zechner Strategische Kommunikationspolitik als Erfolgsfaktor für Gemeinden 44 Seiten. EUR 9,80 ISBN 978-3-214-14511-8</p>	<p>Band 2/2013 Achatz/Oberleitner Besteuerung und Rechnungslegung der Vereine, 2. Auflage 64 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-14472-2</p>

Reihenübersicht

<p>Band 3/2013 Eckschlager Rechte und Pflichten der Gemeindevertreter 74 Seiten. EUR 16,80 ISBN 978-3-214-14519-4</p>	<p>Band 3/2015 Promberger/Mayr/Ohnewas Analyse der Gemeindefinanzen vor dem Hintergrund eines aufgabenorientierten Finanzausgleichs 88 Seiten. EUR 20,80 ISBN 978-3-214-03825-0</p>
<p>Band 4/2013 Mathis Standort-, Gemeinde- und Regionalentwicklung 70 Seiten. EUR 16,80 ISBN 978-3-214-14520-0</p>	<p>Band 4/2015 KWG (Hrsg.), Bork/Egg/Giese/Hütter/Poier Direkte Demokratie und Partizipation in den österreichischen Gemeinden 90 Seiten. EUR 20,80 ISBN 978-3-214-03826-7</p>
<p>Band 5 – 6/2013 Kerschner/Wagner/Weiß Umweltrecht für Gemeinden, 2. Auflage 124 Seiten. EUR 28,80 ISBN 978-3-214-14521-7</p>	<p>Band 5/2015 Hödl/Rohrer/Zechner Open Data und Open Innovation in Gemeinden 62 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-03827-4</p>
2014	2016
<p>Band 1 – 2/2014 Sachs/Trettnak-HahnI Das neue Bundesvergaberecht, 4. Auflage 120 Seiten. EUR 28,80 ISBN 978-3-214-02557-1</p>	<p>Band 1/2016 Bacher/Hartel/Schedlmayer/G. Stabentheiner Immobilien sinnvoll nutzen – statt nur besitzen 104 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-03828-1</p>
<p>Band 3/2014 Steinkellner/Zheden Prozessanalyse zur Einführung des Elektronischen Akts in der Gemeindeverwaltung 80 Seiten. EUR 18,80 ISBN 978-3-214-02558-8</p>	<p>Band 2 – 3/2016 Sachs/Trettnak-HahnI Das neue Bundesvergaberecht, 5. Auflage 112 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-03829-8</p>
<p>Band 4 – 5/2014 Parycek/Kustor/Reichstädter/Rinnerbauer E-Government auf kommunaler Ebene Ein rechtlich-technischer Leitfaden zur Umsetzung von E-Government 128 Seiten. EUR 30,80 ISBN 978-3-214-02559-5</p>	<p>Band 4/2016 Promberger/Mayr/Ohnewas Aufgabenorientierter Finanzausgleich 94 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-01164-2</p>
2015	<p>Band 5/2016 Berl/Forster Abfallwirtschaftsrecht 108 Seiten. EUR 22,- ISBN 978-3-214-03654-6</p>
<p>Band 1/2015 Flotzinger/Leiss Gemeindeabgaben im Insolvenzverfahren, 2. Auflage 32 Seiten. EUR 7,80 ISBN 978-3-214-03823-6</p>	2017
<p>Band 2/2015 Nestler/Freudhofmeier/Geiger/Prucher Besteuerung von Gemeindefinanzämtern 98 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-03824-3</p>	<p>Band 1/2017 Meszarits Finanz-Kennzahlen für Gemeindehaushalte nach VRV 2015 58 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-08643-5</p>

<p>Band 2/2017 Pallitsch Die Rechtsstellung des Nachbarn in Bauverfahren 54 Seiten. EUR 14,20 ISBN 978-3-214-08644-2</p>
<p>Band 3/2017 Hutter Haftung der Gemeinde bei Hochwasser 98 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-08645-9</p>
<p>Band 4/2017 Graf/Križanac „Datenschutz neu“ für Gemeinden 60 Seiten. EUR 15,80 ISBN 978-3-214-08646-6</p>

<p>Band 5/2017 Webinger Im Zeitalter der Migration^{mc2} 82 Seiten. EUR 20,80 ISBN 978-3-214-03143-5</p>
<p>2018</p>
<p>Band 1/2018 Paulitsch/Koukol Anti-Korruptionsrecht und Compliance- Maßnahmen für GemeindevertreterInnen 80 Seiten. EUR 20,- ISBN 978-3-214-02570-0</p>
<p>Band 2 – 3/2018 Sachs/Trettnak-Hahn Das neue Bundesvergaberecht, 6. Auflage 146 Seiten. EUR 34,- ISBN 978-3-214-03830-4</p>

Impressum: Schriftenreihe des Österreichischen Gemeindebundes

Medieninhaber (Verleger): MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH; A-1014 Wien, Kohlmarkt 16. FN 124 181 w, HG Wien. **Gesellschafter, deren Anteil 25% übersteigt: in der Manz GmbH:** MANZ Gesellschaft m.b.H., Wien, Beteiligung an Unternehmen und Gesellschaften aller Art und Wolters Kluwer International Holding B.V., Amsterdam, Beteiligung an Unternehmen.

Verlagsadresse: A-1015 Wien, Johannesgasse 23.

Geschäftsführung: Mag. Susanne Stein (Geschäftsführerin) sowie Prokurist Mag. Heinz Korntner (Verlagsleitung).

Herausgeber: Dr. Walter Leiss, Mag. Alois Steinbichler.

Schriftleitung und Redaktion: Univ.-Prof. Dr. Markus Achatz, Bgm. Mag. Alfred Riedl, Mag. Dr. Peter Pilz. **Verlagsredaktion:** MMag. Franziska Koberwein.

Bildnachweis: Dr. Walter Leiss © Ö. Gemeindebund, Bgm. Mag. Alfred Riedl © Matern.

E-Mail: oesterreichischer@gemeindebund.gv.at; kommunal@kommunalkredit.at; verlag@manz.at

Internet: www.gemeindebund.at; www.kommunalkredit.at; www.manz.at

SPEZIALTAGUNG

DATENSCHUTZRECHT FÜR GEMEINDEN

Zielgenaue Information für den öffentlichen Bereich

INNSBRUCK

Mittwoch, 5. September 2018

Villa Blanka

Weiherburggasse 8, 6020 Innsbruck

9.30–16.30 Uhr

LINZ

Donnerstag, 6. September 2018

Arcotel Nike

Untere Donaulände 9, 4020 Linz

9.30–16.30 Uhr

GRAZ

Mittwoch, 12. September 2018

Hotel Gollner

Schlögelgasse 14, 8010 Graz

9.30–16.30 Uhr

EUR 390,- exkl. USt

Themen:

- Grundlagen der DSGVO; Rechtsgrundlagen für die Verwendung personenbezogener Daten in den Gemeinden
- Implementierung eines Datenschutzmanagementsystems – Ein praxisbezogener Vortrag über den Umgang mit personenbezogenen Daten in Gemeinden
- Die Rolle und Aufgaben eines Datenschutzbeauftragten; (Weiter)führen eines Verfahrensregisters
- Neueste Trends – datenschutzrechtlich betrachtet
 - Cloud Computing
 - Auskunftspflicht und Informationsfreiheit vs. Datenschutz
 - Datensicherheit & Sicherheitsverletzungen

Viel Zeit
für Ihre
Fragen!



Leschanz



Feiler

Vortragende:

Mag. **Judith Leschanz** ist Leiterin der Abteilung Data Privacy der A1 Telekom Austria sowie Geschäftsführerin der Secur-Data Betriebsberatungs-GmbH.

Dr. **Lukas Feiler**, SSCP, CIPP/E ist Rechtsanwalt und Leiter des Teams für IP-/IT-Recht bei Baker McKenzie in Wien.

