AUSTAUSCHSEITEN

zu **Punkt 21** des **45. Ministerrates**

(Erläuterungen)

Erläuterungen

Zu Art. 1 (Bundesvergabegesetz 2017 – BVergG 2017)

A. Allgemeiner Teil

1. Ausgangslage und Zielsetzung

1.1 Mit dem am 28. März 2014 publizierten Legislativpaket der Europäischen Union wird das gemeinschaftliche Vergaberecht auf eine neue rechtliche Basis gestellt. Dieses Legislativpaket besteht aus drei Richtlinien (RL 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU), die das bisherige Regelungswerk ablösen. Die Umsetzungsfrist für die genannten Richtlinien ist am 18. April 2016 abgelaufen. Inhaltliche Schwerpunkte des Legislativpaketes sind die Modernisierung und Adaptierung des rechtlichen Rahmens für die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber. Dazu zählen unter anderem die Einführung neuer Vergabeverfahren; die Berücksichtigung neuer Formen der Beschaffung in den Mitgliedstaaten, unter anderem in Form der grenzüberschreitenden gemeinsamen Auftragsvergaben; die Möglichkeit der verstärkten Berücksichtigung ökologischer, sozialer und innovativer Aspekte bei der Durchführung von Vergabeverfahren; die Verpflichtung zur elektronischen Durchführung von Vergabeverfahren und die Berücksichtigung bestimmter Ausnahmen gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH).

1.2. Aufgrund der Vielzahl der erforderlichen Adaptionen wurde einer Totalrevision der Vorzug vor einer Einzelnovellierung gegeben. Ziel der Revision des Gesetzes ist die Anpassung an das neu gestaltete Sekundärrecht auf Unionsebene und die Modernisierung des Vergabewesens in Österreich, unter gleichzeitiger Ausnutzung des größtmöglichen Regelungsfreiraumes zur Reduktion der Transaktionskosten bei Wahrung des Niveaus an Rechtssicherheit.

2. Abstimmung mit den Ländern

2.1. Aufgrund des Art. 14b Abs. 4 B-VG hat der Bund den Ländern Gelegenheit zu geben, an der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens mitzuwirken (vgl. dazu auch die Erläuterungen in AB 1118 BlgNR XXI. GP). Dies erfolgt in Form der bereits seit dem Jahr 2002 eingerichteten Bund-Länder-Arbeitsgruppe. Es fanden daher auch bei der Erstellung des vorliegenden Entwurfes über Einladung des Bundeskanzleramtes mehrfach Gespräche zwischen Vertretern des Bundes und der Länder statt.

2.2. Das Ergebnis dieser Bemühungen stellt der vorliegende Entwurf dar.

3. Regelungstechnik und Inhalt

3.1. Der vorliegende Entwurf setzt die Regelungen der RL 2014/24/EU und 2014/25/EU unter Wahrung eigenständiger Wesenszüge des österreichischen Rechtssystems in das innerstaatliche Recht um. Entsprechend dem geltenden Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, ist weiterhin im Oberschwellenbereich eine grundsätzliche Beschränkung der bundesgesetzlichen Regelung auf die Umsetzung von Unionsrecht vorgesehen (Vermeidung von „gold-plating“; vgl. dazu auch das Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst [BKA-VD], GZ 600.824/011-V/2/01, Art. 1 § 1 Abs. 1 des Deregulierungsgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 151/2001 und § 1 Abs. 4 des Deregulierungsgrundsätzegesetzes, BGBl. I Nr. 45/2017).

3.2. Eine derartige Vorgangsweise bringt es mit sich, dass Begriffe, die aus dem Unionsrecht übernommen wurden, nicht nach dem österreichischen Rechtsverständnis, sondern vielmehr „autonom“, dh. unter Berücksichtigung der Ziele des Gemeinsamen Marktes und unter Heranziehung der authentischen Sprachfassungen des jeweiligen Rechtsaktes, ausgelegt werden müssen (etwa EuGH Rs C-287/98, *Linster*, Rz 43).

3.2.1. Obwohl dies zu Rechtsunsicherheiten führen kann, lehnte sich das BVergG (bereits seit dem ersten Stammgesetz, dem Bundesvergabegesetz, BGBl Nr. 462/1993) stets eng an den Text der umzusetzenden Richtlinien vor allem aus folgenden Gründen an: Österreich war schon aufgrund des Art. 6 EWRA verpflichtet, EG-Rechtsakte „*im Einklang mit den einschlägigen Entscheidungen*“ auszulegen, „*die der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassen hat*“. Seit dem Beitritt zur Europäischen Union ist für Österreich die gesamte einschlägige Judikatur des EuGH unmittelbar von Bedeutung. Die Verwendung einer vom Wortlaut der Unions-Richtlinien abweichenden Terminologie würde jedoch gerade in wichtigen Abgrenzungsfragen dazu führen, dass Aussagen des EuGH zur Interpretation

von Richtlinienbegriffen für Österreich entweder häufige Novellierungen des Umsetzungsaktes erforderlich machen würden oder den Gesetzeswortlaut europarechtlich problematisch erscheinen ließen (vgl. dazu § 10 Z 7 und § 175 Z 6 BVergG 2006 und die Judikatur des EuGH zur sog. „in-house“ – Ausnahme, insbesondere Rs C-26/03, *Stadt Halle*, C-231/03, *CONAME*, und C-458/03, *Parking Brixen*). Eine abweichende Terminologie könnte sogar dazu führen, dass der Umsetzungsakt nachträglich als lückenhaft anzusehen wäre, mit der Konsequenz, dass die Richtlinienbestimmungen unmittelbar anzuwenden wären (vgl. dazu VfSlg. 15.311/1998). Im Übrigen hat auch der Verfassungsgerichtshof (VfGH) festgehalten, dass die österreichischen Begriffe im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung auszulegen sind. Ferner hat gerade im Bereich des Vergaberechts der innerstaatliche Gesetzgeber sehr oft keinen Spielraum für die inhaltliche Gestaltung der nationalen Regelung, sodass die Übernahme der unionsrechtlichen Terminologie bzw. Systematik die einzig verbleibende Möglichkeit darstellt (vgl. VfSlg. 18.642/2008, VfGH vom 15. Juni 2016, G 25/2016, VfGH vom 2. Dezember 2016, G 497/2015).

3.2.2. Darüber hinaus belegt die bisherige Erfahrung, dass die Europäische Kommission (Kommission) bei der Konformitätsprüfung aus naheliegenden Gründen am Wortlaut des Unionsaktes anknüpft. Für eine an der unionsrechtlichen Terminologie orientierte Umsetzung sprachen und sprechen daher auch Praktikabilitätserwägungen.

3.3. Der VfGH hält in ständiger Rechtsprechung (vgl. bereits VfSlg. 16.027/2000) fest, dass es dem Gleichheitssatz widerspricht, das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltende Verfahren nur im Oberschwellenbereich in umfassender Weise zu regeln. Das Fehlen von außenwirksamen gesetzlichen Regelungen, durch die unmittelbare subjektive Rechtspositionen auf Einhaltung vergabegesetzlicher Vorschriften eingeräumt würden, könne nicht dadurch substituiert werden, dass die zivilgerichtliche Judikatur ohnehin auch bei Fehlen gesetzlicher Regelungen unter bestimmten Voraussetzungen Ansprüche von Bewerbern und Bietern anerkannt habe. Es liegt daher nach Ansicht des VfGH nicht im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers festzusetzen, in welchen Bereichen er die Garantien eines durchnormierten Vergabeverfahrens gewähren möchte. Das schließt jedoch nach Auffassung des VfGH nicht aus, dass der Gesetzgeber im Unterschwellenbereich vereinfachte Vorschriften vorsehen und so auf ein aufwendiges Vergabeverfahren verzichten kann. Bietern im Unterschwellenbereich aber nicht einmal ein Minimum an gesetzlichen Verfahrensgarantien zu gewährleisten, ist nach Ansicht des VfGH sachlich nicht zu rechtfertigen. Darüber hinaus ist es nach Auffassung des VfGH aber auch verfassungswidrig, einen vergabespezifischen Rechtsschutz nur oberhalb gewisser Schwellenwerte zur Verfügung zu stellen und sich bei wertmäßig kleineren Vergaben mit einem gerichtsförmigen, jedoch vergaberechtlich nicht so effektiven Rechtsschutz zu begnügen.

3.3.1. Aus dieser Judikatur des VfGH folgt, dass – falls der Gesetzgeber spezifische vergaberechtliche Regelungen sowohl im materiell-rechtlichen Bereich wie auch im Bereich des Rechtsschutzes einführt (im Oberschwellenbereich ist dies unionsrechtlich geboten) – es verfassungsrechtlich geboten ist, ein, wenn auch zulässigerweise vereinfachtes, vergabespezifisches Regime für den Unterschwellenbereich zur Verfügung zu stellen.

3.3.2. Im Unterschwellenbereich gelten nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (vgl. dazu etwa Rs C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard*, Rz 19 und 21; Rs C-324/98, *Telaustria*, Rz 57 und 60 bis 62 mit Hinweis auf die Rs C-275/98, Rs C-92/00, *HI Hospital*, Rz 45 bis 47) die unionsrechtlichen Grundsätze des AEUV. Der EuGH hält dazu fest, dass die Grundsätze des AEUV und insbesondere das Diskriminierungsverbot eine Verpflichtung zur Transparenz einschließen. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den betreffenden Markt (Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen) dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Aus diesen unionsrechtlichen Verpflichtungen resultiert daher bereits ein gewisser Mindeststandard für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich in Bezug auf Veröffentlichungen, Wahl von transparenten Vergabeverfahren, Setzen angemessener Fristen uam. Darüber hinaus sind aber auch grundsätzliche Transparenzregelungen für Leistungsvergaben iwS erforderlich, um den unionsrechtlichen Anforderungen Genüge zu tun.

3.4. Im Sinne der Transparenz und Übersichtlichkeit der Vorschriften, die für die Vergabe öffentlicher Aufträge einschlägig sind und aufgrund der unter Punkt 3.3. erwähnten Rechtsprechung des VfGH und des EuGH, beinhaltet das BVergG 2017 selbst – wie bereits bisher – sämtliche in diesem Zusammenhang relevanten Regelungen sowohl für den Oberschwellen- wie auch für den Unterschwellenbereich.

3.5. Im Lichte der Ergebnisse der im Jahre 2003 erfolgten Evaluierung des BVergG 2002 (vgl. dazu die Aussendung des Bundeskanzleramtes vom 25. April 2003, GZ 600.883/029-V/A/8/2003) und der daraus folgenden Neustrukturierung im Rahmen des BVergG 2006 (vgl. dazu die Ausführungen in 1171 BlgNR XXII. GP 5ff.) und angesichts der Überlegung, dass sich die diesbezüglichen Grundlagen nicht seitdem geändert haben, wird die bisherige Struktur und Regelungstechnik des Gesetzes (insbesondere die tunliche Vermeidung von Verweisketten) beibehalten.

3.6. Die Anhänge wurden den Richtlinien entsprechend gestaltet und zT sprachlich neu gefasst. Darüber hinaus wurde in Anhang III die Liste der zentralen öffentlichen Auftraggeber (nicht: zentrale Beschaffungsstellen um eine Verwechslung mit den unionsrechtlich definierten zentralen Beschaffungsstellen im Sinne der Richtlinien zu vermeiden) in ihrer derzeit aktuellen Version in das BVergG 2017 aufgenommen.

3.7. Aufgrund der Vielzahl der neu zu fassenden Bestimmungen und zur Wahrung der Übersichtlichkeit sieht der vorliegende Entwurf eine Neuerlassung des BVergG anstatt einer Einzelnovellierung vor.

3.8. Da verschiedene Bestimmungen betreffend die Verpflichtung zur elektronischen Durchführung von Vergabeverfahren erst im Oktober 2018 in Kraft treten, werden die entsprechenden Änderungen als Novellierung bereits jetzt als Artikel 2 des vorliegenden Vergaberechtsreformgesetzes 2017 vorgelegt. Des Weiteren ergibt sich ein legistischer Anpassungsbedarf im Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit – BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012, das in mehreren Bestimmungen auf das BVergG 2006 verweist. Dieser Anpassungsbedarf findet sich in Artikel 3 des vorliegenden Vergaberechtsreformgesetzes 2017.

4. Kompetenzgrundlage

Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung der in diesem Bundesgesetz enthaltenen zivilrechtlichen Bestimmungen ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG. Die Zuständigkeit zur Erlassung der übrigen Regelungen dieses Bundesgesetzes ergibt sich aus Art. 14b Abs. 1 B-VG sowie – hinsichtlich der Gebührenregelungen – aus § 7 Abs. 1 F-VG 1948.

5. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens

Gemäß Art. 14b Abs. 4 B-VG bedarf die Kundmachung des Gesetzes der Zustimmung der Länder.

6. Umzusetzende bzw. zu berücksichtigende EU-Rechtsvorschriften:

6.1. Verordnung (EWG, EURATOM) Nr. 1182/71 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine, ABl. Nr. L 124 vom 08.06.1971 S. 1.

6.2. Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (Rechtsmittelrichtlinie), ABl. Nr. L 395 vom 30.12.1989 S. 33, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 1.

6.3. Richtlinie 92/13/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektorenrechtsmittelrichtlinie), ABl. Nr. L 76 vom 23.03.1992 S. 14, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 1.

6.4. Richtlinie 94/22/EG über die Erteilung und Nutzung von Genehmigungen zur Prospektion, Exploration und Gewinnung von Kohlenwasserstoffen, ABl. Nr. L 164 vom 30.06.1994 S. 3.

6.5. Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV), ABl. Nr. L 340 vom 16.12.2002 S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 569/2009 zur Anpassung einiger Rechtsakte, für die das Verfahren des Artikels 251 des Vertrags gilt, an den Beschluss 1999/468/EG in Bezug auf das Regelungsverfahren mit Kontrolle; Anpassung an das Regelungsverfahren mit Kontrolle – Vierter Teil, ABl. Nr. L 188 vom 18.07.2009 S. 14.

6.6. Richtlinie 2007/24/EG zur Aufhebung der Richtlinie 71/304/EWG zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden, ABl. Nr. L 154 vom 14.06.2007 S. 22.

6.7. 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, ABl. Nr. L 315 vom 03.12.2007 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 Schienenpersonenverkehrsdienste, ABl. Nr. L 354 vom 23.12.2016 S. 22.

6.8. Entscheidung 2008/585/EG zur Freistellung der Erzeugung von Strom in Österreich von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. Nr. L 188 vom 16.07.2008 S. 28.

6.9. Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, ABl. Nr. L 120 vom 15.05.2009 S. 5, zuletzt geändert durch die Berichtigung ABl. Nr. L 37 vom 11.02.2011 S. 30.

6.10. Richtlinie 2009/52/EG über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, ABl. Nr. L 168 vom 30.06.2009 S. 24, in der Fassung der Berichtigung ABl. Nr. L 208 vom 03.08.2012 S. 22.

6.11. Richtlinie 2009/81/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl. Nr. L 216 vom 20.08.2009 S. 76, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2015/2340 zur Änderung der Richtlinie 2009/81/EG im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl. Nr. L 330 vom 16.12.2015 S. 14.

6.12. Beschluss 2010/142/EU zur Ausnahme bestimmter Dienste des Postsektors in Österreich von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. Nr. L 56 vom 06.03.2010 S. 8.

6.13. Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. Nr. L 48 vom 23.02.2011 S. 1.

6.14. Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, ABl. Nr. L 315 vom 14.11.2012 S. 1, in der Fassung der Richtlinie 2013/12/EU zur Anpassung der Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz aufgrund des Beitritts der Republik Kroatien, ABl. Nr. L 141 vom 28.05.2013 S. 28, in der Fassung der Berichtigung ABl. Nr. L 113 vom 25.04.2013 S. 24.

6.15. Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 1, in der Fassung der Delegierten Verordnung (EU) 2015/2172, ABl. Nr. L 307 vom 25.11.2015 S. 9, in der Fassung der Berichtigung ABl. Nr. L 114 vom 05.05.2015 S. 24.

6.16. Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 65.

6.17. Richtlinie 2014/25/EU über Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 243.

6.18. Richtlinie 2014/55/EU über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen, ABl. Nr. L 133 vom 06.05.2014 S. 1.

6.19. Durchführungsbeschluss 2014/184/EU zur Ausnahme bestimmter Dienste des Postsektors in Österreich von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. Nr. L 101 vom 04.04.2014 S. 4, in der Fassung des Durchführungsbeschlusses (EU) 2017/131, ABl. Nr. L 21 vom 26.01.2017 S. 103.

6.20. Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen für öffentliche Aufträge und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011, ABl. Nr. L 296 vom 12.11.2015 S. 1.

6.21. Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, ABl. Nr. L 3 vom 06.01.2016 S. 16.

6.22. Durchführungsbeschluss (EU) 2016/1804 über die Durchführungsmodalitäten für die Anwendung der Artikel 34 und 35 der Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. Nr. L 275 vom 12.10.2016 S. 39.

6.23. Durchführungsbeschluss (EU) 2017/132 zur Anwendbarkeit von Artikel 34 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates auf Verträge zur Bereitstellung von Flughafeninfrastruktur für den Frachtverkehr in Österreich, ABl. Nr. L 21 vom 26.01.2017 S. 105.

Besonderer Teil

Zu § 1 (Regelungsgegenstand):

Die Bestimmung enthält eine allgemeine und programmatische Umschreibung des Geltungsbereiches des BVergG 2017. Der Begriff „Vergabeverfahren“ im Sinne des § 1 Z 1 und 2 umfasst alle Vorgänge (Verfahren) zur Beschaffung von Leistungen. Er ist insoweit funktional und im Einklang mit dem Unionsrecht auszulegen, als er – falls der Vorgang aus mehreren Schritten bestehen sollte – in seiner Gesamtheit und unter Berücksichtigung seiner Ziele zu prüfen ist (vgl. Rs C-29/04, *Kommission gegen Österreich*, Rs C-51/15, *Remondis*): dient er dem Erwerb einer Leistung (vgl. Art. 1 Abs. 2 der RL 2014/24/EU), so handelt es sich um einen Beschaffungsvorgang, der den Richtlinien und dem BVergG unterliegt. Der Begriff des „Erwerbes“ einer Leistung ist nach EG 4 der RL 2014/24/EU in einem weiten Sinn zu verstehen als Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen und setzt nicht unbedingt den Eigentumsübergang auf den Auftraggeber voraus. Der Begriff „Vergabeverfahren“ stellt einen Überbegriff für die in der Aufzählung enthaltenen Beschaffungsvorgänge dar und wird in weiterer Folge im Gesetz auch mit dieser Bedeutung verwendet.

In Verbindung mit den Bestimmungen der §§ 5 bis 7 folgt aus dem bisher Gesagten, dass im Kontext der „Auftragsvergabe“ nur synallagmatische Vertragsverhältnisse den Regelungsgegenstand des Gesetzes bilden (vgl. dazu auch EuGH Rs C-410/14, *Falk Pharma*, Rs C-51/15, *Remondis*, und die Ausführungen zu den §§ 5 bis 7). Andere (alternative) Formen öffentlicher Aufgabenerfüllungen wie etwa durch einseitige Rechtsverhältnisse (vgl. dazu etwa Rs C-295/05, *Asemfo gegen Tragsa*), durch die Beleihung mit der Durchführung von Leistungen im Wege von Gesetzen oder sonstigen Hoheitsakten (vgl. VfSlg 14.473/1996, Verwaltungsgerichtshof [VwGH] vom 13. September 2016, Ro 2014/03/0062 und EG 5 der RL 2014/24/EU), durch die „Betrauung“ mit der Durchführung bestimmter Leistungen im Wege von Akten der Gerichtsbarkeit (zB Gerichtsbeschlüsse, vgl. § 351 ZPO) oder durch Zuständigkeitsübertragungen innerhalb der öffentlichen Verwaltung (vgl. Rs C-51/15, *Remondis*) fallen daher ebenso wenig in den Anwendungsbereich des Gesetzes wie Veräußerungen durch Auftraggeber (vgl. dazu Rs C-145/08, *Loutraki*, und Rs C-451/08, *Helmut Müller*) oder (rein einseitige) Förderzusagen oder andere Formen der reinen Finanzierung (vgl. dazu „Förderverträge“, die fiskalische Anreize zur Setzung eines gewünschten Verhaltens darstellen und bei denen sich die Verpflichtung auf Seiten des Förderungsempfängers typischerweise auf die Vorlage bestimmter Urkunden und die Rückzahlung der Förderung im Fall der Nicht-Setzung des geförderten Verhaltens beschränkt wie etwa eine Förderung zum Einbau alternativer Heizungen oder von Stromgewinnungsanlagen bei Eigenheimen; vgl. dazu EG 4 der RL 2014/24/EU). Ferner umfasst das Konzept der „Auftragsvergabe“ auch nicht jene Fälle, in denen alle Unternehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe bzw. zur Erbringung einer bestimmten Leistung — ohne irgendeine Selektivität — berechtigt sind, wie beispielsweise bei einer Auswahl durch den Kunden- und bei Dienstleistungsgutscheinsystemen; diese sind als einfache Zulassungssysteme zu qualifizieren (siehe EG 4 der RL 2014/24/EU und EuGH Rs C-410/14, *Falk Pharma*).

Unter Zuständigkeitsübertragungen innerhalb der öffentlichen Verwaltung versteht der EuGH insbesondere behördlich angeordnete Kompetenzverlagerungen oder freiwillige Kompetenzübertragungen zwischen öffentlichen Stellen, die zur Folge haben, dass eine zuvor zuständige Stelle von ihrer Pflicht zur Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe entlastet wird bzw. ihr Recht darauf verliert oder sich selbst davon entlastet bzw. darauf verzichtet, während fortan einer anderen Stelle diese Pflicht obliegt und dieses Recht zusteht (vgl. Rs C-51/15, *Remondis*). Eine derartige Zuständigkeitsübertragung schließt nicht aus, dass sie in der Zukunft wieder rückgängig gemacht werden oder an andere öffentliche Stellen weiter übertragen werden kann. Notwendige Voraussetzung ist, dass durch eine Zuständigkeitsübertragung nicht nur die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten, u.a. die Verpflichtung, den mit dieser Kompetenz verbundenen Aufgaben nachzukommen, sondern auch die damit einhergehenden Befugnisse übertragen werden. Hiefür ist es erforderlich, dass die öffentliche Stelle, der eine Kompetenz übertragen wird, befugt ist, die Erfüllung der sich aus dieser Kompetenz ergebenden Aufgaben zu organisieren und den diese Aufgaben betreffenden rechtlichen Rahmen zu schaffen. Weiter muss sie über eine finanzielle Unabhängigkeit verfügen, die es ihr erlaubt, die Finanzierung dieser Aufgaben sicherzustellen. Dies ist nach der Rechtsprechung nicht der Fall, wenn die ursprünglich zuständige Stelle die Hauptverantwortung für diese Aufgaben behält, sich die finanzielle Kontrolle über diese Aufgaben (bzw. deren Erfüllung) vorbehält oder den Entscheidungen, die die von ihr hinzugezogene Einrichtung treffen möchte, vorab zustimmen muss. Die (nunmehr zuständige) Stelle muss daher von ihrer neuen Zuständigkeit selbständig und eigenverantwortlich Gebrauch machen können (vgl. dazu Rs C-51/15, *Remondis*). Dies schließt nicht aus, dass die bisher zuständige Stelle noch ein gewisses Überwachungsrecht hinsichtlich der übertragenen Aufgabe behält, sofern jede Einmischung

in die konkreten Modalitäten der Aufgabenerfüllung durch die nunmehr zuständige Stelle ausgeschlossen ist.

Art. 1 Abs. 2 der RL 2014/24/EU definiert idS den Anwendungsbereich der RL wie folgt: „*Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet den im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht.*“ Deswegen werden „*Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, … als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats betrachtet und als solche nicht von dieser Richtlinie berührt*“ (so Art. 1 Abs. 6 der RL).

Durch das Wort „insbesondere“ in der Einleitung zu § 1 wird zum Ausdruck gebracht, dass die Umschreibung des Regelungsgegenstandes in den nachfolgenden Z 1 bis 4 nicht abschließend ist (vgl. etwa die Regelung des § 4 Abs. 3). Auch ergibt sich aus der Aufzählung nicht, dass alle darin genannten Verfahren in gleicher Weise bzw. gleichermaßen dem BVergG unterliegen. Durch die Unterteilung in vier Ziffern sollen die vier wesentlichen Teile (so genannter klassischer Teil, Sektorenteil, Rechtsschutzteil, Außerstaatliche Kontrolle und zivilrechtliche Bestimmungen) klar erkennbar sein.

Da das BVergG – neben den Bestimmungen des BVergGVS und des Bundesgesetzes über die Vergabe von Konzessionsverträgen (BVergGKonz) – explizit der umfassenden Umsetzung der VergabeRL der Union dient (und deswegen auch gemäß dem Verfahren des Art. 14b B-VG zu beschließen ist), unterliegen alle Sachverhalte, die als Leistungsvergaben gemäß § 1 zu qualifizieren sind, ausschließlich den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes; für (verfassungskonforme) Spezialregelungen außerhalb dieses Bundesgesetzes besteht sohin kein Raum.

Zu § 2 (Definitionen):

Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen § 2 BVergG 2006. Sie setzt insbesondere auch die einschlägigen Definitionen in Art. 2 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 2 der RL 2014/25/EU um. Da die Begriffsbestimmungen für den 2. und 3. Teil gleichermaßen maßgeblich sind, werden die Definitionen in den allgemeinen 1. Teil aufgenommen. Wie bereits bisher sind die Definitionen alphabetisch gereiht. Durch den umfassenden Definitionskatalog wird eine möglichst exakte Begriffsbestimmung und damit ein möglichst genaues (und einheitliches) Begriffsverständnis und mittelbar dadurch ein einheitlicherer Vollzug durch die Auftraggeber (aber auch die Unternehmer) erzielt.

Der Definitionskatalog des § 2 BVergG 2006 wird um einige Definitionen ergänzt. Zusätzliche Neuerungen ergeben sich durch die Übernahme einiger Definitionselemente aus den Richtlinien und der Adaption bestehender Definitionen. Die Definitionen der Verfahrensarten, der besonderen und ausschließlichen Rechte bzw. der öffentlichen Unternehmen finden sich wie bisher im 2. und 3. Teil (vgl. dazu die §§ 31, 168 Abs. 2, 169 Abs. 2 und 203).

Zu Z 1: Bei Abänderungsangeboten handelt es sich um Angebote, die von der ausgeschriebenen Leistung in technischer Hinsicht in einem sehr geringem Ausmaß abweichen und deswegen (noch) keine Alternativangebote im Sinne des Gesetzes darstellen. Sie sollen einem Unternehmer eine gewisse Flexibilität und die Chance auf Angebotslegung eröffnen (etwa mit dem bereits beim Unternehmer vorhandenen Material). Voraussetzung ist, dass die angebotene Leistung mit der vom Auftraggeber verlangten technisch gleichwertig ist. Gleichwertig bedeutet in diesem Zusammenhang, dass das Abänderungsangebot in technischer Hinsicht zumindest die gleichen (Leistungs-)Anforderungen erfüllt wie die ausgeschriebene Leistung. Es ist daher auch möglich, dass Abänderungsangebote die Leistungsanforderungen übererfüllen (zB höhere Korrosionsbeständigkeit aufgrund eines anderen Materials bei gleicher Verformungsfestigkeit). Da Abänderungsangebote Abweichungen nicht in einem Ausmaß beinhalten dürfen, wie sie bei Alternativangeboten zulässig sind, ist für die Prüfung, ob es sich bei einem konkreten Angebot noch um ein Abänderungsangebot oder bereits um ein Alternativangebot handelt, ein strenger Maßstab anzulegen. Es ist eine Einzelfallbetrachtung anzustellen, wobei in die Bewertung qualitative und quantitative Kriterien einzufließen haben (wie viele Positionen und welche Positionsebene ist betroffen – in der Regel findet sich diese Änderung auf der Positionsebene eines Leistungsverzeichnisses –, beinhaltet das Abänderungsangebot ein anderes technisches Lösungskonzept als die Amtsvariante usw.). Die Annahme von Abänderungsangeboten darf daher nicht dazu führen, dass der Auftraggeber zu Änderungen in seiner Planung (zB bei Anschlüssen) gezwungen wird. Abänderungsangebote betreffen typischerweise nur einzelne Positionen (zB runde statt eckige Schächte für die Kabelführung, andere Rohrformen, andere Materialwahl zB bei Aufhängungen). Da

Abänderungsangebote aufgrund der Definition nur Abweichung in technischer Hinsicht erfassen, sind Angebote mit Abweichungen wirtschaftlicher oder rechtlicher Art als Alternativangebote zu qualifizieren.

Zu Z 2: Ein „Alternativangebot“ ist ein Vorschlag über eine alternative Leistungserbringung (zB Ausführung) oder Lieferung eines Bieters. Ein Alternativangebot ist ein vom ausgeschriebenen Vertragsinhalt abweichendes Angebot. Dies kann alternative Leistungen, Zahlungsmodalitäten (zB Ratenzahlung) oder sonstige Konditionen (zB Leistungs- oder Gewährleistungsfristen) betreffen. Die Abgrenzung zum nicht genehmigungsfähigen aliud bzw. zum Abänderungsangebot (Z 1) kann nur im Einzelfall an Hand der konkreten Festlegungen des Auftraggebers bzw. dem Abänderungsangebot getroffen werden.

Zu Z 3: Dem vergaberechtlichen Angebot entspricht in der Terminologie des Zivilrechtes der „Antrag“ gemäß § 862 ABGB. Ein „Antrag“ ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Auftraggeber gegenüber abzugeben ist. Kein Angebot – mangels Bindungswillen des Erklärenden – ist ein „freibleibend“ gestelltes Angebot oder eine unverbindliche Preisauskunft.

Zu Z 4: Arbeitsgemeinschaften sind Gelegenheitsgesellschaften, die nicht auf den Betrieb eines bestimmten Geschäftszweiges, sondern auf ein bestimmtes Geschäft gerichtet sind. In der gesetzlichen Typologie ist eine ARGE als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesBR) im Sinne des § 1175 ABGB zu qualifizieren. Sind die Gesellschafter Handelsleute (Kaufmänner) – dies ist im Bereich des Vergaberechts regelmäßig der Fall – so haften sie kraft gesetzlicher Anordnung solidarisch, falls nicht anderes mit dem Vertragspartner vereinbart wird (vgl. § 1203 ABGB, Art. 8 N. 1 EVHGB; OGH 7. Februar 1989, 4 Ob 513/89, 13. Mai 1993, 2 Ob 608/92). Hinzuweisen ist im Zusammenhang mit dieser Definition auf § 21 Abs. 2, wonach Arbeitsgemeinschaften – ebenso wie Bietergemeinschaften – in gewissem Umfang Parteifähigkeit und somit Rechtsfähigkeit (ausschließlich nach BVergG) zukommt (vgl. dazu auch die Erläuterungen zu § 21 Abs. 2). Im Gegensatz zur bisherigen Definition, aber ohne inhaltliche Änderung, wird in der Definition selbst nicht mehr darauf abgestellt, dass sich Arbeitsgemeinschaften zur Erbringung einer Leistung „auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen“ verpflichten.

Zu Z 5: Der Begriff „Auftraggeber“ umfasst in weiterer Folge sowohl den Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ (vgl. dazu § 4 Abs. 1) wie auch den Begriff des „Sektorenauftraggebers“ (vgl. dazu die §§ 166 bis 169). Die Auftraggebereigenschaft richtet sich allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll. Tritt daher eine vergebende Stelle (zB die X-AG) „namens und auftrags“ bzw. „in Vertretung“ eines anderen Rechtsträgers (zB eines Landes) und nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auf, so wird der (vertretene) Rechtsträger gemäß § 1017 ABGB durch den von der vergebenden Stelle geschlossenen Vertrag berechtigt und verpflichtet. Die Tätigkeit der vergebenden Stelle für den „dahinter stehenden“ Rechtsträger ist als rechtsgeschäftliche Stellvertretung zu qualifizieren und eben dieser Rechtsträger ist daher als Auftraggeber anzusehen. Deshalb wird in das Gesetz zur Klarstellung und Unterscheidung auch eine Definition der „vergebenden Stelle“ aufgenommen (vgl. Z 42). Obwohl bereits seit dem BVergG 2002 der Auftraggeber und die vergebende Stelle getrennt definiert und die Unterschiede in den EB – vgl. AB 1118 BlgNR XXI. GP – hinreichend erläutert worden sind, gab und gibt es in der Praxis immer wieder Probleme aufgrund unklarer Ausschreibungen. Deswegen und zur Offenlegung des Innenverhältnisses bei verschiedenen agierenden Stellen und Auftraggebern ist daher an verschiedenen Stellen des Gesetzes vorgesehen, dass der Auftraggeber und – sofern vorhanden – die vergebende Stelle bzw. die Rolle der in die Durchführung eines Vergabeverfahrens involvierten Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung genau zu bezeichnen ist (vgl. dazu etwa § 11 Abs. 1 und § 91 Abs. 1).

Zu Z 6: Als Unternehmer und daher auch Auftragnehmer im Sinne der Z 6 gelten eine EWIV (Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung) oder eine SE (Societas Europea). Die rechtliche Basis für EWIV bilden die Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 und das dazu in Österreich ergänzend erlassene EWIV-Ausführungsgesetz, BGBl. Nr. 521/1985. Vgl. dazu auch die Mitteilung der Kommission „Beteiligung von Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigungen (EWIV) an öffentlichen Aufträgen und öffentlich finanzierten Programmen“, ABl. Nr. C 285 vom 20. September 1997, S. 17. Die EWIV ist voll rechtsfähig. Zum Begriff des Unternehmers ist auf die Definition der Z 38 und auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. Rs C-389/92, *Ballast Nedam I*) hinzuweisen.

Zu Z 7: Der Begriff „Ausschreibung“ ist ein weiter. Er stellt einen Überbegriff über verschiedene Unterlagen im Kontext eines Vergabeverfahrens dar, die ihrerseits einen unterschiedlichen Konkretisierungsgrad und einen unterschiedlichen Umfang aufweisen können; die Genauigkeit, mit der ein Auftraggebers festlegt, welche Leistung er zu welchen Bedingungen erhalten möchte, sind bei einer Ausschreibung mit konstruktiver Leistungsbeschreibung und etwa bei einer Beschreibung beim wettbewerblichen Dialog höchst unterschiedlich. Der Begriff umfasst alle Bekanntmachungen sowie

Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen. Damit sind auch alle sonstigen, für die Durchführung des Vergabeverfahrens erforderlichen Unterlagen wie Auktionsordnungen oder Wettbewerbsordnungen sowie die Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung inkludiert. Hinsichtlich des wettbewerblichen Dialoges wird die Terminologie der Richtlinien (und des bisherigen Wortlautes des BVergG) im Kontext der Ausschreibungsunterlagen („Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim wettbewerblichen Dialog“) nicht mehr übernommen und es wird im Gesetz einheitlich – auch im Kontext des wettbewerblichen Dialoges – von Ausschreibungsunterlagen gesprochen. Im Übrigen setzt diese Definition auch Art. 2 Z 13 der Richtlinie 2014/24/EU um.

Zu Z 8: Die Definition gibt die Definition des Art. 2 Abs. 1 Z 7 der RL 2014/24/EU bzw. des Art. 2 Z 3 der RL 2014/25/EU wieder.

Zu Z 9: Die Definition gibt die Definition des Art. 2 Abs. 1 Z 17 der RL 2014/24/EU bzw. des Art. 2 Z 13 der RL 2014/25/EU wieder. Zur Definition der „Nebenbeschaffungstätigkeiten“ vgl. Z 24. Die Definition des „Beschaffungsdienstleisters“ kann sich mit der Definition der „vergebenden Stelle“ überschneiden. Anders als die vergebende Stelle (das ist jene Organisationseinheit oder jener Bevollmächtigter des Auftraggebers, die bzw. der das gesamte Vergabeverfahren im Namen und für Rechnung eines Auftraggebers durchführt), kann die Tätigkeit des Beschaffungsdienstleisters eingeschränkt sein (zB nur Beratung oder Vorbereitung) bzw. andere Aspekte (Bereitstellung der technischen Infrastruktur) umfassen.

Zu Z 10: Die Definition entspricht – in sprachlich klarerer Form – Art. 2 Abs. 1 Z 12 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 2 Z 8 der RL 2014/25/EU. Dass auch „Zusammenschlüsse von Unternehmern“ Bewerber sein können ergibt sich aus der Definition des „Unternehmers“ (vgl. Z 38). Der Begriff „Vergabeverfahren“ ist als Oberbegriff im Sinne des § 1 zu verstehen und umfasst demgemäß auch Wettbewerbe. Zum Begriff des Unternehmers ist auf die Definition der Z 38 und auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. Rs C-389/92, *Ballast Nedam I*) hinzuweisen. Unternehmer, die ihr Interesse mitgeteilt haben, sind noch keine „Bewerber“, da auch in diesem Fall der Unternehmer einen Teilnahmeantrag zu stellen hat; letzteres wird – abhängig von den Festlegungen des Auftraggebers (vgl. dazu etwa auch die Erläuterungen zu § 124) – in der Regel mit bzw. im Rahmen der Übermittlung der Interessenbestätigung erfolgen.

Zu Z 11: Die Definition entspricht inhaltlich Art. 2 Abs. 1 Z 11 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 2 Z 7 der RL 2014/25/EU. Dass auch „Zusammenschlüsse von Unternehmern“ Bieter sein können ergibt sich aus der Definition des „Unternehmers“ (vgl. Z 38). Anders als bisher wird im Rahmen dieser Definition nicht (nochmals) auf den „Zusammenschluss von Unternehmern“ abgestellt, da die Definition des „Unternehmers“ (vgl. Z 38) derartige Zusammenschlüsse schon unter den Unternehmerbegriff subsumiert.

Zu Z 12: Hinzuweisen ist auf die Regelung in § 21 Abs. 2, wonach Bietergemeinschaften – ebenso wie Arbeitsgemeinschaften – in gewissem Umfang Parteifähigkeit und somit Rechtsfähigkeit zukommt. Dass Zusammenschlüsse von Unternehmern sich sowohl auf homogene (gleichartige) als auch auf heterogene (unterschiedliche) Leistungsgegenstände erstrecken können, ist evident (vgl. dazu schon die Ausführungen zu Z 4) und bedarf, ebenso wie bei der Definition der Arbeitsgemeinschaften, keiner expliziten Regelung. Im Übrigen wird auch auf die Regelung des § 80 Abs. 4 verwiesen (zu deren Vorgeschichte vgl. das Erkenntnis des VfGH vom 21. Juni 2004, B 531/02-8 und 1171 BlgNR XXII. GP).

Zu Z 13: Die Definition gibt die Definition des Art. 2 Abs. 1 Z 19 der RL 2014/24/EU bzw. des Art. 2 Z 15 der RL 2014/25/EU wieder. Der in den RL verwendete Begriff „elektronische Mittel“ wird ohne inhaltliche Änderung durch den Begriff „elektronisch“ ersetzt, da dieser der englischen Fassung der RL („electronic means“) inhaltlich besser entspricht.

Zu Z 14: Die Definition der elektronischen Rechnung gibt die Definition des Art. 2 Z 1 RL 2014/55/EU wieder und ist vor dem Kontext der Bestimmung des § 368 zu sehen.

Zu Z 15: Die Regelung basiert auf dem bisherigen Regelungssystem mit marginalen Adaptionen. Generell ist anzumerken, dass sich das System der gesondert anfechtbaren und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen in der Praxis bewährt hat, vom EuGH implizit für zulässig erachtet worden ist (siehe EuGH Rs C-214/00, *Kommission gegen Spanien*; vgl. ferner Rs C-391/15, *Marina del Mediterráneo u.a.*, sowie die SA von GA Bobek in dieser Rs) und daher beibehalten werden soll. Da die Festlegung der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen auch für die Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems von erheblicher Bedeutung ist, soll die Definition der gesondert und der nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen weiterhin für die jeweiligen Verfahrenstypen gesondert aufgelistet werden.

Durch die Unterscheidung zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen (des Auftraggebers) soll eine Strukturierung des Vergabeverfahrens und eine effiziente Abwicklung von Rechtsschutzverfahren erreicht werden. Letzterem Ziel dienen auch die flankierenden Bestimmungen betreffend die Fristen und die Präklusionsregelung (zur Zulässigkeit derartiger Regelungen vgl. ua. EuGH Rs C-470/99, *Universale Bau*, Rs C-327/00, *Santex*). Durch die gesondert anfechtbaren Entscheidungen wird ein Vergabeverfahren in verschiedene Abschnitte unterteilt. Jeder Abschnitt endet mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, die – wie Z 15 lit a klarstellt – nach außen in Erscheinung tritt. Dadurch wird auch der Judikatur des VfGH Rechnung getragen, wonach bloße Beschlüsse im Rahmen der internen Willensbildung des Auftraggebers keinesfalls Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein können (vgl. VfSlg. 16.462/2002: „*… kann die den Gegenstand eines Rechtsschutzantrages bildende Nichtigerklärung keinesfalls bloße Beschlüsse im Rahmen der internen Willensbildung des Auftraggebers betreffen. Vielmehr geht es um die nach außen in Erscheinung tretenden Teilakte des vergebenden Organs im Vergabeverfahren und damit stets um die Nichtigerklärung privatrechtlicher Willenserklärungen*“). Danach ist das Unterlassen einer Entscheidung zumindest grundsätzlich kein bekämpfbarer Akt. Der EuGH (Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 34) hat die dem vergabespezifischen Rechtsschutzsystem unterliegenden „Entscheidungen“ in ähnlicher Weise definiert: „*Angesichts ... der Ziele, der Systematik und des Wortlauts der Richtlinie 89/665 und um die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie zu wahren, stellt also jede Maßnahme eines öffentlichen Auftraggebers, die im Zusammenhang mit einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag getroffen wird, der in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fällt, und die Rechtswirkungen entfalten kann, eine nachprüfbare Entscheidung im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 dar, unabhängig davon, ob diese Maßnahme außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder im Rahmen eines solchen Verfahrens getroffen wurde.*“ Alle der gesondert anfechtbaren Entscheidung vorangegangenen (nicht gesondert anfechtbaren) Entscheidungen sind zusammen mit dieser anzufechten. Die Wahl des Vergabeverfahrenstypus kann gemäß diesem System daher, je nach Verfahrensart, entweder mit der Ausschreibung oder bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe bekämpft werden.

Dieses System entspricht dem derzeitigen Stand des Unionsrechtes und den Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinien nach einem effektiven Rechtsschutz. Aufgrund der Rechtsmittelrichtlinien und einiger EUGH-Judikate sind bestimmte Entscheidungen jedenfalls als gesondert anfechtbare Entscheidungen auszugestalten; dies betrifft insbesondere das Ausscheiden eines Angebotes (vgl. dazu die verb. Rs C-21/03 und C-34/03, *Fabricom*), die Zuschlagsentscheidung (vgl. Rs C-81/98, *Alcatel*), sowie den Widerruf des Verfahrens (vgl. Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure*, Rs C-15/04, *Koppensteiner*).

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass die für das Verhandlungsverfahren ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit, die Anzahl der Bieter in der Verhandlungsphase zu reduzieren, jedenfalls eine „sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase“ darstellt und deshalb aus diesem Grund gesondert anfechtbar ist.

Ferner ist klarzustellen, dass das sog. „short-listing“, das ist die Reduktion der Bewerberanzahl anhand der Auswahlkriterien (bzw. beim Wettbewerb anhand der Beurteilungskriterien) keine Ausscheidensentscheidung ist, sondern gemäß der Terminologie des BVergG die Entscheidung über „die Nicht-Zulassung zur Teilnahme“.

Darüber hinaus ist im Zusammenhang mit einzelnen sublit. auf Folgendes hinzuweisen:

Da das dynamische Beschaffungssystem neu strukturiert ist, wird es unter einem mit dem nicht offenen Verfahren geregelt.

Da die Innovationspartnerschaft als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchzuführen ist (vgl. § 120 Abs. 1 bzw. § 287 Abs. 1) werden die gesondert anfechtbaren Entscheidungen unter einem geregelt.

Für den wettbewerblichen Dialog ist darauf hinzuweisen, dass die Nicht-Berücksichtigung einer Lösung eines Bewerbers im Zuge der Dialogphase – da es sich beim Dialog um einen weitgehend formfreien Vorgang handelt, bei dem der Auftraggeber über einen großen Gestaltungsspielraum verfügt – als gesondert anfechtbar festgelegt wird, da sich die Dialogphase über einen unter Umständen sehr langen Zeitraum erstrecken kann (zB bei der Ausarbeitung von PPP-Modellen) und es den nicht berücksichtigten Unternehmern nicht zugemutet werden kann mit der Bekämpfung zuwarten zu müssen, bis der Dialog abgeschlossen ist. Auch der Abschluss der Dialogphase ist bekämpfbar.

Die sublit. hh normiert als gesondert anfechtbare Entscheidungen bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nur die Bekanntmachung. Das bedeutet jedoch nicht, dass bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung die Wahl des Vergabeverfahrens nicht anfechtbar wäre. Die Wahl des Verfahrens der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ist selbstverständlich ebenso bekämpfbar, sie ist nur keine gesondert anfechtbare Entscheidung, sondern – entsprechend der allgemeinen Systematik

der Z 15 (vgl. dazu bereits oben) – mit der nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung, in diesem Fall mit der Bekanntmachung, zu bekämpfen. Dies entspricht auch der Regelung der anderen Verfahrensarten: so ist etwa auch beim Verhandlungsverfahren die Wahl des Verfahrens keine gesondert anfechtbare Entscheidung, sondern kann erst mit der Ausschreibung bekämpft werden. Die diesbezügliche Sonderregelung bei der „klassischen Direktvergabe“ (Wahl des Vergabeverfahrens als gesondert anfechtbare Entscheidung sowie eigene Fristenregelung in § 343 Abs. 2) ist der Tatsache geschuldet, dass bei diesem Verfahren danach keine gesondert anfechtbare Entscheidung existiert und die Wahl des Verfahrens damit gänzlich unanfechtbar würde. Da bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung jedoch die Bekanntmachung als gesondert anfechtbare Entscheidung normiert ist, kann die Wahl des Verfahrens auch mit dieser angefochten werden. Die Möglichkeit der gesonderten Anfechtung der Wahl der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung würde im Gegenteil zu dem unerwünschten Ergebnis führen, dass eine (aufgrund der Überschreitung der einschlägigen Schwellenwerte) unzulässige Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung unter Umständen bereits vor Veröffentlichung einer Bekanntmachung bekämpft werden müsste. Neben der Wahl des Vergabeverfahrens sind die Festlegungen über den Leistungsgegenstand, den Erfüllungsort und die Leistungsfrist wegen eines Verstoßes gegen die Grundsätze gemäß den §§ 20 Abs. 1 bzw. 193 Abs. 1 anfechtbar (vgl. dazu die in den §§ 47 Abs. 3 bzw. 214 Abs. 3 angeführten Bekanntmachungselemente; eine Anfechtung der Bezeichnung des Auftraggebers, der Bezeichnung des Verfahrens bzw. des Hinweises, wo nähere Informationen über das weitere Verfahren verfügbar sind, kommt nicht in Betracht). Nach der Bekanntmachung ist keine gesondert anfechtbare Entscheidung mehr vorgesehen (so gibt es bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung insbesondere auch keine Zuschlagsentscheidung, die angefochten werden könnte). Verstößt der Auftraggeber im weiteren Verfahren etwa gegen die vom ihm festgelegten objektiven, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien gemäß den §§ 47 Abs. 4 bzw. 214 Abs. 4, kann ein Unternehmer nach Zuschlagserteilung gemäß § 353 Abs. 1 Z 1 die Feststellung beantragen, dass der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigen Angebot erteilt wurde.

Bei besonderen Dienstleistungsaufträgen sind, sofern nicht gemäß den Festlegungen des Auftraggebers ein im BVergG geregelter Verfahrenstypus zur Vergabe dieses Auftrages zur Anwendung kommt, alle (nach außen in Erscheinung tretenden) Entscheidung des Auftraggebers anfechtbar. Durch den Begriff „sofern“ soll verdeutlicht werden, dass nicht nur Konstellationen erfasst werden, in denen ein Verfahrenstyp der zitierten sublit. zur Gänze durchgeführt wird, sondern auch jene Fälle, in denen der Auftraggeber eine Kombination von in den zitierten sublit. genannten Verfahren durchführt. Im zuletzt genannten Fall, hat der Auftraggeber freilich transparent festzulegen, welche Phasen er gemäß welchem Verfahrenstypus durchführen wird (zB offenes Verfahren bis Angebotsöffnung danach Verhandlungsverfahren mit zwei Verhandlungsrunden).

Da die Rahmenvereinbarung nur aufgrund bestimmter Verfahrenstypen abgeschlossen werden kann, ergeben sich die gesondert anfechtbaren Entscheidungen aus dem jeweiligen Verfahrenstypus mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung. Für die Auftragsvergabe aufgrund einer Rahmenvereinbarung ist der Aufruf zum Wettbewerb naturgemäß nur dann anfechtbar, wenn eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen wurde und nicht eine Auftragsvergabe ohne einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 155 Abs. 4 Z 1 oder 3 oder § 316 erfolgt.

Bei den Wettbewerben ist darauf hinzuweisen, dass in der Praxis von den beiden zuletzt genannten Entscheidungen (Zuweisung des Preisgeldes bzw. der Zahlungen, Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren) in der Regel nur eine maßgeblich sein wird. Gemäß den §§ 165 Abs. 8 und 326 Abs. 8 ist bei Ideenwettbewerben die Entscheidung, an welche Teilnehmer Preisgelder vergeben werden, bekannt zu geben; gemäß den §§ 165 Abs. 9 und 326 Abs. 9 bei Realisierungswettbewerben hingegen die Entscheidung, welche Wettbewerbsteilnehmer nicht zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren eingeladen werden. Die Tatsache, dass bei Ideenwettbewerben die erfolgreichen Teilnehmer, bei Realisierungswettbewerben hingegen die nicht erfolgreichen Teilnehmer bekannt gegeben werden, resultiert daraus, dass die Teilnehmer an einem – auf einen Realisierungswettbewerb folgenden – Verhandlungsverfahren geheim zu halten sind. Wird im Anschluss an einen Wettbewerb ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß den §§ 37 Abs. 1 Z 7 und 206 Abs. 1 Z 11 durchgeführt, sind für dieses ohnehin die Entscheidungen nach sublit. ee maßgeblich.

Zu Z 16: Die Regelung setzt Z 3 in Anhang VII der RL 2014/24/EU bzw. Anhang VIII der RL 2014/25/EU um. Hingewiesen wird darauf, dass Art. 42 Abs. 6 der RL 2014/24/EU und Art. 60 Abs. 6 der RL 2014/25/EU noch den Begriff der „europäischen technischen Zulassung“ verwenden (vgl. dazu die etwa Vorgängerdefinition in Anhang VI der RL 2004/18). Es handelt sich dabei offenkundig um

Redaktionsversehen, weshalb die Definition im Gesetz (wie auch sonst die RL 2014/24/EU und 2014/25/EU) auf die neue Bezeichnung abstellt.

Zu Z 17: Der Begriff „geistige Dienstleistungen“ enger auszulegen ist als der in Österreich gelegentlich noch verwendete Begriff der „immateriellen Leistung“ (vgl. dazu schon die Erläuterungen zu § 20 Z 17 in AB 1118 BlgNR XXI. GP). Die Definition der „geistigen Dienstleistungen“ ist im Kontext des Gesetzes für die Wahl des Vergabeverfahrens (siehe die Ausführungen zu § 34, § 44 Abs. 3), im Zusammenhang mit dem Verbot von Auktionen für geistige (Dienst-)Leistungen (siehe § 38 und § 207) und bei der Verpflichtung zur Anwendung des Bestangebotsprinzips (vgl. dazu die Ausführungen zu § 91 Abs. 5 Z 1) von Bedeutung. Es ist zu betonen, dass diese Definition keinesfalls auf Ingenieurleistungen beschränkt werden darf, sondern insbesondere auch andere Dienstleistungen betreffen kann. Wesentliches Element der geistigen Dienstleistung ist ihr originäres und kreatives Element des Lösungsansatzes. Geistige Dienstleistungen können dahingehend umschrieben werden, dass wesentlicher Leistungsinhalt nicht die Herstellung oder Lieferung einer körperlichen Sache oder die Verrichtung von Arbeiten an einer solchen ist, ebenso wenig das Setzen eines standardisierten Verhaltens. Leistungsinhalt ist vielmehr eine gedanklich konzeptive Tätigkeit, ungeachtet ob sie der geistig Schaffende in Form eines körperlichen Werkes zugänglich macht (zB in einem Plan, einem Forschungsbericht oder einem schriftlichen Gutachten). Als geistige Dienstleistungen können daher gelten: Planungs- und Forschungsleistungen, Softwareentwicklung (IT-Lösungen), Werbekonzepte usw.

Zu Z 18: Die Regelung setzt Z 4 in Anhang VII der RL 2014/24/EU bzw. Z 4 Anhang VIII der RL 2014/25/EU um.

Zu Z 19: Die Regelung setzt die Definitionen in Art. 2 Abs. 2 Z 23 und 24 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 2 Z 19 und 20 der RL 2014/25/EU um.

Zu Z 20: Die Regelung setzt die Definitionen in Art. 2 Abs. 2 Z 22 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 2 Z 18 der RL 2014/25/EU um. Die durch die solcherart definierten innovativen Waren, Dienstleistungen oder Verfahren dienen unter anderem dem Ziel, zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen beizutragen oder die Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zu unterstützen.

Zu Z 21: Die Regelung setzt die Definitionen in Art. 44 Abs. 1 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU bzw. Art. 62 Abs. 1 dritter UAbs. der RL 2014/25/EU um.

Zu Z 22: Auswahlkriterien sind rein unternehmerbezogene (und daher nicht auftragsgegenstandsbezogene) Kriterien für das sog. „short-listing“, die – anders als Eignungskriterien – einer qualitativ-quantitativen Wertung zugänglich sein müssen; mit anderen Worten: ein Unternehmer kann die vom Auftraggeber festgelegten Auswahlkriterien besser erfüllen als ein Mitbewerber (und wäre daher in die zweite Stufe des Verfahrens einzubeziehen, vgl. etwa § 123 Abs. 6). Durch den Wortlaut der Definition wird auch eindeutig klargestellt, dass vom Gesetz keine Gewichtung, sondern bloß eine Reihung der Auswahlkriterien vorgeschrieben wird. Derartige Kriterien dürfen nur in dem Ausmaß verlangt werden, wie dies durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Sie müssen ferner mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, das heißt die Kriterien müssen einen Bezug zu diesem haben.

Beurteilungskriterien sind die im Kontext eines Wettbewerbes für die Beurteilung der Wettbewerbsarbeiten festgelegten Kriterien. Sie müssen sich auf den Wettbewerbsgegenstand beziehen, müssen sachlich gerechtfertigt und dürfen nicht diskriminierend sein. Durch den Wortlaut der Definition wird auch eindeutig klargestellt, dass vom Gesetz keine Gewichtung sondern bloß eine Reihung der Beurteilungskriterien vorgeschrieben wird.

Eignungskriterien sind rein unternehmerbezogene (und daher nicht auftragsgegenstandsbezogene) so genannte „K.O.“-Kriterien (vgl. dazu den Wortlaut „Mindestanforderungen“). Ein Bewerber oder Bieter kann sie nur erfüllen oder nicht erfüllen. Derartige Kriterien dürfen nur in dem Ausmaß verlangt werden, wie dies durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Sie müssen ferner mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, das heißt die Kriterien müssen einen Bezug zu diesem haben.

Hinzuweisen ist darauf, dass nach der Judikatur des EuGH und des EuG Auswahl- bzw. Eignungskriterien weder mit Zuschlagskriterien vermischt werden noch Auswahl- bzw. Eignungskriterien für die Angebotsbewertung als Zuschlagskriterien herangezogen bzw. (sofern dies überhaupt möglich wäre) „doppelt“ verwendet werden dürfen (vgl. EuGH Rs 31/87, *Beentjes*, C-315/01, *GAT*, C-532/06, *Lianakis*, und EuG Rs T-169/00, *Esedra gegen Kommission*, T-148/04, *TQ3 Travel Solutions*, uam.).

Hinsichtlich der Zuschlagskriterien ist im Zusammenhang mit dem Zuschlagsprinzip auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot anhand mehrerer Zuschlagskriterien auf Folgendes hinzuweisen:

Der EuGH hat in einer Vielzahl von Judikaten (vgl. dazu etwa Rs 31/87, *Beentjes*, C-470/99, *Universale Bau*, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, C-19/00, *SIAC*, C-448/01, *EVN Wienstrom*, Rs C-247/02, *Sintesi*, Rs C-234/03, *Contse*, Rs C-532/06, *Lianakis*, C-368/10, *Kommission gegen Niederlande*) nähere Aussagen über die Anforderungen an und die Schranken bei der Festlegung von Zuschlagskriterien im Zusammenhang mit dem Zuschlagsprinzip „technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot" getroffen. Der Gerichtshof hat folgende Grundsätze ausformuliert (vgl. für das Folgende etwa auch die Erwägungsgründe 89ff der RL 2014/24/EU):

Der Auftraggeber ist, sofern das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt werden soll, grundsätzlich frei, die Kriterien für die Zuschlagserteilung festzulegen. Die Kriterien müssen lediglich der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes für den konkreten Auftraggeber dienen, müssen die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechtes respektieren, müssen einen wirksamen und fairen Wettbewerb ermöglichen und verifizierbar (dh. effektiv überprüfbar) sein. Aus letzterem folgt, dass im Zweifelsfall die Auftraggeber eine wirksame/effektive Überprüfung der Richtigkeit der von den Bietern beigebrachten Informationen und Nachweisen vorzunehmen haben. Zuschlagskriterien müssen eine Ausübung des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsermessens nach objektiven Gesichtspunkten ermöglichen, einen objektiven Vergleich des relativen Wertes der Angebote sicherstellen und dürfen kein willkürliches Auswahlelement enthalten. Das vom Auftraggeber festgelegte System der Zuschlagskriterien muss stets eine Preis- oder Kostenkomponente beinhalten (vgl. etwa EG 90 der RL 2014/24/EU) und muss eine vergleichende Beurteilung des Leistungsniveaus der vorgelegten Angebote gemessen am Auftragsgegenstand ermöglichen.

Ein Rückgriff auf ein Sachverständigengutachten bei der Angebotsbewertung kann zulässig sein, wenn dieses Gutachten auf objektive, für die Bewertung geeignete Faktoren gestützt ist. Die Auftraggeber sind aber nicht nur bei der Auswahl der Zuschlagskriterien grundsätzlich frei, sondern auch bei deren Gewichtung, sofern diese eine Gesamtwürdigung der Kriterien ermöglicht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen. Die Zuschlagskriterien müssen in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen genannt werden. Die unionsrechtlichen Publizitätsvorschriften und die wesentlichen Grundsätze des Unionsrechtes sollen verhindern, dass nationalen Anbietern oder Bewerbern eine bevorzugte Behandlung zukommt. Deswegen können unter anderem Zuschlagskriterien nicht durch Verweisung festgelegt werden. Die Kriterien müssen geeignet sein, das gemäß den Festlegungen in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen vorteilhafteste Angebot festzustellen. Die Kriterien müssen einen engen Bezug zum Auftragsgegenstand haben und so festgelegt sein, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können. Zuschlagskriterien, die nicht mit Anforderungen verbunden sind, die eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Bieterangaben ermöglichen, verstoßen gegen die Grundsätze des Unionsrechtes. Die Zuschlagskriterien sind bei der Angebotsbewertung objektiv und einheitlich auf alle Angebote anzuwenden.

Im Zusammenhang mit Z 22 lit. d ist noch auf Folgendes hinzuweisen: Die Regelungen betreffend die Zuschlagskriterien wurden im Rahmen des unionsrechtlichen Gesetzgebungsprozesses diskutiert. Hintergrund der Diskussion war die Frage der Zulässigkeit von ökologischen bzw. sozialen Zuschlagskriterien (konkret: die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Kriterien) vor dem Hintergrund der Aussagen des EuGH in der Rs C-368/10. In dieser Entscheidung bezog sich der Gerichtshof auf den nach dem Unionsrecht erforderlichen „Zusammenhang" der Zuschlagskriterien mit dem konkreten Auftragsgegenstand. Diese Aussagen des EuGH bilden den Hintergrund der Neuregelung der Art. 67 Abs. 3 bzw. Art. 83 Abs. 3 der RL 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU (siehe dazu deren Umsetzung in Z 22 lit. d Schlussteil).

Die Vergaberichtlinien nennen demonstrativ einige zulässige Zuschlagskriterien (vgl. dazu auch EG 97 der RL 2014/24/EU): Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Design für Alle (Barrierefreiheit), soziale, ökologische und innovative Eigenschaften, fair trade („Handel sowie die damit verbundenen Bedingungen"), Kosten (zB Betriebskosten), Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist, Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Auftragsausführung betrauten Personals („Schlüsselpersonal"). Weitere denkbare Zuschlagskriterien bei Bauvorhaben wären etwa das Ausmaß der Verwendung von Recyclingbaustoffen oder die Energieeffizienz des Bauwerkes. Aus der Neuregelung der RL folgt überdies, dass Faktoren des Herstellungsprozesses (zB Emissionen) ebenfalls ein zulässiges Zuschlagskriterium bilden können, auch wenn sie selbst keinen Niederschlag in der nachgefragten Leistung finden. Bei dieser Art von Zuschlagskriterien (dh. Kriterien, die sich nicht auf die materiellen Eigenschaften der nachgefragten Leistung beziehen) gilt es insbesondere zu beachten, dass nach den RL die vom Auftraggeber gewählten Zuschlagskriterien die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbes gewährleisten müssen und die Grundsätze des Unionsrechtes (insbesondere das Verhältnismäßigkeitsgebot und das

Diskriminierungsverbot) respektieren müssen. Zuschlagskriterien müssen sich, wie bereits mehrfach betont, auf den zu vergebenden Auftrag beziehen und geeignet sein, das für den Auftraggeber „beste“ Angebot zu ermitteln. Allerdings muss nicht jedes Zuschlagskriterium, das der Auftraggeber für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes heranzieht, rein wirtschaftlicher Art sein. Auch Faktoren, die nicht rein wirtschaftlicher Art sind, können sich auf den Wert des Angebotes auswirken (zB Ästhetik).

Zu Z 23: Die Regelung setzt die Definitionen in Art. 2 Abs. 1 Z 20 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 2 Z 16 der RL 2014/25/EU um.

Zu Z 24: Die Regelung setzt die Definitionen in Art. 2 Abs. 1 Z 15 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 2 Z 11 der RL 2014/25/EU um. Nebenbeschaffungstätigkeiten sind unterstützende Hilfstätigkeiten für (zentrale) Beschaffungstätigkeiten und können alle Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Durchführung eines Vergabeverfahrens betreffen (somit die Tätigkeiten einer vergebenden Stelle) oder nur einen Teil dieses Spektrums. Die RL sprechen von „Vorbereitung und Verwaltung“ von Vergabeverfahren. Angesichts der englischen Originalfassung der RL („management“) soll im Gesetz zutreffender von „Betreuung“ von Vergabeverfahren gesprochen werden. Aus der Definition folgt ferner, dass Tätigkeiten nach Zuschlagserteilung (zB Monitoring der Auftragsabwicklung) nicht als Nebenbeschaffungstätigkeiten qualifiziert werden können. Die Abgrenzung zu den „zentralen Beschaffungstätigkeiten“ (siehe Z 48) liegt darin, dass Nebenbeschaffungstätigkeiten nicht den Vertragsabschluss „für“ einen Auftraggeber umfassen.

Zu Z 25: Die Regelung setzt Z 2 in Anhang VII der RL 2014/24/EU bzw. Z 2 Anhang VIII der RL 2014/25/EU um.

Zu den Z 26 bis 28: Die Regelungen entsprechen dem bisherigen § 2 Z 26 bis 28 BVergG 2006 und sind inhaltlich unverändert.

Zu Z 29: Die Definition verweist auf die entsprechende Definition der sogenannten eIDAS-Verordnung (vgl. dazu auch das Signatur- und Vertrauensdienstegesetz – SVG, BGBl. I Nr. 50/2016). Eine „qualifizierte elektronische Signatur“ ist eine fortgeschrittene elektronische Signatur (vgl. dazu Art. 3 Z 10 und 11 der eIDAS-Verordnung), die von einer qualifizierten elektronischen Signaturerstellungseinheit erstellt wurde und auf einem qualifizierten Zertifikat für elektronische Signaturen beruht.

Zu Z 30: Die Definition verweist auf die entsprechende Definition der sogenannten eIDAS-Verordnung (vgl. dazu auch das Signatur- und Vertrauensdienstegesetz – SVG, BGBl. I Nr. 50/2016). Ein „qualifiziertes elektronisches Siegel“ ist ein fortgeschrittenes elektronisches Siegel (vgl. dazu Art. 3 Z 25 und 26 der eIDAS-Verordnung), das von einer qualifizierten elektronischen Siegelerstellungseinheit erstellt wird und auf einem qualifizierten Zertifikat für elektronische Siegel beruht.

Zu Z 31: Die Regelung setzt die Definitionen in Art. 2 Abs. 1 Z 18 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 2 Z 14 der RL 2014/25/EU um. Dies bedeutet, dass sofern in diesem Bundesgesetz das Erfordernis der Schriftlichkeit vorgesehen ist, diesem Erfordernis auch durch die elektronische Form entsprochen wird.

Zu Z 32: Die Regelung entspricht dem bisherigen § 2 Z 32 BVergG 2006, ist inhaltlich unverändert und basiert auf den einschlägigen Definitionen der ÖNORM A 2050. Die angeführten Sicherstellungsmittel dienen vornehmlich der Sicherung der Ansprüche des Auftraggebers, können aber auch – wie zB die Kaution – dem Auftragnehmer zur Verfügung stehen.

Das Vadium soll für zwei Fallkonstellationen eine Sicherstellung bilden: dass der Bieter während der Zuschlagsfrist von seinem Angebot zurücktritt und dass der Bieter bestimmte Mängel nicht behebt. Letztere Möglichkeit soll das Problem beseitigen, dass Bieter (ohne Verlust des Vadiums) aktiv nach Angebotsöffnung entscheiden können, ob ihr Angebot im Wettbewerb verbleiben soll oder nicht (die Möglichkeit des Vorgehens des Auftraggebers gemäß den §§ 141 Abs. 2 bzw. 302 Abs. 3 bleibt dadurch unberührt). Durch Einbau behebbarer Mängel in ihr Angebot sollen Bieter durch das bewusste Nichtbeheben des Mangels nicht die Möglichkeit haben, je nach ihrer Interessenlage ihr Angebot ausscheiden zu lassen. Da Angebote, die mit unwesentlichen Mängeln behaftet sind, weiter im Verfahren verbleiben, erfolgt eine Einschränkung auf wesentliche Mängel.

Zu Z 33: Die Definition des Begriffs Straßenfahrzeug dient der Umsetzung von Art. 4 Z 3 in Verbindung mit Tabelle 3 des Anhanges der Richtlinie 2009/33/EG („clean car Richtlinie“). Letztere verweist auf die Kategorien M und N der Richtlinie 2007/46/EG. Gemäß Anhang II dieser Richtlinie fallen darunter folgende Fahrzeugtypen (vgl. dazu auch § 3 Abs. 1 Z 2 KFG 1967, BGBl Nr. 267 idgF):

Klasse M: Für die Personenbeförderung ausgelegte und gebaute Kraftfahrzeuge mit mindestens vier Rädern.

Klasse M1: Für die Personenbeförderung ausgelegte und gebaute Kraftfahrzeuge mit höchstens acht Sitzplätzen außer dem Fahrersitz.

Klasse M2: Für die Personenbeförderung ausgelegte und gebaute Kraftfahrzeuge mit mehr als acht Sitzplätzen außer dem Fahrersitz und einer zulässigen Gesamtmasse bis zu 5 Tonnen.

Klasse M3: Für die Personenbeförderung ausgelegte und gebaute Kraftfahrzeuge mit mehr als acht Sitzplätzen außer dem Fahrersitz und einer zulässigen Gesamtmasse von mehr als 5 Tonnen.

Klasse N: Für die Güterbeförderung ausgelegte und gebaute Kraftfahrzeuge mit mindestens vier Rädern.

Klasse N1: Für die Güterbeförderung ausgelegte und gebaute Kraftfahrzeuge mit einer zulässigen Gesamtmasse bis zu 3,5 Tonnen.

Klasse N2: Für die Güterbeförderung ausgelegte und gebaute Kraftfahrzeuge mit einer zulässigen Gesamtmasse von mehr als 3,5 Tonnen bis zu 12 Tonnen.

Klasse N3: Für die Güterbeförderung ausgelegte und gebaute Kraftfahrzeuge mit einer zulässigen Gesamtmasse von mehr als 12 Tonnen.

Zu Z 34: Die Definition des Begriffes „Subunternehmer“ findet ihre Grundlage im Werkvertragsrecht. Kennzeichnend für diese Vertragsverhältnisse ist, dass die Herstellung eines bestimmten Werkes bzw. Erfolges geschuldet ist (vgl. dazu die §§ 1151 und 1165 ABGB). Eine Beteiligung an der „Ausführung“ eines Auftrages im Sinne der Definition des BVergG liegt daher dann vor, wenn ein Unternehmer einen Leistungsteil des Auftrages vertraglich übernimmt und diesen Leistungsteil in Eigenverantwortung selbst (oder mit Gehilfen) ausführt. Zulieferer sind, wie schon nach bisheriger Rechtslage, keine Subunternehmer im Sinne der Definition (vgl. dazu schon 327 BlgNR XXIV. GP 22, mit Hinweis auf AB 1118 BlgNR XXI. GP 47, sowie etwa das Urteil des OGH vom 8. März 2005, 10 Ob 74/04m; vgl. ferner dazu Art. 71 Abs. 5 vierter UAbs. der RL 2014/24/EU und Art. 88 Abs. 5 vierter UAbs. der RL 2014/25/EU), unabhängig von der Tatsache, ob die vom Zulieferer gelieferten Produkte nach Maß angefertigt wurden oder nicht. Daher ist der bloße Lieferant von Beton, Bauteilen und sonstigen Komponenten von der Definition nicht erfasst. Hingegen wäre ein Zulieferer, der auch Bauteile selbst einbaut, ein Subunternehmer. Ebenfalls kein Subunternehmer im Sinne der Definition ist ein Unternehmer, dessen Leistung darin besteht, einen Subunternehmer in die Lage zu versetzen, einen Leistungsteil des Auftrages erst erbringen zu können (wie etwa die Wartung von Maschinen eines Subunternehmers, die Vermietung von Maschinen und Geräten an einen Subunternehmer, die Überlassung von Arbeitskräften an einen Subunternehmer).

Die Definition stellt darauf ab, dass ein Unternehmer – in welcher Art und in welchem Umfang auch immer – an der Ausführung eines erteilten Auftrages beteiligt ist. Unerheblich ist daher, ob er ein direktes Vertragsverhältnis mit dem Auftragnehmer hat oder nicht; die Definition erfasst sohin die gesamte Subunternehmerkette (somit auch jene Unternehmer, die herkömmlich oft auch als Subsub[…]unternehmer bezeichnet werden). Mit der Formulierung werden daher umfassend jene Unternehmer erfasst, die aufgrund eines direkten oder indirekten vertraglichen („Ketten“-)Verhältnisses mit dem Auftragnehmer in die Auftragsdurchführung vertraglich eingebunden werden (bis zum letzten Glied dieser „Kette“); erfasst wird somit das gesamte Netzwerk jener letztlich auf den Auftragnehmer rückverfolgbaren Verträge, die auf die Realisierung des Leistungsgegenstandes gerichtet sind. Im Gesetz werden alle diese Unternehmen einheitlich als „Subunternehmer“ bezeichnet.

Zur Klarstellung wird hinzugefügt, dass Unternehmen, die Teile eines Auftrages von einem mit ihnen verbundenen Unternehmen (§ 2 Z 40) vertraglich übernehmen, ebenfalls Subunternehmer im Sinne der Definition sind.

Zu Z 35: Diese Definition setzt Art. 2 Z 4 der RL 2014/55/EU um und ist im Kontext des § 368 relevant (e-Rechnungen).

Zu Z 36: Diese Definition setzt Z 5 von Anhang VII der RL 2014/24/EU bzw. Anhang VIII der RL 2014/25/EU um.

Zu Z 37: Diese Definition setzt Z 1 von Anhang VII der RL 2014/24/EU bzw. Anhang VIII der RL 2014/25/EU um. In Anlehnung an die RL sollen die technischen Spezifikationen für Bauleistungen einerseits sowie für Lieferungen und Dienstleistungen anderseits getrennt definiert werden. Hinzuweisen ist darauf, dass sich der Wortlaut – aufgrund einiger Unstimmigkeiten zwischen der deutschen Sprachfassung der genannten Richtliniendefinitionen mit den anderen Sprachfassungen der RL 2014/24/EU und aufgrund von (nicht erklärbaren Divergenzen) zwischen den RL 2014/24/EU und 2014/25/EU – an der englischen Sprachfassung orientiert. Dass die Merkmale nicht materieller Bestandteil der Leistung sein müssen, bedeutet, dass die nachgefragten Merkmale keinen materiellen Niederschlag in den Leistungsbestandteilen bzw. deren physischen Eigenschaften finden müssen (zB

grüner Strom). Die Technischen Spezifikationen müssen jedenfalls mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (vgl. dazu Z 22 lit. d Schlussteil) und zu diesem verhältnismäßig sein (in den Definitionen der RL wird hinzugefügt, dass sie „*zu dessen Wert und Zielen* [i.e. des Auftragsgegenstandes] *verhältnismäßig sein*“ müssen; dies wird durch Wortlaut der Definition abgedeckt). Die Bezugnahme auf „ein Schriftstück“ in lit. b deckt auch elektronische Dokumente ab.

Zu Z 38: Die Regelung setzt Art. 2 Abs. 1 Z 10 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 2 Z 6 der RL 2014/25/EU um und wurde sprachlich den genannten Regelungen angeglichen bzw. der Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ nicht übernommen, sondern stattdessen der schon bisher übliche Begriff „Unternehmer“. Unternehmer müssen stets Rechtsträger sein, die Rechtsform ist hingegen irrelevant (vgl. dazu ausführlich EG 14 der RL 2014/24/EU). Die demonstrative (arg. „wie“) Liste der Rechtsträger dient der Verdeutlichung, wer als Unternehmer im Sinne des Gesetzes anzusehen ist. Daher fallen auch die Societas Europea (SE) oder EWIV unter den Unternehmerbegriff des BVergG. Als „Unternehmer“ gelten auch (permanente oder vorübergehende) Zusammenschlüsse von Unternehmern (vgl. EG 15). In der Bestimmung wurde auch inhaltlich eine nähere Umschreibung des Unternehmerbegriffes vorgenommen, als das Tätigkeitsbild des Unternehmers (Anbieten von Leistungen auf dem Markt) in die Begriffsbestimmung aufgenommen wurde. Zum Begriff des Unternehmers ist auch auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. etwa Rs C-389/92, *Ballast Nedam I*) hinzuweisen. Ferner ist im Sinne der stRspr des EuGH darauf aufmerksam zu machen, dass jeder Unternehmer als Bieter oder Bewerber in einem Vergabeverfahren auftreten kann (vgl. dazu Rs C-305/08, *CoNISMa*, C-502/11, *Vivaio dei Molini*, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u. a.*, C-568/13, *Data Medical Service*, C-203/14, *Consorci Sanitari del Maresme*).

Zu Z 39: Die Regelung entspricht dem bisherigen § 2 Z 39 BVergG 2006 und ist inhaltlich unverändert.

Zu Z 40: Die Definition setzt Art. 29 Abs. 1 und 2 der RL 2014/25/EU um (vgl. dazu auch § 181 und EG 41 der RL 2014/25/EU), ist aber auch im Kontext der Subunternehmerregelungen (vgl. dazu die §§ 98 und 268) von Relevanz. Unternehmen gelten als verbunden, wenn ein unmittelbarer oder mittelbarer beherrschender Einfluss zwischen dem Auftraggeber, dem Bewerber oder dem Bieter und dem betreffenden Unternehmen vorliegt oder wenn beide dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen; in diesem Zusammenhang ist eine private Beteiligung als solche nicht ausschlaggebend. Die Überprüfung, ob ein verbundenes Unternehmen vorliegt oder nicht, knüpft primär daran an, ob der Jahresabschluss der betreffenden Rechtsträger konsolidiert ist. Ist dies nicht der Fall (etwa weil die betreffenden Rechtsvorschriften, in Österreich das UGB, nicht anwendbar sind oder weil bestimmte Voraussetzungen hinsichtlich ihrer Rechtsform nicht erfüllt sind), muss geprüft werden, ob ein unmittelbarer oder mittelbarer beherrschender Einfluss auf der Grundlage der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden sonstigen Vorschriften ausgeübt wird, wobei in bestimmten Konstellationen dieser beherrschende Einfluss ex lege vermutet wird. Eine Konsolidierung des Jahresabschlusses gemäß § 189a Z 8 UGB erfasst auch sogenannte „cross-border“-Fälle; § 189a Z 8 erfasst jedes Unternehmen mit Sitz in Österreich, wenn es ein Unternehmen – egal wo – beherrscht. Unter den zweiten Tatbestand („ferner gelten als verbundene Unternehmen…“) fallen zB verbundene Unternehmen gemäß § 189a Z 8 UGB deren Jahresabschluss etwa wegen Unwesentlichkeit (§ 249 UGB) nicht in den Konzernabschluss einbezogen ist (und deshalb nicht durch den ersten Satzteil der Definition erfasst sind). Der letzte Satz der Definition ist ident mit den Voraussetzungen bzw. Anforderungen des § 168 Abs. 2 und ident wie dieser auszulegen (vgl. dazu auch die unionsrechtlichen Grundlagen: Verweis von Art. 29 Abs. 2 letzter UAbs. auf Art. 4 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/25/EU).

Zu Z 41: Der Begriff der Vergabekontrollbehörde umfasst sowohl die Vergabekontrollbehörde des Bundes (Bundesverwaltungsgericht – BVwG) wie auch alle Vergabekontrollbehörden der Länder (Verwaltungsgerichte der Länder), nicht jedoch (freiwillige) Schlichtungsorgane oder Einrichtungen wie Rechnungshöfe, Ombudsmänner udglm. Die Begriffsbestimmung trägt überdies der durch Art. 130 Abs. 2 Z 2 B-VG in der Fassung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 eröffneten Möglichkeit, eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens vorzusehen, Rechnung.

Zu Z 42: Eine „vergebende Stelle“ kann sowohl ein unselbständiges Organ des Auftraggebers als auch ein selbständiger Rechtsträger sein, der als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers fungiert. Durch die Wortfolge „für den Auftraggeber“ soll klar zum Ausdruck gebracht werden, dass die vergebende Stelle in einem konkreten Vergabeverfahren selbst nicht Auftraggeber ist, sondern von diesem zu unterscheiden ist. Hinzuweisen ist auch auf die Regelungen in den §§ 91 Abs. 1 und 262 Abs. 1, wonach der Auftraggeber und die vergebende Stelle (sofern eine solche vorhanden ist) in den Ausschreibungsunterlagen klar zu bezeichnen sind. Im Gesetz soll (abgesehen von der Definition sowie

der Verpflichtung zur Angabe in den Ausschreibungsunterlagen) nur mehr vom Auftraggeber die Rede sein, da (fast) alle vergaberechtlichen Verpflichtungen den Auftraggeber treffen bzw. Handlungen diesem zuzurechnen sind (Ausnahmen davon bestehen etwa für Auskunftspflichten und im Rechtsschutzbereich).

Zu Z 43: Dieser Definition kommt eine Bedeutung im Zusammenhang mit Ausschreibungsvarianten des Auftraggebers zu (vgl. etwa § 88 Abs. 4).

Zu den Z 44 und 45: Aufgrund der Notwendigkeit, die Entscheidung des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren zu widerrufen, bekämpfbar und gegebenenfalls aufhebbar zu machen, ist es erforderlich, auch die entsprechende Begriffe zu definieren. Dabei erfolgt nicht nur hinsichtlich des Regelungskonzepts, sondern auch hinsichtlich der Begrifflichkeiten eine Anlehnung an das für den Zuschlag bestehende Modell. Die Widerrufsentscheidung ist daher eine nicht verbindliche Absichtserklärung. Solange der Widerruf nicht erklärt ist, kann sich der Auftraggeber daher auch noch dafür entscheiden, ein Vergabeverfahren doch weiterzuführen und etwa – wenn die Angebotsfrist noch nicht abgelaufen ist – mit einer Berichtigung der Ausschreibung fortzufahren. Die Widerrufsentscheidung ist entsprechend bekannt zu geben bzw. bekannt zu machen, um eine Nachprüfbarkeit zu ermöglichen. Die Widerrufserklärung (Widerruf) ist gewissermaßen das „pendant“ zur Zuschlagserteilung. Es ist die Erklärung, mit der das Vergabeverfahren beendet wird und die Bieter aus ihrer Bindung entlassen werden.

Zu Z 46: Die Definition verweist auf die entsprechende Definition des qualifizierten elektronischen Zeitstempels in Art. 3 Z 34 der eIDAS-Verordnung. Elektronische Zeitstempel (vgl. Art. 3 Z 33 eIDAS-Verordnung) bezeichnen Daten in elektronischer Form, die andere Daten in elektronischer Form mit einem bestimmten Zeitpunkt verknüpfen und dadurch den Nachweis erbringen, dass diese anderen Daten zu diesem Zeitpunkt vorhanden waren.

Zu Z 47: In den Mitgliedstaaten entwickelten sich seit Inkrafttreten der ersten RL im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (1971 Baubereich, 1977 Lieferbereich, 1992 Dienstleistungsbereich) verschiedene zentrale Beschaffungsorganisationen mit speziellen Beschaffungsverfahren. Diese Institutionen haben die Aufgabe, für öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber Ankäufe zu tätigen oder (öffentliche) Aufträge zu vergeben bzw. Rahmenvereinbarungen zu schließen. In Anbetracht der großen Mengen, die beschafft werden, tragen diese Verfahren nach Auffassung der Kommission und der Mitgliedstaaten (vgl. dazu für Österreich bereits RV 486 BlgNR XXI. GP 7) zur Verbesserung des Wettbewerbs und zur Rationalisierung des Beschaffungswesens bei. Zur Gewährleistung eines einheitlichen Vorgehens wurde daher bereits in die Vergabe-RL aus dem Jahr 2004 eine gemeinschaftliche Definition der zentralen Beschaffungsstellen aufgenommen.

Z 47 setzt die Definition der Art. 2 Abs. 1 Z 16 der RL 2014/24/EU und Art. 2 Z 12 der RL 2014/25/EU unter einem um. Die Einleitung zur Definition stellt überdies klar, dass auch ausländische (dh. „EU“ und „EWR“) zentrale Beschaffungsstellen in die Definition miteinbezogen werden (vgl. dazu auch die §§ 11 Abs. 2 und 180 Abs. 2). In diesem Kontext ist auch auf die entsprechenden Ausnahmetatbestände des § 9 bzw. des § 178 zu verweisen, sodass bei beiden Beschaffungsformen im Wege einer ausländischen zentralen Beschaffungsstelle (Großhändlermodell bzw. Vollmachts- oder Vermittlermodell) die Ausnahmebestimmungen des BVergG Anwendung finden.

Gemäß den Definitionen der Richtlinien und des Gesetzes können ausschließlich Auftraggeber (dh. öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber) als zentrale Beschaffungsstellen fungieren. Anders als nach den Vergabe-RL 2004 können nunmehr alle Arten von Sektorenauftraggebern (dh. neben öffentlichen Sektorenauftraggebern auch Sektorenauftraggeber, die öffentliche Unternehmen oder Private mit besonderen oder ausschließlichen Rechten sind) zentrale Beschaffungsstellen sein. Private Einrichtungen können hingegen wie bisher per definitionem keine zentrale Beschaffungsstellen im Sinne des Gesetzes sein. Ein Auftraggeber ist (nur) dann eine „zentrale Beschaffungsstelle“, wenn er zentrale Beschaffungstätigkeiten gemäß Z 48 entfaltet; er ist jedoch nicht darauf beschränkt, nur diese zentralen Beschaffungstätigkeiten zu entfalten. Er kann daher auch Nebenbeschaffungstätigkeiten (vgl. Z 24) oder sonstige Aufgaben wahrnehmen (im Fall der Sektorenauftraggeber ist die Entfaltung einer Sektorentätigkeit sogar erforderlich). Der Begriff „zentral“ impliziert nicht, dass zentrale Beschaffungsstellen allein auf der Ebene des Mitgliedstaates (für Österreich: auf Bundesebene) eingerichtet werden können. Es ist daher denkbar, dass derartige Beschaffungsstellen auch auf Landesebene oder auf regionaler Ebene eingerichtet werden können. Hingewiesen wird darauf, dass eine zentrale Beschaffungsstelle nur eine oder auch beide der in Z 48 lit. a und b beschriebenen Funktionen ausüben kann. Die Entscheidung darüber obliegt der die zentrale Beschaffungsstelle einrichtenden Stelle bzw. kann dies im Gründungsakt des Sektorenauftraggebers entsprechend festgelegt werden (wobei nachträgliche Änderungen jederzeit zulässig sind).

Die Definition der zentralen Beschaffungsstelle stellt allein auf die Tatsache ab, dass Auftraggeber zumindest eine zentrale Beschaffungstätigkeit „ausüben“; aus dem Unionsrecht und dem BVergG ist daher nicht ableitbar, dass zentrale Beschaffungsstellen ausschließlich auf gesetzlicher Grundlage eingerichtet werden können.

Für den Sektorenbereich ist auf folgendes hinzuweisen: Beschaffungen, die von einer zentralen Beschaffungsstelle, die öffentlicher Auftraggeber ist, zum Zweck zentraler Beschaffungstätigkeiten im Sektorenbereich vorgenommen werden, sind als Beschaffungen zur Ausübung einer Sektorentätigkeit anzusehen (vgl. dazu Art. 2 Z 12 zweiter UAbs. RL 2014/25/EU). Daraus folgt e contrario, dass derartige zentrale Beschaffungsstellen keine (weiteren) Sektorentätigkeiten entfalten müssen.

Zu Z 48: Z 48 setzt die Definition der Art. 2 Abs. 1 Z 14 der RL 2014/24/EU und Art. 2 Z 10 der RL 2014/25/EU um. Die Definition stellt nunmehr explizit klar, dass eine Tätigkeit gemäß den lit. a und b nur dann als „zentrale Beschaffungstätigkeit“ zu qualifizieren ist, wenn sie auf Dauer durchgeführt wird. Auf Dauer bedeutet in diesem Kontext, dass die Tätigkeit auf eine kontinuierliche Entfaltung hin ausgerichtet ist. Indizien für diese Kontinuität können etwa entsprechende Festlegungen in den Statuten oder anderen Dokumenten im Zusammenhang mit der Errichtung und den Aufgaben der Einrichtung sein. Einmalige oder gelegentliche ad hoc Beschaffungstätigkeiten für andere Auftraggeber sind daher keinesfalls zentrale Beschaffungstätigkeiten im Sinne des Gesetzes.

Zentrale Beschaffungstätigkeiten können in zweifacher Weise entfaltet werden: einerseits die Beschaffung von bestimmten Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung mit dem Ziel des anschließenden Weiterverkaufs an andere Auftraggeber (Großhändlermodell, siehe lit. a) und andererseits die Vergabe von Aufträgen in fremdem Namen und auf fremde Rechnung bzw. den Abschluss von Rahmenvereinbarungen im Namen anderer Auftraggeber (Vollmachts- oder Vermittlermodell, siehe lit. b).

Durch die Formulierung der Einleitung im Zusammenhang mit dem Wortlaut der lit. b ist klar, dass in beiden angeführten Konstellationen nach lit. b die zentrale Beschaffungsstelle als „Bevollmächtigte“ tätig wird. Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass die Tätigkeiten nach der lit. b insofern von den Tätigkeiten nach der lit. a abzugrenzen sind, als die zentrale Beschaffungsstelle im Rahmen der lit. b im Namen und auf Rechnung eines Dritten handelt, während sie im Rahmen der lit. a selbst Waren oder Dienstleistungen „erwirbt“, auch wenn dies insofern zweckgebunden ist, als sie dies „für“ einen Auftraggeber (gemeint: mit dem Ziel des Weiterverkaufs an einen Auftraggeber) macht. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der lit. a (Großhändlermodell) der Erwerb von Bauleistungen nicht erfasst ist, lit. b (Vollmachts- oder Vermittlermodell) sich hingegen auf Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen erstreckt.

Zu Z 49: Die Zuschlagsentscheidung ist jene (meist organisationsintern gefällte) Entscheidung, mit welchem Bieter (Unternehmer) der Auftraggeber den Vertrag abzuschließen beabsichtigt. Diese Entscheidung ist von dem davon zeitlich getrennten „Zuschlag“ (der „Zuschlagserteilung“), der zivilrechtlich auch weiterhin als Vertragsschluss zu werten ist, zu unterscheiden. Die Zuschlagsentscheidung ist eine nicht verbindliche Wissenserklärung des Auftraggebers. Wer diese Zuschlagsentscheidung trifft, hängt grundsätzlich von den organisationsinternen Vorschriften ab; so könnte daher ein Auftraggeber diese Entscheidung einer vergebenden Stelle übertragen. Ob eine vergaberechtlich relevante Zuschlagsentscheidung vorliegt oder nicht, ist nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts zu beurteilen.

Durch die Wortfolge „nicht verbindliche“ soll verdeutlicht werden, dass die Zuschlagsentscheidung lediglich eine vorläufige Wissenserklärung darstellt, an welchen Bieter die Zuschlagserteilung vorgesehen ist. Diese Wissenserklärung begründet zwar ein rechtliches Interesse (§ 8 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991) und damit die Parteistellung des (vorläufig) erstgereihten Bieters im Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekontrollbehörden, da seine prozessuale Aussicht im Vergabeverfahren auf Erteilung des Zuschlages durch deren Entscheidung unmittelbar berührt werden kann, jedoch sind aus ihr keine zivilrechtlichen Ansprüche ableitbar. Würde man dem in der Zuschlagsentscheidung vorläufig erstgereihten Bieter nämlich schon aufgrund der Zuschlagsentscheidung einen zivilrechtlichen Anspruch auf den Vertragsabschluss zugestehen, müsste der Auftraggeber jedenfalls dem Erstgereihten den Zuschlag erteilen, und zwar selbst dann, wenn sich (etwa im Zuge eines Verfahrens beim BVwG) herausstellt, dass der betreffende Bieter nicht (mehr) geeignet (befugt, leistungsfähig und zuverlässig) ist oder sein Angebot aus anderen Gründen auszuscheiden gewesen wäre. Eine Richtigstellung dieser zivilrechtlichen Wissenserklärung ist daher bis zur Zuschlagserteilung (Vertragsabschluss) zulässig.

Zu Z 50: Bei der Zuschlagserteilung handelt es sich um den Akt des Vertragsabschlusses selbst (= Auftragserteilung; vgl. dazu auch das Urteil des EuGH in der Rs C-81/98, *Alcatel*). Der Zeitpunkt der

Zuschlagserteilung muss, da er von großer Bedeutung für das Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde ist, genau ermittelbar sein. Im Regelfall ist der Zuschlag schriftlich (elektronisch) zu erteilen (vgl. die §§ 145 und 307) um dessen Nachweisbarkeit sicherzustellen; zu den Ausnahmen davon vgl. die §§ 46, 47, 213 und 214. Auch in den letztgenannten Fällen empfiehlt es sich, ab gewissen Wertgrenzen ebenfalls die Schriftlichkeit des Zuschlages vorzusehen.

Zu § 3 (Verfahren, die unterschiedlichen Regelungen unterliegen):

§ 3 setzt im Wesentlichen Art. 3 und 16 der RL 2014/24/EU sowie die Art. 5, 6, 25 und 26 der RL 2014/25/EU um und regelt die Frage, unter welchen Umständen Vergabeverfahren, die Leistungsteile umfassen die ihrerseits unterschiedlichen Regelungsregimen (zB dem BVergGVS bzw. überhaupt keinen Regelungen) unterliegen, nach den Bestimmungen des BVergG zu vergeben sind bzw. vergeben werden können. Dass sich § 3 grundsätzlich auf Verfahren (Aufträge, Wettbewerbe und Konzessionen) bezieht, folgt aus den entsprechenden Regelungen der RL (vgl. dazu etwa Art. 3 der RL 2014/24/EU und Art. 80 Abs. 1 leg. cit, der den gesamten Titel I der RL und somit auch Art. 3 für Wettbewerbe für anwendbar erklärt) und der Terminologie des BVergG.

Abs. 1 enthält die Grundregel für jene Situationen, in denen nicht alle Leistungsteile eines Gesamtvorhabens dem BVergG unterliegen (zB eine Kombination klassischer Auftrag/Sektorenauftrag mit einer Konzessionsvergabe) und darüber hinaus die Leistungsteile „objektiv nicht trennbar“ sind. In diesem Fall ist das Gesetz (dh. die jeweils einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes, siehe dazu sogleich) anwendbar, falls die dem BVergG unterliegenden Leistungsteile den Hauptgegenstand des Vergabeverfahrens bilden. Dieser Hauptgegenstand ist gemäß der Judikatur des EuGH (vgl. dazu etwa Rs C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional SA*, C-411/00, *Felix Swoboda*, C-412/04, *Kommission gegen Italien*, verbundene Rs C-145/08 und C-149/08, *Loutraki*, C-215/09, *Mehiläinen Oy*, C-306/08, *Kommission gegen Spanien*, C-536/07, *Kommission gegen Deutschland*, C-220/05, *Jean Auroux*, und C-213/13, *Impresa Pizzarotti*; vgl. dazu etwa auch EG 11 der RL 2014/24/EU) nach folgenden Grundsätzen zu ermitteln: der Hauptgegenstand ist im Rahmen einer objektiven Prüfung des Gesamtvorhabens zu bestimmen, auf das sich das gegenständliche Verfahren bezieht. Dabei ist auf die wesentlichen, vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den Leistungsgegenstand als solche prägen, und nicht auf die Verpflichtungen bloß untergeordneter oder ergänzender Art, die zwingend aus dem eigentlichen Leistungsgegenstand folgen. Der jeweilige Wert der dabei erbrachten Einzelleistungen ist insoweit nur ein Kriterium unter anderen, die bei der Ermittlung des Hauptgegenstands zu berücksichtigen sind. Auch die Frage, ob Leistungsteile „objektiv trennbar“ sind oder nicht, ist nach den vom EuGH entwickelten Grundsätzen zu beantworten (vgl. dazu insbesondere verbundene Rs C-145/08 und C-149/08, *Loutraki*, und C-215/09, *Mehiläinen Oy*, sowie EG 11 RL 2014/24/EU bzw. EG 13 RL 2014/25/EU). Nach dieser Rechtsprechung ist zu prüfen, ob der Gegenstand des Verfahrens ein „untrennbares Ganzes bildet“. Es reicht nicht aus, dass die Absicht der Parteien, die verschiedenen Leistungsteile als untrennbar zu betrachten, zum Ausdruck gebracht oder vermutet wird; diese Absicht muss sich vielmehr auf objektive Gesichtspunkte stützen, die sie rechtfertigen und die Notwendigkeit begründen, einen einheitlichen Vertrag abzuschließen. Es muss daher vom Auftraggeber nachgewiesen werden, dass ein einziger Vertragspartner zwingend erforderlich ist, anderenfalls das Ziel des Verfahrens nicht realisiert werden kann oder dass die Trennung der Leistungsteile (und deren getrennte Vergabe) dazu führen würde, dass die Einzelleistungen in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht für den Auftraggeber (nahezu oder großteils) wert- oder sinnlos sind. Als Beispiel könnte hier die Vergabe der Betriebsführung einer Kantine in einem Spital für Mitarbeiter und Patienten dienen, die mit einer Dienstleistungskonzession hinsichtlich dieser Kantine für Besucher gekoppelt ist.

Abs. 1 bildet die allgemeine Grundregel, sofern ein Leistungsteil dem Verteidigungs- oder Sicherheitsbereich zuzurechnen ist, gilt jedoch die Spezialregel des Abs. 3 Z 2. Falls eine Kombination eines „klassischen“ Leistungsteiles mit einem Sektorenleistungsteil und einem „sonstigen“ Leistungsteil vorliegt, folgt aus der Grundregel des Abs. 1, dass bei Nichttrennbarkeit der Leistungsteile das BVergG anzuwenden ist, wenn der „klassische“ Leistungsteil zusammen mit dem Sektorenleistungsteil den Hauptgegenstand des Gesamtvorhabens ausmacht. In weiterer Folge wäre nach den Regelungen des Abs. 5 zu ermitteln, ob die Regelungen des 2. oder jene des 3. Teiles des BVergG auf das Gesamtvorhaben anzuwenden wären.

Abs. 2 enthält eine grundsätzliche Option, wie ein Auftraggeber bei Trennbarkeit der (nur teilweise dem BVergG unterliegenden) Leistungsteile vorgehen kann: Sind die Leistungsteile objektiv trennbar, kann der Auftraggeber getrennte Verfahren für die einzelnen Leistungsteile durchführen; in diesem Fall gelten für die Verfahren die jeweils anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen (gegebenenfalls daher auch keine Regelungen). Die allgemeine Grundregel des Abs. 2 gilt nicht, sofern ein Leistungsteil dem Verteidigungs- oder Sicherheitsbereich zuzurechnen ist; in diesem Fall gilt die Spezialregel des Abs. 3 Z 1. Zum Sonderfall der Kombination von Leistungsteilen die dem BVergG unterliegen vgl. Abs. 5 Z 2.

Abs. 3 enthält eine abschließende lex specialis für den Fall, dass Leistungsteile eines Gesamtvorhabens dem Verteidigungs- oder Sicherheitsbereich zuzurechnen sind, dh. dem BVergGVS 2012 unterliegen bzw. auf die Art. 346 AEUV anwendbar ist (vgl. dazu auch die §§ 9 Abs. 1 Z 1, 3 und 4 und 178 Abs. 1 Z 1, 3 und 4). Klarzustellen ist, dass Leistungsteile auch dann den Bestimmungen des BVergGVS 2012 „unterliegen", wenn gegebenenfalls dessen Ausnahmebestimmungen anwendbar sind. Die Regelung weicht insofern von den einschlägigen RL-Bestimmungen ab, als die RL bei derartigen Mischleistungen dem Auftraggeber ein Wahlrecht hinsichtlich des anzuwendenden Regimes einräumen. Eine derartige Wahlfreiheit (zB Anwendung BVergG oder BVergGVS) zugunsten des Auftraggebers ist nicht nur sachlich schwer zu rechtfertigen und mit schützenswerten öffentlichen Interessen im Einklang zu bringen sondern stößt auch auf praktische Schwierigkeiten (zB „freiwillige" Anwendung des BVergG im Anwendungsbereich des Art. 346 AEUV, Schutz „klassifizierter" Informationen bei Durchführung eines regulären Verfahrens gemäß BVergG). Vor diesem Hintergrund wird ein zwingendes gesetzliches Regime vorgesehen, das dem Auftraggeber nur begrenzte Wahlmöglichkeiten zugesteht.

Sind die Leistungsteile objektiv trennbar, ist folgender Maßen vorzugehen: der Auftraggeber kann getrennte Verfahren für die einzelnen Leistungsteile durchführen; in diesem Fall gelten gemäß Z 1 für die Durchführung der Verfahren die jeweils anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen (gegebenenfalls daher auch keine falls – wie bei Art. 346 AEUV der Fall – keine entsprechenden gesetzlichen Regelungen existieren). Sofern jedoch die Leistungsteile zwar objektiv trennbar sind, jedoch die Durchführung eines einzigen Verfahrens sachlich gerechtfertigt ist, gelten gemäß Z 2 1. Fall nicht die Bestimmungen des BVergG. Die in der Z 2 1. Fall angesprochenen „sachlichen Gründe" sind mit den „objektiven Gründen" gemäß § 2 Abs. 1 BVergGVS 2012 ident (vgl. dazu auch den Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 3.UA der RL 2014/24/EU). Dies bedeutet, dass der Auftraggeber sofern objektiv nachvollziehbare Gründe vorliegen, die die Durchführung eines einzigen Verfahrens rechtfertigen (zB. aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen oder aus Gründen der Versorgungssicherheit wäre dies besser als die Durchführung mehrerer getrennter Verfahren), er dies auch tun muss. Aus dieser gesetzlichen Systematik folgt implizit, dass der Auftraggeber dazu aufgerufen ist, im Zweifelsfall eine Bewertung der alternativen Vorgangsweisen (mehrere Verfahren versus ein Verfahren) durchzuführen hat, um die gesetzlich korrekte Vorgangsweise ermitteln zu können. Z 2 2. Fall betrifft die Konstellation, dass die Leistungsteile objektiv nicht trennbar sind (vgl. dazu die Ausführungen zu Abs. 1); auch in diesem Fall gelten die Bestimmungen des BVergG nicht für die Durchführung des Verfahrens. In beiden Fällen erschließt sich das anwendbare Regime aus der Regelung des § 2 BVergGVS 2012, der für diese Fälle die Anwendung des BVergGVS 2012 vorsieht (dh. etwa: falls zumindest ein Leistungsteil der Anwendbarkeit des Art. 346 AEUV, so gelten keine gesetzlichen Regelungen – siehe § 9 Abs. 1 Z 1 BVergGVS 2012). Der letzte Satz der Z 2 enthält ein spezielles Umgehungsverbot: die Entscheidung, ein einiges Verfahren durchzuführen, darf nicht den Zweck der Umgehung gesetzlicher Vorschriften verfolgen. Der Vorrang der Spezialbestimmungen betreffend den Verteidigungsbereich folgt aus der Untrennbarkeit der Gesamtleistung bzw. aus der sachlichen Rechtfertigung der Durchführung eines einzigen Verfahrens und dem speziellen Charakter der zu beschaffenden sensiblen Leistungen. Beispiele wären etwa die Errichtung eines Gebäudes (klassischer Auftrag) mit einem Zutrittskontrollsystem, das klassifizierte Informationen involviert (BVergGVS 2012), die Errichtung eines Atomkraftwerkes (Sektorenauftrag) das gleichzeitig atomwaffenfähiges Material herstellt (Art. 346 AEUV), die Wartung von Fahrerassistenzsystemen (FAS, Advanced Driver Assistance Systems – ADAS; vgl. dazu auch Automatisiertes Fahren Verordnung – AutomatFahrV, BGBl. II Nr. 402/2016) für Busse (Sektorenauftrag) und gepanzerte Truppenfahrzeuge (letzteres unter Berücksichtigung klassifizierter Informationen; BVergGVS 2012).

Abs. 4 enthält Regelungen für den Fall, dass bei Trennbarkeit der Leistungsteile der Auftraggeber nicht eine Vorgangsweise gemäß Abs. 2 (getrennte Verfahren) wählt sondern ein einziges Verfahren für alle Leistungsteile durchführen möchte und es sich um eine Kombination von „klassischen" (öffentlichen) Aufträgen oder Sektorenaufträgen mit Konzessionsvergaben handelt. In diesem Fall gilt der Grundsatz des „strengeren Regimes". Z 1 regelt den Fall, dass ein öffentlicher Auftragsteil mit einer Konzessionsvergabe kombiniert ist: in diesem Fall gelten für die Durchführung des Verfahrens die Bestimmungen des „klassischen Teiles" des BVergG (dh. der 2. Teil des Gesetzes). Z 2 regelt den Fall einer Kombination eines Sektorenauftrages mit einer Konzessionsvergabe hinsichtlich derselben Sektorentätigkeit (zB. Sektorenauftrag zur Reparatur eines Fernwärmenetzes gekoppelt mit einer Dienstleistungskonzession zum Betrieb dieses Fernwärmenetzes): In diesem Fall gelten für die Durchführung des Verfahrens die (für die konkrete Sektorentätigkeit) einschlägigen Regelungen des 3. Teiles des BVergG. Z 3 regelt den Fall einer Kombination eines Sektorenauftrages mit einer Konzessionsvergabe (entweder einer Konzession im „klassischen Bereich" oder einer Konzession für eine andere Sektorentätigkeit als der Sektorenauftrag): In diesem Fall wären – falls feststellbar ist, welcher Leistungsteil den Hauptgegenstand des Gesamtvorhabens bildet (vgl. dazu die Ausführungen zu Abs. 1) – die für diesen Leistungsteil geltenden Bestimmungen auf die Durchführung des Verfahrens anwendbar;

ist hingegen nicht feststellbar, welcher Leistungsteil den Hauptgegenstand des Gesamtvorhabens bildet, so gelten für die Durchführung des Verfahrens die für den konkreten Sektorenauftragsteil einschlägigen Regelungen des 3. Teiles des BVergG. Ein Beispiel wäre etwa die Vergabe eines Bauauftrages für die Errichtung/Renovierung eines Flughafenterminals (Sektorenauftrag) der mit einer Dienstleistungskonzession zum Betrieb eines Hotels in der Nähe des Flughafens („klassische" Dienstleistungskonzession) gekoppelt ist.

Abs. 5 regelt den Fall, dass die verschiedenen Leistungsteile dem BVergG selbst unterliegen, einerseits dem klassischen Vergaberegime (2. Teil des Gesetzes) und andererseits dem Sektorenregime (3. Teil des Gesetzes). Sind die Leistungsteile objektiv nicht trennbar (vgl. dazu die Ausführungen zu Abs. 1), so gelten gemäß Z 1 jene Regelungen, die auf den Hauptgegenstand des Gesamtvorhabens anwendbar sind. Ist der Hauptgegenstand hingegen nicht feststellbar, so gelten nach dem Grundsatz des „strengeren Regimes" die Regelungen des „klassischen" Bereiches für die Durchführung des Vergabeverfahrens. Sind die Leistungsteile hingegen trennbar, so stehen dem Auftraggeber folgende Optionen zur Verfügung: Er kann getrennte Verfahren durchführen für die die jeweils einschlägigen Bestimmungen des BVergG zur Anwendung kommen (Z 2) oder er kann ein einziges Verfahren durchführen (Z 3). Im zuletzt genannten Fall bestimmt sich das anzuwendende Regime danach, ob der Leistungsteil, der den Hauptgegenstand des Gesamtvorhabens bildet, feststellbar ist: ist dies möglich, so gelten gemäß Z 3 lit. a jene Regelungen des BVergG für die Durchführung des Verfahrens, die den Hauptgegenstand bilden (dh. entweder der 2. oder der 3. Teil des Gesetzes), ist dies nicht möglich, so sind gemäß Z 3 lit. b die Regelungen des „klassischen" Teiles auf das Vergabeverfahren anwendbar. Ein Beispiel für ein unter Abs. 5 fallendes Verfahren wäre der Bau eines Gebäudes, das einerseits kommunale Dienststellen (zB Gemeindeservice) beherbergt wie auch Räume für die Erfüllung einer Sektorenaktivität (Dienstzimmer für Fahrer des gemeindeeigenen Busnetzes).

Abs. 6 enthält Regelungen für die Konstellation, dass bei Trennbarkeit der Leistungsteile der Auftraggeber nicht eine Vorgangsweise gemäß Abs. 2 (getrennte Verfahren) wählen sondern ein einziges Verfahren für alle Leistungsteile durchführen möchte und die Leistungseile einerseits dem „klassischen" Regime unterliegen und andere Leistungsteile weder dem Sektorenregime, dem BVergGVS 2012 noch dem BVergGKonz. Auch für diesen Fall gilt der Grundsatz des „strengeren Regimes", dh. das Verfahren wäre nach den Regelungen für öffentliche Aufträge (2. Teil des BVergG) durchzuführen. Dies gilt ungeachtet des Wertes der Leistungsteile, die keinem der genannten gesetzlichen Regime unterliegen, und ungeachtet einem allfälligen sonstigen rechtlichen Regime dem diese Leistungsteile gegebenenfalls unterliegen (vgl. dazu auch Art. 3 Abs. 4 2.UA der RL 2014/24/EU; aufgrund des Wortlautes des Abs. 6 ist die explizite Umsetzung des zweiten Teiles des zitierten UA entbehrlich). Falls die zuletzt genannten Leistungsteile daher einem innerstaatlichen (zwingenden) gesetzlichen Regime unterworfen wären, die mit den Regelungen des BVergG nicht in Einklang gebracht werden könnten, stünde die Option des Abs. 6 nicht zur Verfügung und der Auftraggeber müsste gemäß Abs. 2 (getrennte Verfahren) vorgehen.

Abs. 7 enthält Regelungen für die Konstellation, dass bei Trennbarkeit der Leistungsteile der Auftraggeber nicht eine Vorgangsweise gemäß Abs. 2 (getrennte Verfahren) wählen sondern ein einziges Verfahren für alle Leistungsteile durchführen möchte und die Leistungseile einerseits dem Sektorenregime unterliegen und andere Leistungsteile weder dem „klassischen" Regime, dem BVergGVS 2012 noch dem BVergGKonz. Auch für diesen Fall gilt der Grundsatz des „strengeren Regimes", dh. das Verfahren wäre nach den Regelungen für die einschlägigen Sektorenaufträge (3. Teil des BVergG) durchzuführen. Dies gilt ungeachtet des Wertes der Leistungsteile, die keinem der genannten gesetzlichen Regime unterliegen, und ungeachtet einem allfälligen sonstigen rechtlichen Regime dem diese Leistungsteile gegebenenfalls unterliegen (vgl. dazu auch Art. 5 Abs. 4 2.UA der RL 2014/25/EU; aufgrund des Wortlautes des Abs. 7 ist die explizite Umsetzung des zweiten Teiles des zitierten UA entbehrlich). Falls die zuletzt genannten Leistungsteile daher einem innerstaatlichen (zwingenden) gesetzlichen Regime unterworfen wären, die mit den Regelungen des BVergG nicht in Einklang gebracht werden könnten, stünde die Option des Abs. 7 nicht zur Verfügung und der Auftraggeber müsste gemäß Abs. 2 (getrennte Verfahren) vorgehen.

Zu § 4 (Öffentliche Auftraggeber und sonstige Verpflichtete):

Zu Abs. 1: Abs. 1 setzt die Definition des Art. 2 Abs. 1 Z 1 und 4 um und bleibt im Vergleich zur bisherigen Rechtslage inhaltlich unverändert (vgl. dazu auch die Ausführungen in EG 10 der RL 2014/24/EU).

Die Formulierung des persönlichen Anwendungsbereiches des BVergG ist auch vor dem Hintergrund des Art. 14b B-VG zu sehen. Das Konzept des BVergG iVm der Regelung des B-VG folgt folgendem Ansatz: im B-VG wird abstrakt festgelegt, welche Rechtsträger als Auftraggeber in den jeweiligen Vollzugsbereich der Gebietskörperschaften fallen können. Ob es sich hierbei jedoch um öffentliche

Auftraggeber oder um Sektorenauftraggeber handelt, ergibt sich erst aus der Definition des BVergG. Deshalb differenziert § 4 Abs. 1 nicht zwischen den im Art. 14b B-VG angeführten Kompetenzbereichen, da das BVergG – mit Ausnahme der Bestimmungen betreffend die Nachprüfung – für alle Auftraggeber gleichermaßen gilt. Aus diesem Konzept folgt auch, dass der Umfang der durch das BVergG erfassten Auftraggeber gegenüber der offenen und auf Kompetenzebene gefassten Aufzählung der Auftraggeber in Art. 14b B-VG eingeschränkter ist. § 3 enthält nur einen Teil der von Art. 14b Abs. 2 B-VG erfassten Auftraggeber und zwar jene, deren Einbeziehung in das Regime des BVergG unionsrechtlich geboten ist. Dies zeigt sich etwa daran, dass das Definitionsmerkmal „Gründung zur Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art" des Auftraggeberbegriffes der Richtlinien (vgl. etwa Art. 2 Abs. 1 Z 4 lit. a der RL 2014/24/EU) im Wortlaut des Kompetenztatbestandes des Art. 14b B-VG nicht aufscheint.

Abs. 1 beinhaltet den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG. Es handelt sich dabei um die Definition der vom 2. Teil des Gesetzes erfassten Auftraggeber (erst aufgrund des Verweises auf § 4 Abs. 1 in § 167 erhält die Definition auch im Zusammenhang mit dem 3. Teil des Gesetzes Relevanz). Der Auftraggeberbegriff und die genaue Eingrenzung des persönlichen Anwendungsbereiches sind von zentraler Bedeutung. Die Definition entspricht – abgesehen von marginalen sprachlichen Abweichungen – völlig der Definition der Richtlinien. Wie bereits ausgeführt, dient die Übernahme der unionsrechtlichen Terminologie unter anderem verwaltungsökonomischen Zielen (Vermeidung häufiger Gesetzesnovellierungen aufgrund von Judikaten des EuGH) und soll einer lückenhaften Umsetzung der Vergaberichtlinien vorbeugen. Durch die Übernahme der Terminologie des Unionsrechtes wird die klare Intention des Gesetzgebers dokumentiert, den Anwendungsbereich des BVergG mit jenem der Richtlinien deckungsgleich zu gestalten. Daraus folgt ferner zwingend eine unionsrechtskonforme Interpretation des § 4. Der EuGH hat in seiner Judikatur wesentliche Klarstellungen zum Begriff des öffentlichen Auftraggebers getroffen, die demzufolge von unmittelbarer Relevanz für das BVergG sind.

Der Gerichtshof betont in seiner ständigen Judikatur (vgl. ua. Rs C-237/99), dass der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinien und somit auch des BVergG vor dem Hintergrund des Zieles und des Zweckes der Richtlinien und des Gesetzes auszulegen ist. Die Richtlinien sollen Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr beseitigen und somit die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten (siehe schon Rs C-380/98, *Cambridge*, Rz 16). Folglich besteht der Zweck der Richtlinien darin, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (Rs C-410/14, *Falk Pharma*, Rz 35 mwN). Im Licht dieser Ziele ist der Begriff des öffentlichen Auftraggebers einschließlich des Begriffes der Einrichtung des öffentlichen Rechts daher funktionell zu verstehen (siehe etwa Rs C-353/96, Slg. 1998, I-8565, Rz 36).

Ein Auftraggeber ist stets nur einer der Ziffern des Abs. 1 zuzuordnen, es handelt sich dabei um einander ausschließende Kategorie von Auftraggebertypen. Zu betonen ist, dass Z 3 nur Auffangfunktion hat (vgl. Rs C-360/96).

Die Richtlinie verwendet den Begriff „Staat". Dieser umfasst alle Organe, die die gesetzgebende, die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt ausüben (vgl. Rs C-323/96). Im Gesetz soll – wie schon bisher – klargestellt werden, dass darunter der Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände (sowie allen diesen zuordenbare Entitäten ohne eigene Rechtspersönlichkeit) zu verstehen sind. Die gesetzgebenden Einrichtungen des Bundes und der Länder fallen daher unter die Z 1. Hat eine (wenn auch Auftraggebern gemäß Z 1 zuzurechnende) Entität eigene Rechtspersönlichkeit, so fällt sie nicht unter die Z 1, sondern allenfalls unter die Auftraggeberkategorie der Z 2 (vgl. Rs C-353/96 und Rs C-306/97). Eine eigenständige Umsetzung des Begriffes „Gebietskörperschaften" erübrigt sich aufgrund der Formulierung der Z 1. Hinzuweisen ist idZ auf Art. 2 Abs. 2 der RL 2014/24/EU. Danach umfasst für die Zwecke der Definitionen der RL der Begriff „Gebietskörperschaft" alle Behörden, die nicht erschöpfend gemäß der Bezugnahme der Verordnung (EG) Nr. 1059/2003 über die Schaffung einer gemeinsamen Klassifikation der Gebietseinheiten für die Statistik (NUTS), ABl. Nr. L 154 vom 21.06.2003 S. 1, unter NUTS 1 und 2 aufgeführt sind, und sämtliche Behörden der Verwaltungseinheiten, die unter NUTS 3 fallen, sowie kleinere Verwaltungseinheiten im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1059/2003. Für Österreich bedeutet dies folgendes (vgl. dazu www.statistik.at): Die Ebene NUTS 0 entspricht dem Mitgliedstaat. Auf der Ebene NUTS 1 wurde Österreich in die drei Einheiten Ostösterreich (Bgl., NÖ., Wien), Südösterreich (Ktn. und Stmk.) und Westösterreich (OÖ., Sbg., Tirol, Vbg.) gegliedert. Die Ebene NUTS 2 wird durch die Bundesländer repräsentiert. Die 35 Einheiten der Ebene

NUTS 3 bestehen aus einer Zusammenfassung von mehreren Gemeinden. Jede Gemeinde ist genau einer NUTS-Einheit zugeordnet. Wien bildet eine eigene NUTS 3-Einheit. Die gewählte (am B–VG orientierte) Formulierung der Z 1 erfasst somit alle unionsrechtlich vorgegebenen Rechtsträger.

Durch Abs. 1 Z 2 soll insbesondere der Begriff „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ der Richtlinie (vgl. Art. 2 Abs. 1 Z 4 der RL 2014/24/EU) umgesetzt werden. Die Gesetzesbestimmung lehnt sich an die deutsche Version der Richtlinien an. In der Literatur wurde schon vor einiger Zeit darauf hingewiesen (vgl. dazu bereits Hailbronner, Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach den EG-Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge, in: Forum ’95, Öffentliches Auftragswesen (1995) 127 ff mwN), dass die deutsche Sprachfassung der Definition von der sprachlich unschärferen aber inhaltlich zutreffenderen französischen und englischen Fassung abweicht. Die Richtlinie – und somit auch das BVergG – gelten für alle Einrichtungen öffentlichen oder privaten Rechts, die zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gegründet wurden und die dem Einfluss öffentlicher Auftraggeber unterliegen bzw. unterliegen können, das heißt wenn zu diesen Verbindungen im Sinne mindestens eines Punktes des dritten Kriteriums (siehe lit. c) bestehen.

Die Richtlinien enthalten keine Definition des Begriffes „Allgemeininteresse“. Die Richtlinie verweist aber auch nicht auf die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, sodass dieser Begriff autonom, dh. unionsrechtlich im Hinblick auf Kontext und Zweck der Regelung auszulegen ist (vgl. etwa C-283/00, C- 470/99, C-373/00). Unter „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben“ ist ein gewisser Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge) zu verstehen, die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird. Im Vordergrund dabei steht nicht ausschließlich die Förderung von Einzelinteressen sondern die Förderung von gemeinsamen Interessen der Gesamtbevölkerung oder von einzelnen Bevölkerungsgruppen. Eine diesbezügliche Orientierung bieten etwa Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV samt einschlägiger Judikatur des EuGH. Dass bei der Erfüllung derartiger öffentlicher Aufgaben wirtschaftliche Grundsätze zu beachten sind (vgl. etwa Art. 126b Abs. 5 B-VG), steht einer Ausrichtung auf das Allgemeininteresse nicht entgegen. Handelt der Staat (im weitesten, funktionellen Sinne zu verstehen; vgl. EuGH Rs 31/87, *Beentjes*) in privatrechtlichen Formen (Privatwirtschaftsverwaltung; Art. 17 B-VG), so gilt a priori nicht die Vermutung, dass diese Handlungen dem Allgemeininteresse dienen (umgekehrt hingegen indiziert ein Handeln in hoheitlicher Rechtsform eine öffentliche Zwecksetzung und damit die Verwirklichung eines Allgemeininteresses). Dass der mit der (Wirtschafts-)Tätigkeit erzielte Gewinn letztendlich dem „Staat“ zugutekommt, reicht für die Annahme eines Allgemeininteresses alleine ebenfalls nicht aus. Hinzu treten muss eine spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann.

Der EuGH hat in einer Vielzahl von Judikaten diesen Begriff näher konkretisiert (jedoch bislang nie abschließend definiert): Das Vorliegen einer Aufgabe im Allgemeininteresse wird etwa dann bejaht, wenn der Staat diese Aufgaben aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte (C-360/96). Dies trifft etwa bei Aufgaben im Zusammenhang mit der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Gesundheit, der Hygiene und dem Umweltschutz zu (vgl. dazu etwa C-44/96, C-360/96, C-373/00 und C-283/00). Daneben hat der EuGH aber auch Tätigkeiten im Zusammenhang mit Betriebsansiedlungen als im Allgemeininteresse liegend qualifiziert (vgl. C-18/01), bzw. die gesetzliche Normierung einer Subsidiarverpflichtung einer Gebietskörperschaft zur Erbringung einer bestimmten Leistung als Indiz für das Vorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe gewertet (vgl. C-373/00).

Eine weitere, kumulative Voraussetzung für die Qualifikation als „öffentlicher Auftraggeber“ ist die Besorgung von „Aufgaben nicht gewerblicher Art“. Die unionsrechtliche Wortfolge „gewerbliche Art“ stammt aus der RL und muss daher „autonom“ ausgelegt werden. Eine Begriffsdefinition anhand des nationalen Rechts (vgl. etwa § 1 GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idgF) ist daher unzulässig. Aus dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 Z 4 der RL 2014/24/EU in ihren verschiedenen Sprachfassungen ergibt sich, dass das Kriterium der „nicht gewerblichen Art“ den Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben im Sinne dieser Bestimmung präzisieren soll. Das Vorliegen von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art ist objektiv zu beurteilen und die Rechtsform der Bestimmungen, in denen diese Aufgaben genannt sind, ist unerheblich. Der Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, schließt nicht Aufgaben aus, die auch von Privatunternehmen erfüllt werden. Es kommt also nicht darauf an, ob diese Aufgaben auch von Privatunternehmen erfüllt werden können. Das unionsrechtliche Vergaberecht kann daher auf eine bestimmte Stelle angewandt werden, selbst wenn Privatunternehmen die gleichen Aufgaben erfüllen oder erfüllen könnten (vgl. etwa EuGH Rs C-360/96 und C-223/99).

Das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbes und insbesondere der Umstand, dass die betreffende Einrichtung auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb steht, stellt ein Indiz dafür dar, dass es sich um

eine Aufgabe gewerblicher Art handelt. Es handelt sich aber „nur“ um ein Indiz. Auf der anderen Seite ist, wie der Gerichtshof ausgeführt hat, aber auch das Fehlen von Wettbewerb keine notwendige Voraussetzung des Begriffes „Einrichtung des öffentlichen Rechts“.

Hinsichtlich der Beurteilungskriterien der Erfüllung von „Aufgaben nicht gewerblicher oder gewerblicher Art“ wird auf eine Gesamtbetrachtung abzustellen sein, bei der ua. folgende Aspekte zu berücksichtigen sind: Die Tatsache, dass keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt wird, ist ein Indiz für das Vorliegen einer „Aufgabe nicht gewerblicher Art“, da eine „gewerbliche Tätigkeit“ grundsätzlich auf die Erwirtschaftung eines unternehmerischen Gewinns ausgerichtet ist. Auch ist die Möglichkeit einer Liquidation aus Gründen des öffentlichen Interesses mit der Annahme einer Gründung zum Zweck der Wahrnehmung „gewerblicher Aufgaben“ schwer vereinbar. Bei einer Einrichtung, die Aufgaben mit gewerblichem Charakter wahrnimmt, erfolgt eine Liquidation entweder aus Gründen der Zahlungsunfähigkeit oder weil der Inhaber kein Interesse am Fortbestand des Unternehmens mehr hat. Der erste Fall ist rein wirtschaftlichen Erwägungen unterworfen, der zweite eine Folge der Dispositionsbefugnis des Privateigentümers. Auch kann aus der Tatsache, dass die fragliche Einrichtung auf einem privatrechtlichen Gründungsakt beruht, nicht auf den gewerblichen Charakter der von ihr wahrgenommenen Aufgabe geschlossen werden. Da der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ im funktionellen Sinne zu verstehen ist, um dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs seine volle Wirksamkeit zu sichern, verbietet dies eine Differenzierung nach der Rechtsform jener Bestimmungen, durch die die Einrichtung geschaffen wird und in der die von ihr zu erfüllenden Aufgaben genannt sind. Der privatrechtliche Gründungsakt ist damit kein Grund, automatisch von einer Wahrnehmung von Aufgaben gewerblicher Art auszugehen (so auch EuGH Rs C-214/00, Rs C-84/03).

Der EuGH hat bei der Beurteilung des Vorliegens des Tatbestandsmerkmales „Aufgaben gewerblicher Art“ auf die Erbringung einer wirtschaftlichen Tätigkeit abgestellt, die auf dem Markt angeboten wird. Für den Gerichtshof offenbar besonders bedeutsam ist der Umstand, ob die Einrichtung, auch wenn sie keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, doch gemäß ihrer Satzung nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeitet. Sofern kein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste durch die öffentliche Hand vorgesehen ist und die Einrichtung daher selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit trägt, spricht dies für die Wahrnehmung von Aufgaben gewerblicher Art.

Nach der Judikatur des EuGH (Rs C-283/00, Rs C-18/01) kommt es für die Risikotragung nicht allein darauf an, ob es einen offiziellen Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste gibt. Ist es unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte wenig wahrscheinlich, dass die beherrschende Gebietskörperschaft die Zahlungsunfähigkeit der betreffenden Einrichtung hinnehmen würde, so spricht dies für eine Tätigkeit nichtgewerblicher Art. Bei einer Tätigkeit, die einen grundlegenden Bestandteil der Strafvollzugspolitik eines Staates darstellt, hat es der EuGH als wenig wahrscheinlich angesehen, dass der Staat als alleiniger Eigentümer der betreffenden Gesellschaft allfällige Verluste nicht übernimmt und die Gesellschaft somit vor dem Konkurs rettet.

Unter einer Einrichtung, die Aufgaben „gewerblicher Art“ besorgt, ist folglich eine Einrichtung zu verstehen, die in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden unter den gleichen Bedingungen (dh. unter Beachtung der gleichen wirtschaftlichen Regeln) wie diese am allgemeinen Wirtschaftsleben (Marktwettbewerb) teilnimmt und das wirtschaftliche Risiko (Insolvenzrisiko) ihres Handelns trägt. Eine Teilnahme am regulären Wirtschaftsleben ist wohl dann nicht anzunehmen, wenn eine staatliche Kontrolle oder die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Unternehmensgebarung nach staatsspezifischen Kriterien erfolgen kann, gleichgültig in welcher Art diese verwirklicht werden. Die Einflussnahme kann auch darin liegen, dass Einrichtungen „vom Staat“ bevorzugt oder Schranken für potentielle Mitbewerber errichtet werden, die bewirken, dass – wenn auch nur in Teilbereichen – der freie Marktwettbewerb verhindert oder eingeschränkt wird. Dies kann etwa durch eine Verhinderung oder Beschränkung des Anbieterwettbewerbes oder durch die besondere (zB gesetzliche) Ausgestaltung von Rahmenbedingungen betreffend die Abwicklung von Aufträgen geschehen, die einen bestimmten Anbieter oder eine Gruppe von Anbietern bevorzugt.

Daraus folgt für die Frage, ob eine Einrichtung ein „öffentlicher Auftraggeber“ ist oder nicht, dass auf ihre Nähe zum originär staatlichen Tätigkeitsbereich sowie auf die Möglichkeit der Einflussnahme und Kontrolle durch den Staat abzustellen ist, wobei entscheidend ist, ob in den richtlinienrelevanten Sachverhalten eine – gegenwärtige oder zukünftige – Entscheidungsbeeinflussung (ex ante) nach spezifisch staatsbezogenen Kriterien möglich ist. „Gewerbliche Aufgaben“ würden demnach von einer Einrichtung dann besorgt werden, wenn sie sich in ihrem Tätigkeitsbereich (ungeachtet ihrer Rechtsform) nicht von anderen privaten Wettbewerbern unterscheidet, sie bei der Beschaffung wie ein gewöhnliches Unternehmen im privaten Wirtschaftsverkehr agiert und bei der Vergabe von Aufträgen kein staatlicher Einfluss stattfindet.

Das Erfordernis der Erteilung einer Konzession für die Ausübung einer Tätigkeit, die wiederum vom Bedarf abhängig gemacht wird, sowie die behördliche Festlegung von Höchsttarifen stellen nach Ansicht des EuGH Indizien für das Vorliegen einer Tätigkeit nicht gewerblicher Art dar (EuGH Rs C-373/00).

Wie der Gerichtshof in der Rs C-44/96, *Mannesmann,* festgestellt hat, kommt es nicht darauf an, ob eine Einrichtung neben den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art noch andere Tätigkeiten ausüben darf. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben tatsächlich nur einen relativ geringen Teil der Tätigkeiten der Einrichtung ausmacht, solange sie weiterhin die Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat (EuGH Rs C-360/96, *Arnhem*).

Z 2 lit. a stellt wie auch der Wortlaut der RL darauf ab, ob die Einrichtung zu dem Zweck „gegründet" wurde im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Der EuGH hat bereits in der Rs C-470/99, *Universale Bau AG*, festgehalten, dass bei der Beurteilung der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nicht allein auf den Gründungszeitpunkt abzustellen ist, sondern darauf, ob zum jeweils fraglichen Zeitpunkt diese Aufgabe tatsächlich ausgeübt wird. Deshalb können derartige Aufgaben auch erst später übertragen werden, bzw. kann deren Ausübung auch eingestellt werden. Unerheblich ist in diesem Kontext, ob die Satzung der Einrichtung an den geänderten Tätigkeitsbereich angepasst worden ist; entscheidend ist, ob die spätere Übertragung derartiger Aufgaben bzw. deren anhaltende Ausübung objektiv feststellbar ist.

Ob die geforderte Teilrechtsfähigkeit gemäß Z 2 lit. b gegeben ist, bestimmt sich nach den einschlägigen gesetzlichen Regelungen.

Z 2 lit. c enthält die unionsrechtlich relevanten Beherrschungstatbestände. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kommt in allen drei der Z 2 lit. c genannten alternativen Kriterien eine enge Verbindung mit öffentlichen Stellen zum Ausdruck. Eine solche Verbindung kann es nach der Rspr. den öffentlichen Stellen nämlich ermöglichen, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen, was die Möglichkeit mit sich bringt, dass andere als wirtschaftliche Überlegungen diese Entscheidungen leiten, und insbesondere die Gefahr, dass einheimische Bieter oder Bewerber bevorzugt werden, wodurch die Ziele der Vergaberichtlinien konterkariert werden könnten (vgl. dazu etwa Rs C-237/99 mwN). Im Licht dieser Ziele ist daher nach dieser Judikatur jedes dieser Kriterien funktionell (vgl. dazu C-237/99, C-337/06) und weit (vgl. C-306/97) auszulegen, dh. unabhängig von den formellen Modalitäten seiner Anwendung (vgl. C-360/96), und muss so verstanden werden, dass es eine enge Verbindung mit öffentlichen Stellen schafft.

Das erste Kriterium, die überwiegende Finanzierung durch öffentliche Auftraggeber, ist als Transfer von Finanzmitteln zu verstehen, der ohne spezifische Gegenleistung mit dem Ziel vorgenommen wird, die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung zu unterstützen (vgl. C-380/98, C-526/11). Da dieses Begriffselement funktionell auszulegen ist, hat der EuGH auch eine mittelbare Finanzierungsweise darunter subsumiert. Eine solche Finanzierung kann durch eine dem Grundsatz und der Höhe nach gesetzlich vorgesehene und auferlegte Gebühr erfolgen, die keine Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme der von der betreffenden Einrichtung erbrachten Dienstleistungen durch die Gebührenschuldner darstellt und mittels hoheitlicher Befugnisse eingezogen wird (vgl. C-337/06). Dass eine Einrichtung die Höhe der Beiträge, aus denen sie sich überwiegend finanziert, formal selbst festlegt, schließt das Vorliegen einer mittelbaren Finanzierung nicht aus. Dies ist nach der Rechtsprechung der Fall, wenn sich Einrichtungen wie gesetzliche Sozialversicherungskassen durch die von ihren Mitgliedern oder für diese entrichteten Beiträge, denen keine spezifische Gegenleistung gegenübersteht, finanzieren, sofern die Mitgliedschaft in einer solchen Kasse und die Zahlung dieser Beiträge gesetzlich vorgeschrieben sind, sofern der Beitragssatz 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 (vgl. C-300/07).

Hingegen wird der Tatbestand der mittelbaren Finanzierung nicht bei einer Einrichtung erfüllt, deren Aufgaben zwar gesetzlich festgelegt sind, der aber erhebliche Autonomie bei der Bestimmung des Wesens, des Umfanges und der Durchführungsmodalitäten der von ihr zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausgeübten Tätigkeiten zukommt ebenso wie bei der Festsetzung des dafür erforderlichen Haushalts und bei der Festlegung der Höhe der Mitgliedsbeiträge. In dieser Konstellation ist es auch unerheblich, ob die Regelung, mit der die Mitgliedsbeiträge festgelegt werden, der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde bedarf und die 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 (vgl. dazu C-526/11). Der Begriff „überwiegend“ ist nach der Rechtsprechung des EuGH im Sinne von „zu mehr als der Hälfte“ zu verstehen (siehe C-380/98, C-337/06, vgl. ebenso EG 10 der RL 2014/24/EU). Der zeitliche Betrachtungsraum zur Prüfung, ob das Kriterium der überwiegenden Finanzierung erfüllt ist, ist das Haushaltsjahr in dem das Vergabeverfahren eingeleitet wurde (zum Begriff der Einleitung vgl. die Ausführungen zu § 13 Abs. 3), wobei nach der Rechtsprechung diese Berechnung auf der Grundlage der zu Beginn des Haushaltsjahres verfügbaren, gegebenenfalls auch nur veranschlagten Zahlen vorzunehmen ist (vgl. C-380/96). Ist das Ausmaß der staatlichen Finanzierung nicht gleich bleibend, so ist auf der Basis des Budgetjahres in dem das Vergabeverfahren eingeleitet wird zu eruieren, ob die Finanzzuwendungen 50% übersteigen oder nicht. Der Status als öffentlicher Auftraggeber besteht für das entsprechende Budgetjahr. Wird die Finanzierungsschwelle von 50% überschritten, so fallen alle Beschaffungen des betreffenden Budgetjahres in den Anwendungsbereich des BVergG. Bei Beschaffungsvorgängen, die sich über mehrere Budgetperioden (Jahre) erstrecken, hängt die Qualifikation als öffentlicher Auftrag davon ab, ob in der Zeitperiode (Budgetjahr) in dem das Vergabeverfahren eingeleitet wurde, der Auftrag unter das BVergG fiel oder nicht. Die Qualifikation als öffentlicher Auftrag bleibt bis zum Vertragsabschluss bestehen, selbst wenn sich der Status der Einrichtung ändern sollte (weil die Finanzzuwendungen nicht mehr als 50% ausmachen; vgl. C-380/96).

Zum zweiten Kriterium, der Aufsicht von öffentlichen Auftraggebern über die Leitung, ist darauf hinzuweisen, dass in diesem Zusammenhang zu prüfen ist, ob die verschiedenen Formen der Aufsicht, denen die Einrichtung allenfalls unterliegt, eine Verbindung dieser Einrichtung mit einem öffentlichen Auftraggeber schafft, die es diesem ermöglicht, die Entscheidungen dieser Einrichtung im Bereich der öffentlichen Vergabe zu beeinflussen. Daher muss die Aufsicht hinsichtlich der Leitung, da sie einer der drei in lit. c genannten alternativen Tatbestandselemente darstellt, eine Verbindung mit einem öffentlichen Auftraggeber schaffen, die der Verbindung gleichwertig ist, die besteht, wenn eines der beiden anderen alternativen Merkmale erfüllt ist (vgl. C-237/99). Eine begleitende Aufsicht bzw. Kontrolle, die Befugnis, auch im Rahmen der Geschäftspolitik Leitungsorgane vorläufig ihres Amtes zu entheben und einen vorläufigen Verwalter zu ernennen, die Möglichkeit ein bestimmtes Geschäftsführungsprofil vorgeben und Vorschläge zur Umsetzung von Untersuchungsberichten machen zu können (inklusive der Kontrolle von deren Umsetzung), stellt in ihrer Gesamtheit eine qualifizierte Kontrolle im Sinne der Z 2 lit. c dar (vgl. C-237/99). Hingegen erfüllt eine rein nachträgliche Kontrolle dieses Kriterium grundsätzlich nicht, da eine solche Kontrolle es den öffentlichen Auftraggebern nicht erlaubt, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen (vgl. Rs C-373/00). Eine nachträgliche allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle durch eine Aufsichtsbehörde erfüllt daher diesen Tatbestand ebenso wenig wie die Konstellation, dass eine Aufsichtsbehörde die Entscheidung einer Einrichtung über die Festlegung der Höhe der ihre Finanzierung im Wesentlichen sicherstellenden Beiträge genehmigt, und sich dabei auf die Prüfung beschränkt, ob der Haushalt der betreffenden Einrichtung ausgeglichen ist (so Rs C-526/11). Es ist eine Gesamtbetrachtung aller einschlägigen Regelungen vorzunehmen und falls sich daraus ergibt, dass die Leitung des Rechtsträgers einer Aufsicht durch einen öffentlichen Auftraggeber untersteht, die es diesem ermöglicht, die Entscheidungen des Rechtsträgers in Bezug auf öffentliche Aufträge zu beeinflussen, dann ist dieser Beherrschungstatbestand erfüllt (Rs C-237/99). Eine unmittelbare Kontrolle auch der laufenden Gebarung in Verbindung mit laufenden Berichten an die Gesellschafter (vgl. dazu etwa die Kontrollkompetenzen des Rechnungshofes und § 2 RHG) geht über eine bloß nachprüfende Kontrolle hinaus und begründet somit eine richtlinienrelevante Aufsicht.

Zum dritten Kriterium, der mehrheitlichen Ernennung der Mitglieder von Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorganen durch öffentliche Auftraggeber, ist lediglich ausführen, dass der Begriff „mehrheitlich“ ebenfalls im Sinne von „zu mehr als der Hälfte“ zu verstehen ist (vgl. C-380/96). Welche Organe im konkreten Kontext relevant sind, ergibt sich aus den die Einrichtung regelnden Grundlagen.

Wie bereits bisher wird darauf verzichtet, die „Einrichtungen des öffentlichen Rechts des Bundes und der Länder“ demonstrativ zu umschreiben. Es erübrigt sich somit, den Hauptverband der Sozialversicherungsträger und die Sozialversicherungsträger sowie die beruflichen Interessenvertretungen (Kammern) explizit zu nennen. Durch die Formulierung der Z 2 sollen alle Erscheinungsformen in der österreichischen Rechtsordnung, die die Kriterien der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ erfüllen, erfasst werden. Die Z 2 umfasst daher insbesondere auch Verwaltungsfonds, Bundesversuchsanstalten sowie die Universitäten und Hochschulen im Rahmen ihrer Rechtsfähigkeit. Klarzustellen ist ferner, dass als „öffentliche Auftraggeber“ im Sinne der RL und des BVergG auch privatrechtliche Vereinigungen ohne Gewinnerzielungsabsicht (sog. „non-profit“-Organisationen) in Frage kommen können. Wie der EuGH festgestellt hat, schließt diese Eigenschaft für sich nicht aus, dass die in Rede stehende Einrichtung eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben kann (vgl. Rs C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*). Auch bei derartigen Rechtsträgern ist daher gemäß den Kriterien des Abs. 1 Z 2 zu prüfen, ob ein öffentlicher

Auftraggeber vorliegt oder nicht. Zur Qualifikation des ORF als öffentlicher Auftraggeber vgl. VwGH vom 23. November 2016, Ra 2016/04/0021 (mit weiteren Nachweisen der Rspr des VwGH und des EuGH).

Wie bereits oben ausgeführt, kommt der Z 3 eine Auffangfunktion zu (vgl. Rs C-360/96).

Das Gesetz findet auch auf Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Abs. 1 für Standorte im Ausland Anwendung (zB Errichtung eines Botschaftsgebäudes seitens des Bundesministeriums für europäische und internationale Angelegenheiten).

Hinzuweisen ist ferner auf die Sonderregelung des Art. 14b Abs. 2 B-VG betreffend „gemeinsame“ Auftragsvergaben von verschiedenen Vollzugsbereichen zuzuordnenden Rechtsträgern (vgl. dazu auch § 22 und § 195).

Abs. 2 und 3 setzen Art. 13 der RL 2014/24/EU um. Wie schon bisher sind subventionierte Einrichtungen (Abs. 2) keine öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Abs. 1. Diese Einrichtungen sind bei der Vergabe der subventionierten Aufträge ex lege zur Einhaltung des BVergG verpflichtet, einer Verpflichtungserklärung im jeweiligen Rechtsakt oder Vertrag (durch den die Subvention gewährt wird), bedarf es nicht mehr. Daher sind auf derartige Auftragsvergaben auch die Bestimmungen des 4. Teiles – somit der vergabespezifische Rechtsschutz – anwendbar.

Diese Vorschrift gilt jedoch nur für subventionierte Tiefbauaufträge (entsprechend der NACE-Nomenklatur vgl. Anhang I; darunter fallen insbesondere Aufträge in den Bereichen Allgemeiner Tiefbau, Erdbewegungsarbeiten, Brücken-, Tunnel- und Schachtbau, Grundbohrungen,Wasserbau [Fluss-, Kanal-, Hafen-,Strom-, Schleusen- und Talsperrenbau], Straßenbau [inklusive Bau von Flugplätzen und Landebahnen], Spezialbau für Bewässerung, Entwässerung, Ableitung von Abwässern, Kläranlagen, sonstiger Spezialbau für andere Tiefbauarbeiten) und für Bauaufträge, die sich auf den Bau von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- und Freizeitanlagen, Schulen und Hochschulen sowie Verwaltungsgebäuden bezieht. Unter den – autonom und weit auszulegenden – Begriff der Subvention fallen jedenfalls „Beihilfen“ im Sinne der einschlägigen Judikatur des Gerichtshofes (vgl. etwa Rs C-200/97), somit einseitige, unter Umständen auch bloß mittelbare Leistungsgewährungen oder Belastungsverminderungen durch einen öffentlichen Auftraggeber, aber auch andere Formen der Mittelzuwendung (vgl. dazu ua. Rs C-380/98). Infolgedessen beschränkt sich dieser Begriff nicht auf positive Leistungen und erfasst etwa auch Steuernachlässe (vgl. dazu Rs T-488/10, *Frankreich gegen Kommission*, Rz 32ff, und Rs C-115/12 P, *Frankreich gegen Kommission*). Es sind alle Formen von Subventionen oder Finanzierungen, einschließlich der Unionsmittel, zu berücksichtigen, die unmittelbar für den betreffenden Bauauftrag bestimmt sind. Der Begriff „Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen“ ist nach der Rechtsprechung nicht auf Einrichtungen beschränkt, die der Allgemeinheit zur Verfügung stehen (vgl. Rs C-115/12 P). Dies gilt auch für die anderen in Anhang II genannten Bauaufträge.

Festzuhalten ist, dass durch die Formulierung des Abs. 2 („Wenn … Auftraggeber … direkt subventionieren“) auch alle jene Formen der Subvention erfasst werden, die durch öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Vollzugsbereichen erfolgen (zB eine zu mehr als 50% erfolgende Finanzierung durch den Bund und ein oder mehrere Länder). Die Aufteilung der Vollzugszuständigkeit wird in Art. 14b B-VG vorgenommen.

Abs. 3 beinhaltet eine ausdrückliche Regelung für die Fälle, in denen ein öffentlicher Auftraggeber als Subventionsgeber auftritt und zugleich als vergebende Stelle tätig wird. Auch wenn der öffentliche Auftraggeber in diesen Fällen nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung (sondern als vergebende Stelle) agiert, soll aufgrund der überwiegenden Subventionierung das BVergG (und somit insbesondere auch der vergabespezifische Rechtsschutz) anwendbar sein. Im Übrigen wird auf die Ausführungen zu Abs. 2 verwiesen.

Zu Abs. 4: Dieser setzt Art. 3 lit. b der RL 2009/33/EG (sog. „clean car“ – Richtlinie) um. Danach haben Betreiber von öffentlichen Personenverkehrsdiensten im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 (sog. „PSO-VO“) im Oberschwellenbereich das Regime der RL 2009/33/EG beim Kauf von Straßenfahrzeugen zu beachten. Wie bereits in den Erläuterungen 327 BlgNR XXIV. GP mehrfach darauf hingewiesen wurde, erfasst der Begriff des „öffentlichen Dienstleistungsauftrages“ gemäß der Definition des Art. 2 lit. i der PSO-VO nicht nur Konzessionen und Dienstleistungsaufträge im Sinne des BVergG sondern auch „Vergaben“ in Form eines Gesetzes oder eines Bescheides. Diese „Vergabeformen“ unterliegen jedoch nicht dem Anwendungsbereich des BVergG, das (wie auch die VergabeRL) auf den Abschluss eines „Vertrages“ abstellt (vgl. dazu auch die Ausführungen zu § 1). Demzufolge unterliegen auch andere Erscheinungsformen von staatlichen Interventionen im Personenverkehr (wie insbesondere die häufig vorkommenden Zuschussverträge ohne einklagbare Leistungsverpflichtung des Verkehrsunternehmers)

nicht dem BVergG. Der Verpflichtung zur Anschaffung von sauberen Straßenfahrzeuge (insbes. daher auch von Bussen) ist gemäß Abs. 4 durch eine vertragliche (und daher auch einklagbare) Klausel im Vertrag mit dem Betreiber der PSO – Dienstleistung nachzukommen.

Zu den §§ 5 bis 7 (Auftragsarten):

Allgemein zu den §§ 5 bis 7 (Auftragsarten):

In den §§ 5 bis 7 werden die dem Vergaberecht unterlegenden Auftragstypen näher geregelt und die Definitionen des Art. 2 Abs. 1 Z 5 bis 9 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 2 Z 1 bis 5 der RL 2014/25/EU umgesetzt. Als Aufträge im Sinne der RL und des BVergG gelten entgeltliche schriftliche Verträge über bestimmte Leistungen. Es handelt sich hierbei um vertragliche Verhältnisse, wobei ein wesentliches Element dieses Begriffs in der Begründung rechtlich zwingender, einklagbarer synallagmatischer Verpflichtungen besteht. Ein öffentlicher Auftrag ist gekennzeichnet durch einen Austausch von Leistungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber, der ein Entgelt entrichtet, und dem Zuschlagsempfänger, der sich als Gegenleistung für dieses Entgelt verpflichtet, bestimmte Leistungen zu erbringen (vgl. SA Rs C-451/08, SA Rs C-51/15). Dass ein Vertrag dem öffentlichen Recht unterliegt und die Ausübung hoheitlicher Gewalt einschließt, steht dem Vorliegen einer Vertragsbeziehung iSd RL nicht entgegen (vgl. C-399/98). Der Begriff des Entgeltes ist nach stRspr des EuGH weit zu verstehen und umfasst jede geldwerte Gegenleistung (diese kann daher auch in einer „Entlastung“ des öffentlichen Auftraggebers bestehen, vgl. Rs C-271/08). Dass die Begünstigten des vertraglichen Verhältnisses letztendlich Dritte (zB Arbeitnehmer) sind, stellt die „Entgeltlichkeit“ für den öffentlichen Auftraggeber nicht in Frage (so Rs C-271/08). Auch ein reiner Kostenersatz ist ein „Entgelt“ im Sinne der RL und des BVergG (vgl. C-159/11, C-113/13 und C-50/14). Ferner hat der EuGH auch betont, dass der Begriff des Vertrages impliziert, dass der Auftraggeber an der ihm gegenüber erbrachten Leistung „*ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse*“ haben muss (vgl. Rs C-451/08, *Helmut Müller*). Dieses kann etwa in einem Eigentumserwerb an der Leistung, in einem Verfügungsrecht über die Leistung, in Nutzungsrechten an der Leistung oder in Risiken im Zusammenhang mit der Leistungserbringung bestehen. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass sich der Leistungsgegenstand körperlich manifestiert.

EG 4 der RL 2014/24/EU führt dazu aus, dass die Vorschriften der Union für die öffentliche Auftragsvergabe nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben abdecken sollen, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrages getätigt werden. Die RL soll klarstellen, dass ein solcher Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen — ob durch Kauf, Leasing oder andere vertragliche Formen — dem Unionsrecht unterliegen. Der Begriff „Erwerb“ soll, so der EG, in einem weiteren Sinne verstanden werden als Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen, was nicht unbedingt den Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber voraussetzt. Ebenso sind Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe — ohne irgendeine Selektivität — berechtigt sind, wie beispielsweise bei einer Auswahl durch den Kunden- und bei Dienstleistungsgutscheinsystemen, nicht unter das Konzept des „öffentlichen Auftrages“ zu subsumieren, sondern fallen als einfache Zulassungssysteme außerhalb des unionsrechtlichen Vergaberechts (z. B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen; vgl. dazu auch Rs C-410/14).

Unter den dargestellten Auftragsbegriff fallen auch so genannte Rahmenverträge. Dabei handelt es sich um Aufträge, die typischer Weise bei der Beschaffung wiederkehrender Leistungen eingesetzt werden, wenn die Leistungen in einem zeitlich und quantitativ nicht genau vorhersehbaren Bedarf während der Laufzeit des Rahmenvertrages abgerufen werden sollen. Als Beispiele für derartige Rahmenverträge können angeführt werden: witterungsabhängige Schneeräumung, Behebung von Gebrechen (Störddienst), Durchführung von Nassbaggerarbeiten in Abhängigkeit vom Wasserstand. Der wesentliche Unterschied zur Rahmenvereinbarung besteht im beidseitig verbindlichen Charakter des Rahmenvertrages. Als beidseitig verbindlicher Leistungsvertrag mit einer Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers zu festen Konditionen hat der Rahmenvertrag bereits alle für den Abschluss des Vertrages erforderlichen Festlegungen zu enthalten. Der Rahmenvertrag ist im System des BVergG als Auftrag im Sinne der §§ 5 bis 7 zu qualifizieren und nach den allgemeinen vergaberechtlichen Regeln für Aufträge zu vergeben. Eine der Besonderheiten ist, dass der Umfang der Gesamtleistung und/oder der Erfüllungszeitpunkt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht fixiert sind. Kommt es jedoch zu einem Bedarf an den im Rahmenvertrag fixierten Leistungen, hat der Auftraggeber sämtliche vom Rahmenvertrag erfassten Leistungen ausschließlich vom Vertragspartner des Rahmenvertrages zu den im Rahmenvertrag vereinbarten Konditionen zu beziehen. Aufgrund der Ausgestaltung des Rahmenvertrages ergeben sich ua. auch folgende Konsequenzen: im Rahmenvertrag müssen nicht die Abrufzeitpunkte festgelegt sein; auch müssen die Volumina der abgerufenen Leistung für die einzelnen Abrufzeitpunkte nicht im

Vorhinein fixiert werden; bei Rahmenverträgen können daher in der Regel für die Positionen eines Leistungsverzeichnisses keine exakten Mengenangaben gemacht werden.

Zu § 5 (Bauaufträge):

§ 5 umschreibt die dem Anwendungsbereich des BVergG 2017 unterliegenden Bauaufträge entsprechend Art. 2 Abs. 1 Z 5 bis 7 der RL 2014/24/EU (bzw. Art. 2 Z 1 bis 3 der RL 2014/25/EU).

In Anlehnung an die Diktion der RL verwendet § 5 neben dem Begriff „Bauauftrag" die Begriffe „Bauvorhaben", „Bauwerk" und „Bauleistung" (zur Besonderheit der deutschen Sprachfassung vgl. Rs C-451/08, *Helmut Müller*, Rz 34ff). Das „Bauwerk" ist nach seiner Definition (Art. 2 Abs. 1 Z 7 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 2 Z 3 der RL 2014/25/EU) das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll und daher die Herstellung eines (funktionsfähigen) Ganzen (zB ein Gebäude, eine Straße, ein Bauabschnitt einer Straße, eine Brücke) umfasst, das bis zur letzten Ausbau- und Installationsphase vollendet ist (vgl. dazu Rs C-16/98, C-220/05). Die zur Herstellung dieses Ganzen erforderlichen Leistungen sind die Bauleistungen. Demgegenüber ist der Begriff des „Bauvorhabens" der umfassendere, der neben der Erstellung eines Bauwerkes auch andere Bauleistungen erfasst. So stellen etwa Revitalisierungen von Gebäuden, Umbauten, Instandsetzungen und Reparaturen Bauvorhaben, nicht aber Bauwerke dar. Somit ist jede Erstellung eines Bauwerkes ein Bauvorhaben, aber nicht jedes Bauvorhaben identisch mit der Erstellung eines Bauwerkes.

EG 8 der RL 2014/24/EU hält dazu fest: „*Ein Auftrag sollte nur dann als öffentlicher Bauauftrag gelten, wenn er speziell die Ausführung der in Anhang II aufgeführten Tätigkeiten zum Gegenstand hat, und zwar auch dann, wenn er sich auf andere Leistungen erstreckt, die für die Ausführung dieser Tätigkeiten erforderlich sind. Öffentliche Dienstleistungsaufträge, insbesondere im Bereich der Grundstücksverwaltung, können unter bestimmten Umständen Bauleistungen umfassen. Sofern diese Bauleistungen jedoch nur Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptgegenstand des Vertrags darstellen und eine mögliche Folge oder eine Ergänzung des letzteren sind, rechtfertigt die Tatsache, dass der Vertrag diese Bauleistungen umfasst, nicht eine Einstufung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags als öffentlicher Bauauftrag. Angesichts der für die öffentlichen Bauaufträge kennzeichnenden Vielfalt der Aufgaben sollten die öffentlichen Auftraggeber jedoch sowohl die getrennte als auch die gemeinsame Vergabe von Aufträgen für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen vorsehen können. Diese Richtlinie bezweckt nicht, eine gemeinsame oder eine getrennte Vergabe vorzuschreiben.*"

Die (nationale) Bezeichnung oder Qualifikation eines Vertragsverhältnisses ist unbeachtlich. Ob ein „Bauauftrag" vorliegt (oder nicht) ist allein nach unionsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (vgl. etwa C-399/98, C-536/07 und C-213/13). Sofern objektiv feststellbar ist, dass das Ziel eines Vertrages (somit dessen Hauptgegenstand) letztlich die Realisierung eines Bauvorhabens bzw. eines Bauwerkes oder die Erbringung von Bauleistungen ist, handelt es sich um einen Bauauftrag (vgl. dazu § 8 Abs. 1 und die stRspr des EuGH, siehe etwa Rs C-536/07, C-213/13). Ob dieses Ziel letztendlich durch Subunternehmer und nicht durch den Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers realisiert wird, ist irrelevant (vgl. C-220/05, C-451/08).

Mit der „Erbringung einer Bauleistung durch Dritte" sind die Bauträger-, Mietkauf- oder Leasingverträge angesprochen, bei denen der öffentliche Auftraggeber nicht selbst baut, sondern für seine Zwecke (und nach seinen Vorgaben) bauen lässt. Dies ist der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung bzw. des zu errichtenden Gebäudes zu nehmen (vgl. C-451/08, C-213/13). EG 9 führt dazu aus: „*Die Realisierung eines Bauvorhabens gemäß den von einem öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen setzt voraus, dass der betreffende Auftraggeber Maßnahmen zur Definition der Art des Vorhabens getroffen oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf dessen Planung gehabt haben muss. Ob der Auftragnehmer das Bauvorhaben ganz oder zum Teil mit eigenen Mitteln durchführt oder dessen Durchführung mit anderen Mitteln sicherstellt, sollte nichts an der Einstufung des Auftrags als Bauauftrag ändern, solange der Auftragnehmer eine direkte oder indirekte rechtswirksame Verpflichtung zur Gewährleistung der Erbringung der Bauleistungen übernimmt.*"

Zu § 6 (Lieferaufträge):

Die Definition setzt Art. 2 Abs. 1 Z 5 iVm Z 8 der RL 2014/24/EU und Art. 2 Z 1 iVm Z 4 der RL 2014/25/EU um. Zum Begriff der „Waren" wird auf die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes verwiesen (vgl. dazu etwa Rs C-7/68, C-215/87; zur Abgrenzung zum Begriff der Dienstleistung siehe ua. Rs C-155/73). Strom ist daher eine Ware im Sinne von § 6 (vgl. Rs C-393/92 und C-158/94). Wie der EuGH festgestellt hat, bezieht sich diese Definition auf Geschäfte wie beispielsweise Kauf und Miete, die weiter nicht spezifizierte „Waren" betreffen, ohne dass danach unterschieden würde, ob die fraglichen Waren standardmäßig oder für den Einzelfall, dh. nach den konkreten Wünschen und Bedürfnissen des

Kunden, hergestellt wurden. Der Warenbegriff, auf den die RL und das BVergG abstellen, schließt daher auch ein Anfertigungsverfahren ein, unabhängig davon, ob die betreffende Ware den Verbrauchern bereits in fertigem Zustand zur Verfügung gestellt oder nach deren Anforderungen hergestellt worden ist (vgl. C-300/07). Ein Eigentumsübergang ist ebenfalls keine notwendige Voraussetzung dafür, dass ein Lieferauftrag vorliegt (vgl. dazu insbesondere die Einbeziehung von Miete, wie auch die Judikatur zB C-272/91).

Zu § 7 (Dienstleistungsaufträge):

Die Definition setzt Art. 2 Abs. 1 Z 5 iVm Z 9 der RL 2014/24/EU und Art. 2 Z 1 iVm Z 5 der RL 2014/25/EU um. Durch die Formulierung soll in Anlehnung an die Definitionen der RL deutlich zum Ausdruck gebracht werden, dass der Dienstleistungsauftragsbegriff gegenüber dem Bauauftrags- und Lieferauftragsbegriff subsidiär ist und ihm somit eine Auffangfunktion zukommt. Zum Begriff der Dienstleistung ist auf das Unionsrecht und insbesondere auf die Judikatur des Gerichtshofes zu verweisen (vgl. Art. 57 AEUV und etwa Rs C-155/73, C-279/80, C-352/85, C-113/89, C-275/92, C-109/92, C-159/90 und C-384/93).

Zu § 8 (Abgrenzungsregelungen):

§ 8 setzt Art. 3 Abs. 2 der RL 2014/24/EU um (bzw. Art. 5 Abs. 2 der RL 2014/25/EU). Er regelt die Frage des anwendbaren Regelungsregimes beim Zusammentreffen von verschiedenen Leistungsarten (Bau-, Liefer- und Dienstleistungen) im Fall eines „gemischten Auftrages".

Abs. 1 regelt den Fall eines gemischten Auftrages, der neben Bauleistungen auch andere Auftragsarten umfasst. In diesem Fall bestimmt sich das Regime des Vergabeverfahrens nach dem Hauptgegenstand des Auftrages. Dieser ist nach den vom EuGH (siehe etwa Rs C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional SA*, C-411/00, *Felix Swoboda*, C-412/04, *Kommission gegen Italien*, verbundene Rs C-145/08 und C-149/08, *Loutraki*, C-215/09, *Mehiläinen Oy*, C-306/08, *Kommission gegen Spanien*, C-536/07, *Kommission gegen Deutschland*, C-220/05, *Jean Auroux*, und C-213/13, *Impresa Pizzarotti*) entwickelten Grundsätzen zu bestimmen: der Hauptgegenstand ist im Rahmen einer objektiven Prüfung des Gesamtvorhabens zu bestimmen, auf das sich das gegenständliche Vergabeverfahren bezieht. Dabei ist auf die wesentlichen, vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den Leistungsgegenstand als solche prägen, und nicht auf die Verpflichtungen bloß untergeordneter oder ergänzender Art, die zwingend aus dem eigentlichen Leistungsgegenstand folgen. Der jeweilige Wert der dabei erbrachten Einzelleistungen ist insoweit nur ein Kriterium unter anderen, die bei der Ermittlung des Hauptgegenstandes zu berücksichtigen sind.

Abs. 2 enthält eine Ausnahme zur Regel des Abs. 1: im Falle eines gemischten Auftrages, der nur Lieferungen und Dienstleistungen umfasst, bestimmt sich der Hauptgegenstand allein nach dem wertmäßigen Überwiegensprinzip.

Das wertmäßige Überwiegensprinzip gilt nach Abs. 3 auch im Fall des Zusammentreffens von „besonderen Dienstleistungen" (vgl. dazu Anhang XVI sowie die §§ 151 und 152 bzw. 312 und 313) mit anderen Dienstleistungen. In diesem Zusammenhang ist auf die Entscheidung des EuGH, Rs C-411/00, hinzuweisen, in der der Gerichtshof ausdrücklich festgehalten hat, dass bei einem einheitlichen Leistungsgegenstand, der sowohl prioritäre wie auch nicht prioritäre (nunmehr: „besondere" und „andere") Dienstleistungen umfasst, ein Auftrag nicht getrennt vergeben werden muss, nur um zu erreichen, dass die prioritären („anderen") Dienstleistungen unter Anwendung aller Vorgaben der Richtlinien vergeben werden. Übersteigt daher bei einem gemischten Auftrag der Wert der besonderen Dienstleistungen denjenigen der anderen Dienstleistungen, so können auch letztere, sofern nicht Dienstleistungen unterschiedlicher Art in sachlich nicht gerechtfertigter oder gar willkürlicher Weise zusammengefasst wurden, unter Einhaltung der eingeschränkten Vorgaben gemäß den Vorschriften für besondere Dienstleistungsaufträge vergeben werden.

Zu den §§ 9 und 10 (Ausnahmen vom Geltungsbereich):

Allgemein zu den §§ 9 und 10:

Festzuhalten ist, dass im Lichte der ständigen Judikatur des EuGH (vgl. etwa Rs C-318/94, *Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland*, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rs C-275/08, *Kommission gegen Deutschland*, Rs C-615/10, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, Rs C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, Rs C-553/15, *Undis Servizi*) alle Ausnahmevorschriften jedenfalls eng und im Einklang mit dem Unionsrecht auszulegen sind; die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf die Bestimmung berufen will. Ausnahmetatbestände, welche die Anwendung des Unionsrechts ausschließen, sind insbesondere vor dem Hintergrund der dadurch bewirkten Einschränkung der Grundfreiheiten eng auszulegen. Der Ausschluss unionsrechtlicher Verpflichtungen muss daher durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt und geeignet sein, das gewünschte Ergebnis herbeizuführen,

sowie die gelindeste Maßnahme im Hinblick auf die Zielerreichung darstellen. Die in § 9 und 10 enthaltenen Ausnahmetatbestände sind taxativ (sie können daher auch – ausgenommen durch die Judikatur des EuGH – nicht ergänzt werden; vgl. dazu etwa Rs C-107/98, *Teckal*, C-412/04, *Kommission gegen Italien*) und nicht analogiefähig (vgl. etwa Rs C-340/04, *Carbotermo*).

Zu § 9 (Ausgenommene Vergabeverfahren):

Zu Z 1: Z 1 setzt Art. 15 Abs. 1 der RL 2014/24/EU um. Ziel der Ausnahmebestimmungen ist, dass Aufträge im Anwendungsbereich des BVergGVS nicht (auch) dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegen und dass vom BVergGVS ausgenommene Aufträge nicht (wieder) unter das Regime des BVergG fallen. Allgemein ist noch festzuhalten, dass jene in Anhang IV genannten Güter, die zugleich auch Militärgüter oder sensible Ausrüstung im Sinne des BVergGVS sind (vgl. dazu die Definitionen dieser Begriffe in § 3 Z 25 und 30 iVm Anhang I des BVergGVS), dem Regime des BVergGVS unterliegen.

Zu Z 2: Z 2 nimmt Vergaben gemäß dem BVergGKonz 2017 vom Anwendungsbereich des BVergG aus. Diese Ausnahme wird zur Klarstellung in das Gesetz aufgenommen.

Zu Z 3: Z 3 setzt Art. 15 Abs. 2 erster UAbs. der RL 2014/24/EU um. Der Begriff der „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ ist Art. 346 AEUV entlehnt und daher im Einklang mit diesem auszulegen: erfasst wird damit sowohl die äußere wie auch die innere Sicherheit, er ist aber enger als der Begriff der „öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit“ (vgl. etwa Art. 36 AEUV). Es muss sich daher um den Schutz von Sicherheitsinteressen handeln, die auf den Bestand oder das Funktionieren der Republik Österreich fundamentale Auswirkungen haben. Rein oder überwiegend wirtschaftspolitische Interessen fallen jedenfalls nicht darunter, das sicherheitspolitische Element muss jedenfalls im Vordergrund stehen.

Dieser Ausnahmetatbestand kann nur als ultima ratio in Anspruch genommen werden; die Nicht-Anwendung des BVergG muss somit der einzig mögliche Weg sein, den Schutz der fraglichen Interessen zu gewährleisten. Stehen hingegen gelindere Mittel als die Nicht-Anwendung des Gesetzes zur Verfügung (etwa die Durchführung eines zweistufigen Verfahrens mit besonderem Selektionsprozess), so kann dieser Ausnahmetatbestand nicht zum Tragen kommen (vgl. dazu Rs C-615/10, C-284/05). Auf die Beweislastregel (siehe oben die allgemeinen Ausführungen zu den §§ 9 und 10) ist zu verweisen. Eine bloß pauschale oder nicht näher begründete Berufung auf derartige Sicherheitsinteressen ist für die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung unzureichend (vgl. dazu Rs C-615/10, C-284/05).

Anders als Art. 346 AEUV bezieht sich Z 3 nicht auf bestimmte Waren (Kriegsmaterial; vgl. dazu die Liste vom 15. April 1958, siehe Anhang I Teil A des BVergGVS 2012) und den Handel damit. Der Gerichtshof hat aufgrund des „begrenzten Charakters“ des Art. 346 AEUV eine extensive Auslegung dieser Bestimmung abgelehnt (vgl. Rs C-414/97 zur Vorgängerregelung des Art. 296 EGV). Z 3 ist auf alle Verfahren zur Beschaffung von Leistungen („Vergabeverfahren“, vgl. dazu § 1 Z 1) anwendbar, daher auch auf alle Typen von Aufträgen (Bau-, Liefer- und Dienstleistungen).

Die Ausnahmebestimmung der Z 3 ist grundsätzlich nicht notwendig, da bereits das Primärrecht diese Verfahren vom Vergaberegime der Union ausnimmt. Sie wurde nur „zur Sicherheit“ in die VergabeRL aufgenommen.

Zu Z 4: Z 4 setzt Art. 15 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU um. Wie der Klammerausdruck verdeutlicht, wiederholt er den Ausnahmetatbestand des Art. 346 Abs. 1 lit. a AEUV; er ist daher auch im Einklang mit diesem auszulegen. Zum Begriff „Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen“ vgl. die Ausführungen zu Z 3. Z 4 stellt eine weitere Schutzklausel zugunsten der wesentlichen Sicherheitsinteressen des Mitgliedstaates (dh. der Republik Österreich) dar. Hinzuweisen ist auch auf die Abgrenzung zu Z 1: Z 4 kann nur dann in Betracht kommen, wenn das BVergG überhaupt anwendbar sein kann. Sind somit klassifizierte Informationen in die Durchführung des Vergabeverfahrens einbezogen (vgl. dazu die §§ 1 und 3 Z 39 BVergGVS sowie die Ausführungen in 1513 BlgNR XXIV. GP 24/25) so sind, vorbehaltlich der Regelung des § 3, die Regelungen des BVergGVS relevant.

Z 4 ist auf alle Verfahren zur Beschaffung von Leistungen („Vergabeverfahren“, vgl. dazu § 1 Z 1) anwendbar, daher auch auf alle Typen von Aufträgen (Bau-, Liefer- und Dienstleistungen). Bei der Ausübung des Ermessens („nach Auffassung“; in der Diktion des Art. 346 Abs. 1 lit. a: „seines Erachtens“) kommt dem betroffenen Auftraggeber zwar ein gewisser Spielraum zu (vgl. dazu Rs C-252/01), dieser ist aber nicht unbeschränkt (vgl. Rs C-337/05, C-157/06). Der Auftraggeber muss somit darlegen können, dass die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung erforderlich ist, um die wesentlichen Sicherheitsinteressen der Republik Österreich (arg. „ihren“) zu wahren, die anderenfalls durch die Preisgabe von Informationen in einem Vergabeverfahren gemäß dem Gesetz gefährdet werden würden. Auch im Fall der Z 4 ist zu prüfen, ob dem Bedürfnis, diese wesentlichen Interessen zu wahren, nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens (somit durch gelindere Mittel als die Nicht-Anwendung des

Gesetzes, zB durch die Teilnahmevoraussetzung einer Sicherheitsüberprüfung; Anforderungen zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen) Genüge getan werden könnte. Dieses Erfordernis (Anwendung der Z 4 als ultima ratio; anders als in Z 3 ist dies in der RL und im Gesetz nicht explizit vorgesehen) ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. Rs C-615/10, C-284/05).

Ebenso wie die Ausnahmebestimmung der Z 3 ist auch die Ausnahme gemäß Z 4 grundsätzlich nicht notwendig, da bereits das Primärrecht diese Verfahren vom Vergaberegime der Union ausnimmt. Sie wurde nur „zur Sicherheit“ in die VergabeRL aufgenommen.

Zu Z 5: Z 5 setzt Art. 15 Abs. 3 der RL 2014/24/EU um. Den Hintergrund für diese Ausnahmevorschrift bildet die Überlegung, dass bestimmte Vergabeverfahren und deren Durchführung so sensibel sein können, dass bereits allein aufgrund einer Bekanntmachung geheimhaltungsbedürftige Informationen preisgegeben würden. Anders als die Vorgängerregelung (vgl. Art. 14 RL 2004/18/EG) stellt die RL 2014/24/EU (und demzufolge auch das BVergG) klar, dass sowohl die Durchführung des Vergabeverfahrens als auch (kumulativ) die Ausführung eines daraus resultierenden Vertrages für geheim erklärt werden müssen bzw. beide Phasen besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert. Hinsichtlich der Vergabeverfahren deren Ausführung besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert, ist darauf zu achten, dass es sich um außergewöhnliche (arg. „besondere“) und spezifische, für die konkrete Leistungserbringung notwendige Begleitmaßnahmen handeln muss. Die Erklärung eines Vergabeverfahrens für geheim bzw. das Erfordernis der besonderen Sicherheitsmaßnahmen muss aufgrund von bundes- oder landesgesetzlichen Vorschriften erfolgen bzw. bestehen. Es versteht sich von selbst, dass die damit angesprochenen nationalen Regelungen mit dem AEUV konform sein müssen (nicht konforme Bestimmungen treten in ihrer Anwendung kraft des Anwendungsvorranges des Unionsrechtes zurück und können damit auch keine Basis für die Anwendung der Z 5 bilden). Die Erklärung eines konkreten Verfahrens als „geheim“ bzw. das Vorschreiben von besonderen Sicherheitsmaßnahmen kann entweder unmittelbar durch ein Gesetz selbst erfolgen („Maßnahmengesetz“) oder durch einen Bescheid aufgrund dieses Gesetzes. Ein Gesetz kann daher in abstrakter Weise jene Voraussetzungen festlegen, unter denen ein Vergabeverfahren für geheim erklärt werden kann bzw. Sicherheitsmaßnahmen (vom Auftraggeber) als erforderlich angesehen oder behördlich vorgeschrieben werden können. Die Vollzugszuständigkeit (wer erklärt ein Vergabeverfahren für geheim, wer schreibt Sicherheitsmaßnahmen vor) und das Verfahren (etwa zur „Geheimerklärung“) ist ebenfalls im Gesetz festzulegen. Kumulativ tritt hinzu, dass die zuständige Behörde (welche das ist, ergibt sich aus den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen, siehe oben) mit Bescheid feststellen muss, dass die betreffenden Interessen durch weniger einschneidende Maßnahmen als die Nicht-Anwendung des BVergG nicht geschützt werden können. Daraus folgt, dass die Behörde im Rahmen der Erlassung des Feststellungsbescheides eine Interessenabwägung durchzuführen hat und zum Ergebnis kommen muss, dass die Nicht-Anwendung des BVergG das gelindeste (einzige) zum Ziel führende Mittel darstellt. Beispiele für gelindere Mittel zum Schutz der betreffenden Interessen sind etwa Sicherheitsüberprüfungen (vgl. dazu etwa die Regelungen des SPG bzw. des Info-SiG), Verlässlichkeitsüberprüfungen, besondere Sicherheitskontrollen, Anforderungen an den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen (Security of Information) u.a.m. Die nach Z 5 Schlussteil geforderte Feststellung durch die zuständige Behörde ist in jener Konstellation von besonderer Bedeutung, in der keine Vorschreibung von besonderen Maßnahmen durch Gesetz oder behördlichen Akt erfolgt, sondern das Vorliegen des ersten Tatbestandselementes (Erfordernis von besonderen Sicherheitsmaßnahmen) auf der Basis gesetzlich fixierter Kriterien durch „Selbsteinschätzung“ eines Auftraggebers erfolgt.

Ebenso wie bei Z 4 kann Z 5 nur dann in Betracht kommen, wenn das BVergG überhaupt anwendbar sein kann. Sind somit klassifizierte Informationen in die Durchführung des Vergabeverfahrens involviert (vgl. dazu die §§ 1 und 3 Z 39 BVergGVS sowie die Ausführungen in 1513 BlgNR XXIV. GP 24/25) so sind, vorbehaltlich der Regelung des § 3, die Regelungen des BVergGVS relevant. Angesichts der Ausnahmen gemäß Z 1, 3 und 4 und der Regelung der RL 2009/81/EG (dh. des BVergGVS) wurde diese Bestimmung nur „zur Sicherheit“ in die Vergabe-RL aufgenommen.

Allgemein zu Z 6 und 7: Z 6 setzt Art. 9 Abs. 1 der RL 2014/24/EU, Z 7 Art. 17 Abs. 1 erster UAbs. leg. cit. um. Zur Notifikationspflicht im Kontext der Z 6 und 7 wird auf § 9 Abs. 2 verwiesen. Die Ausnahmeregelungen dienen der Vermeidung von völkerrechtlichen Konflikten: unterliegt ein Vergabeverfahren aufgrund des Völkerrechts anderen Regelungen, so sollen weder die RL noch das BVergG auf dieses anwendbar sein. Dies setzt jedoch voraus, dass entsprechende Vergabeverfahrensregelungen (in den betreffenden völkerrechtlichen Instrumenten) existieren und dass deren Einhaltung aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen verbindlich ist. Klarzustellen ist auch, dass weder die RL noch das BVergG auf Vergabeverfahren von internationalen Organisationen, die in Österreich ihren Sitz haben, Anwendung finden (vgl. dazu auch EG 22 der RL 2014/24/EU).

Zu Z 6: Die vom Auftraggeber verpflichtend einzuhaltenden (anderen) Vergaberegelungen müssen gemäß lit. a auf verbindlichen völkerrechtlichen Rechtsinstrumenten (Übereinkommen oder Verträgen) beruhen. Diese Abkommen müssen mit dem AEUV im Einklang stehen, dh. mit den aus dem AEUV erfließenden Verpflichtungen der Republik Österreich vereinbar sein (vgl. dazu auch Art. 351 AEUV). Vertragspartner müssen zumindest die Republik Österreich (Bund) einerseits und einer oder mehrere Drittstaaten andererseits sein. Dies schließt nicht aus, dass auch andere Mitgliedstaaten der Union Vertragsparteien dieses Abkommens sind (vgl. dazu den telos der Bestimmung und den Wortlaut der RL der dies nicht ausschließt). Sofern dies aufgrund der jeweiligen nationalen Rechtslage zulässig ist, könnten auch Abkommen mit (regionalen) Untergliederungen eines Drittstaates in den Anwendungsbereich der Z 6 fallen. Drittstaat im Sinne der Z 6 kann nur ein Staat sein, mit dem die Union oder ihre Mitgliedstaaten kein Abkommen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens abgeschlossen haben. Die Z 6 erfasst etwa auch bilaterale Entwicklungshilfe-Abkommen im Sinne des Entwicklungshilfegesetzes, BGBl. Nr. 474/1974, idgF.

Die andere Konstellation ist, dass die verpflichtenden (anderen) Vergaberegelungen durch eine internationale Organisation festgelegt wurden, wobei als „internationale Organisation“ im konkreten Kontext nur zwischenstaatliche internationale Organisationen (Intergovernmental Organizations – IGO) in Betracht kommen. Die Anwendung dieser Ausnahme setzt voraus, dass einerseits der Auftraggeber Mitglied dieser internationalen Organisation ist und andererseits, dass der Auftraggeber das Vergabeverfahren in eigenem Namen und auf eigene Rechnung durchführt (gleichwohl dies im Interesse der internationalen Organisation geschieht). Handelt der dem BVergG unterliegende Auftraggeber als „vergebende Stelle“ der internationalen Organisation, dann ist Z 6 nicht anwendbar, da das BVergG – ausgenommen im Fall des § 4 Abs. 3 – nicht anwendbar ist.

Zu Z 7: Z 7 stellt die zu Z 6 parallele Ausnahmeregelung im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich für jene Vergabeverfahren dar, die nicht der RL 2009/81/EG bzw. dem BVergGVS 2012 unterliegen. Das heißt, dass die betreffenden Verfahren einen Konnex zu diesen Bereichen aufweisen müssen, den der Auftraggeber darzulegen in der Lage sein muss.

Zum ersten Tatbestand ist auf die Ausführungen zu Z 6 lit. a zu verweisen. Anders als im Fall der Z 6 lit. a ist im Fall der Z 7 lit. a die Ausnahme aber auch anwendbar, wenn „Vereinbarungen“ die Grundlage von anderen Vergaberegelungen bilden. „Vereinbarungen“ bezeichnen nach der Terminologie des unionsrechtlichen Vergaberechts (vgl. dazu etwa Art. 12 lit. a der RL 2009/81/EG) im Gegensatz zu „Übereinkünften“ internationale (völkerrechtliche) Instrumente, die – streng für sich genommen – keine wechselseitigen Verpflichtungen der Vertragsparteien beinhalten. In diese Kategorie fallen insbesondere „Memoranda of Understanding“ (MoU‘s), die ein gemeinsames Verständnis der unterzeichnenden Parteien dokumentieren und eine gemeinsame Vorgangsweise der Parteien in Aussicht nehmen (wobei beide Seiten von einer Selbstverpflichtung der Einhaltung der vereinbarten Vorgangsweise ausgehen). Diese MoU’s sind im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich sehr gebräuchlich.

Z 7 lit. b betrifft jene Situation, dass aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen im Kontext eines Truppenaufenthaltes in Österreich (zB Militärmanöver im Rahmen der NATO Partnerschaft für den Frieden – PfP) ein Auftraggeber besondere Vergabeverfahren anwenden muss, die einen bestimmten Unternehmer betreffen (zB BMLVS hat einen bestimmten Unternehmer als Lieferant von bestimmten Lebensmitteln für an einem Manöver in Österreich teilnehmende Truppen zu beauftragen). Ferner ist darauf hinzuweisen, dass in Anlehnung an das Truppenaufenthaltsgesetz – TrAufG, BGBl. I Nr. 57/2001, nicht von der „Stationierung“ (wie in Art. 17 Abs. 1 lit. b der RL 2014/24/EU) gesprochen wird, sondern vom Aufenthalt von Truppen. In diesem Zusammenhang ist ferner auf das Verbot der Errichtung militärischer Stützpunkte fremder Staaten auf dem Gebiet der Republik Österreich hinzuweisen (Art. I Abs. 2 BVG Neutralität, BGBl. Nr. 211/1955).

Z 7 lit. c enthält die zu Z 6 lit. b analoge Regelung für den Verteidigungs- und Sicherheitsbereich; auf die entsprechenden Ausführungen wird verwiesen.

Zu Z 8: Z 8 setzt unter einem die Bestimmungen von Art. 9 Abs. 2 und Art. 17 Abs. 2 der RL 2014/24/EU um. Auch hierbei handelt es sich um eine völkerrechtliche Kollisionsnorm (vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen zu Z 6 und 7), allerdings speziell im Kontext von international finanzierten Vorhaben: in vielen Fällen verlangen im Falle einer Kreditgewährung internationale Finanzierungseinrichtungen (zB Multilaterale Entwicklungsbanken) bzw. internationale (Finanz)Organisationen die Einhaltung spezifischer (im Regelfall ihrer eigens entwickelten) Vergabeverfahren (vgl. dazu etwa „New World Bank Procurement Framework“ für ab dem 1. Juli 2016 von der Weltbank finanzierte Projekte). Die Ausnahme erfasst – lege non distinguente – sowohl Vergabeverfahren mit als auch ohne Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte.

Zu Z 9: Z 9 setzt die Bestimmung des Art. 10 lit. d der RL 2014/24/EU um und nimmt bestimmte von Rechtsanwälten und Notaren erbrachte rechtliche Dienstleistungen vom Anwendungsbereich des Gesetzes aus. Dies betrifft einerseits die Vertretung eines öffentlichen Auftraggebers als Mandant in den in lit. a genannten Verfahren. Auftragnehmer muss ein „Rechtsanwalt“ sein, bei dem es sich um den in der RL 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. Nr. L 78 vom 26.3.1977 S. 17, umschriebenen Personenkreis handeln muss (siehe dazu Art. 1 Abs. 2 leg. cit. und vgl. dazu ferner die Rechtsanwaltsordnung – RAO, RGBl. Nr. 96/1868, und das Bundesgesetz über den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassung von europäischen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten sowie die Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch international tätige Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Österreich – EIRAG, BGBl. I Nr. 27/2000). Es ist nicht erforderlich, dass der Rechtsanwalt in Österreich seinen Sitz hat oder hier tätig ist. Daher ist auch die Beauftragung von Rechtsanwälten im Gebiet des EWR (vgl. etwa die Vertretung der Republik Österreich vor deutschen Gerichten im Rahmen der Prozesse betreffend die Hypo-Alpe-Abwicklungsanstalt Heta) von der Ausnahmeregelung erfasst. Obwohl die RL nur auf Rechtsanwälte „im Sinne der RL 77/249/EWG“ Bezug nimmt, werden darunter auch jene Personen in Drittstaaten zu subsumieren sein, die dem in der RL angeführten Personenkreis gleichzuhalten sind. Dies folgt aus der Überlegung, dass in Art. 10 lit. d sublit. i der RL 2014/24/EU nicht nur auf Verfahren vor Gerichten oder Behörden der Union Bezug genommen wird, sondern auch auf „internationale Schiedsgerichts- oder Schlichtungsinstanzen“ sowie „Gerichtsverfahren vor Gerichten oder Behörden eines Drittstaates“. Deshalb fällt auch die Beauftragung von „vor Gerichten, Behörden oder Schiedsgerichts- oder Schlichtungsinstanzen vertretungsbefugten Personen“ in Drittstaaten unter die Ausnahme (vgl. etwa die Beauftragung von US-Anwälten im Rahmen von Restitutionsprozessen vor amerikanischen Gerichten). Unter „gerichtlichen oder behördlichen Verfahren“ (vgl. “judicial proceedings before the courts, tribunals or public authorities“) sind Verfahren vor allen Gerichtstypen (in Österreich: ordentliche Gerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts) und allen staatlichen Behörden in den EWR-Vertragsparteien und in Drittstaaten zu verstehen (zB Internationaler Gerichtshof – IGH; Internationale Ad-hoc Strafgerichtshöfe, EuGH, EuG usw.).

Z 9 lit. b nimmt bestimmte Rechtsberatungsdienstleistungen durch einen Rechtsanwalt vom Anwendungsbereich des Gesetzes aus. Diese – restriktiv auszulegende – Bestimmung bezieht sich auf Beratungsleistungen in unmittelbarem Zusammenhang zu einem in lit. a genannten Verfahren oder im Vorfeld einer absehbaren anwaltlichen Vertretung erbrachte Beratungsleistungen. Für letzteren Fall müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen und eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sich die drohende Gefahr eines Verfahrens gemäß lit. a tatsächlich realisiert. Dies wäre etwa der Fall, wenn dem öffentlichen Auftraggeber bekannt geworden ist, dass er (zivilrechtlich) verklagt werden soll, die Klage ihm aber noch nicht zugestellt worden ist. Abstrakte Behauptungen, wonach bei bestimmten Vorgängen, Handlungen oder Verfahren typischer Weise und mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einem behördlichen oder gerichtlichen Verfahren zu rechnen sei (zB mit einem Vergabekontrollverfahren), rechtfertigen mangels konkreter Anhaltspunkte daher nicht die Anwendung dieser Ausnahmevorschrift. Da es sich im zweiten Fall um eine ex ante Beurteilung des Auftraggebers handelt, ist eine hinreichende Dokumentation der konkreten Umstände erforderlich (vgl. dazu auch Abs. 2).

Im Zusammenhang mit den gemäß Z 9 lit. c genannten Beglaubigungs- und Beurkundungsdienstleistungen ist hervorzuheben, dass diesbezüglich eine gesetzliche Verpflichtung bestehen muss, Notare zu beauftragen (vgl. dazu etwa die in § 120 Abs. 1 Aktiengesetz – AktG, BGBl. I Nr. 114/1997 vorgesehene Beurkundungspflicht durch Notare; zur unionsrechtlichen Zulässigkeit eines gesetzlichen Vorbehaltes einer bestimmten Beglaubigungsdienstleistung zugunsten von Notaren vgl. EuGH Rs C-342/15, *Piringer*). Als Notare sind jene, einschlägig in nationalen Gesetzen bezeichnete Personen anzusehen, die insbesondere bestimmte Rechtsberatungsleistungen und Dienstleistungen der Anfertigung und Beglaubigung von rechtlichen Dokumenten erbringen und die aufgrund der jeweiligen nationalen Rechtslage eine besondere Verbindung zur Ausübung öffentlicher Befugnisse aufweisen (vgl. für Österreich § 1 der Notariatsordnung – NO, RGBl. Nr. 75/1871). Gleichwohl ist aber auch festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Tätigkeiten eines Notars nicht per se von der Niederlassungsfreiheit ausgenommen sind (vgl. zuletzt etwa Rs C-392/15, *Kommission gegen Ungarn*, mit weiteren Hinweisen auf die Vorjudikatur; zur österreichischen Situation vgl. Rs C-53/08), insbesondere ist die Beurkundungstätigkeit von Notaren als solche nicht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV mit einer unmittelbaren und spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden (vgl. Rs C-47/08, *Kommission gegen Belgien*).

Z 9 lit. d betrifft neben Rechtsdienstleistungen, die von Treuhändern („trustees“) oder bestellten Vormündern („appointed guardians“) erbracht werden, auch sonstige Rechtsdienstleistungen, die unter Aufsicht eines Gerichtes („court or tribunal“) durch Personen erbracht werden, die entweder durch das

Gericht („court or tribunal“) selbst bestellt werden (zB Bestellung eines Masseverwalters für einen öffentlichen Auftraggeber) oder die unmittelbar durch Gesetz bestimmt werden. Hintergrund dieser Ausnahme ist, dass in beiden Fällen der öffentliche Auftraggeber nicht die Möglichkeit hat, den Rechtsdienstleister selbst zu bestimmen.

Zu Z 10: Z 10 setzt die Bestimmung des Art. 10 lit. a der RL 2014/24/EU um. Wie schon EG 24 der RL 2004/18/EG ausführte, weisen Dienstleistungsaufträge, die den Erwerb, die Miete oder die Pacht von unbeweglichem Vermögen oder Rechten daran betreffen, Merkmale auf, die die Anwendung der Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen unangemessen erscheinen lassen. Der Wortlaut der Z 10 stellt (anders als die RL) auf „Verträge“ und nicht auf Dienstleistungsaufträge ab: da Lieferaufträge bzw. Bauaufträge im Kontext der Z 10 (Kauf bzw. Anmietung bereits existierender Immobilien) ebenso wenig in Frage kommen wie ein „Dienstleistungsauftrag“ über den Erwerb (Kauf) derselben, besteht keine inhaltliche Abweichung zum Unionsrecht und es handelt sich um eine rein terminologische Präzisierung. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die „Anmietung“ oder das „Leasen“ noch nicht existierender, nach den Vorstellungen eines öffentlichen Auftraggebers erst zu errichtender Gebäude nicht unter diese Ausnahmebestimmung fällt, da derartige Vertragskonstruktionen als „Bauaufträge“ zu qualifizieren sind (vgl. dazu EuGH Rs C-451/08, *Helmut Müller*, Rs C-213/13, *Impresa Pizzarotti*; zur Unerheblichkeit der nationalen Bezeichnung eines Vertragsverhältnisses vgl. oben die Ausführungen zu § 5).

Zu Z 11: Z 11 setzt die Ausnahmeregelung des Art. 11 der RL 2014/24/EU um. Voraussetzung ist, dass es sich um einen Dienstleistungsauftrag sowie um ein Leistungsverhältnis zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern oder einem öffentlichen Auftraggeber (dies kann gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 auch ein Zusammenschluss von mehreren öffentlichen Auftraggebern sein) und einem öffentlichen Sektorenauftraggeber (siehe § 167) handelt und die konkrete Dienstleistung aufgrund eines ausschließlichen Rechtes (dh. eines Dienstleistungsmonopols) von einem öffentlichen Auftraggeber an einen bestimmten anderen öffentlichen Auftraggeber/öffentlichen Sektorenauftraggeber (als Auftragnehmer) vergeben werden muss. Dieses Exklusivrecht muss einerseits aufgrund publizierter („veröffentlichter“) Rechts- oder Verwaltungsvorschriften (Gesetz oder Verordnung) bestehen und andererseits unionsrechtskonform sein (vgl. dazu die Art. 101 ff AEUV, insbesondere Art. 106 AEUV; siehe ferner EuGH verbundene Rs C-25/14 und C-26/14, *UNIS*, Rs C-549/14, *Finn Frogne*). Klarzustellen ist, dass diese Ausnahmevorschrift auch im Fall einer „gemeinsamen Vergabe“ (vgl. dazu die §§ 11, 22, 180 und 195) anwendbar sein kann.

Zu Z 12: Z 12 setzt Art. 14 der RL 2014/25/EU um. Der Wortlaut dieser Ausnahme wurde gegenüber ihrer Vorgängerbestimmung (vgl. Art. 16 lit. f der RL 2004/18/EG) nunmehr positiv formuliert und bezieht sich ausschließlich auf die in Z 12 taxativ angeführten CPV-Codes (zB Experimentelle Entwicklung, Test und Bewertung). Aufträge über Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen (F&E-Dienstleistungen) fallen somit nur dann in den Anwendungsbereich des BVergG, wenn ihre Ergebnisse einerseits ausschließliches Eigentum des öffentlichen Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit sind und andererseits die Dienstleistungen vollständig durch den öffentlichen Auftraggeber vergütet werden. Z 12 bezieht, wie schon bisher, vor dem Hintergrund des Art. 179 Abs. 2 AEUV bestimmte Dienstleistungsaufträge im F&E-Bereich in den Anwendungsbereich des Gesetzes ein. Nicht erfasst werden demgegenüber F&E-Aufträge, die etwa im Bereich der Grundlagenforschung, aus allgemeinen politischen und wirtschaftlichen Zielsetzungen erfolgen und daher nicht konkret auftragsbezogen sind. Dies bedeutet, dass etwa Beiträge zur Finanzierung von F&E-Programmen („allgemeine Forschungsförderung“) nicht von Z 12 erfasst werden. Dadurch wird der zweckgerichtete Ansatz bei der Vergabe im Forschungs- und Entwicklungsbereich unterstrichen. Erfasst wird daher vom Gesetz die so genannte „Auftragsforschung“, das ist die Vergabe eines F&E-Dienstleistungsauftrages durch einen öffentlichen Auftraggeber, den dieser zur Erfüllung seiner ihm (zB gesetzlich) obliegenden Aufgaben benötigt oder benötigen kann. Zur Vermeidung von Umgehungskonstruktionen führt EG 35 zur Ausnahmebestimmung Folgendes aus: „*Die Kofinanzierung von Forschungs- und Entwicklungsprogrammen durch die Industrie sollte gefördert werden. Es sollte folglich klargestellt werden, dass diese Richtlinie nur anwendbar ist, wenn es keine solche Kofinanzierung gibt und wenn das Ergebnis der Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber zugutekommt. Damit sollte die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, dass der Dienstleistungserbringer, der diese Tätigkeiten durchgeführt hat, einen Bericht darüber veröffentlichen darf, solange der öffentliche Auftraggeber die alleinigen Rechte zum Gebrauch der Forschungs- und Entwicklungsergebnisse bei der Ausübung seiner Tätigkeit behält. Ein fiktiver Austausch der Forschungs- und Entwicklungsergebnisse oder eine rein symbolische Beteiligung an der Vergütung des Dienstleisters sollte jedoch nicht die Anwendung dieser Richtlinie verhindern.*“

Zu Z 13: Z 13 setzt Art. 10 lit. c der RL 2014/24/EU um. EG 24 der RL führt dazu aus: „*Es sei darauf hingewiesen, dass Schiedsgerichts- und Schlichtungsdienste und andere vergleichbare Formen alternativer Streitbeilegung normalerweise von Organisationen oder Personen übernommen werden, deren Bestellung oder Auswahl in einer Art und Weise erfolgt, die sich nicht nach Vergabevorschriften für öffentliche Aufträge richten kann. Es sollte klargestellt werden, dass diese Richtlinie nicht für Aufträge zur Erbringung solcher Dienstleistungen — ungeachtet ihrer Bezeichnung in den nationalen Rechtsvorschriften — gilt.*“

Zu Z 14 und 15: Diese Bestimmungen setzen Art. 10 lit. e und f der RL 2014/24/EU um (die rein sprachlichen Adaptionen vom Text der RL sind keine materiellen Abweichungen). Der einschlägige Ausnahmetatbestand wurde im Legislativpaket auf Drängen der Mitgliedstaaten neu gefasst und gegenüber den Vorgängerregelungen (vgl. etwa Art. 16 lit. d RL 2004/18/EG) substantiell erweitert. Einerseits werden nunmehr – ähnlich wie bisher – bestimmte Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit Wertpapieren und Finanzinstrumenten vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Der Begriff der „Wertpapiere“ und „Finanzinstrumente“ ist dabei unionsrechtlich im Sinne der RL 2004/39/EG auszulegen (vgl. dazu insbesondere Anhang I der zitierten RL). Ferner sind alle Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber, die von Zentralbanken erbracht werden sowie alle für öffentliche Auftraggeber von der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität und dem Europäischen Stabilitätsmechanismus durchgeführte Transaktionen („operations“) vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Darüber hinaus unterliegen gemäß Z 15 nunmehr alle Kredit- und Darlehensaufnahmen von öffentlichen Auftraggebern nicht mehr den Regelungen des Gesetzes. In diesem Zusammenhang führt EG 26 wie folgt aus: „*Es sei darauf hingewiesen, dass der Begriff „Finanzinstrumente“ im Sinne dieser Richtlinie dieselbe Bedeutung hat wie in anderen Rechtsakten über den Binnenmarkt; ferner sollte mit Blick auf die kürzlich erfolgte Schaffung der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität und des Europäischen Stabilitätsmechanismus festgehalten werden, dass mit dieser Fazilität und diesem Mechanismus durchgeführte Transaktionen aus dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden sollten. Schließlich sollte klargestellt werden, dass Darlehen oder Kredite, gleich ob sie mit der Ausgabe von Wertpapieren oder andere Finanzinstrumenten oder mit anderen diese betreffenden Transaktionen im Zusammenhang stehen oder nicht, aus dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden sollten.*“ Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass ebenso wie unter dem Regime der Vorgängerrichtlinie 2004/18/EG das sog. öffentliche Schuldenmanagement („public debt management“) weiterhin nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt (vgl. dazu die Einleitung von EG 27 der RL 2004/18/EG „*Entsprechend dem Übereinkommen gehören Instrumente der Geld-, Wechselkurs-, öffentlichen Kredit- oder Geldreservepolitik … nicht zu den finanziellen Dienstleistungen im Sinne der vorliegenden Richtlinie.*“ und Art. II Abs. 3 c) des GPA idF des Änderungsprotokolls).

Zu Z 16: Z 16 setzt Art. 10 lit. g der RL 2014/24/EU um und ist inhaltlich unverändert.

Zu Z 17: Z 17 setzt Art. 10 lit. h der RL 2014/24/EU um. Es handelt sich um eine Ausnahme für bestimmte in Z 17 taxativ anhand des CPV-Codes aufgezählte Dienstleitungen, die von nicht gewinnorientierten Organisationen erbracht werden müssen. Hinzuweisen ist auf folgende sprachliche Abweichung: die deutsche Fassung der RL bezieht sich auf „gemeinnützige“ Organisationen. Es handelt sich dabei jedoch um eine Fehlübersetzung (vgl. englisch „non-profit“, französisch „associations à but non lucratif“ bzw. italienisch „organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro“). Im Übrigen wäre auch eine Auslegung im Sinne des innerstaatlichen Gemeinnützigkeitsbegriffes (vgl. etwa die §§ 34 ff der BAO) verfehlt, weshalb sich der Wortlaut der Z 17 diesbezüglich an der originalen englischen Sprachfassung orientiert. Zur Auslegung der Begriffe Katastrophenschutz, Zivilschutz und Gefahrenabwehr („civil defence, civil protection and danger prevention“) wird etwa auf Art. 1 Abs. 2 bzw. Art. 4 des Beschlusses Nr. 1313/2013/EU über ein Katastrophenschutzverfahren der Union, ABl. Nr. L 347 vom 20.12.2013 S. 924, und die Entscheidung 2007/779/EG, Euratom des Rates über ein Gemeinschaftsverfahren für den Katastrophenschutz, ABl. Nr. L 314 vom 01.12.2007 S. 9, verwiesen. Klarzustellen ist aber, dass es keine Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung ist, dass eine Katastrophe usw. tatsächlich vorliegt (arg. „im Bereich“ bzw. „civil defence, civil protection, and danger prevention services that are provided by…“). Das Konzept der „nicht gewinnorientierten Organisationen und Vereinigungen” ist unionsrechtlich auszulegen: darunter wird man Rechtsträger verstehen können deren Ziel – im Gegensatz zum Zweck eines gewerblichen Unternehmens – nicht darauf ausgerichtet ist, durch die Erbringung ihrer Leistungen Gewinne zu erzielen (dies schließt aber zB nicht aus, dass solche Rechtsträger ihr Geschäftsjahr mit einem positiven Saldo abschließen denn sonst könnten sie nicht Rücklagen für die Finanzierung oder Verbesserung ihrer Leistungen bilden). Darüber hinaus ist auch festzuhalten, dass derartige Organisationen und Vereinigungen oftmals gemeinnützige Zwecke verfolgen und freiwillige Mitarbeiter bei der Leistungserbringung einsetzen (vgl. zu diesen

„Freiwilligenorganisationen“ und den für sie geltenden unionsrechtlichen Rahmenbedingungen Rs C-50/14, *CASTA*).

Des Weiteren ist auf einen Fehler in den derzeitigen Erläuterungen zum CPV hinzuweisen: Flugrettungsdienstleistungen sollen gemäß den Ausführungen zu CPV-Klasse 6373 („Support services for air transport“) unter die CPV-Klasse „7524“ fallen. Es handelt sich hierbei wie auch die Kommission bestätigte um einen Fehlverweis; der korrekte Verweis lautet „7525“. Rettungsdienstleistungen gemäß CPV-Code 75252000-7 umfassen daher alle Rettungsdienstleistungen unabhängig der Transportmodalität. Zur Qualifikation der Rettungsdienstleistungen wird auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH verwiesen (vgl. Rs C-76/97, *Tögel*, und C-50/14, *CASTA*). Der CPV-Code 85143000-3 „Einsatz von Krankenwagen/ambulance services“ umfasst gemäß den Erläuterungen zum CPV „*Ambulance services which consist of general and specialised medical services delivered in the ambulance*“. Darunter fallen zeitkritische Rettungsleistungen (zB Transport von Schwerverletzten nach Unfällen in ein Krankenhaus), der Transport von Personen, die einer durchgehenden sanitätsdienstlichen oder ärztlichen Betreuung während des Transportes bedürfen und der Transport von Personen, der aus gesundheitlichen Gründen nur in qualifizierter Weise (zB liegend oder im Krankensessel) erfolgen kann, dabei eine sanitätsdienstliche Betreuung während des Transportes erforderlich ist und diese Art des Transportes nicht in sonstiger regulärer Weise (zB mit PKW oder Taxi) durchgeführt werden kann. Von der Ausnahme der Dienstleistungen gemäß CPV-Code 85143000-3 nicht erfasst sind lediglich reine Krankentransporte (Krankenbeförderung) durch Krankenwagen die sohin in den Anwendungsbereich des BVergG fallen. Diese Transportdienstleistungen unterliegen als „Landtransportdienstleistungen“ (vgl. dazu die Gruppe „601“ des CPV) dem regulären (Voll-)Regime des BVergG. Sofern der Einsatz von Krankenwagen nicht vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen ist (insbesondere weil keine nicht gewinnorientierten Organisationen oder Vereinigungen beauftragt werden sollen oder können), sind derartige Dienstleistungen als besondere Dienstleistungsaufträge gemäß dem Regime des § 151 zu vergeben (vgl. dazu auch die Anhänge XVI und XVII).

EG 28 der RL 2014/24/EU führt zur Ausnahmebestimmung der Z 17 aus: „*Diese Richtlinie sollte nicht für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Notfalldienste gelten, da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten. Diese Ausnahme sollte allerdings nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden. Es sollte daher ausdrücklich festgelegt werden, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung nicht ausgenommen sein sollte. In diesem Zusammenhang muss im Übrigen deutlich gemacht werden, dass die CPV-Gruppe 601 „Landverkehr“ nicht den Einsatz von Krankenwagen beinhaltet, der unter die CPV-Klasse 8514 fällt. Es sollte daher klargestellt werden, dass für unter den CPV-Code 8514 30 00-3 fallende Dienstleistungen, die ausschließlich im Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung bestehen, die Sonderregelung gelten soll. Folglich würden auch gemischte Aufträge für Dienste von Krankenwagen generell unter die Sonderregelung fallen, falls der Wert des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung höher wäre als der Wert anderer Rettungsdienste.*“

Zu Z 18: Z 18 setzt Art. 10 lit. i der RL 2014/14/EU um. Diese Ausnahmebestimmung dient, wie auch EG 27 der RL 2014/24/EU betont, der Abgrenzung der Regelungsbereiche zwischen der RL 2014/24/EU und 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, ABl. Nr. L 315 vom 03.12.2007 S. 1 idF der Verordnung 2016/2338, ABl Nr. L 354 vom 23.12.2016 S. 22 („PSO-VO“). Im Gegensatz zum bisherigen Regelungsansatz (vgl. dazu die Erläuterungen in 327 BlgNR XXIV. GP 9/10) sind nunmehr alle Personenverkehrsdienstleistungsaufträge im Schienenbereich und per U-Bahn vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen. Busdienstleistungen und Personenverkehrsdienstleistungen per Straßenbahn unterliegen hingegen weiterhin dem Gesetz (vgl. dazu auch Art. 5 Abs. 1 der PSO-VO).

Zu Z 19: Die Ausnahmebestimmung der Z 19 gründet nicht in einer expliziten Ausnahmebestimmung im Normtext der RL 2014/24/EU (in der sie offenkundig vergessen wurde) sondern folgt aus folgenden Überlegungen: Art. 1 Abs. 6 der RL 2014/25/EU (vgl. dazu § 178 Z 19) sieht vor, dass der „*Anwendungsbereich dieser Richtlinie … keine nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* [umfasst]“. Ebenso formuliert EG 6 zweiter UAbs. letzter Satz der RL 2014/24/EU: „*Es sollte klargestellt werden, dass nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen sollten.*“ Zur Klarstellung wird daher in § 9 eine entsprechende Ausnahme eingefügt. Zur Auslegung des Begriffes nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wird insbesondere auf das Dokument der EK vom 29.4.2013, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und

den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD(2013) 53 final/2, und die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. Nr. C 8 vom 11.1.2012 S. 4, verwiesen. In diesen Dokumenten unterstreicht die Kommission, dass die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse von den rechtlichen, politischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat abhängt und deswegen stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich ist. Aus diesem Grund hat die Kommission es bislang abgelehnt, eine Liste jener Tätigkeiten zu erstellen, die grundsätzlich nie wirtschaftlicher Natur sind. Sie hat in Anlehnung an die Judikatur des EuGH in den erwähnten Dokumenten jedoch bestimmte Tätigkeitsfelder identifiziert, in denen derartige Tätigkeiten bzw. Dienstleistungen anzutreffen sind. Darunter fallen jene Bereiche, in denen der Staat als „öffentliche Hand“ oder Behörden in „ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt“ handeln, der Bereich der „sozialen Sicherheit“, der „Gesundheitsfürsorge“ und des öffentlichen Bildungswesens.

So hat der EuGH in seinem Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK Bundesverband ua.*, darauf hingewiesen, dass im Bereich der sozialen Sicherheit bestimmte Einrichtungen, die mit der Verwaltung gesetzlicher Kranken- und Rentenversicherungssysteme betraut sind, einen rein sozialen Zweck verfolgen und keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Dies sei der Fall bei Krankenkassen, die nur die Gesetze anwenden und keine Möglichkeit haben, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfanges Einfluss zu nehmen. Denn ihre auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruhende Tätigkeit werde ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt, und die Leistungen werden von Gesetzes wegen und unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht (vgl. dazu auch Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*). Das in diesem Kontext erwähnte Solidaritätsverhältnis bestand darin, dass ein Ausgleich zwischen den Kassen stattfand, um die finanziellen Unterschiede auszugleichen, die sich aus dem unterschiedlichen Umfang der versicherten Risiken ergeben (Risikostrukturausgleich): so trugen die Krankenkassen, die die kostengünstigsten Risiken versicherten, zur Finanzierung der Krankenkassen bei, die die kostenträchtigeren Risiken versicherten. In anderen Situationen hat der Gerichtshof Leistungen von Einrichtungen, die gesetzliche Systeme der sozialen Sicherheit verwalten, hingegen als wirtschaftliche Tätigkeiten qualifiziert (vgl. Rs C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance ua.*, und Rs C-67/96, *Albany*).

Vor diesem Hintergrund könnten daher Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung (wie zB Kur- und Rehableistungen) vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen sein.

Zu Z 20: Z 20 setzt Art. 10 lit. b der RL 2014/24/EU um. Wie schon bisher wird nicht darauf abgestellt, ob Sendematerial (zB ein Programm) von einer Rundfunkanstalt gekauft wird, sondern ob das Sendematerial für die Ausstrahlung durch eine Rundfunkanstalt bestimmt ist. Die Begriffe „audiovisuelle Mediendienste“ und „Anbieter von Mediendiensten“ sind gemäß Art. 10 lit. b der RL 2014/24/EU im Sinne der Definitionen dieser Begriffe in Art. 1 Abs. 1 lit. a bzw. d der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste – AVMD-RL), ABl. Nr. L 95 vom 15.04.2010 S. 1, auszulegen (vgl. dazu für Österreich die entsprechenden Begriffsbestimmungen in § 2 des Bundesgesetzes über audiovisuelle Mediendienste [Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz – AMD-G], BGBl. I Nr. 84/2001, und in § 1a des Bundesgesetzes über den Österreichischen Rundfunk [ORF-Gesetz, ORF-G], BGBl. Nr. 379/1984). Der Begriff „Sendung“ hat dieselbe Bedeutung wie in Art. 1 Abs. 1 lit. b der AVMD-RL, umfasst jedoch gemäß Art. 10 lit. b der RL 2014/24/EU zusätzlich Hörfunksendungen und Hörfunk-Sendematerial. Ferner hat der Begriff „Sendematerial“ für die Zwecke der Z 20 dieselbe Bedeutung wie „Sendung“. EG 23 der RL 2014/24/EU führt dazu aus: „*Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über bestimmte audiovisuelle und Hörfunkmediendienste durch Mediendiensteanbieter sollten besondere kulturelle und gesellschaftspolitische Erwägungen berücksichtigt werden können, die die Anwendung von Vergabevorschriften unangemessen erscheinen lassen. Aus diesen Gründen sollte eine Ausnahme für die von den Mediendiensteanbietern selbst vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträge vorgesehen werden, die den Ankauf, die Entwicklung, die Produktion oder die Koproduktion von sendefertigem Material sowie andere Vorbereitungsdienste zum Gegenstand haben, wie z. B. Dienste im Zusammenhang mit den für die Produktion von Sendungen erforderlichen Drehbüchern oder künstlerischen Leistungen. Es sollte ferner klargestellt werden, dass diese Ausnahme gleichermaßen für Rundfunk-Mediendienste wie für Abruf (on-demand) -dienste (nichtlineare Dienste) gelten sollte. Diese Ausnahme sollte jedoch nicht für die Bereitstellung des für die Produktion, die Koproduktion und die Ausstrahlung dieser*

Sendungen erforderlichen technischen Materials gelten.“ Zur Qualifikation des ORF als öffentlicher Auftraggeber vgl. VwGH vom 23. November 2016, Ra 2016/04/0021 (mit weiteren Nachweisen der Rspr des VwGH und des EuGH).

Zu Z 21: Die Regelung ergeht in Umsetzung des Art. 37 Abs. 2 erster UAbs. der RL 2014/24/EU. Sie nimmt die Beschaffungen von Liefer- oder Dienstleistungen von einer zentralen Beschaffungsstelle im Wege des sog. „Großhändlermodells“ (vgl. § 2 Z 48 lit. a) vom Anwendungsbereich des Gesetzes aus. Zur Definition der „zentralen Beschaffungsstelle“ vgl. § 2 Z 47. Im Bereich der „klassischen“ Auftragsvergabe ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es sich gemäß Z 21 zwingend um eine zentrale Beschaffungsstelle handeln muss, die selbst öffentlicher Auftraggeber ist und demzufolge bei der Entfaltung ihrer zentralen Beschaffungstätigkeit die Regelungen für öffentliche Auftraggeber (insbesondere daher die RL 2014/24/EU) einhalten muss. Der Wortlaut stellt klar, dass die Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen von einer zentralen Beschaffungsstelle nur dann vom BVergG ausgenommen ist, wenn diese Waren oder Dienstleistungen von der zentralen Beschaffungsstelle spezifisch zum Zweck des „Weiterverkaufs“ an andere Auftraggeber (öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber) beschafft wurden (und damit eine zentrale Beschaffungstätigkeit entfaltet wurde). Wie schon bisher ist unter den gleichen Bedingungen auch der Erwerb von Liefer- oder Dienstleistungen von „ausländischen“ (EU/EWR) zentralen Beschaffungsstellen im Sinne der RL 2014/24/EU von der Ausnahme erfasst (vgl. dazu auch die weiteren Regelungen in § 11 Abs. 2). In diesem Fall müssen sich öffentliche Auftraggeber lediglich vergewissern, dass es sich tatsächlich um eine zentrale Beschaffungsstelle handelt.

Zu Z 22: Z 22 setzt die Regelung des Art. 39 Abs. 4 zweiter UAbs. erster Satz der RL 2014/24/EU um. Es handelt sich hierbei um jene Ausnahmebestimmung, die eine gemeinsame grenzüberschreitende Beschaffung ermöglichen soll (vgl. dazu auch § 11). Sie deckt dabei jene Konstellationen einer gemeinsamen Beschaffung ab, in der ein „inländischer“ öffentlicher Auftraggeber von einem nicht in Österreich ansässigen öffentlichen Auftraggeber (siehe dazu den Verweis auf Art. 2 Abs. 1 Z 1 der RL 2014/24/EU) ein „gemeinsames Vergabeverfahren“ durchführen lässt – sei es in Form eines gemeinsamen Zusammenwirkens (§ 11 Abs. 1) oder in Form einer gemeinsam gegründeten Tochter (§ 11 Abs. 3) – und der „ausländische Partner“ das Vergabeverfahren (wenn auch „für“ alle anderen an der gemeinsamen Beschaffung beteiligten öffentlichen Auftraggeber) durch Zuschlag beendet. In diesem Fall ist der nicht in Österreich ansässige öffentliche Auftraggeber auch alleiniger Adressat allfälliger diesbezüglicher Rechtsschutzverfahren. Führt der Auftraggeber bzw. die gemeinsam gegründete „Tochter“ in den Fällen des § 11 Abs. 1 und 3 das Vergabeverfahren in eigenem Namen durch (dh. „cross border“ Beschaffung in Form eines „lead agent“, der selbst kauft zum Zweck des teilweisen Weiterverkaufs an den/die ausländischen Partner) – wäre, falls es sich bei diesem „ausländischen“ öffentlichen Auftraggeber nicht auch zugleich um eine zentrale Beschaffungsstelle handeln sollte, ein Erwerb der von ihm beschafften Leistungen durch die anderen in die gemeinsame Beschaffung involvierten öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich nicht ohne Durchführung eines Vergabeverfahren möglich. Z 22 schafft in diesem Kontext die Möglichkeit, von der Durchführung eines weiteren Vergabeverfahrens Abstand zu nehmen. Voraussetzung ist jedoch, dass die Anforderungen des § 11 Abs. 1, 3 und 4 erfüllt sind, insbesondere dass die an der gemeinsamen Beschaffung teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber eindeutig festgelegt sind und dass der „ausländische“ Partner den Zuschlag erteilt hat. Zu betonen ist ferner, dass eine rein innerstaatliche gemeinsame Beschaffung (vgl. dazu § 22) nicht in den Anwendungsbereich der Z 22 fällt.

Zu Z 23: Z 23 setzt die Regelung des Art. 37 Abs. 4 der RL 2014/24/EU um. Es handelt sich um das Pendant zur Regelung der Z 21 für den Fall des „Vollmachts- bzw. Vermittlermodells“ (vgl. dazu § 2 Z 48 lit. b), nämlich um die Freistellung der Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle (die ein öffentlicher Auftraggeber sein muss) mit dem Dienstleistungsauftrag, zentrale Beschaffungstätigkeiten – gegebenenfalls gekoppelt mit Nebenbeschaffungstätigkeiten – für den beauftragenden öffentlichen Auftraggeber zu entfalten. Die Beauftragung allein mit der Erbringung von Nebenbeschaffungstätigkeiten fällt hingegen nicht unter die Ausnahme der Z 23. EG 70 der RL 2014/24/EU führt in diesem Zusammenhang aus: „*Öffentlichen Auftraggebern sollte es gestattet sein, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag über die Ausübung zentralisierter Beschaffungstätigkeiten an eine zentrale Beschaffungsstelle ohne Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren zu vergeben. Ferner sollte es gestattet sein, dass derartige öffentliche Dienstleistungsaufträge auch die Ausübung von Nebenbeschaffungstätigkeiten umfassen. Öffentliche Dienstleistungsaufträge für die Ausübung von Nebenbeschaffungstätigkeiten sollten, wenn sie nicht durch eine zentrale Beschaffungsstelle im Zusammenhang mit deren Ausübung zentraler Beschaffungstätigkeiten für den betreffenden öffentlichen Auftraggeber ausgeführt werden, im Einklang mit dieser Richtlinie vergeben werden. Es sei ebenfalls daran erinnert, dass diese Richtlinie nicht gelten sollte, wenn zentrale Beschaffungstätigkeiten oder*

Nebenbeschaffungstätigkeiten auf andere Weise als durch einen entgeltlichen Vertrag ausgeführt werden, der eine Beschaffung im Sinne dieser Richtlinie darstellt.“ Wie schon bisher ist unter den gleichen Bedingungen sowohl die Beauftragung „inländischer“ wie auch „ausländischer“ (EU/EWR) zentraler Beschaffungsstellen mit den oben genannten Dienstleistungen von der Ausnahme erfasst.

Zu Z 24: Z 24 setzt die Ausnahmebestimmung des Art. 10 lit. j der RL 2014/24/EU um und nimmt bestimmte, taxativ aufgezählte Dienstleistungsaufträge im Kontext von Wahlkampagnen vom Anwendungsbereich des Gesetzes aus. EG 29 der RL 2014/24/EU führt dazu aus: „*Es sei darauf hingewiesen, dass diese Richtlinie nur für öffentliche Auftraggeber der Mitgliedstaaten gilt. Daher fallen politische Parteien im Allgemeinen nicht unter ihre Bestimmungen, da es sich bei ihnen nicht um öffentliche Auftraggeber handelt. In einigen Mitgliedstaaten könnten politische Parteien jedoch unter den Begriff „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ fallen. Bestimmte Dienstleistungen (etwa die Herstellung von Werbe- und Videofilmen) sind jedoch, wenn sie im Rahmen einer Wahlkampagne erbracht werden, so untrennbar mit den politischen Ansichten der Dienstleister verknüpft, dass deren Auswahl normalerweise in einer Art und Weise erfolgt, die sich nicht nach Vergabevorschriften für öffentliche Aufträge richten kann. Schließlich sei darauf hingewiesen, dass für die Satzung und die Finanzierung der europäischen politischen Parteien und der europäischen politischen Stiftungen andere als die in dieser Richtlinie festgelegten Regelungen gelten.*“ Zum Begriff der „politischen Parteien“ vgl. für Österreich die Definition in § 1 Abs. 2 Parteiengesetz 2012, BGBl. I Nr. 56/2012. Diese Ausnahme gilt nur für bestimmte „im Rahmen von (Wahl)Kampagnen“ erbrachte Dienstleistungen, dh. es muss ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Kampagne und der zu erbringenden Dienstleistung bestehen, Dienstleistungen im Rahmen von allgemeinen Informationskampagnen fallen nicht darunter.

Zu Z 25: Z 25 setzt Art. 8 der RL 2014/24/EU um. Sie übernimmt inhaltlich unverändert die Ausnahmeregelung des Art. 13 der RL 2004/18/EG (vgl. dazu wiederum EG 21 der zitierten RL und Art. 8 der RL 93/38/EWG). Hintergrund dieser Ausnahmebestimmung ist die Liberalisierung des Telekommunikationssektors. Damit Vergaben im ehemaligen Sektorenbereich nicht in das klassische Vergaberegime einbezogen werden, wurde diese Ausnahme in die RL aufgenommen. Zu betonen ist jedoch, dass Z 25 nur jene Vergaben erfasst, deren Ziel darin besteht, einem öffentlichen Auftraggeber bestimmte Tätigkeiten im (ehemaligen) Telekommunikationssektor zu ermöglichen. Zur Auslegung des Begriffes „hauptsächlich“ ist auf die Rechtsprechung des EuGH zum „Hauptgegenstand eines Auftrages“ zu verweisen (vgl. dazu die Ausführungen zu § 3 Abs. 1). Zur Auslegung der Begriffe „öffentliches Kommunikationsnetz“ und „elektronischer Kommunikationsdienst“ verweist Art. 8 der RL 2014/24/EU auf die Definitionen in der RL 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. Nr. L 108 vom 24.4.2002 S. 33. In Z 25 wird auf die entsprechenden innerstaatlichen Umsetzungsakte verwiesen. Die Ausnahme erfasst somit insbesondere Vergabeverfahren, die einem öffentlichen Auftraggeber dazu dienen, ein elektronisches Kommunikationsnetz zu errichten oder zu betreiben, das ganz oder überwiegend der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste dient, die die Übertragung von Informationen zwischen Netzabschlusspunkten ermöglichen.

Zu Z 26: Z 26 setzt die zweite Hälfte der Regelung des Art. 7 der RL 2014/24/EU um. Hintergrund dieser Ausnahme ist, dass die in Z 26 lit. a bis d genannten Tätigkeiten ehemalige Tätigkeiten im Postsektor darstellen (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. c der RL 2004/17/EG). Während der Verhandlungen zum RL-Paket 2014 wurde der Anwendungsbereich der SektorenRL im Postsektor jedoch signifikant reduziert (vgl. dazu § 173). Die Ausnahmeregelung wurde daher geschaffen, damit diese ehemaligen Sektorenvergaben nicht in den Anwendungsbereich der klassischen Auftragsvergabe fallen. Lit. a erfasst gemäß der RL die abgesicherte Übermittlung von verschlüsselten Dokumenten mit elektronischen Mitteln, Adressenverwaltungsdiensten und die Übermittlung von registrierten E-Mail-Sendungen.

Zu Z 27: Z 27 stellt die erforderliche Parallelregelung zu § 365 dar. § 365 legt fest, unter welchen Umständen Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit zulässig bzw. unzulässig sind (vgl. dazu die Ausführungen zu § 365). Aufgrund des Systems der RL (und demzufolge auch des BVergG) folgt, dass das Verfahren zur Änderung eines Vertrages grundsätzlich ein Vergabeverfahren darstellt. Die RL sieht in diesem Zusammenhang etwa auch nicht die Zulässigkeit der Durchführung eines Sonderverfahrens vor (zB eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer). Damit systemkonform dieses nach den RL formlosen Verfahren (das mit einer Direktvergabe an einen Unternehmer vergleichbar ist) nicht zwangsläufig einem im BVergG vorgesehenen Verfahrenstypus zugeordnet wird, wird eine Ausnahmebestimmung für zulässige Vertragsänderungen im Sinne des § 365 vorgesehen. Die Direktvergabe (vgl. § 46) kann nicht für anwendbar erklärt werden, da diese nur im Unterschwellenbereich zulässig ist und andere Anwendungsvoraussetzungen als § 365 vorsieht. Hinsichtlich des unionsrechtlich zwingend vorzusehenden Rechtsschutzes ist folgendes auszuführen: Wie im Kontext jeder anderen

Ausnahmebestimmung des Gesetzes auch, können Unternehmer deren (behauptete) unzulässige Inanspruchnahme ex ante und ex post bekämpfen. Den Maßstab für die Beurteilung der zulässigen unwesentlichen bzw. unzulässigen wesentlichen Änderung laufender Verträge bzw. Rahmenvereinbarungen bildet § 365 bzw. die einschlägige Judikatur des EuGH.

Zu Abs. 2: Einerseits statuiert Abs. 2 eine spezifische Dokumentationspflicht des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich der Anwendung der in Abs. 1 genannten Ausnahmebestimmungen (vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen zu den §§ 9 und 10 und zur Beweislast in diesem Kontext), andererseits werden die in Art. 9 Abs. 1 letzter UA bzw. Art. 17 Abs. 1 letzter UA enthaltenen Berichtspflichten an die Kommission umgesetzt.

Zu § 10 (Ausgenommene öffentlich-öffentliche Verhältnisse):

§ 10 setzt Art. 12 der RL 2014/24/EU um. Diese Ausnahmebestimmung kodifiziert teilweise die Rechtsprechung des EuGH zur sog. „in-house"-Vergabe (vgl. dazu die Rechtsprechungslinie beginnend mit der Rs C-107/98, *Teckal*, und in weiterer Folge insbesondere die Rs C-26/03, C-231/03, C-458/03, C-29/04, C-340/04, C-295/05, C-337/05, C-371/05, C-220/06, C-454/06, C-324/07, C-573/07, C-182/11 und C-183/11, C-574/12, C-15/13, C-568/13, C-51/15 und C-553/15) und zur „öffentlich-öffentlichen Kooperation" (vgl. dazu die Rechtsprechungslinie beginnend mit Rs C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, und in weiterer Folge insbesondere C-159/11, C-386/11, C-564/11, C-352/12 und C-15/13), die nach der Judikatur nicht nur Ausnahmen zum Sekundärrecht sondern auch zum Primärrecht darstellen. Die Neuregelungen in der RL (und damit auch im BVergG) greifen diese Rechtsprechung auf und erweitern sie teilweise (vgl. dazu etwa Abs. 1 Z 2). Zu betonen ist auch hier, dass die Auslegung des § 10 strikt der (auch zukünftigen) Judikatur des EuGH zu folgen hat. Der Begriff „Rechtsträger" erfasst im vorliegenden Kontext alle juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechtes (vgl. Art. 12 Abs. 1 der RL). Ob die Voraussetzungen für die Ausnahmen gemäß Abs. 1 bis 3 vorliegen, ist zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe oder des Abschlusses der Kooperation zu prüfen und die Voraussetzungen müssen bis zur vollständigen Abwicklung des Auftrages oder der Kooperation erfüllt sein (vgl. C-29/04, *Kommission gegen Österreich*).

Abs. 1 Z 1 enthält die Ausnahme zur „in-house"-Situation, wobei die Kriterien kumulativ zu erfüllen sind. Lit. a iVm dem letzten UAbs. der Z 1 regelt das „Kontrollkriterium" im Sinne der „Parking Brixen"-Formel: dem Auftraggeber muss es möglich sein, sowohl auf die strategischen Ziele wie auch auf alle wichtigen Entscheidungen des von ihm kontrollierten Rechtsträgers einen „ausschlaggebenden" Einfluss ausüben zu können, dh. er muss dessen Verhalten alleine determinieren können. Dem Erfordernis einer umfassenden Kontrolle wird nicht entsprochen, falls sich der Einfluss nur auf einen Teil des Tätigkeitsbereiches eines Rechtsträgers bezieht (vgl. dazu etwa Rs C-15/13, *Technische Universität Hamburg*). Obwohl die RL (und Z 1 lit. a) von „ausübt" spricht, kommt es nicht darauf an, dass er diesen Einfluss in einer konkreten Situation auch tatsächlich geltend macht (etwa in Form einer Gesellschafterweisung); „lediglich" im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles (rechtlicher und faktischer Art) muss festgestellt werden können, dass der „hinter dem Rechtsträger stehende öffentliche Auftraggeber" diesen auch tatsächlich beherrscht. Es muss sich, so der EuGH, um eine „strukturelle", „funktionelle" und „wirksame" (effektive) Kontrolle handeln (vgl. dazu etwa Rs C-15/13, *Technische Universität Hamburg*). Ob diese Art der geforderten Kontrolle tatsächlich möglich ist, hängt nicht zuletzt auch von der Rechtsform des betreffenden Rechtsträgers ab. In Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH wird explizit klargestellt, dass diese Kontrolle auch mittelbar (über mehrere „Beherrschungsglieder") ausgeübt werden kann (Indizien dafür können etwa die Identität der leitenden Organe sein), es ist gleichwohl zu betonen, dass die qualifizierte Kontrollmöglichkeit grundsätzlich schwächer wird, je mehr zwischengeschaltete Rechtsträger involviert sind.

Lit. b regelt das sog. „Kontrollkriterium" und legt jene Umsatzschwelle fest (vgl. dazu auch Abs. 4), ab der ein in-house-Verhältnis möglich ist. Zu betonen ist, dass es „mehr" als 80% der Tätigkeiten sein müssen (vgl. dazu auch Rs C-340/04, *Carbotermo*), denn ab dieser Schwelle ist davon auszugehen, dass im Sine der Rechtsprechung der kontrollierte Rechtsträger seine Tätigkeit im Wesentlichen für den ihn beherrschenden öffentlichen Auftraggeber verrichtet und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang alle Tätigkeiten, die der Rechtsträger als Auftragnehmer im Rahmen einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, ohne dass die Person des Begünstigten – sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der Leistungen – von Bedeutung wäre. Es kommt nicht darauf an, wer den betreffenden Rechtsträger vergütet: dies können der ihn kontrollierende öffentliche Auftraggeber oder Dritte als Nutzer der Leistungen sein. Es spielt in diesem Kontext gemäß der Judikatur auch keine Rolle, in welchem Gebiet die genannten Leistungen erbracht werden. Hervorzuheben ist, dass die Bewertung sich nicht nur auf jene Tätigkeiten erstreckt, mit denen der Rechtsträger von dem ihn beherrschenden öffentlichen Auftraggeber betraut wurde sondern auch auf jene Tätigkeiten, die an andere, von demselben öffentlichen Auftraggeber im Sinne der lit. a kontrollierte

Rechtsträger erbracht werden (zB „Schwestergesellschaften“ oder andere Rechtsträger im „öffentlichen in-house Konzern“). Wie auch im Fall der lit. a handelt es sich um eine Einzelfallbetrachtung. Im Übrigen wird auf die Ausführungen zu Abs. 4 verwiesen.

Lit. c enthält ein von der bisherigen Rechtsprechung abweichendes Kriterium. Während der EuGH in der Rs C-26/03, *Stadt Halle*, noch kategorisch jedwede private Kapitalbeteiligung im Rahmen eines in-house-Verhältnisses ausschloss, etabliert lit. c nunmehr eine eng begrenzte Ausnahme von dieser Regel: es muss sich einerseits um eine unionsrechtskonforme gesetzlich vorgesehene und zwingende Form der privaten Kapitalbeteiligung am Rechtsträger handeln (zB Zwangsmitgliedschaft in einem Verband), die andererseits die ausschlaggebende Kontrolle des beherrschenden öffentlichen Auftraggebers (siehe dazu lit. a) nicht in Frage stellen darf. Von einer „direkten privaten Kapitalbeteiligung“ im Sinne des BVergG und der RL ist auszugehen, wenn eine natürliche oder juristische Person Anteilseigner bzw. Gesellschafter eines Rechtsträgers ist und es sich bei diesem Anteilseigner oder Gesellschafter nicht um einen öffentlichen Auftraggeber handelt. Auf eine bestimmte gesellschafts- oder vermögensrechtliche Verbindung kommt es dabei nicht an. Deswegen sind auch stille Gesellschafter darunter zu subsumieren. Sind mehrere Private an einem Rechtsträger beteiligt, so sind deren Kapitalbeteiligungen bzw. Anteile zusammenzurechnen und der „öffentlichen Beteiligung“ im Rahmen einer Gesamtbetrachtung gegenüberzustellen. Eine (im Sinne der lit. c nicht relevante) indirekte private Kapitalbeteiligung liegt hingegen etwa dann vor, wenn Private nur mittelbar an einem Rechtsträger beteiligt sind; dies wäre etwa der Fall, wenn eine Einrichtung des öffentlichen Rechts (mit privater Minderheitsbeteiligung) als öffentlicher Auftraggeber ausschließlicher Anteilsinhaber an einem anderen Rechtsträger ist.

Abs. 1 Z 2 enthält zwei neue Ausnahmetatbestände: lit. a regelt die sog. „umgekehrte“ („reverse“ oder „bottom-up“) – in-house-Vergabe und lit. b die in-house – Schwestervergabe.

Im Fall der lit. a kann ein in-house-Rechtsträger gemäß Abs. 1 Z 1, der zugleich öffentlicher Auftraggeber sein muss, Aufträge an den ihn kontrollierenden Auftraggeber (dh. an seine „Mutter“) vergeben, ohne die Bestimmungen des BVergG beachten zu müssen. Zu betonen ist, dass es in dieser Konstellation unerheblich ist, ob am Auftragnehmer (das ist der kontrollierende öffentliche Auftraggeber als „Mutter“) eine private Kapitalbeteiligung besteht oder nicht. Aus der Definition der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ (§ 4 Abs. 1 Z 2) folgt, dass eine minderheitliche private Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer in diesem Fall möglich und zulässig ist. Des Weiteren ist auch darauf hinzuweisen, dass im Fall der lit. a kein „minimales Umsatzerfordernis“ vorgesehen ist, sodass auch einmalige ad hoc-Vergaben von dieser Ausnahme profitieren können. Aus der klaren Formulierung des Gesetzes und der RL (bewusste Verwendung des Singular: „an den ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber“) geht hervor, dass diese Ausnahme ausschließlich in einem Verhältnis gemäß Z 1 (ein öffentlicher Auftraggeber kontrolliert einen Rechtsträger), keinesfalls jedoch in einer Situation gemäß Z 3 („Coditel“-Situation: mehrere öffentliche Auftraggeber kontrollieren gemeinsam einen Rechtsträger) anwendbar ist.

Der Fall der lit. b nimmt die Vergabe eines in-house-Rechtsträgers gemäß Abs. 1 Z 1 an eine „in-house-Schwestergesellschaft derselben Mutter“ vom Anwendungsbereich des BVergG aus. Obwohl lit. b nur Bezug nimmt auf einen anderen von dem ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber „kontrollierten“ Rechtsträger ist es aufgrund der Systematik und der Entstehungsgeschichte der zugrunde liegenden Richtlinienbestimmung unzweifelhaft, dass die „Schwestergesellschaft“ von der gemeinsamen „Mutter“ nicht bloß kontrolliert werden muss, sondern dass es sich um eine weitere in-house-Tochter dieser Mutter handeln muss, die alle Voraussetzungen des Abs. 1 Z 1 erfüllt. Alle involvierten Rechtsträger (Mutter und Töchter) müssen somit einen öffentlichen in-house-Verbund bilden (welcher in einer funktionalen Betrachtung nicht am Markt agiert). Am Auftragnehmer (dh. an der „Schwester“) darf grundsätzlich keine private Kapitalbeteiligung bestehen mit Ausnahme unionsrechtskonformer gesetzlich vorgesehener und zwingender Formen direkter privater Kapitalbeteiligung (vgl. dazu die Ausführungen zu Abs. 1 Z 1 lit. c). Durch die Formulierung des BVergG und der RL wird jedoch nicht nur der Fall einer Beauftragung zwischen zwei „Schwestern“ derselben „Mutter“ abgedeckt, sondern etwa auch der Fall der Beauftragung zwischen einer „Tochter“ und einer „Enkelin“ desselben (beide in-house beherrschenden) öffentlichen Auftraggebers (arg. „*Auftrag … an eine andere von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrollierte juristische Person*“ in Art. 12 Abs. 2 der RL). In diesem Fall ist jedoch sicherzustellen, dass ein in-house-Verhältnis sowohl zwischen „Enkelin“ und „Großmutter“ wie auch zwischen „Mutter“ und „Tochter“ besteht.

Abs. 1 Z 3 regelt zusammen mit Abs. 2 den Fall der „in-house“-Vergabe in der sogenannten „Coditel“-Situation, dh. dass mehrere öffentliche Auftraggeber gemeinsam einen Rechtsträger beherrschen. Auch in diesem Fall gelten die kumulativen in-house-Kriterien („Kontrollkriterium“, „Wesentlichkeitskriterium“, „Beteiligungskriterium“) allerdings mit gewissen Modifikationen. Der Wortlaut der Z 3 ist mit jenem des Art. 12 Abs. 3 der RL nicht völlig ident (vgl. den Einleitungsteil), es ergeben sich daraus jedoch keine inhaltlichen Abweichungen.

Abs. 1 Z 3 lit. a regelt in Verbindung mit Abs. 2 das „Kontrollkriterium“: die erforderliche „gemeinsame“ Kontrolle aller an einem Rechtsträger beteiligten öffentlichen Auftraggeber muss in einer gesamtheitlichen Sicht jene Einflussmöglichkeiten gewährleisten, wie dies auch im Fall des Abs. 1 Z 1 lit. a vorgesehen ist (grundsätzlich wird daher auf die Ausführungen dazu verwiesen). Wie auch in der Rechtsprechung des EuGH betont wird, ist eine (anteilsmäßige oder gesellschaftliche) Beteiligung am Rechtsträger unabdingbare Voraussetzung für eine Kontrolle im Kontext der lit. a (vgl. dazu etwa Rs C-15/13, *Technische Universität Hamburg*). Es ist nach der Rechtsprechung nicht erforderlich, dass jeder Anteilsinhaber allein ein individuelles Kontrollrecht über den Rechtsträger ausüben kann, doch darf die über den Rechtsträger insgesamt ausgeübte Kontrolle nicht nur auf der Kontrollbefugnis jenes öffentlichen Auftraggebers beruhen, der die Mehrheit der Anteile des Rechtsträgers hält, da anderenfalls das Konzept der gemeinsamen Kontrolle ausgehöhlt würde. Hat daher ein öffentlicher Auftraggeber innerhalb eines gemeinsam gehaltenen (zu beauftragenden) Rechtsträgers eine Stellung inne, die ihm nicht die geringste Möglichkeit einer Teilnahme an der Kontrolle über diesen Rechtsträger sichert, begründet dies im Sinne der lit. a keine Kontrollmöglichkeit für diesen öffentlichen Auftraggeber (trotz dessen Beteiligung). Ein solcher rein formaler Beitritt zu einem Rechtsträger oder dessen gemeinsamem Leitungsorgan begründet keine Kontrolle im Sinne des Abs. 1 Z 3 lit. a (vgl. dazu etwa die verb. Rs C-182/11 und C-183/11, *Econord*). Zu den Anforderungen an die gemäß lit. a erforderliche gemeinsame Kontrolle vgl. näher Abs. 2.

Hinsichtlich Abs. 1 Z 3 lit. b und c wird auf die entsprechenden Ausführungen zu Abs. 1 Z 1 lit. b und c verwiesen.

Abs. 2 formuliert die Anforderungen an die geforderte „gemeinsame“ Kontrolle gemäß Abs. 1 Z 3 lit. a näher aus und stellt drei kumulativ zu erfüllende Bedingungen auf: Abs. 2 Z 1 sieht vor, dass die beschlussfassenden Organe sich aus Vertretern sämtlicher beteiligter öffentlicher Auftraggeber (den Anteilsinhabern) zusammensetzen müssen. In diesem Zusammenhang spricht die RL von „Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber“. Der im BVergG gewählte Begriff „beteiligter“ öffentlicher Auftraggeber soll, ohne inhaltliche Abweichung zur RL, den der RL zugrunde liegenden Gedanken der „Beteiligung am entscheidenden Kontrollorgan aller an der in-house-Konstruktion involvierter öffentlicher Auftraggeber“ besser zum Ausdruck bringen. Die RL und das BVergG ermöglichen in diesem Zusammenhang überdies Vertretungskonstruktionen, nicht zuletzt um die Größe der beschlussfassenden Gremien praxisgerecht gestalten zu können. Im Fall einer bloß mittelbaren Repräsentanz der an der in-house-Konstruktion beteiligten öffentlichen Auftraggeber im relevanten Beschlussgremium müssten entsprechende Vorkehrungen getroffen werden, damit weiterhin deren geforderte relevante Einflussmöglichkeit gewahrt bleibt (zB durch Bindung des Stimmverhaltens des Vertreters, Mitwirkungsmöglichkeit in Vorbereitungsgremien). Nicht ausreichend ist hingegen ein bloß abstraktes Recht auf Konsultation oder Information von Anteilsinhabern, ein Kontrollrecht ex post bezogen auf die Leistungserbringung an den Anteilsinhaber oder ähnliches. Abs. 2 Z 2 übernimmt die „Parking Brixen“ – Formel (vgl. dazu die Ausführungen zu Abs. 1 Z 1 lit. a) und fordert eine strukturelle, funktionelle und wirksame (effektive) gemeinsame Kontrolle im Hinblick auf den gesamten Tätigkeitsbereich des gemeinsam gehaltenen Rechtsträgers. Abs. 2 Z 3 fordert überdies, dass der kontrollierte Rechtsträger keine Interessen verfolgen darf, die denen der Anteilsinhaber zuwiderlaufen. Dieses Kriterium entstammt dem Judikat Rs C-324/07, *Coditel*, und soll nach Auffassung der Kommission ein Kriterium zur Vermeidung von unfairen Wettbewerbsvorteilen für marktorientierte Einrichtungen beinhalten. Aus dem systematischen Kontext der Regelung (Konkretisierung des Kontrollkriteriums) lässt sich erschließen, dass dieses Kriterium insbesondere eine zu weitgehende Marktorientierung der kontrollierten Einrichtung hintanhalten soll (vgl. dazu die Argumentation des EuGH in der Rs C-573/07, *Sea*). Daraus folgt jedoch nicht, dass der kontrollierte Rechtsträger den identen Rahmenbedingungen unterworfen ist, welche einem der ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber gegebenenfalls (gesetzlich) auferlegt sind. So würde etwa die gesetzliche Vorgabe an einen öffentlichen Auftraggeber, seine Tätigkeiten bloß kostendeckend zu erbringen, nicht auf den von ihm beherrschten Rechtsträger „durchschlagen“. Andererseits ist auch zu betonen, dass die Interessen aller an der in-house-Konstruktion beteiligten öffentlichen Auftraggeber im Rahmen einer Beurteilung gemäß Abs. 2 Z 3 relevant sind.

Abs. 3 regelt die sogenannte „öffentlich – öffentliche Kooperation“. Es handelt sich hierbei um Vertragskonstruktionen, die von öffentlichen Aufträgen insbesondere darin abweichen, als neben dem Austausch von Leistung gegen Entgelt weitere Elemente in der Leistungsbeziehung zwischen den öffentlichen Auftraggebern eine wesentliche Rolle spielen. Derartige Kooperationen können ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen werden, sie sind aber nicht auf bestimmte Typen von öffentlichen Auftraggebern beschränkt. Damit die Ausnahme des Abs. 3 zur Anwendung kommen kann, müssen die in Z 1 bis 3 vorgesehenen Bedingungen kumulativ erfüllt sein.

Abs. 3 Z 1 sieht vor, dass der Vertrag eine „Zusammenarbeit“ (Kooperation) aller beteiligten öffentlichen Auftraggeber begründen muss. Dieses kooperative Konzept impliziert, dass alle Beteiligten (gegebenenfalls neben der Zahlung eines Entgeltes) einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung erbringen müssen. Keine Kooperation im Sinne des Abs. 3 liegt daher vor, wenn einer der beteiligten öffentlichen Auftraggeber als reiner Leistungsbeschaffer auftritt. Es ist nicht erforderlich, dass alle an einer Kooperation Beteiligten äquivalente Pflichten übernehmen; dies ist deswegen zu betonen, weil anderenfalls Kooperationen zwischen sehr divergierenden Partnern (zB Wien und kleine Umlandgemeinde) nicht möglich wären. Jedoch wird man von einer Kooperation dann nicht mehr sprechen können, wenn letztlich (fast) alle Leistungen von einem Kooperationspartner erbracht werden und der andere bzw. die anderen Partner lediglich einen formalen Beitrag leistet bzw. leisten (auf das unionsrechtliche Umgehungsverbot wird hingewiesen). Im Einzelfall ist daher zu beurteilen, ob die Leistungen der Kooperationspartner echte Beiträge zur gemeinsamen Leistungserbringung darstellen oder ob diese Beiträge nicht (gänzlich) unerheblicher Art sind.

Die Form des Vertrages in der die Kooperation begründet wird, wird im BVergG (und in der RL) nicht näher bestimmt. Gegenstand der Kooperation können alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit jenen Aufgaben sein, die den beteiligten öffentlichen Auftraggebern obliegen. Wie der Gerichtshof schon mehrfach betont hat, müssen die Kooperationspartner Adressat „derselben“ Aufgabe sein (vgl. dazu Rs C-480/06, *Kommission gegen Deutschland*, Rs C-159/11, *ASL Lecce*, Rs C-564/11, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia*, Rs C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri gegen Comune di Castelvecchio Subequo*); für Österreich findet sich etwa ein Katalog von derartigen Aufgaben für Gemeinden in Art. 118 Abs. 3 B-VG. Dass Gegenstand einer Kooperation nur die Erbringung einer allen Kooperationspartnern obliegenden identen Aufgabe sein kann bedeutet in weiterer Folge aber nicht, dass die von den verschiedenen Partner im Rahmen der Kooperation erbrachten Leistungen notwendigerweise identisch sein müssen; diese Leistungsbeiträge können sich auch ergänzen.

Abs. 3 Z 2 übernimmt die in der Rechtsprechung entwickelte Voraussetzung, wonach die Implementierung („implementation“; die deutsche Fassung der RL spricht von „Durchführung“) dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt sein muss. Dies bedeutet, dass durch die Kooperation kein privater Dienstleister einen Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern erhalten darf und auch für etwaige Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern ausschließlich Erwägungen des öffentlichen Interesses maßgeblich sein dürfen. Letztere Bedingung wäre insbesondere dann erfüllt, wenn die Finanztransfers zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern sich auf einen reinen Kostenausgleich beschränken würden.

Abs. 3 Z 3 enthält analog zu Abs. 1 Z 1 lit. b bzw. Z 3 lit. b eine Beschränkung hinsichtlich der Betätigungsmöglichkeiten auf dem freien Markt (vgl. dazu auch die Ausführungen oben sowie die Bestimmung des Abs. 4). Berechnungsbasis für die zulässige Betätigung am Markt ist der Gesamtwert jener Leistungen, die im Rahmen der Kooperation durch alle Kooperationspartner erbracht werden sollen.

Abs. 4 enthält die Regelungen, wie der in Abs. 1 Z 1 lit. b, Abs. 1 Z 3 lit. b und Abs. 3 Z 3 genannte prozentuale Anteil der Tätigkeiten zu berechnen ist. Die Formulierung weicht (ohne inhaltliche Änderungen) von der deutschen Sprachfassung der RL-Bestimmung ab um eine bessere Verständlichkeit zu gewährleisten und um Übersetzungsfehler und –unschärfen zu bereinigen. Existieren Daten für die letzten (dh. die vorhergehenden) drei Jahre vor Auftragsvergabe oder Vertragsschluss, ist entweder der durchschnittliche Gesamtumsatz aller durch den Rechtsträger bzw. – im Rahmen der Kooperation – durch die öffentlichen Auftraggeber erbrachten Leistungen oder eine alternative Bemessungsgröße heranzuziehen. Als „geeigneter alternativer, in Relation zu den jeweiligen Tätigkeiten stehender Wert“ können beispielsweise Kosten herangezogen werden, die dem betreffenden Rechtsträger oder den betreffenden öffentlichen Auftraggebern während der letzten drei Jahre vor Vergabe des Auftrages oder vor Abschluss der Kooperation in Bezug auf die entsprechenden Leistungen entstanden sind. Existieren derartige Daten nicht, können die entsprechenden Daten durch seriöse Schätzungen oder Prognosen substituiert werden. Der Gerichtshof hat im Kontext der in-house Ausnahme festgehalten, dass im Zusammenhang mit der Berechnung, ob die jeweils relevante Schwelle erreicht oder überschritten wird, im Fall der Heranziehung des Umsatzes jener Umsatz ausschlaggebend ist, den der Rechtsträger aufgrund der Vergabeentscheidungen des kontrollierenden öffentlichen Auftraggebers erzielt, und zwar einschließlich des Umsatzes, der in Ausführung solcher Entscheidungen mit Nutzern erzielt wird (vgl. Rs C-340/04, *Carbotermo*).

Abs. 5 enthält eine Öffnungsklausel, die in-house Konstruktionen und öffentlich – öffentliche Kooperationen auch zwischen öffentlichen Auftraggebern und öffentlichen Sektorenauftraggebern bzw. unter Beteiligung „ausländischer“ (EU/EWR) öffentlicher Auftraggeber und öffentlicher Sektorenauftraggeber ermöglichen soll. Dadurch wird beispielsweise gewährleistet, dass

„Tochtergesellschaften“ eines sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggebers mit Sitz in verschiedenen Staaten (Mitgliedstaat der EU oder sonstige Vertragspartei des EWR-Abkommens) einander ohne öffentliche Ausschreibung beauftragen können.

Abs. 6 enthält im Hinblick auf allfällige Vergabekontrollverfahren betreffend die rechtmäßige Anwendung der Ausnahmevorschriften eine spezifische Dokumentationspflicht für öffentliche Auftraggeber (vgl. dazu auch die allgemeinen Ausführungen zu den §§ 9 und 10 und zur Beweislast in diesem Kontext).

Zu § 11 (Gemeinsame grenzüberschreitende Auftragsvergabe mehrerer öffentlicher Auftraggeber):

§ 11 setzt Art. 39 der RL 2014/24/EU um und zielt darauf ab, jene rechtlichen Schwierigkeiten zu beseitigen, die sich aus der Kollision nationaler Rechtsvorschriften bei einer gemeinsamen Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten ergeben. § 11 legt daher Bedingungen für die grenzüberschreitende Nutzung zentraler Beschaffungsstellen und das bei grenzüberschreitenden gemeinsamen Beschaffungsverfahren anwendbare Recht (materielles Recht und Rechtsschutz) fest. Er ergänzt somit die Kollisionsnormen der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. Nr. L 177 vom 4.7.2008 S. 6. Auf die zu § 11 korrespondierenden Ausnahmebestimmungen des § 9 Abs. 1 Z 21 bis 23 und die Ausführungen dazu wird verwiesen.

Abs. 1 regelt jene Formen der „gemeinsamen Beschaffung“ bei der verschiedene öffentliche Auftraggeber grenzüberschreitend ein (einziges) koordiniertes Beschaffungsverfahren durchführen wollen, um ihren Bedarf zu decken. Wie EG 71 der RL 2014/24/EU ausführt, können „gemeinsame Beschaffungen“ viele unterschiedliche Formen annehmen (von der koordinierten gleichen Ausgestaltung zweier getrennter Verfahren bis zur Durchführung eines einzigen Verfahrens bei dem alle involvierten Auftraggeber gemeinsam handeln oder bei dem ein Auftraggeber für sich und im Auftrag aller anderen Auftraggeber das Verfahren durchführt). Abs. 1 regelt jene Konstellationen, in der (grenzüberschreitend) ein einziges Verfahren „für alle“ beteiligten Auftraggeber durchgeführt werden soll. Zu diesem Zweck haben sie – sofern nicht ohnehin bereits ein völkerrechtliches Abkommen oder eine internationale Vereinbarung (MoU) besteht (vgl. zu diesen Begriffen auch die Ausführungen zu § 9 Abs. 1 Z 6 und 7) – eine schriftliche Vereinbarung zu schließen, die zumindest die in Abs. 1 Z 1 bis 3 angeführten Elemente beinhaltet. Fehlen diese grundlegenden Festlegungen, kommt § 11 nicht zum Tragen. Aus praktischen Gründen wird diese Vereinbarung neben diesen verpflichtenden Mindestfestlegungen regelmäßig weitere Elemente (wie zB Kostentragungs- oder Regressregelungen) beinhalten. Die Form dieser Vereinbarung (zivilrechtlicher oder öffentlicher Vertrag) steht den Auftraggebern frei. Gegenstand dieser Vereinbarung ist eine „gemeinsame Auftragsvergabe“: dies kann neben der Durchführung eines einzelnen Verfahrens auch der Abschluss einer Rahmenvereinbarung (inklusive der Abrufe aus dieser Rahmenvereinbarung) oder der gemeinsame Betrieb eines dynamischen Beschaffungssystems sein. Notwendig ist, dass zumindest ein Partner dieser gemeinsamen Beschaffung seinen Sitz nicht in Österreich sondern in einem anderen Mitgliedstaat der Union bzw. in einer Vertragspartei des EWR hat. § 11 ist nicht auf Fälle einer gemeinsamen Beschaffung anwendbar, in denen der das Vergabeverfahren durchführende Partner seinen Sitz in einem Drittstaat hat.

Die in der Ausschreibung bekannt zu gebende Aufgabenaufteilung zwischen den involvierten Auftraggebern und die Festlegung des jeweils anwendbaren Regelungsregimes sind insbesondere im Hinblick auf allfällige Vergabekontrollverfahren von Bedeutung. Bei der Festlegung der Zuständigkeiten gemäß Abs. 1 Z 1 können die beteiligten öffentlichen Auftraggeber bestimmte Zuständigkeiten für „Teile eines Vergabeverfahrens“ untereinander aufteilen. Damit sind jene Vergabeverfahren angesprochen, die in zwei getrennte Verfahrensschritte unterteilt sind, die Rahmenvereinbarung und das dynamische Beschaffungssystem. Abs. 1 Z 1 ermöglicht es daher, dass ein öffentlicher Auftraggeber eine Rahmenvereinbarung für alle Partner der gemeinsamen Beschaffung abschließt, die Abrufe hingegen separat von den einzelnen Partnern in eigener Verantwortung vorgenommen werden. Abs. 1 Z 1 ermöglicht hingegen nicht, in außenwirksamer Weise die Zuständigkeiten für einzelne Phasen eines Vergabeverfahrens unter den Partnern aufzuteilen (und damit eigenverantwortliche Zuständigkeiten zu begründen). Rein interne Aufgabenteilungen (zB ein öffentlicher Auftraggeber führt ein Verhandlungsverfahren für alle Partner durch, wobei jedoch eine bestimmte Phase des Verfahrens, wie Aufklärungen oder die Verhandlungen selbst, von einem anderen Partner wegen dessen besonderer Expertise betreut wird) werden nicht von Z 1 sondern von Z 3 erfasst. Aus der Formulierung der Z 2 („jeweils anwendbaren nationalen Regelungen“) folgt, dass im Fall einer vereinbarten geteilten Zuständigkeit der Parteien gemäß Z 1 auch unterschiedliche nationale Regelungen im Hinblick auf die getrennten Zuständigkeiten der Parteien festgelegt werden können. So wäre es daher im Fall einer gemeinsamen Vergabe von öffentlichen Auftraggebern aus Deutschland und Österreich möglich, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß den Vergaberegelungen der Bundesrepublik Deutschland

erfolgt, der eigenverantwortliche Abruf aus dieser Rahmenvereinbarung durch öffentliche Auftraggeber aus Österreich jedoch dem BVergG. In diesem Zusammenhang ist ferner festzuhalten, dass die Möglichkeit einer differenzierenden Anwendung von nationalen Regelungen gemäß Z 2 es nicht gestattet, diese nationalen Regelungen nur hinsichtlich einzelner Aspekte für anwendbar festzulegen (im vorhergehenden Beispiel: Anwendung nur der materiellen Regelungen des BVergG auf die Abrufe aus der Rahmenvereinbarung und Anwendung der deutschen Rechtsschutzregelungen auf diese Abrufe; sog. „forum shopping“ vgl. dazu auch EG 73 der RL 2014/24/EU).

Abs. 2 regelt die Form einer gemeinsamen Beschaffung über eine „ausländische“ zentrale Beschaffungsstelle. Anders als im Fall des Abs. 1 legt in diesem Fall das Gesetz selbst zwingend das dabei anwendbare Recht fest. Dies ermöglicht unter anderem, dass eine zentrale Beschaffungsstelle für eine Vielzahl von öffentlichen Auftraggebern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten der Union Beschaffungen vornimmt und dass dabei lediglich ein Regelungsregime (im materiellen wie auch im Rechtsschutzbereich) zur Anwendung kommt. Da Abs. 2 nicht weiter differenziert, können beide Formen der zentralen Beschaffungstätigkeit (vgl. § 2 Z 48) im Rahmen einer gemeinsamen Beschaffung in Anspruch genommen werden. Aus dem System des BVergG und des § 11 folgt, dass es unzulässig ist, einem (inländischen) öffentlichen Auftraggeber – in welcher Form auch immer – die Verwendung einer zentralen Beschaffungstätigkeit durch eine „ausländische“ (EU/EWR) zentrale Beschaffungsstelle zu untersagen; eine explizite Umsetzung des Art. 39 Abs. 2 erster UAbs. der RL 2014/24/EU erübrigt sich somit.

Abs. 3 regelt als eine weitere Form der gemeinsamen grenzüberschreitenden Vergabe die gemeinsame Gründung eines Rechtsträgers durch öffentliche Auftraggeber aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten bzw. Vertragsparteien des EWR. Abs. 3 regelt lediglich die Gründung einer „ausländischen“ Tochter eines „inländischen“ öffentlichen Auftraggebers; „inländische“ Gründungen unterliegen nicht Abs. 3 (jedoch gegebenenfalls § 10). Als solcherart gemeinsam gegründeter Rechtsträger kommt etwa auch ein Europäischer Verbund für territoriale Zusammenarbeit („EVTZ“) gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1082/2006 über den Europäischen Verbund für territoriale Zusammenarbeit (EVTZ), ABl. Nr. L 210 vom 31.7.2006 S. 19, in Betracht. Dieser Rechtsträger muss den Zweck verfolgen, für seine „Mütter“ gemeinsame Vergabeverfahren durchzuführen; er muss aber nicht auf diesen Zweck beschränkt sein. Die gemeinsame Gründung eines Rechtsträgers durch die beteiligten öffentlichen Auftraggeber zur Durchführung gemeinsamer Vergabeverfahren indiziert im Übrigen die Gründung dieses Rechtsträgers im Allgemeininteresse. Die „auf den Rechtsträger anwendbaren Regelungen“ sind jene internen, gesetzlichen oder sonstigen Regelungen, denen die „gemeinsame Tochter“ (gemäß ihrem Sitz, ihrer Rechtsform usw.) unterliegt (zB hinsichtlich der Quoren des dafür zuständigen Organes des Rechtsträgers). Wie der letzte Unterabsatz von Abs. 3 klarstellt, kann diese Kooperation zeitlich befristet oder unbefristet, auf bestimmte Arten von Aufträgen oder auf die Durchführung eines oder mehrerer Vergabeverfahren beschränkt sein; es sind jedenfalls diesbezügliche und eindeutige Festlegungen im Gründungsakt vorzunehmen bzw. in der Vereinbarung zwischen den „Müttern“ zu treffen. In diesem Zusammenhang wird auch zu beachten sein, dass im Rahmen der Vereinbarung (oder im Gründungsakt) nicht so spezifische Festlegungen erfolgen, dass letztendlich eine „zentrale Beschaffungsstelle“ gegründet wird (und in weiterer Folge Abs. 2 zur Anwendung gelangen würde). Das Gesetz stellt, im Einklang mit der RL, bewusst nicht darauf ab, dass diese Festlegungen notwendiger Weise im „ursprünglichen“ Gründungsakt (bzw. der Vereinbarung) vorgenommen werden müssen; somit können diese Festlegungen auch nachträglich geändert werden. Unabhängig davon ist zu beachten, welche sonstigen Regelungen – zB allgemeines Zivilrecht, Werkvertragsrecht usw. – neben den Vergaberegelungen gelten. Hinsichtlich des auf den Leistungsvertrag anwendbaren Rechts ist folgendes auszuführen: Nach Art. 3 der Rom I – Verordnung (s.o., über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht) ist die Wahl des anzuwendenden Rechts ohne weiteres möglich. Der Rechtsträger kann daher das auf den Leistungsvertrag anzuwendende Recht in den Ausschreibungsunterlagen festlegen, er muss es freilich nicht. Im zuletzt genannten Fall richtet sich das anzuwendende Recht nach Art. 4 der Rom I – Verordnung. Das ist zB für Dienstleistungsverträge das Heimatrecht des Dienstleisters, dh. das Recht jenes Staates, in dem der Dienstleister seinen Sitz hat, für Kaufverträge das Recht des Sitzstaates des Verkäufers.

Abs. 4 enthält eine „Sicherungsklausel“: Die öffentlichen Auftraggeber sollen die Möglichkeiten der grenzüberschreitenden gemeinsamen Beschaffung nicht dazu nutzen dürfen, im Einklang mit dem Unionsrecht stehende zwingende Vorschriften des öffentlichen Rechts zu umgehen, die in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz haben, auf sie anwendbar sind. Zu solchen Vorschriften können beispielsweise Bestimmungen über Transparenz und Zugang zu Dokumenten oder spezifische Anforderungen bezüglich der Rückverfolgbarkeit sensibler Lieferungen gehören. Diese, auf Art. 39 Abs. 1 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU zurückgehende Regelung, ist als bewusste Abgrenzung zu rein privatrechtlichen Verpflichtung zu sehen.

Zu § 12 (Schwellenwerte):

Mit § 12 wird Art. 4 der RL 2014/24/EU umgesetzt und der für die weiteren Bestimmungen des BVergG jeweils gültige Oberschwellen- bzw. Unterschwellenbereich definiert. Die Relevanz dieser Unterscheidung liegt in einem differenzierten Regime (vgl. zB hinsichtlich der Bekanntmachungsbestimmungen).

EG 18 der RL 2014/24/EU hält zu den Schwellenwerten Folgendes fest: „*Das GPA findet Anwendung auf Aufträge oberhalb bestimmter Schwellenwerte, die in dem GPA festgelegt sind. Die in dieser Richtlinie festgelegten Schwellenwerte sollte angepasst werden, um zu gewährleisten, dass sie den Euro-Äquivalenten der in dem GPA genannten Schwellenwerte entsprechen. Es sollten eine regelmäßige Überprüfung der in Euro ausgedrückten Schwellenwerte und ihre Anpassung – im Wege eines rein mathematischen Verfahrens – an mögliche Kursschwankungen des Euro gegenüber dem Sonderziehungsrecht vorgesehen werden. Abgesehen von diesen regelmäßigen Anpassungen sollte während der nächsten Verhandlungsrunde eine Erhöhung der in dem GPA festgelegten Schwellenwerte geprüft werden.*“

Der Anpassungsmechanismus (Neuberechnung der Schwellenwerte) wird in Entsprechung der Vorgaben durch das GPA in Art. 6 der RL 2014/24/EU festgelegt (vgl. dazu auch die Erläuterungen zu § 19).

Sämtliche Schwellen- (bzw. Subschwellen-)werte beziehen sich auf den geschätzten Auftragswert ohne Umsetzsteuer (vgl. hierzu die allgemeine Regel der § 13 Abs. 1, wonach bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes die Umsatzsteuer nicht zu berücksichtigen ist).

Neu ist der in § 12 Abs. 1 Z 2 enthaltene Schwellenwert von 750 000 Euro für bestimmte, in Anhang XVI taxativ aufgelistete Dienstleistungsaufträge (die sog. „besonderen Dienstleistungsaufträge“ gemäß § 151). Z 2 ist eine lex specialis zu Z 1 bzw. 3; der Schwellenwert der Z 2 gilt daher für alle besonderen Dienstleistungsaufträge, unabhängig davon, welcher öffentliche Auftraggeber sie vergibt.

Für den Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport ist zu beachten, dass gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 und 3 je nach Art des Lieferauftrages – sofern bestimmte Vergaben nicht ohnehin vom Geltungsbereich des BVergG ausgenommen sind – unterschiedliche Schwellenwerte zum Tragen kommen. Für Dienstleistungsaufträge im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport ist der niedrigere Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 1 bzw. bei besonderen Dienstleistungen jener des § 12 Abs. 1 Z 2 maßgeblich.

Zu Abs. 2 ist festzuhalten, dass abweichend vom Wortlaut der RL 2014/24/EU (vgl. Art. 78 zweiter UAbs.) anstatt des Begriffes „einschließlich“ die Wortfolge „unter Berücksichtigung“ im Gesetz verwendet wird. Der Grund liegt darin, dass bei Realisierungswettbewerben oft gemäß der Auslobung die Preisgelder vom Entgelt in Abzug zu bringen sind. Inhaltlich tritt dadurch keine Änderung gegenüber den RL-Regelungen ein, da die RL auf den tatsächlichen Wert der Gegenleistungen abstellt.

Zu § 13 (Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes):

§ 13 setzt Art. 5 Abs. 1 bis 4 der RL 2014/24/EU um und enthält jene grundsätzlichen Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes, die für alle Auftragsarten gleichermaßen gelten. Um die für das weitere Vergabeverfahren maßgeblichen Bestimmungen zu ermitteln, hat der Auftraggeber vor Durchführung eines Vergabeverfahrens den (geschätzten) Auftragswert zu ermitteln. Dies ist einerseits erforderlich für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus (zB Direktvergabe), andererseits aber auch notwendig für die Einschätzung, ob die Bestimmungen des Ober- oder Unterschwellenbereiches anwendbar sind. Für die Anwendung des BVergG ist es von großer Bedeutung, ob der geschätzte Auftragswert die unionsrechtlichen Schwellenwerte überschreitet oder nicht.

Die Grundregel des Abs. 1 knüpft dabei an den Begriff des (einheitlichen) Vorhabens an. Für die Beurteilung, ob ein für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes maßgebliches einheitliches Vergabevorhaben vorliegt, ist der Rechtsprechung des EuGH und des VwGH zufolge von einer – in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht – funktionellen Betrachtungsweise auszugehen (vgl. EuGH Rs C-574/10, *Autalhalle*, Rz 36ff sowie das Erkenntnis des VwGH vom 23. Mai 2014, 2013/04/0025, sowie zuletzt vom 20. April 2016, Ro 2014/04/0071 mwN; vgl. ferner dazu die Definition des „Vorhabens“ in § 57 Bundeshaushaltsgesetz 2013 – BHG 2013, BGBl. I Nr. 139/2009). Die gebotene funktionelle Betrachtung erfordert nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH die Einbeziehung unterschiedlicher Gesichtspunkte wie den örtlichen Zusammenhang, den gemeinsamen Zweck, die gemeinsame Planung oder das Vorliegen von Aufträgen aus gleichen Fachgebieten. Darüber hinaus ist als weiterer Gesichtspunkt zu berücksichtigen, ob die in Frage stehenden Auftragsvergaben einen wirtschaftlichen Zusammenhang aufweisen. Die Beurteilung der Zugehörigkeit von Aufträgen zu einem (einheitlichen) Vorhaben ist demzufolge im Einzelfall ausgehend von den jeweiligen tatsächlichen Umständen, die einen allfälligen wirtschaftlichen und technischen Zusammenhang begründen, vorzunehmen. Der EuGH nennt

konkret als gewichtige Gründe, die für die Zusammenfassung von Aufträgen sprechen, die Gleichzeitigkeit der Einleitung der streitigen Vergabeverfahren, die Ähnlichkeit der Bekanntmachungen, die Einheitlichkeit des Gebietes, in dem diese Verfahren eingeleitet worden sind, und die Koordinierung durch eine einzige Einrichtung (vgl. EuGH Rs C-16/98, *Kommission gegen Frankreich*, Rz 64/65 sowie VwGH vom 20. April 2016, Ro 2014/04/0071 mwN).

Der gemäß Abs. 3 „sachkundig" zu schätzende Auftragswert ist jener Wert, den ein umsichtiger, sach- und fachkundiger öffentlicher Auftraggeber, unter Umständen nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes (zB durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung, bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistung veranschlagen würde. Ist der Auftraggeber zu einer derartigen Schätzung nicht im Stande, so hat er entsprechend sachkundige Dritte beizuziehen. Bei der Schätzung handelt es sich um eine (sachkundig und sorgfältig zu erstellende) Prognose. Der Auftraggeber ist in weiterer Folge an seine Schätzung (und das daraus resultierende Vergaberegime) gebunden, unabhängig davon, ob sich zu einem späteren Zeitpunkt ein anderer Auftragswert ergibt.

Maßgeblicher Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist gemäß Abs. 3 der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens. „Eingeleitet" im Sinne des Abs. 3 ist ein Vergabeverfahren dann, wenn die Bekanntmachung abgesendet wird oder – bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung – wenn eine den Beginn des Vergabeverfahrens dokumentierende vergaberelevante Handlung des Auftraggebers dessen Sphäre verlässt. Letzteres ist etwa das Setzen der ersten außenwirksamen Handlung des Auftraggebers in Form der Kontaktaufnahme mit Unternehmern im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe (vgl. Art. 5 Abs. 4 der RL 2014/24/EU). Hingegen sind erste informelle Erkundigungen des Auftraggebers bei Unternehmern, organisationsinterne Handlungen (Einsetzen eines Projektteams, Planung des Ablaufes eines Verfahrens udglm.) noch keine Handlungen, die als verfahrenseinleitende Handlungen zu qualifizieren sind. Der Zeitpunkt der „Einleitung" eines Verfahrens wird an den Eintritt von äußeren Ereignissen geknüpft, um die objektive Nachprüfbarkeit des Zeitpunktes sicherzustellen. Dieser Zeitpunkt ist auch deswegen von besonderer Bedeutung, weil es sich auch um einen verfassungsrechtlich relevanten Zeitpunkt handelt (vgl. Art. 14b Abs. 2 B-VG).

Die in Abs. 4 neu eingeräumte Möglichkeit, den Auftragswert auf der Ebene einer eigenständigen Organisationseinheit zu schätzen, wenn die betreffende Einheit selbständig für ihre Auftragsvergaben oder bestimmte Kategorien von Auftragsvergaben zuständig ist, stellt eine Ausnahme von der Grundregel des Abs. 1 dar (und ist demzufolge restriktiv auszulegen). Für eine „selbständige Zuständigkeit" einer Organisationseinheit sprechen gemäß EG 20 der RL 2014/24/EU folgende Faktoren: wenn die Organisationseinheit ihre Vergabefahren unabhängig durchführt und die Kaufentscheidungen unabhängig trifft, wenn sie über eine getrennte Haushaltslinie für die betreffenden Auftragsvergaben verfügt, die Aufträge unabhängig vergibt und diese aus ihr zur Verfügung stehenden Budgetmitteln finanziert („Beschaffungsautonomie der Organisationseinheit"). Eine bloß dezentrale Vergabe eines Auftrages ist demgemäß nicht ausreichend. Umgekehrt schließt ein einheitliches Bundes- oder Landesbudget oder eine rein politische Kontrolle von im Übrigen völlig selbständigen Organisationseinheiten die Anwendung des Abs. 4 nicht a priori aus. Ob eine eigenständige Organisationseinheit vorliegt, ist immer nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen.

Abs. 5 erster Satz enthält das Verbot, durch Wahl einer bestimmten Berechnungsmethode die Anwendung dieses Gesetzes zu umgehen. Dieses Umgehungsverbot hat zur Folge, dass die Wahl der Berechnungsmethode nicht in der Absicht erfolgen darf, die unionsrechtlichen Verpflichtungen (zB Bekanntmachung im Amtsblatt) oder auch Vorschriften des Unterschwellenbereiches zu umgehen. Abs. 5 zweiter Satz enthält das sog. „Splittingverbot", wonach zusammengehörige Aufträge eines Vorhabens nicht willkürlich (etwa mit dem Ziel der Unterschreitung der unionsrechtlichen Schwellenwerte) getrennt werden dürfen. Das Verbot der Aufteilung gilt für jede Form von Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann. Das Umgehungsverbot des Abs. 5 umfasst auch das willkürliche „Koppeln" von nicht zusammengehörigen Aufträgen (wie etwa das Hinzurechnen von Leistungsteilen zu einem Bauauftrag, die mit diesem selbst nichts zu tun haben, um von den höheren Schwellenwerten für Bauaufträge zu profitieren) mit dem Ziel, dem Anwendungsbereich des unionsrechtlichen oder nationalen Vergaberechts (oder zumindest bestimmter Teile davon) zu entgehen (vgl. dazu etwa die alte Regelung des Art. 17 Abs. 5 2004/17/EG, die nicht in die neuen Richtlinien übernommen wurde, da sie als überflüssig – weil vom allgemeinen Umgehungsverbot erfasst – erachtet wurde).

Zu § 14 (Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen):

Die Abs. 1 bis 3 setzen die baurelevanten Vorschriften des Art. 5 der RL 2014/24/EU um.

Der in der RL 2014/24/EU verwendete Begriff „Los" stammt aus der bundesdeutschen Terminologie (vgl. etwa § 97 Abs. 4 des dt. Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB idF des

Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes) und bezeichnet Teile einer Gesamtleistung (Teil- oder Fachlose). Es ist daher geboten, klarzustellen, dass „Lose“ im Sinne dieses Bundesgesetzes auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges I, also „Gewerke“ im Sinne der österreichischen Terminologie, umfassen. Im Sinne der Einheitlichkeit wird in § 14 nunmehr durchgehend der Begriff „Lose“ verwendet. Zur Bestimmung des „Bauvorhabens“ bzw. „Bauwerkes“ vgl. auch die Rechtsprechung des EuGH wie etwa Rs C-16/98, *Kommission gegen Frankreich*, C-187/04 und C-188/04, *Kommission gegen Italien*, sowie EuG Rs T-384/10, *Spanien gegen Kommission*.

Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines Bauauftrages sind gemäß Abs. 2 neben dem Wert der vom Unternehmer erbrachten Bauleistungen auch alle Leistungen, Materialien usw. zu berücksichtigen, die Gegenstand des Vertrages sind und vom Auftraggeber dem Unternehmer zur Verfügung gestellt werden. Unter Waren sind hierbei nicht nur die beim Bau verwendeten Materialien, sondern auch die zur Arbeitsausführung erforderlichen Ausrüstungen zu verstehen. Stellt ein öffentlicher Auftraggeber dem Auftragnehmer etwa einen Kran oder Lastkraftwagen zur Verfügung, so ist entweder der Kaufpreis oder aber der marktübliche Mietpreis der Ausrüstung bei der Berechnung des Auftragswertes zu berücksichtigen. Welcher Wert anzusetzen ist, hängt von der Lebens- bzw. Nutzungsdauer des Gutes ab. Übersteigt die Nutzungsdauer die Dauer der Bereitstellung durch den Auftraggeber, so ist der Mietpreis anzusetzen. Übersteigt hingegen die Dauer der Bereitstellung die (mittlere) Nutzungs- oder Lebensdauer des Gutes, so ist bei der Schätzung des Auftragswertes der Kaufpreis zugrunde zu legen. Anders als noch im BVergG 2006 sind gemäß Abs. 2 nicht nur die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Waren sondern nunmehr auch die zur Verfügung gestellten Dienstleistungen bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes einzubeziehen (vgl. dazu auch Art. 5 Abs. 7 der RL 2014/24/EU). Als derartige Dienstleistungen („vgl. die englische Fassung „services that are made available to the contractor“) kommen etwa Leistungen in Betracht, die durch das Personal des Auftraggebers erbracht werden (zB Zutrittskontrollen bei der Baustelle, Planungsleistungen). Nicht davon erfasst ist hingegen die Beistellung von Planunterlagen (oder einer fertigen Planung), die der Auftraggeber im Vorfeld des Bauauftrages im Wege eines Vergabeverfahrens extern beschafft hat. Umgekehrt dürfen gemäß Abs. 2 nur solche Liefer- oder Dienstleistungen zum geschätzten Auftragswert des Bauauftrages hinzugerechnet werden, die auch für die Ausführung der Bauleistungen tatsächlich erforderlich sind (vgl. dazu das spezifische Umgehungsverbot des § 13 Abs. 5 und die dazugehörigen Erläuterungen).

Abs. 3 regelt die Losvergabe bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich. Es besteht – unter Wahrung der allgemeinen Vergabegrundsätze – ein Wahlrecht des Auftraggebers, welche Lose er der Ausnahmeregelung unterwerfen will und welche nicht. Sinnvollerweise sollte der Auftraggeber, sofern möglich, jene Lose im Vorhinein festlegen, für die das Regime des Oberschwellenbereiches Anwendung finden soll. Die Restgröße bilden jene Lose, die unter das Regime des Unterschwellenbereiches fallen. In der Regel handelt es sich hierbei um eine Vielzahl oft sehr kleiner Aufträge, die im Vorhinein nicht immer feststehen. Mit dem dritten Satz wird klargestellt, dass auch bei der „Kleinlosregelung“ eines Auftrages im Oberschwellenbereich die unter diese Ausnahme fallenden Lose gemäß dem Regime des Unterschwellenbereiches vergeben werden können und dass dabei – ebenso wie bei reinen Unterschwellenaufträgen gemäß Abs. 4 – für die Wahl des Vergabeverfahrens der geschätzte Auftragswert der einzelnen Lose für die Wahl des zulässigen Verfahrens ausschlaggebend ist (vgl. zur vorherigen Rechtslage auch das Erkenntnis des VwGH vom 23. Mai 2014, 2013/04/0025). Die unionsrechtliche Zulässigkeit dieser Regelungen (vgl. auch die §§ 15 Abs. 4 und 16 Abs. 5) folgt aus Art. 5 Abs. 8 und 9 iVm Abs. 10 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach die Vergabe bestimmter „Kleinlose“ nicht nach den Bestimmungen „dieser Richtlinie“ erfolgen muss. Damit wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, für diese „Kleinlose“ ein eigenes, dem Primärrecht entsprechendes Vergaberegime zu etablieren. Insbesondere KMU können von dieser vereinfachten Vergabe von Kleinlosen profitieren. Der dritte Satz bezieht sich dabei auf den zweiten Satz (arg. „dieser Lose“), dh die Erleichterungen bei der Wahl der Verfahrensart gilt lediglich in Bezug auf „Kleinlose“.

Abs. 4 beinhaltet wie bisher die Losregelung für Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich. Zwar gelten für alle Unterschwellenlose die Regelungen des Unterschwellenbereiches; abweichend von der allgemeinen Regelung über die Berechnung des Auftragswertes in § 13 Abs. 1 wird aber für die Baulose im Unterschwellenbereich festgelegt, dass für die Wahl des Vergabeverfahrens der Wert des einzelnen Loses als geschätzter Auftragswert gilt. Ein Los mit einem geschätzten Wert von unter 50 000 Euro (bzw. unter dem durch Verordnung festgelegten jeweiligen anderen Wert) kann daher auch dann im Wege der Direktvergabe vergeben werden, wenn dieses Los Teil eines Bauauftrages ist, dessen geschätzter Auftragswert über 50 000 Euro (aber noch im Unterschwellenbereich) liegt. Dadurch wird dem Auftraggeber bei der Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich – nicht zuletzt zum Zweck der Förderung von KMU – ein größerer Freiraum eingeräumt.

Sowohl für Abs. 3 als auch Abs. 4 gilt, dass sich die Lose eines Auftrages nach dem Regime des Gesamtauftrages richten, dh Dienstleistungs- bzw. Lieferlose eines Bauauftrages sind nach dem Regime für Bauaufträge zu vergeben.

Zur Losvergabe vgl. im Übrigen auch § 28 sowie die dazugehörigen Erläuterungen.

Zu § 15 (Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Lieferaufträgen):

Die Abs. 1 bis 4 setzen die für Lieferungen einschlägigen Regelungen des Art. 5 der RL 2014/24/EU um.

Abs. 1 stellt eine lex specialis für bestimmte Lieferaufträge (Leasing, Miete, Pacht, Ratenkauf) dar. Die Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes hängt dabei von der Laufzeit des betreffenden Vertrages ab.

Regelmäßig wiederkehrende Aufträge im Sinne des Abs. 2 liegen vor, wenn ein Auftraggeber über mehrere aufeinander folgende Beschaffungszeiträume hinweg in jedem Beschaffungszeitraum eine in etwa gleichbleibende Menge von Gütern beschafft. Die englische Fassung der RL 2014/24/EU stellt dabei auf „successive contracts of the same type" ab (vgl. Art. 5 Abs. 11 lit. a RL 2014/24/EU). Die Wahl einer der Berechnungsmethoden gemäß Abs. 2 ist optional, dh. sie liegt im Ermessen des Auftraggebers, wobei freilich das Umgehungsverbot zu beachten ist.

Gleichartige Lieferungen im Sinne des Abs. 3 liegen vor, wenn von einem im Wesentlichen einheitlichen Bieterkreis nach den gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen Erzeugnisse hergestellt werden, die einem im Wesentlichen einheitlichen bzw. gleichen oder ähnlichen Verwendungszweck dienen (vgl. auch EG 19 der RL 2014/24/EU: „[…] *unter gleichartigen Lieferungen* [sind] *Waren für gleiche oder gleichartige Verwendungszwecke zu verstehen* […]*, z.B. Lieferungen einer Reihe von Nahrungsmitteln oder von verschiedenen Büromöbeln. Typischerweise würde ein Wirtschaftsteilnehmer, der in dem betreffenden Bereich tätig ist, solche Lieferungen wahrscheinlich als Teil seiner üblichen Produktpalette anbieten.*"). Vgl. dazu auch die Erläuterungen zu § 13 Abs. 1 (Vorhabensbegriff).

Abs. 4 regelt die Losvergabe bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich. Der Auftraggeber hat bei einer Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich die Möglichkeit, einzelne Lose bei Vorliegen der angeführten Voraussetzungen nach den für den Unterschwellenbereich maßgeblichen Vorschriften zu vergeben (vgl. dazu die Ausführungen zu § 14 Abs. 3).

Abs. 5 beinhaltet eine Losregelung für Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich, wobei hier für einzelne Lose die Direktvergabe gewählt werden kann, sofern der kumulierte Wert der vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählten Lose 50% des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt.

Zur Losvergabe vgl. im Übrigen auch § 28 sowie die dazugehörigen Erläuterungen.

Zu § 16 (Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Dienstleistungsaufträgen):

Die Abs. 1 bis 5 setzen die für Dienstleistungen einschlägigen Regelungen des Art. 5 der RL 2014/24/EU um.

Abs. 1 stellt eine lex specialis für bestimmte Dienstleistungsaufträge dar.

Abs. 2 regelt die Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei – befristeten und unbefristeten – Dienstleistungsaufträgen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird. Falls ein Auftraggeber wiederkehrende Leistungen getrennt vergeben möchte, so hat er den geschätzten Gesamtauftragswert nach der Regelung des Abs. 3 zu ermitteln. Die Wahl einer der Berechnungsmethoden gemäß Abs. 3 ist optional, dh. sie liegt im Ermessen des Auftraggebers, wobei freilich das Umgehungsverbot zu beachten ist.

Zu Abs. 4 wird auf die Erläuterungen zu § 13 Abs. 1 (Vorhabensbegriff) verwiesen. Abs. 4 regelt den Fall, dass eine Dienstleistung (= ein Vorhaben) in mehreren Losen vergeben wird. Zur Frage welche Dienstleistungen bei der Schwellenwertberechnung zusammenzurechnen sind vgl. EuGH Rs C-574/10, *Kommission gegen Deutschland*, Rz 41, 44 und 45.

Abs. 5 enthält die Losregelung für Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Der Auftraggeber hat bei einer Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich die Möglichkeit, einzelne Lose bei Vorliegen der angeführten Voraussetzungen nach den für den Unterschwellenbereich maßgeblichen Vorschriften zu vergeben (vgl. dazu die Ausführungen zu § 14 Abs. 3).

Abs. 6 beinhaltet eine Losregelung für Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich, wobei hier für einzelne Lose die Direktvergabe gewählt werden kann, sofern der kumulierte Wert der vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählten Lose 50% des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt.

Zur Losvergabe vgl. im Übrigen auch § 28 sowie die dazugehörigen Erläuterungen.

Zu § 17 (Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Rahmenvereinbarungen und bei dynamischen Beschaffungssystemen):

Die Bestimmung setzt Art. 5 Abs. 5 der RL 2014/24/EU um. Bei einer Rahmenvereinbarung oder einem dynamischen Beschaffungssystem ergibt sich der geschätzte Auftragswert aus dem geschätzten Gesamtwert aller in der Laufzeit der Rahmenvereinbarung bzw. dem dynamischen Beschaffungssystem voraussichtlich zu vergebenden Aufträge. Die Berechnungsmethode ergibt sich aus der Art der Aufträge, die Gegenstand der Rahmenvereinbarung bzw. des dynamischen Beschaffungssystems sind. Zu betonen ist, dass auch in diesen Fällen ein realistisches, nach kaufmännischen Grundsätzen ermitteltes Mengengerüst der Berechnung zugrunde zu legen ist.

Maßgeblicher Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist gemäß § 13 Abs. 3 der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens für den Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. die Einrichtung des dynamischen Beschaffungssystems.

Zu § 18 (Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Innovationspartnerschaften):

Die Bestimmung setzt Art. 5 Abs. 6 der RL 2014/24/EU um. Die Innovationspartnerschaft zielt auf die Entwicklung einer innovativen Ware, Bau- oder Dienstleistungen und deren anschließende Beschaffung ab. Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist daher der Wert sämtlicher zukünftig zu beschaffenden Leistungen einzuberechnen. Der Begriff Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten ist weit zu verstehen (vgl. auch die engl. Fassung von Art. 5 Abs. 6 der RL 2014/24/EU: „research and development activities“) und beinhaltet sämtliche Leistungen im Rahmen der Forschungs- und Entwicklungsphase(n).

Zu § 19 (Änderung der Schwellen- oder Loswerte):

§ 19 enthält entsprechend der bisherigen Rechtslage eine Verordnungsermächtigung für den Bundeskanzler zur Festsetzung anderer Schwellen- oder Loswerte, soweit dies aufgrund von völkerrechtlicher Verpflichtungen Österreichs oder von unionsrechtlichen Vorschriften erforderlich bzw. zulässig bzw. im Interesse einer einheitlichen oder wirtschaftlicheren Vorgangsweise bei der Vergabe von Aufträgen zweckmäßig ist.

Gemäß Art. 6 der RL 2014/24/EU hat die Kommission die Schwellenwerte alle zwei Jahre zu überprüfen und erforderlichenfalls neu festzusetzen. Im Rahmen dieser Überprüfung prüft die Kommission, ob sich aufgrund von Wechselkursänderungen Änderungen hinsichtlich der Umrechnung der im GPA festgelegten und in Sonderziehungsrechten (SZR; es handelt sich dabei um eine künstliche Währungseinheit des IWF, in der der US-Dollar, der Euro, das britische Pfund, der Yen und seit Oktober 2016 auch der chinesische Renminbi gewichtet vertreten sind) ausgedrückten Schwellenwerte auf den Euro ergeben haben. Sofern dies der Fall ist, werden die Schwellenwerte der Richtlinien im Wege einer Verordnung der Kommission an den neuen Umrechnungswert angepasst. Aufgrund der dabei zu beachtenden Vorgangsweise ergibt es sich, dass die neuen Werte erst kurz vor dem jeweiligen Jahresende im Amtsblatt publiziert werden können, die neuen Schwellenwerte jedoch bereits jeweils ab dem 1. Jänner des Folgejahres zu beachten sind (im Falle der Absenkung) bzw. beachtet werden können (im Falle der Anhebung). Die Regelung des Abs. 2 soll ermöglichen, möglichst zeitnah zur Publikation der Verordnung auf Unionsebene die entsprechenden Schwellenwerte des BVergG 2017 anpassen zu können, ohne das in Art. 14b Abs. 5 B-VG vorgesehene Verfahren beachten zu müssen. Abs. 2 ermöglicht nur die Angleichung (im Sinne eines bloßen Nachvollzuges) bestimmter Schwellenwerte des BVergG 2017 an die von der Kommission neu festgesetzten Schwellenwerte.

Die Verordnungsermächtigung des Abs. 1 erstreckt sich darüber hinaus auch auf Schwellenwerte des Unterschwellenbereiches bzw. Schwellenwerte für Sonderregelungen im Unterschwellenbereich. Der Grund liegt darin, dass die Schwellenwerte für die Wahl der Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich unter Umständen kurzfristig angepasst werden können müssen, falls dies aufgrund eines Judikates des EuGH erforderlich ist (hier ist auf die Rechtsprechung des EuGH in Verbindung mit dem Transparenzgrundsatz hinzuweisen). Eine Festsetzung anderer Schwellen- oder Loswerte ist des Weiteren auch zulässig, wenn dies im Interesse einer wirtschaftlicheren Vorgangsweise bei der Vergabe von Aufträgen zweckmäßig ist: etwa zur Inflationsanpassung, zum Zweck der Zulassung vereinfachter Verfahren, um die Transaktionskosten in ökonomisch vertretbaren Relationen zu halten, oder mit dem Ziel der rascheren Realisierung investitions- und beschäftigungswirksamer Maßnahmen im Zuge einer Finanz- und Wirtschaftskrise.

Zu § 20 (Grundsätze des Vergabeverfahrens):

Die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens finden auf sämtliche Verfahren im Anwendungsbereich des BVergG Anwendung. Die Bestimmungen des Abs. 1 bringen einerseits den Zweck des Vergabeverfahrens zum Ausdruck und damit das Schutzobjekt der Schutznorm „BVergG“: es

ist dies der freie und lautere Wettbewerb unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und der sonstigen unionsrechtlichen Grundsätze (insbesondere der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber). Andererseits stellen die in Abs. 1 angeführten Grundsätze Leitlinien zur Auslegung aller übrigen Bestimmungen des vorliegenden Gesetzes dar und sind als Beurteilungsmaßstab für das korrekte oder fehlerhafte Verhalten (Handlungen und Unterlassungen) von Auftraggebern, Bietern oder Bewerbern in einem Vergabeverfahren heranzuziehen.

Zu den in Abs. 1 angesprochenen unionsrechtlichen Grundsätzen ist einerseits auf den AEUV aber auch auf die reichhaltige Rechtsprechung des EuGH zu verweisen (vgl. dazu auch EG 1 der RL 2014/24/EU). Letztere hat aus den im AEUV kodifizierten Grundsätzen weitere abgeleitet wie den Grundsatz der Transparenz (vgl. etwa Rs C-275/98, *Unitron Scandinavia*, Rs C-324/98, *Telaustria*), den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, des kontradiktorischen Verfahrens uvam. Abs. 1 beinhaltet ferner ein Missbrauchsverbot im Kontext des öffentlichen Auftragswesens (zum allgemeinen Verbot missbräuchlicher Praktiken im Unionsrecht vgl. etwa Rs C-255/02, *Halifax plc*, Rz 69/70); dieses beinhaltet etwa auch, dass Auftraggeber Instrumente des öffentlichen Auftragswesens (insbesondere Verfahrenstypen) nicht missbräuchlich oder in einer Weise anwenden dürfen, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird. Alle genannten Grundsätze sind naturgemäß im Einklang mit dem Unionsrecht auszulegen.

Im innerstaatlichen Recht ist der Gleichbehandlungsgrundsatz ua. auch aus dem Verbotsbereich des UWG abzuleiten. Nach der Rspr des OGH (Erkenntnis vom 12. März 1996, 4 Ob 10/96, Forstpflanzen) handelt der öffentliche Auftraggeber nicht nur im Rahmen des geschäftlichen Verkehrs, sondern bei bestimmten Verhaltensweisen, zB bei ungerechtfertigter Bevorzugung eines Unternehmens zu Lasten eines anderen, durchaus auch zu Wettbewerbszwecken. Nach der Rechtsprechung des OGH lässt sich ein Gleichbehandlungsgebot ferner auch aus culpa in contrahendo ableiten (vgl. etwa OGH vom 12. November 1994, 4 Ob 573/94).

Der Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbes hat neben der innerstaatlichen auch eine unionsrechtliche Grundlage. So betonte der EuGH in einer Vielzahl von Urteilen (vgl. etwa Rs C-243/89, *Storebælt*, C-470/99, *Universale-Bau*, C-247/02, *Sintesi*, Rs C-138/08, *Hochtief AG* ua.) ausdrücklich, dass die Vergaberichtlinien „die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge bezwecken“ und die in ihnen aufgestellten Regelungen einen solchen Wettbewerb gewährleisten sollen.

Zu den Begriffen freier, lauterer bzw. fairer Wettbewerb: der freie Wettbewerb ist der nicht behinderte, dh. zB keinen (Zugangs- oder Ausübungs)Beschränkungen unterliegende Wettbewerb, der lautere (faire) Wettbewerb betrifft das Verhältnis zwischen den Bewerbern/Bietern. Ein unlauterer (unfairer) Wettbewerb ist dann gegeben, wenn ein Unternehmer zB durch Bestechung, Preisabsprachen mit bestimmten Mitkonkurrenten oder Ausnützen seiner marktbeherrschenden Position einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu erlangen sucht oder im Fall von Vorarbeiten hat (vgl. dazu etwa die §§ 25 Abs. 2 und 198 Abs. 2). Bei Betrieben der öffentlichen Hand, aus öffentlichen Geldern subventionierten Unternehmen und bei öffentlichen Auftraggebern (falls diese als Bewerber oder Bieter an einem Vergabeverfahren teilnehmen) kann eine Kalkulation der Kosten oft unter wettbewerbsverzerrenden Bedingungen erfolgen. So könnten wesentliche Kostenanteile nicht in Anschlag gebracht werden, da sie in deren allgemeinen Haushalt enthalten sind (vgl. Personalkosten) oder derartige Kosten nicht einmal entstehen (zB Steuerbefreiung). Unter diesen Bedingungen wären die genannten Unternehmen in der Lage, die (realistischen) Marktpreise ihrer Konkurrenten am freien Markt bei einer Auftragsvergabe jederzeit zu unterbieten. Der Gerichtshof hat in diesem Kontext mehrfach betont, dass es im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht gestattet ist, einen Unternehmer (dh. insbesondere auch einen öffentlichen Auftraggeber) von vornherein und ohne weitere Prüfung von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren allein deshalb auszuschließen, weil er wegen der öffentlichen Zuwendungen, die er erhält, in der Lage ist (oder sein könnte), zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen der nicht subventionierten Bieter liegen (vgl. dazu etwa Rs C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Rs C-305/08, *CoNISMa*, und Rs C-568/13, *Data Medical Services*). Er betonte, dass eine derartige Problematik im Rahmen einer allfälligen vertieften Angebotsprüfung zu lösen ist (vgl. dazu auch § 138 Abs. 6). Ferner ist darauf hinzuweisen, dass öffentliche Unternehmen gemäß der Transparenzrichtlinie 2006/111/EG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. Nr. L 318 vom 17.11.2006 S. 17, verpflichtet sind, ihre finanziellen Beziehungen zum jeweiligen Mitgliedstaat offen zu legen.

Im Zusammenhang insbesondere mit der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen ist ferner auf einen besonderen Aspekt aufmerksam zu machen: Das Diskriminierungsverbot verbietet unter anderem auch, ohne sachliche Rechtfertigung die Durchführung von Wettbewerben auf einzelne Berufsstände zu

beschränken, obwohl auch andere Unternehmen oder Personen die Berechtigung zur Erbringung der Leistung besitzen.

Der ebenfalls in Abs. 1 angeführte Grundsatz der Wirtschaftlichkeit verweist inhaltlich auf die Prüfungsmaßstäbe des Art. 126b Abs. 5 B-VG, die insbesondere auch im Vergabewesen zu beachten sind (vgl. *Kroneder-Partisch*, B-VG Kommentar, Art. 126b B-VG, Rz 7). Er bedeutet inhaltlich, dass bei der Durchführung von Vergabeverfahren ein optimales Verhältnis zwischen Mitteleinsatz (Verfahrensaufwand) und Leistungsergebnis (beschaffte Leistung) anzustreben ist und ist Ausdruck eines auch im Vergaberecht zu beachtenden allgemeinen Effizienzprinzips (vgl. dazu auch das Gebot der Vergabe zu „angemessenen Preisen").

Entsprechend den völkerrechtlichen Verpflichtungen Österreichs aus dem GPA (vormals GATT-Beschaffungskodex) sowie aus der allgemeinen Regelung des Art. 18 AEUV ergibt sich ein Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit von Bewerbern und Bietern oder des Ursprungs von Waren im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Eine darüber hinausgehende unterschiedliche Behandlung, die völkerrechtlich zulässig ist, bleibt gemäß Abs. 2 vom Grundsatz des Abs. 1 unberührt. Damit wird das Gleichbehandlungsgebot auf das völkerrechtlich erforderliche Ausmaß beschränkt. Soweit daher keine unionsrechtlichen oder völkerrechtlichen Verpflichtungen bestehen, obliegt es dem Auftraggeber, über den Zugang zum Vergabeverfahren zu entscheiden. Wurde hingegen einem Unternehmen dieser Zugang gewährt, so genießt er ab diesem Zeitpunkt dieselben Rechte wie ein inländisches Unternehmen.

Abs. 3 stellt eine spezifische Ausformung des Diskriminierungsverbotes dar.

Durch Abs. 4 erster Satz ist es dem Auftraggeber insbesondere untersagt, Vergabeverfahren nur zu dem Zweck durchzuführen, sich durch das Verfahren Lösungsvorschläge zu beschaffen oder Preisvergleiche anzustellen (unverbindliche Markterkundung). Darüber hinaus hat der Auftraggeber für die tatsächliche Durchführung vorzusorgen, dazu gehört auch die Vorsorge für die technische und finanzielle Abwicklung; das heißt, dass zB ausreichende budgetäre und personelle Ressourcen für die gesamte Projektdurchführung zur Verfügung stehen müssen. Führt ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren durch, ohne die budgetäre Bedeckung ausreichend zu prüfen, so wird er schadenersatzpflichtig. Wie sich dem zweiten Satz – aber auch der Regelung über den Widerruf – entnehmen lässt, ändert auch eine allfällige Schadenersatzpflicht aber nichts daran, dass der Auftraggeber zum Widerruf des Verfahrens berechtigt ist, wenn er einen sachlichen Grund geltend machen kann (siehe dazu insbesondere die Erläuterungen zu den §§ 148 und 149 sowie die Regelung in § 146 Abs. 1, wonach es nur zwei Arten der Beendigung eines Vergabeverfahrens gibt). Abs. 4 zweiter Satz kodifiziert eine ständige Judikaturlinie des EuGH (Rs C-27/98, *Metalmechanica*, C-92/00, *HI Hospital*, C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy*, C-440/13, *Croce Amica One*) wonach sich aus den Vergaberichtlinien nicht ableiten lässt, dass die in diesen Richtlinien implizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrages, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, zu verzichten, „*auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass schwerwiegende Gründe angeführt würden*". Weiters hat der EuGH ausgeführt, … „*dass ein Auftraggeber, der beschließe, die Ausschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu widerrufen, den Bewerbern und Bietern zwar die Gründe für seine Entscheidung mitteilen müsse, dass er danach aber nicht verpflichtet sei, das Vergabeverfahren zu Ende zu führen.*" Vor diesem Hintergrund stellt Abs. 4 zweiter Satz klar, dass der Auftraggeber nicht verpflichtet ist, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden (es existiert daher kein „Zwang zum Zuschlag"). Wie aber bereits oben ausgeführt, schließt dies nicht aus, dass Auftraggeber, die den Widerrufsgrund schuldhaft verursacht haben, nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechtes schadenersatzpflichtig werden.

Abs. 5 enthält einen der wesentlichen Grundsätze des Gesetzes, jenen der ökologischen Beschaffung. In seiner Entschließung vom 24. November 2000, E 45-NR/XXI. GP, forderte der Nationalrat die Bundesregierung auf, bei der Ausarbeitung eines einheitlichen Vergabegesetzes für Bund, Länder und Gemeinden u.a. umweltpolitische Belange zu prüfen. In Entsprechung dieser Entschließung und im Sinne des Art. 11 AEUV ist im Gesetzestext selbst der Grundsatz der verpflichtenden Bedachtnahme auf ökologische Aspekte verankert. Einzelne dieser Aspekte (wie Materialeffizienz) werden exemplarisch angeführt. Abs. 5 zweiter Satz nennt jene Phasen des Vergabeverfahrens, in denen eine Verwirklichung der ökologischen Beschaffung am vielversprechendsten ist. Es ist jedoch hervorzuheben, dass eine umweltgerechte Beschaffung in erster Linie an der korrekten Festlegung des Auftragsgegenstandes (insbesondere durch ökologische technischen Spezifikationen, Vorschreibung von ökologischen Gütezeichen usw.) anzuknüpfen hat. Werden bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes ökologische Aspekte nur unzureichend berücksichtigt, so wird dieser Fehler im nachfolgenden Prozess auch durch noch so gute ökologische Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen nicht oder kaum mehr korrigiert werden können.

Mit der Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG (idF: EED), ABl. Nr. L 315 vom 14.11.2012 S. 1, hat sich die Union zum Ziel gesetzt, bis 2020 zwanzig Prozent ihres Primärenergieverbrauches einzusparen. Gemäß Art. 3 der genannten RL wurde ein indikatives innerösterreichisches Einsparziel festgelegt und es wurden jährliche Fortschrittsberichte betreffend die Erfüllung der nationalen Energieeffizienzziele der EK vorgelegt (vgl. dazu https://www.bmwfw.gv.at/EnergieUndBergbau/Energieeffizienz/Seiten/Energieeffizienz-Richtlinie.aspx). Ein Schwerpunkt der in diesem Zusammenhang zu treffenden Maßnahmen liegt im Bereich der Verbesserung der Energieeffizienz im öffentlichen Sektor, da diesem eine „Vorbildfunktion" zukommt (vgl. dazu auch EG 19 und Art. 5 der EED). Zur Implementierung dieses Einsparzieles wird im Zusammenhang mit dem Grundsatz der ökologischen Beschaffung in Abs. 5 auf die Energieeffizienz als Beispiel für die zu beachtenden ökologischen Aspekte explizit hingewiesen. Ferner wurden Leitlinien ausgearbeitet, die einerseits den Einsatz des Zuschlagskriteriums „Energieeffizienz" bzw. „Energieeinsparung" in der Praxis erleichtern und andererseits praxisgerechte Kriterien für die Beschaffung energieeffizienter Ausrüstungen und Fahrzeuge (bzw. deren Ersatz oder Nachrüstung) aufstellen (vgl. dazu insbesondere den Nationaler Aktionsplan des Bundes zur Förderung einer nachhaltigen öffentlichen Beschaffung).

Abschließend soll noch auf die diversen Dokumente der Kommission zum Thema der ökologischen Beschaffung hingewiesen werden (vgl. dazu etwa das Handbuch der EK „Umweltorientierte Beschaffung!", 3. Auflage 2016).

In Abs. 6 wird darauf hingewiesen, dass auch soziale Zielsetzungen in Vergabeverfahren Berücksichtigung finden können (vgl. dazu auch Art. 8 bis 10 AEUV). Die Formulierung „Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange" ermöglicht, auf ein weites Spektrum sozialer Anliegen im Vergabeverfahren Bedacht nehmen zu können. Darunter fallen neben den in Abs. 6 explizit genannten sozialen Zielen im Beschäftigungsbereich etwa Genderaspekte, Förderung von Freiwilligenleistungen uam. Es versteht sich von selbst, dass die Bedachtnahme dieses sekundären Zieles nur unter Berücksichtigung der vorangegangenen Grundsätze (insbesondere daher jener des Abs. 1) erfolgen kann. In diesem Zusammenhang ist ferner auf die diversen Dokumente der Kommission zum Thema der sozialen Beschaffung hinzuweisen (vgl. etwa die Mitteilung der Kommission über die Auslegung des Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. Oktober 2001, KOM(2001) 566, und den Leitfaden "Buying Social. A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement", SEC(2010) 1258), die – obwohl noch zur Rechtslage vor den VergabeRL 2014 – unterschiedliche Möglichkeiten der sozialen Beschaffung samt illustrativen Beispielen aufzeigen.

Der Ministerrat hat am 25. September 2012 ein Leitkonzept für eine innovationsfördernde öffentliche Beschaffung beschlossen. Mit den Maßnahmen, die im Leitkonzept ausgewiesen sind, sollen in Zukunft von der öffentlichen Hand, wo dies einen Mehrwert erwarten lässt, verstärkt innovative und technologisch hochstehende Produkte und Dienstleistungen beschafft werden. Damit sollen mehrere Ziele verfolgt werden: Zum einen kann die öffentliche Hand durch innovative Dienstleistungen und moderne Infrastrukturen ihr Leistungsangebot verbessern und die Verwaltung effizienter und effektiver gestalten. Zum anderen kann die öffentliche Hand durch innovative Produkte und Dienstleistungen einen Beitrag zur Lösung gesellschaftlicher Herausforderungen (wie Klimawandel, demographischer Wandel etc.) leisten. Darüber hinaus kann die öffentliche Hand als „intelligenter" Kunde Referenzmärkte für neue Produkte, Verfahren und Dienstleistungen aufbauen (helfen) und Unternehmen zu mehr Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten motivieren. F&E-intensive Unternehmen sind in der Regel wettbewerbsfähiger und wachsen schneller und erhöhen dadurch wiederum Wirtschaftswachstum, Beschäftigung und Wertschöpfung.

Mit der expliziten Verankerung der Innovation in Abs. 7 wird einer Empfehlung des Leitkonzepts Rechnung getragen, wonach im Vergabeverfahren auf innovative Aspekte Bedacht genommen werden kann. Bei dieser Bedachtnahme sind freilich auch immer die anderen in § 20 genannten Grundsätze (insbesondere daher auch jene des Abs. 1) zu berücksichtigen. Auch in diesem Zusammenhang ist auf einschlägige Dokumente der Kommission aufmerksam zu machen (vgl. dazu etwa den Ratgeber der Kommission „Öffentliches Auftragswesen als Triebkraft für Innovation bei KMU und beim öffentlichen Dienst" (2014)).

Abs. 8 enthält die grundsätzliche Zielvorgabe, dass bei der Konzeption und bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens auf die Teilnahmemöglichkeit von KMUs Bedacht zu nehmen ist (vgl. dazu auch § 122 Abs. 2 zweiter Satz und § 154 Abs. 1 letzter Satz). Einen Rechtsanspruch auf eine KMU-gemäße Vergabe räumt Abs. 8 jedoch nicht ein.

Abs. 9 verankert das Umgehungsverbot als einen Grundsatz des Vergabeverfahrens (vgl. dazu auch EuGH Rs C-29/04, *Kommission gegen Österreich*, Rz 40ff). Dieses auch unionsrechtlich vorgegebene Verbot erfährt im Gesetz spezifische weitere Ausformungen (vgl. dazu etwa § 11 Abs. 4, § 13 Abs. 5, § 35 Abs. 1 Z 3 uam.). Es ist als umfassendes Verbot formuliert, den Anwendungsbereich des Gesetzes als solches oder die Anwendung spezifischer Bestimmungen des Gesetzes zu unterlaufen bzw. den Zweck des Gesetzes (Gewährleistung eines freien und lauteren Wettbewerbes; vgl. Abs. 1) zu torpedieren. So darf auch die Wahl (Aufteilung) zwischen der Vergabe eines einzigen Auftrages oder der Vergabe einer Reihe getrennter Aufträge nicht in der Absicht erfolgen, den Vertrag oder die Verträge vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes auszunehmen (zB „Flucht aus dem Oberschwellenbereich durch Auftragssplitting“). Das Umgehungsverbot entfaltet aufgrund seines umfassenden Charakters auch bereits Vorwirkungen, die über die Phase des eigentlichen Vergabeverfahrens hinausreichen. Hinsichtlich der Beurteilung, ob das Verbot der künstlichen Einschränkung des Wettbewerbes verletzt wurde, sind insbesondere in einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die tatsächlichen (wirtschaftlichen) Effekte ausschlaggebend (vgl. dazu etwa § 20 Kartellgesetz 2005 – KartG, BGBl. I Nr. 61/2005).

Zu § 21 (Allgemeine Bestimmungen über Bewerber und Bieter):

Durch Abs. 1 soll das in den Anerkennungsrichtlinien der Union (vgl. insbes. RL 2005/36/EG) vorgesehene Verfahren und das Vergabeverfahren aufeinander abgestimmt werden. Ein allfälliges erforderliches Verfahren muss spätestens zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung abgeschlossen sein. Ist dies nicht der Fall, ist das Angebot auszuscheiden (siehe § 141 Abs. 1 Z 11). Die Regelung ist auch in Zusammenhang mit § 131 Abs. 3 zu sehen, wonach der Auftraggeber auf begründeten Antrag eines Unternehmers, die Zuschlagsfrist um einen Monat zur Beibringung der behördlichen Entscheidung oder des Nachweises des Erwerbes der notwendigen Berufsqualifikation zu verlängern hat. Durch die Möglichkeit der Verlängerung der Zuschlagsfrist ist sichergestellt, dass, selbst wenn der Antrag erst am letzten Tag der Angebotsfrist oder vor Beginn der Verhandlungen gestellt wird, die Gewerbebehörde in der Lage ist, innerhalb der Zuschlagsfrist zu entscheiden. Vorgesehen ist weiters, dass der Auftraggeber auf das Erfordernis der Durchführung eines entsprechenden Verfahrens bereits in der Bekanntmachung hinzuweisen hat (§ 50 Abs. 2). Durch die frühzeitige (verpflichtende) Information potentieller Bieter wird sichergestellt, dass jeder Interessierte von der allfälligen Notwendigkeit eines diesbezüglichen Verfahrens oder dem Erfordernis einer Bestätigung gemäß EWR-Arch-VO bzw. EWR-Ing-KonsVO erfährt.

Eine bescheidmäßige Anerkennung oder Gleichhaltung ist in der Regel (ausgenommen sind in der Schweiz niedergelassene Unternehmer) nur mehr für eine Niederlassung erforderlich. Zur Abgrenzung zwischen Niederlassung und einer bloß vorübergehenden und gelegentlichen Erbringung von Dienstleistungen ist auf die einschlägige Judikatur des EuGH (vgl. dazu etwa Rs C-55/94, *Gebhard*) sowie auf die Erläuterungen zur GewO-Novelle 2008, BGBl. I Nr. 42/2008 (IA 549/A XXIII. GP iVm RV 283 dB XXIII. GP 26) zu verweisen. Die Erbringung einer Leistung im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe stellt aber im Regelfall eine bloß vorübergehende und gelegentliche Erbringung von Dienstleistungen dar (das in der Folge dargestellte Regime gilt auch für Unternehmen, die sich in Österreich niederlassen wollen und sich vor oder während des Verfahrens gemäß den §§ 373c ff GewO an einem Vergabeverfahren beteiligen wollen).

Wie sich dem Wortlaut von § 21 Abs. 1 entnehmen lässt, bezieht sich dieser nur auf Unternehmer, die in einem anderen EWR-Vertragsstaat oder der Schweiz – nicht hingegen in Österreich – ansässig sind, somit nur auf den Fall der vorübergehenden und gelegentlichen Erbringung von Dienstleistungen im Sinne der Berufsanerkennungsrichtlinie. Unternehmer, die in Österreich ansässig – somit niedergelassen – sind, müssen ohnehin über eine Befugnis nach den innerstaatlichen Vorschriften verfügen.

Im Bereich der vorübergehenden und gelegentlichen Erbringung von Dienstleistungen trifft die GewO 1994 eine Unterscheidung danach, ob die Ausübung der Tätigkeit als derart sensibel anzusehen ist, dass dafür eine behördliche Entscheidung erforderlich ist (bestimmte reglementierte Gewerbe gemäß § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994), oder ob die Tätigkeit bei Vorliegen gesetzlich normierter Voraussetzungen ausgeübt werden darf (alle übrigen Gewerbe). Bei bestimmten Gewerben ist somit eine behördliche Entscheidung – die allerdings durch eine behördliche Untätigkeit substituiert werden kann (vgl. § 373a Abs. 5 Z 3 lit. d GewO 1994) – Voraussetzung für die Zulässigkeit der Dienstleistungserbringung. Darüber hinaus sieht die GewO 1994 vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein Verbot der Ausübung der Tätigkeit erlassen werden kann.

Für Tätigkeiten gemäß dem Ziviltechnikergesetz 1993 – ZTG, BGBl. Nr. 156/1994, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 50/2016 – ebenso wie etwa für Tätigkeiten nach dem Wirtschaftstreuhandberufsgesetz – WTBG, BGBl. I Nr. 58/1999, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 121/2013, sowie für solche nach dem Bilanzbuchhaltungsgesetz 2014 – BiBuG 2014, BGBl. I Nr. 191/2013 – ist demgegenüber für die Erbringung von Dienstleistungen weder eine Anzeige

noch eine behördliche Entscheidung, sondern lediglich die Erfüllung gesetzlicher Bedingungen Voraussetzung. Auch ein spezielles behördliches Verbot der Ausübung der Tätigkeit für den Fall der „Nichterfüllung“ der gesetzlichen Bedingungen ist in diesen Vorschriften nicht vorgesehen.

Für die Frage, wann das Angebot eines Bieters im Zusammenhang mit der (Un-)Zulässigkeit der Ausübung von Tätigkeiten in Österreich ausgeschieden werden kann bzw. muss, wird daher folgendes Regime implementiert:

Wie Abs. 1 klarstellt, muss sich das Erfordernis einer behördlichen Entscheidung auf die Berufsqualifikation beziehen, somit auf allenfalls erforderliche Verfahren zur Nachprüfung von Qualifikationsnachweisen. Ein Angebot ist auszuscheiden, wenn die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Dienstleistung von einer behördlichen Entscheidung bestimmten Inhalts abhängig ist und diese Entscheidung nicht vorliegt. Im – primär maßgeblichen – Anwendungsbereich der GewO 1994 ist dies bei bestimmten reglementierten Gewerben gemäß § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 der Fall, bei denen vom BMWFW als zuständige Behörde zu prüfen ist, ob aufgrund der mangelnden Berufsqualifikation des Dienstleistungserbringers aus der Tätigkeit eine schwerwiegende Beeinträchtigung von Gesundheit oder Sicherheit zu befürchten ist. Hat der Unternehmer eine Anzeige erstattet und erfolgt innerhalb der Entscheidungsfrist keine behördliche Reaktion, ist die Ausübung der Tätigkeit auch ohne das Vorliegen einer entsprechenden behördlichen Entscheidung zulässig; diesfalls kommt ein Ausscheiden des Angebotes aufgrund einer fehlenden behördlichen Entscheidung nicht in Betracht.

Durch den Begriff „erforderlich“ werden somit sowohl die Fälle ausgeklammert, in denen eine behördliche Entscheidung von vornherein nicht erforderlich ist, als auch die Fälle, in denen eine behördliche Entscheidung zwar grundsätzlich erforderlich wäre, im konkreten Fall aber aufgrund des Ablaufs der behördlichen Entscheidungsfrist eben nicht mehr erforderlich ist.

Dem Fall der fehlenden – für die Zulässigkeit einer Tätigkeit konstitutiven – behördlichen Entscheidung ist der Fall gleichzuhalten, in dem die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Dienstleistung vom Erwerb fehlender Kenntnisse und Fähigkeiten abhängig gemacht und dieser Erwerb nicht nachgewiesen wurde. Im Anwendungsbereich der GewO 1994 hat der BMWFW dem Unternehmer die Ablegung einer Eignungsprüfung aufzuerlegen, wenn eine Beeinträchtigung von Gesundheit oder Sicherheit aufgrund bestehender wesentlicher Unterschiede zwischen der beruflichen Qualifikation des Anzeigers und der in Österreich geforderten Ausbildung zu befürchten ist. Wurde eine Eignungsprüfung vorgeschrieben und wird der Nachweis des Erwerbes der fehlenden Kenntnisse nicht erbracht, ist das Angebot auszuscheiden.

Ein Angebot ist auch dann auszuscheiden, wenn für die Ausübung einer Tätigkeit eine behördliche Entscheidung eingeholt werden muss, der Bieter aber nicht nachweist, dass er das darauf gerichtete Verfahren vor Ablauf der Angebotsfrist eingeleitet hat (also etwa bei „sensiblen“ reglementierten Gewerben eine Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 erstattet hat). Damit wird der Auftraggeber der Verpflichtung enthoben, selbst Nachforschungen darüber anzustellen, ob der Bieter ein gebotenes Verfahren eingeleitet hat (ob die Dienstleistungsanzeige erstattet wurde, könnte auch im gemäß § 373a Abs. 5 letzter Satz GewO 1994 eingerichteten Dienstleisterregister unter der Adresse http://dlr.bmwfw.gv.at vom Auftraggeber abgefragt werden). Darüber hinaus wird der Auftraggeber so nicht dazu angehalten, das Verstreichen der in § 373a Abs. 5 Z 3 GewO 1994 genannten Frist abwarten zu müssen.

Schließlich ist ein Angebot auch dann auszuscheiden, wenn dem Unternehmer die Ausübung der Tätigkeit mangels Vorliegens der Voraussetzungen mittels behördlicher Entscheidung untersagt wurde. Im Anwendungsbereich der GewO 1994 kann dies durch ein Verbot gemäß § 373a Abs. 1 dritter Satz oder eine befristete Untersagung gemäß § 373a Abs. 1 vierter Satz erfolgen. Zu diesem Tatbestand ist darauf hinzuweisen, dass für den Auftraggeber keine – über die ohnehin bestehende Verpflichtung zur Überprüfung der vergaberechtlichen Eignung hinausgehende – Pflicht besteht, aktiv Nachforschungen anzustellen, ob ein derartiges Verbot erlassen worden ist. Zweckmäßiger Weise werden derartige Nachforschungen nur dann erfolgen, wenn bereits Anhaltspunkte für das Bestehen eines behördlichen Verbotes bestehen.

Sofern die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen „lediglich“ von der Erfüllung gesetzlich normierter Voraussetzungen und nicht von einer behördlichen Entscheidung abhängt, besteht keine Verpflichtung zum Ausscheiden des Angebotes gemäß § 141 Abs. 1 Z 11. Demgemäß besteht für den Auftraggeber auch keine Verpflichtung, das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen aus eigenem Antrieb zu überprüfen. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass auch die berufsausübungsrechtlichen Regelungen in diesen Fällen keine zwingende ex-ante Prüfung vorsehen.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang allerdings auf § 367 Z 54 GewO 1994, dem zufolge eine Verwaltungsübertretung begeht, wer – ohne sein Verhalten durch triftige Gründe rechtfertigen zu können

– sich durch einen anderen eine Tätigkeit besorgen lässt oder einen anderen zu einer Tätigkeit veranlasst, obwohl er wissen musste, dass der andere durch die Ausübung dieser Tätigkeit eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z 1 leg. cit. begeht, oder dies nach seinem Beruf oder seiner Beschäftigung bei Anwendung entsprechender Aufmerksamkeit wissen konnte. Da Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen des § 373a Abs. 1 GewO 1994 gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 zu bestrafen sind, erstreckt sich § 367 Z 54 GewO 1994 auch auf den Fall, dass ein Auftraggeber einen Vertrag mit einem Unternehmer abschließt, von dem er wissen musste oder konnte, dass dieser nicht zur Ausübung der Tätigkeit in Österreich berechtigt ist, weil eine der Voraussetzungen des § 373a Abs. 1 GewO 1994 nicht vorliegt.

Wenn ein Auftraggeber daher über Informationen verfügt, die nahelegen, dass ein Unternehmer nicht zur Ausübung der Tätigkeit in Österreich berechtigt ist, so kann er vom Unternehmer Aufklärung verlangen. (Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Auftraggeber weiß, dass die betreffende Tätigkeit im Niederlassungsstaat des Unternehmers nicht reglementiert ist, und er Anhaltspunkte dafür hat, dass der Unternehmer die Tätigkeit erst seit kurzem – jedenfalls noch nicht mindestens ein Jahr – ausübt.) Bleibt die Aufklärung aus oder kann der Unternehmer nicht nachvollziehbar darlegen, dass er die Voraussetzungen des § 373a Abs. 1 GewO 1994 erfüllt, dann hat der Auftraggeber das Angebot des Unternehmers auszuscheiden.

Festzuhalten bleibt aber, dass in vergaberechtlicher Hinsicht keine Prüfpflicht für den Auftraggeber besteht. Er muss somit nicht aktiv nachforschen, ob ein Unternehmer die Voraussetzungen des § 373a Abs. 1 GewO 1994 erfüllt. Umgekehrt besteht allerdings eine Verpflichtung des Unternehmers, allfällige Unklarheiten auszuräumen. Letztlich obliegt es der Verantwortung des Auftraggebers, einzuschätzen, ob er im Sinne des § 367 Z 54 GewO 1994 davon Kenntnis haben musste oder haben konnte, dass eine Ausübung der Tätigkeit durch den Unternehmer einen Verstoß gegen § 373a Abs. 1 GewO 1994 darstellen würde. In gewerberechtlicher Hinsicht besteht in diesem Fall die Pflicht zum Ausscheiden, da der Auftraggeber ansonsten eine Verwaltungsübertretung gemäß § 367 Z 54 GewO 1994 begehen würde.

Abs. 2 setzt Art. 19 Abs. 2 und 3 der RL 2014/24/EU um (vgl. dazu auch EG 15), ergänzt um Elemente aus der Judikatur des EuGH. Abs. 2 erster und zweiter Satz sehen die Möglichkeit vor, dass der Auftraggeber aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklären kann. Die Zulässigkeit dieser Beschränkungsmöglichkeit folgt aus dem Urteil des EuGH in der Rs C-57/01, *Makedoniko Metro*. Darüber hinaus ist darauf zu verweisen, dass in bestimmten Situationen auch die Kommission eine derartige Beschränkung vorgesehen hat (vgl. dazu Bulletin Quotidien Europe 8945 vom 12.5.05 Pkt. 21; bei der Ausschreibung des Projektes „Galileo“ hatte die Kommission die Klausel vorgesehen, dass keine Arbeits- oder Bietergemeinschaften gebildet werden dürfen damit ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet ist). Sachliche Gründe sind etwa, wenn in einem Marktsegment nur eine begrenzte Anzahl von Bietern existiert und zur Sicherung des Wettbewerbes eine Beschränkung der Teilnehmeranzahl am Vergabewettbewerb durch Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften nicht erfolgen soll. Der Auftraggeber hat ferner die Möglichkeit, die Mitgliederanzahl zu beschränken oder Beschränkungen hinsichtlich der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften (etwa ein Verbot der Mehrfachbeteiligung) vorzusehen. Die Zulässigkeit dieser Regelung ergibt sich ebenfalls aus dem Urteil in der Rs C-57/01, *Makedoniko Metro*. Darin hat der EuGH festgehalten (vgl. Rz 60), dass die RL „*keine Bestimmung über die Zusammensetzung derartiger Bietergemeinschaften* [enthält]. *Die Regelung der Zusammensetzung fällt deshalb in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.*“ Die Beschränkungsmöglichkeiten hinsichtlich der Arbeits- oder Bietergemeinschaften sollen dem Auftraggeber die Möglichkeit geben, einen echten Wettbewerb bei der Vergabe der Leistung zu gewährleisten. Durch diese Regelungen darf jedoch nicht die Teilnahme von KMUs an Vergabeverfahren behindert werden. Aus diesem Grund muss die Beschränkung stets sachlich gerechtfertigt werden können. Diese Festlegungen sind einer Nachprüfung zugänglich.

Durch den fünften Satz in Abs. 2 wird – wie schon bisher – ausdrücklich normiert, dass Arbeits- und Bietergemeinschaften als solche parteifähig sind (vgl. dazu auch Rs C-129/04, *Espace Trianon SA*). Diese Parteifähigkeit ist jedoch auf die gemäß dem BVergG gewährten Rechte eingeschränkt (arg. „parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte“). Hat daher eine Arbeits- oder Bietergemeinschaft ein Angebot gelegt oder einen Teilnahmeantrag gestellt und ergibt sich in weiterer Folge die Notwendigkeit, einen Nachprüfungsantrag zu stellen, so ist nur die Arbeits- oder Bietergemeinschaft als solche zur Antragstellung berechtigt, nicht hingegen einzelne ihrer Mitglieder (vgl. zur unionsrechtlichen Zulässigkeit dieser Regelung verb. Rs C-145/08 und C-149/08, *Club Hotel Loutraki AE*). Wem innerhalb einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft die Handlungs- bzw. Vertretungsbefugnis zukommt, richtet sich nach den internen Regeln der Gemeinschaft (denkbar ist, dass alle Mitglieder nur gemeinsam auftreten können, denkbar ist aber auch, dass einzelne Mitglieder zur Setzung bestimmter Akte bevollmächtigt worden sind – auch in diesem Fall können die bevollmächtigten

Mitglieder in einem allfälligen Nachprüfungsverfahren nicht in eigenem Namen auftreten, sondern nur im Namen der Arbeits- oder Bietergemeinschaft). Zur Parteifähigkeit von Bietergemeinschaften vgl. auch schon VwGH vom 30. Juni 2004, 2002/04/0011. Der letzte Satz normiert, ebenfalls unverändert, eine Solidarhaftung der Arbeits- und Bietergemeinschaften im Auftragsfall (vgl. dazu auch EG 15).

Abs. 3 und 4 setzen Art. 19 Abs. 1 der RL 2014/24/EU um. Das Verbot, dass Bewerber oder Bieter für die Teilnahme eine bestimmte Rechtsform (natürliche oder juristische Person) aufweisen müssen, gilt auch für den Fall, dass dies eine bestimmte Kategorie einer juristischen Personen sein müsste (vgl. EuGH Rs C-357/06, *Frigerio Luigi*). Aus der Definition der Begriffe „Bewerber", „Bieter" und „Unternehmer" folgt, dass jede am Markt auftretende Person oder Einrichtung als Bieter oder Bewerber in einem Vergabeverfahren auftreten darf (vgl. dazu etwa Rs C-305/08, *CoNISMa*).

Zu § 22 (Gemeinsame Auftragsvergabe mehrerer öffentlicher Auftraggeber):

§ 22 setzt Art. 38 der RL 2014/24/EU um. Anders als im Fall des § 11 handelt es sich bei § 22 um gemeinsame Vergaben, in die ausschließlich in Österreich ansässige Auftraggeber involviert sind und kein diesbezügliches grenzüberschreitendes Element aufweisen. Es handelt sich ferner um „gelegentliche", dh. nicht auf Dauer angelegte gemeinsame Vergabeverfahren (arg. „einzelne Vergabeverfahren" in Abs. 1; vgl. ferner die Überschrift zu Art. 38 der RL); dies grenzt auch den Anwendungsbereich zu den zentralen Beschaffungsstellen ab (die die zentrale Beschaffungstätigkeit „auf Dauer" ausüben müssen, vgl. § 2 Z 48). Wie EG 71 der RL betont, gibt es vielfältige Formen der „gemeinsamen Beschaffung". § 22 regelt jene Fälle, bei denen mehrere öffentliche Auftraggeber in koordinierter Weise ein (einziges) Verfahren gänzlich oder teilweise gemeinsam durchführen, entweder im gemeinsamen Zusammenwirken oder in Form eines Vollmachtsmodells (ein Auftraggeber handelt im Auftrag aller übrigen beteiligten Auftraggeber). § 22 erfasst hingegen nicht den Fall, dass ein Auftraggeber allein (in eigenem Namen) ein Vergabeverfahren durchführt, die Leistung aber zumindest teilweise zum „Weiterverkauf" an andere Auftraggeber bestimmt ist.

Damit die entsprechende Transparenz gewährleistet ist, sieht Abs. 2 entsprechende Offenlegungspflichten für die Ausschreibung vor. Für den Falls, dass zwar eine gemeinsame Beschaffung angekündigt, die Rollenverteilung jedoch nicht bekannt gemacht wurde, sieht Abs. 2 letzter Satz ex lege eine gemeinsame Beschaffung in Bezug auf das gesamte diesbezügliche Vergabeverfahren vor.

Die Konsequenzen einer gemeinsamen Vergabe gemäß § 22 erschließen sich einerseits aus Art. 14b Abs. 2 B-VG (Zuordnung des Vollzugsbereiches bei gemeinsamen Vergaben aus dem Bereich der Bundes- und Landesvollziehung) und andererseits aus den §§ 346 Abs. 1, 352 Abs. 1 und 355 Abs. 1 (Parteienregelungen). Soweit ein Vergabeverfahren gemeinsam durchgeführt wird, bilden die involvierten Auftraggeber eine Streitgenossenschaft im Vergabekontrollverfahren, soweit ein gemeinsames Vergabeverfahren teilweise von einzelnen Auftraggebern alleine abgewickelt wird (zB Abruf aus einer Rahmenvereinbarung) ist allein dieser Auftraggeber Partei allfälliger Vergabekontrollverfahren (vgl. dazu auch EG 71).

Zu § 23 (Vorbehaltene Aufträge zugunsten sozialer und beruflicher Integration):

Durch die vorliegende Bestimmung wird Art. 20 der RL 2014/24/EU umgesetzt.

Sofern eine Losvergabe stattfinden soll, kann die vorliegende Bestimmung sowohl auf die Vergabe der Gesamtleistung als auch auf die Vergabe von bestimmten Losen angewendet werden.

EG 36 der RL 2014 führt zu Art. 20 der RL 2014/24/EU aus: „*Beschäftigung und Beruf tragen zur Integration in die Gesellschaft bei und sind zentrale Elemente für die Gewährleistung von Chancengleichheit. In diesem Zusammenhang können geschützte Werkstätten eine wichtige Rolle spielen. Das gilt auch für andere soziale Unternehmen, deren Hauptanliegen die Förderung der sozialen und beruflichen Eingliederung oder Wiedereingliederung von Personen mit Behinderung oder von benachteiligten Personen wie Arbeitslosen, Angehörigen benachteiligter Minderheiten oder auf andere Weise an den Rand der Gesellschaft gedrängten Personen ist. Es ist jedoch möglich, dass solche Werkstätten oder Unternehmen nicht in der Lage sind, unter normalen Wettbewerbsbedingungen Aufträge zu erhalten. Es ist daher angemessen, vorzusehen, dass Mitgliedstaaten das Recht, an Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen oder von bestimmten Auftragslosen teilzunehmen, derartigen Werkstätten oder Unternehmen vorbehalten oder die Ausführung eines Auftrags geschützten Beschäftigungsprogrammen vorbehalten können.*"

Der Begriff der „benachteiligten Personen" ist weit zu verstehen und erfasst neben den in EG 36 demonstrativ erwähnten Personengruppen etwa auch Asyl- und subsidiär Schutzberechtigte; der Zweck der Bestimmung zielt dahin, dass benachteiligte Personen leichter in den Arbeitsprozess (wieder) integriert werden. Im Übrigen wird die Frage, ob eine bestimmte Personengruppe „benachteiligt" ist, nicht nur anhand einer Gesamtbetrachtung des Arbeitsmarktes erfolgen können, sondern kann dies auch –

abhängig vom jeweiligen Leistungsgegenstand – in Bezug auf ein bestimmtes Segment des Arbeitsmarktes beurteilt werden.

Zu der angeführten Quote von 30% der Arbeitnehmer wird darauf hingewiesen, dass es dabei um 30% der Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerinnen im betroffenen Unternehmen geht; es ist nicht geboten, dass 30% der an der Ausführung des Auftrages beteiligten Personen Menschen mit Behinderung oder sonstige benachteiligte Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerinnen sein müssen.

Zu integrativen Betrieben und deren Leistungsangebot siehe etwa http://www.integrative-betriebe.at/.

Im Übrigen wird hinsichtlich der Beteiligung von geschützten Werkstätten oder integrativen Betrieben an nicht für diese reservierte Vergabeverfahren auf § 11 Abs. 7 BEinstG verwiesen.

Zu § 24 (Vorherige Erkundung des Marktes):

§ 24 setzt Art. 40 der RL 2014/24/EU um. Die Regelung des § 24 wurde auf Unionsebene für erforderlich erachtet, um angesichts einer verbreiteten Unsicherheit auf Auftraggeberseite diese schon bisher zulässige Vorgangsweise rechtlich abzusichern. § 24 stellt klar, dass Auftraggeber vor Einleitung eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit haben, Unternehmen, die potentielle Bewerber oder Bieter sind, zu konsultieren, um Ideen für dieses Verfahren zu sammeln. Im Rahmen dieser Konsultation (Markterkundung) können diesen Unternehmen bereits Informationen über das geplante Vergabeverfahren (zB Problembeschreibungen, Zeitpläne) offengelegt werden. Diese Konsultation kann auch mit Dritten (unabhängigen Sachverständigen, Behörden oder sonstigen Unternehmen) durchgeführt werden. Falls es sich freilich um einen entgeltlichen Beratungsvorgang handelt, sind die entsprechenden Vorschriften des Gesetzes zu beachten. Wie der letzte Satz explizit hervorhebt, dürfen eine vorherige Markterkundung und die Nutzung der daraus gewonnenen Erkenntnisse durch den Auftraggeber den Wettbewerb im Rahmen des anschließenden Vergabeverfahrens nicht verzerren bzw. zu einer Verletzung der Grundsätze des Vergabeverfahrens (vgl. § 20) führen.

Zu § 25 (Vorarbeiten):

§ 25 setzt Art. 41 der RL 2014/24/EU um und regelt die sogenannte „Vorarbeitenproblematik“ (in der Terminologie der RL die „vorherige Einbeziehung von Bewerbern oder Bieter“). Wie bereits bisher sind Angebote von Bietern, die gemäß § 25 von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen sind, nach § 141 Abs. 1 Z 1 auszuscheiden.

Der betroffene Unternehmerkreis erfasst alle Bewerber oder Bieter oder mit diesen in Verbindung stehende Unternehmen, die unmittelbar oder mittelbar an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt waren. Nicht unter den Begriff der „Vorarbeiten“ fällt daher eine Beratung, die ein Unternehmer als Auftragnehmer im Rahmen der Leistungserbringung eines noch laufenden Vertrages mit dem Auftraggeber erbringt, und die nicht im Zusammenhang mit der Ausschreibung der Nachfolgeleistung in Verbindung steht. Der Begriff „in Verbindung stehendes Unternehmen“ ist vom Begriff des „verbundenen Unternehmens“ (vgl. dessen Definition in § 2 Z 40) zu unterscheiden; ersterer ist weiter zu verstehen als letzterer. Eine im Kontext des § 25 relevante „Beratung“ könnte etwa im Rahmen einer vorherigen Markterkundung (vgl. § 24) oder auf Initiative eines Unternehmers („Informationsveranstaltung für öffentliche Auftraggeber“) erfolgen. Ziel des § 25 ist es sicherzustellen, dass durch derartige Vorbereitungshandlungen der Wettbewerb im anschließenden Vergabeverfahren nicht verzerrt wird. Sofern sich daher ein vorarbeitendes Unternehmen weder direkt noch indirekt am anschließenden Vergabeverfahren beteiligt, ist dessen „Vorarbeit“ vergaberechtlich unproblematisch.

§ 25 verpflichtet den Auftraggeber, der die Teilnahme des „vorarbeitenden“ Unternehmers am weiteren Verfahren gewährleisten will, alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Als derartige Maßnahmen kommen daher beispielsweise die Offenlegung aller Informationen (zB Studienergebnisse uam.) im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen und die Gewährung angemessener Angebotsfristen in Betracht. „Angemessen“ bedeutet im konkreten Kontext, dass mit den gesetzlich vorgesehenen Mindestangebotsfristen nicht das Auslangen gefunden kann. § 25 fordert vom Auftraggeber, aktiv Maßnahmen zu setzen und diese im Vergabevermerk zu dokumentieren (vgl. dazu auch § 147 Abs. 1 Z 10). Deswegen würde es nicht ausreichen, dass statt einer Übermittlung oder Bereitstellung von Informationen über die Vorarbeiten der Auftraggeber darauf hinweisen würde, dass die einschlägigen Informationen auch im Internet verfügbar sind und sich die Teilnehmer selbst informieren hätten können.

Abs. 2 stellt explizit darauf ab, ob durch die Beteiligung von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmern der faire und lautere Wettbewerb verzerrt werden würde. Es handelt sich dabei um eine Prognoseentscheidung des Auftraggebers, die dieser aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Entscheidungsgrundlagen zu treffen hat. Es ist kein kategorischer Ausschluss von allen an Vorarbeiten beteiligten Unternehmern vorgesehen: Obwohl ein an Vorarbeiten beteiligter Unternehmer (ebenso wie

ein früherer Auftragnehmer eines Auftraggebers) immer einen – wenn auch unter Umständen sehr geringen – Vorteil genießt (zB längere Kenntnis bestimmter Informationen; Vertrautheit mit dem Auftragsgegenstand oder Teilen desselben; nähere Kenntnis der Organisationsstruktur und der Bedürfnisse des Auftraggebers), soll nicht absolut jeder Wissensvorsprung (der für sich schon eine „Verzerrung" des Wettbewerbes bewirkt) durch die Beteiligung an den Vorarbeiten die strenge Sanktion des Abs. 2 nach sich ziehen. Schutzobjekt ist der freie und lautere Wettbewerb (unter Berücksichtigung des Geleichbehandlungsgebotes). Der Wettbewerb wird erst dann in im Sinne des § 25 relevanter Weise „verzerrt", wenn die Teilnahmebedingungen gröblich benachteiligend (und nicht bloß minder „beeinträchtigend") oder derart ausgestaltet sind, dass ein fairer und lauterer Wettbewerb an sich ausgeschlossen ist. Marginale oder minder bedeutsame Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch die Beteiligung an Vorarbeiten werden durch § 25 toleriert.

Vermag der Auftraggeber jedoch auch durch alle erdenklichen Vorkehrungen die Wettbewerbsvorteile, die den Schutzzweck der Norm verletzen, nicht auszugleichen, so ist der betreffende Unternehmer von der Teilnahme am Wettbewerb um die Leistung auszuschließen.

Neben den vom Auftraggeber gemäß Abs. 1 aktiv zu setzenden Maßnahmen hat dieser vor einem allfälligen Ausschluss eines vorarbeitenden Unternehmers diesem gemäß Abs. 2 die Möglichkeit einzuräumen, darzulegen, dass nach den Umständen des Einzelfalles die von ihm erworbene Erfahrung den Wettbewerb nicht hat verfälschen können (vgl. dazu auch schon EuGH Rs C-21/03 und C-34/03, *Fabricom*).

Zu § 26 (Vermeidung von Interessenkonflikten):

§ 26 setzt Art. 24 der RL 2014/24/EU um (vgl. dazu auch EG 16 der RL). Er ist, ebenso wie etwa § 25, eine Schutznorm zur Gewährleistung eines unverfälschten und transparenten Wettbewerbes im Vergabeverfahren. § 26 verlangt vom Auftraggeber aktiv vorbeugende Maßnahmen zur Verhinderung von Interessenkonflikten zu setzen bzw. entsprechende effektive (Kontroll-)Mechanismen bereit zu halten, um bestehende Interessenkonflikte aufzudecken bzw. zu beheben. Diese Pflichten bestehen unabhängig von der Durchführung eines konkreten Vergabeverfahrens. Als präventive und korrektive Maßnahmen im Sinne des Abs. 1 kommen insbesondere in Betracht: vorbeugende Aufklärungskampagnen des Auftraggebers über Meldepflichten bei Interessenkonflikten, Einrichtung eines Compliance-Systems, eines internen Revisions- oder Controlling-Systems, anonyme Meldesysteme betreffend Verdachtsfälle, personelle Durchgriffsrechte (Suspendierungen, Versetzungen usw.) uam.

Der Begriff des „Interessenkonfliktes" ist umfassend in Abs. 2 definiert. Er knüpft daran an, dass Mitarbeiter eines Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle (dies können auch Mitarbeiter eines im Namen des Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters sein) ein Interesse an einem bestimmten Ausgang eines Vergabeverfahrens oder eines Abschnittes desselben haben (zB dass ein bestimmter Bieter den Zuschlag erhält oder dass ein bestimmter Bewerber vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird). Die Bezugnahme auf „Mitarbeiter" ist im Sinne des Unionsrechtes weit auszulegen; erfasst werden damit insbesondere Personen, die in einem privat- oder öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Auftraggeber stehen, sowie sonstige Organe und Personen des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums.

Im Sinne der Parallelbestimmung des Art. 35 dritter UAbs. der RL 2014/23/EU sollten die getroffenen Maßnahmen zur Behebung von eingetretenen Interessenkonflikten nicht über das hinausgehen was zu dessen Beseitigung unbedingt erforderlich ist (eine explizite parallele Regelung fehlt in den Texten der RL 2014/24/EU und 2014/25/EU).

Zu § 27 (Vertraulichkeit von Unterlagen betreffend ein Vergabeverfahren, Verwertungsrechte):

§ 27 Abs. 1 bis 3 setzt Art. 21 der RL 2014/24/EU um (vgl. dazu auch EG 51 der RL). Abs. 1 enthält das allgemeine Gebot des Schutzes vertraulicher Informationen, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens ausgetauscht werden. Er statuiert damit eine gegenseitige Schutzpflicht für vertrauliche Informationen. Diese Verpflichtung trifft alle Beteiligten eines Vergabeverfahrens. Auch in Vergabeverfahren involvierte Bewerber oder Bieter haben daher schutzwürdige Angaben des Auftraggebers zu wahren. Nicht in den Anwendungsbereich des § 27 fallen etwa Informationen, die nicht zwischen den Beteiligten ausgetauscht werden (zB jene, die im Rahmen der Zur-Verfügung-Stellung von Ausschreibungsunterlagen gemäß § 89 oder im Rahmen von Bekanntmachungen oder Bekanntgaben vom Auftraggeber allgemein zugänglich gemacht werden müssen). Der durch Abs. 1 gewährleistete Schutz von Unterlagen erstreckt sich auch auf die Zeit nach Abschluss eines Vergabeverfahrens. Eine Berufung auf den vertraulichen Charakter scheidet jedoch gegenüber den Vergabekontrollinstanzen aus (vgl. dazu auch die §§ 336 und 337 und die dazu gehörigen Ausführungen sowie EuGH Rs C-450/06, *Varec*), außer die Kontrollinstanz könnte den Schutz der vertraulichen Unterlagen nicht gewährleisten (letzteres trifft für Österreich jedoch nicht zu).

Abs. 2 enthält eine Spezialregelung, die sich allein an die Auftraggeber richtet: als von Unternehmern vertraulich bezeichnete Informationen dürfen grundsätzlich nicht ohne dessen Zustimmung an andere Teilnehmer des Vergabeverfahrens oder an Dritte weitergegeben werden. In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass die Kennzeichnung einer Information als „vertraulich" keine absolute Bindungswirkung des Auftraggebers gemäß Abs. 2 bewirkt. Der Auftraggeber hat vielmehr zu prüfen, ob es sich tatsächlich um sensible Informationen und nicht um eine überschießende Kennzeichnung durch den Unternehmer handelt.

Abs. 3 ermöglicht dem Auftraggeber sowohl Anforderungen an die Teilnehmer selbst vorzuschreiben (zB Erfordernis einer Verlässlichkeitsprüfung) wie auch Anforderungen, wie Teilnehmer mit den vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten vertraulichen Informationen umzugehen haben (zB Verwahrung von Unterlagen in besonders gesicherter Weise).

Der Begriff „Ausarbeitungen" in Abs. 4 umfasst nicht Standardprodukte (zB Standardsoftware). Durch die Zustimmungsverpflichtung soll ein Know-How-Abfluss ohne Entgelt verhindert werden. Es empfiehlt sich, dass Bewerber oder Bieter den Auftraggeber auf von diesem zu schützende Inhalte bei von den Bewerbern oder Bietern zur Verfügung gestellten Unterlagen hinweisen.

Zu Abs. 6 ist festzuhalten, dass dieser in Zusammenhang mit § 49 zu sehen ist. Die Dokumentationspflicht des Auftraggebers geht vor; sie bezieht sich auf die Nachvollziehbarkeit aller wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren. Kann dieser Verpflichtung in ausreichendem Maß ohne Zurückbehaltung von Unterlagen gemäß Abs. 6 nachgekommen werden, so sind diese zurückzustellen.

Zu § 28 (Gesamt- oder Losvergabe):

§ 28 setzt Art. 46 der RL 2014/24/EU um. Es besteht aufgrund des Gesetzes (arg. „können" in Abs. 1) wie schon bisher weder der Grundsatz der Gesamtvergabe (ungeteilte Vergabe eines Vorhabens; vgl. dazu § 13 und die dazugehörigen Erläuterungen) noch ein unbedingter gesetzlicher Vorbehalt zugunsten einer Losvergabe (gewerksweisen Vergabe, dh. Vergabe in Teilen der Gesamtleistung). Abs. 1 dritter Satz nennt als Beurteilungsmaßstab für die Entscheidung für eine Gesamt- oder Losvergabe wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte. Dem Auftraggeber kommt bei der Beurteilung der Frage, ob eine Gesamt- oder Losvergabe stattfinden soll daher ein gewisses Ermessen zu. Diese Ermessensentscheidung darf jedenfalls nicht willkürlich getroffen werden. Eine Gesamtvergabe kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalles wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte für eine ungeteilte Vergabe sprechen (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Präferenz für eine KMU-freundliche Vergabe in § 20 Abs. 8). Dabei kommt es etwa darauf an, ob und in welchem Umfang durch eine Gesamtvergabe zusätzliche Kosten oder finanzielle Risiken im Vergleich zur losweisen Vergabe (insbesondere für umfangreiche Verwaltungs- und Koordinierungsleistungen des Auftraggebers) tatsächlich vermieden werden können. Mögliche Gründe für eine Gesamtvergabe sind: höhere Kosten bei losweiser Vergabe durch Bauzeitverzögerungen, mögliche Einschränkungen des Wettbewerbes durch eine Aufteilung des Vorhabens, erhöhter Koordinationsaufwand, Verbleib der Risiken, die aus unterschiedlichen Schnittstellen der beteiligten Unternehmen entstehen, beim Auftraggeber, Verteuerung oder Verzögerung der Leistungserbringung, Gewährleistung einer einheitlichen Verantwortung und Haftung für Mängelansprüche bei komplexen Leistungen. Bei Einhaltung des Ermessensspielraumes durch den Auftraggeber lässt sich daher weder ein Anspruch auf losweise Vergabe noch auf Gesamtvergabe eines Auftrages ableiten. Dieser Ermessensspielraum des Auftraggebers könnte jedoch – unter Beachtung der für den betreffenden Auftraggeber sonstigen geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen – intern dahingehend determiniert werden, dass eine Präferenz der losweisen Vergabe vorgegeben wird.

Umgekehrt begrenzen aber auch die oben genannten wirtschaftlichen und technischen Gründe die Entscheidung des Auftraggebers hinsichtlich einer losweisen Vergabe. Aus dem auch im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geltenden Grundsatzes der Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit folgt, dass zB eindeutige höhere Ausführungskosten oder die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung der Leistung oder eine eindeutige Gewährleistung keine losweise Vergabe rechtfertigen können. Auch darf die Teilung einer Leistung nicht zu einer nicht mehr neutralen, bestimmten Bietern Wettbewerbsvorteile sichernden Leistungsbeschreibung führen (§ 104 Abs. 1).

Klarzustellen ist, dass eine Losvergabe im Kontext des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung nicht möglich ist (arg. „den Zuschlag erhalten kann").

Abs. 3 regelt insbesondere die Bekanntgabepflichten im Zusammenhang mit einer allfälligen losweisen Vergabe und eröffnet dem Auftraggeber verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten im Kontext einer Losvergabe: der Auftraggeber kann gestatten, dass ein Unternehmer für alle oder nur für einzelne Lose, für eine bestimmte Anzahl von Losen oder nur für bestimmte Loskombinationen mitbieten kann (vgl.

dazu auch EG 79 der RL). Diese Festlegungen sind in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung anzugeben.

Abs. 4 führt für den Fall der möglichen Begrenzung der Höchstzahl der Lose für die ein einzelner Bieter den Zuschlag erhalten kann Regeln für die Auswahl jener Lose ein, die diesem Bieter zugeschlagen werden können. Der Auftraggeber hat gemäß Abs. 5 auch bekannt zu geben, wenn er sich im Rahmen einer losweisen Vergabe einer Leistung eine Gesamtvergabe oder eine kombinierte Losvergabe vorbehalten möchte (weil dies zB aufgrund angebotener Nachlässe wirtschaftlich günstiger ist). In diesem Fall hat der Auftraggeber zunächst zu ermitteln, welche Bieter die festgelegten Zuschlagskriterien für jedes einzelne Los am besten erfüllen, um dann einen Vergleich mit jenem Angebot eines Bieters anzustellen, der ein Angebot für eine bestimmte Kombination von Losen abgegeben hat.

Gemäß Abs. 6 hat der Auftraggeber die Nicht-Unterteilung eines Auftrages in Lose zu begründen. Die Begründung ist in die Ausschreibung oder in den Vergabevermerk gemäß § 147 aufzunehmen. Diese Regelung ist eine spezifische Ausprägung der Präferenzregelung des § 20 Abs. 8. Im Sinne von EG 78 der RL ist aber festzuhalten, dass diese Entscheidung des Auftraggebers keiner nachprüfenden Kontrolle unterliegt.

Zu § 29 (Allgemeine Bestimmungen betreffend den Preis):

§ 29 enthält im Wesentlichen unverändert die allgemeinen Bestimmungen über den Preis (vgl. dazu auch die Definitionen in § 2 Z 26). Generell ist festzuhalten, dass in allen Vergabeverfahren die für die Kalkulation der Unternehmer dienlichen bzw. erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen sind; allfällige vom Auftraggeber vorgegebene Richtpreise sind von diesem fachkundig zu ermitteln. Anders als nach § 24 Abs. 1 BVergG 2006 enthält das Gesetz keine Präferenz für das Preisangebotsverfahren mehr.

Einheits-, Pauschal- und Regiepreise können feste oder veränderliche Preise sein. Obwohl gemäß Abs. 5 grundsätzlich eine Präferenz für feste Preise besteht, wird insbesondere bei börsennotierten Rohstoffen oder Rohstoffen, deren Preis weltmarktbedingt stark schwankt (zB Erdöl, Stahl), aus Gründen des fairen Wettbewerbes die Kostenberechnung auf der Basis veränderlicher Preise vorzunehmen sein. Ein Mischsystem von festen und veränderlichen Preisen bei derartigen Leistungen ist unzulässig.

Der Zeitraum für die Geltung fester Preise beginnt mit dem Ende der Angebotsfrist (vgl. § 71 und § 76). Mit der Regelung des letzten Satzes des Abs. 5 soll die Geltungsdauer einer Festpreisregelung grundsätzlich mit zwölf Monaten beschränkt werden. Durch die Textierung ist aber auch klargestellt, dass in Ausnahmefällen mit besonderer sachlicher Rechtfertigung der Zeitraum für die Geltung fester Preise durchaus auch zwölf Monate übersteigen kann (arg. „grundsätzlich“).

Zu § 30 (Verwendung des CPV):

Mit der vorliegenden Bestimmung wird Art. 23 der RL 2014/24/EU umgesetzt.

Im Zusammenhang mit künftigen Änderungen der CPV-Nomenklatur wird auf Art. 23 Abs. 2 der RL 2014/24/EU verwiesen, mit welchem der Kommission die Befugnis übertragen wird, delegierte Rechtsakte zur Anpassung der entsprechenden Codes zu erlassen, welche aber keine Änderung des Anwendungsbereiches der Richtlinie bewirken dürfen.

Zur Struktur des CPV vgl. die Erläuterungen unter http://simap.ted.europa.eu/web/simap/cpv . Allgemein gesprochen besteht die CPV-Nomenklatur aus einem Hauptteil und einem Zusatzteil, wobei der Hauptteil die Leistungsart beschreibt und der Zusatzteil diese Beschreibung ergänzen kann. Vgl. darüber hinaus die Anleitung zum CPV unter http://simap.ted.europa.eu/documents/10184/36234/cpv_2008_guide_de.pdf und die Erläuterungen unter http://simap.ted.europa.eu/documents/10184/36234/cpv_2008_explanatory_notes_de.pdf .

Zu § 31 (Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen):

Die Verfahrensarten als solche sind zum weit überwiegenden Teil bereits aus dem BVergG 2006 bekannt und haben sich grundsätzlich inhaltlich nicht verändert. Neu ist insbesondere, dass beim dynamischen Beschaffungssystem ein nicht offenes Verfahren (statt wie bisher eines offenen Verfahrens mit indikativen Angeboten) vorgeschaltet ist, was zur leichteren Handhabbarkeit dieses Verfahrens führen soll. Daneben wird mit der Innovationspartnerschaft auch ein gänzlich neues Vergabeverfahren geregelt, welches nach der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zur Entwicklung eines Produktes mit anschließendem Erwerb desselben führen soll.

Wie bereits im BVergG 2006 handelt es sich bei der elektronischen Auktion nicht um einen eigenen Verfahrenstyp, sondern nur um einen Teilabschnitt eines Vergabeverfahrens, nämlich um die Ermittlung des besten Angebotes. Aus diesem Grund ist in § 31 die Definition der elektronischen Auktion nicht enthalten. Nicht gesondert bei den Verfahrensarten definiert sind auch die besonderen

Dienstleistungsaufträge gemäß § 151, da es sich hierbei um ein unter Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze im Wesentlichen frei gestaltbares Vergabeverfahren handeln kann, das nicht abschließend beschrieben werden kann.

Im Zusammenhang mit den Vergabeverfahrensarten ist zu betonen, dass ein öffentlicher Auftraggeber, sofern er sich für die Durchführung eines bestimmten Verfahrenstypus entschieden hat, dieses Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen hat. Ein Verfahrenstypuswechsel während des Verfahrens ist unzulässig (vgl. EuGH Rs C-87/94, *Kommission gegen Belgien*, Rz 35).

Die für eine bestimmte Verfahrensart jeweils besonders zu beachtenden Bestimmungen lassen sich in drei Kategorien unterteilen: § 31 beinhaltet die jeweilige grundsätzliche Definition, in den §§ 33 bis 47 finden sich die Voraussetzungen, unter denen auf einen bestimmten Verfahrenstypus zurückgegriffen werden kann, und die §§ 112 bis 124 enthalten nähere Bestimmungen zum Ablauf und zu den Teilnehmern der einzelnen Verfahrensarten; die Regelungen über die Rahmenvereinbarung, die elektronische Auktion und das dynamische Beschaffungssystem finden sich schließlich in den §§ 153ff. Die Direktvergabe und die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung sollen weiterhin zentral an einer Stelle mit einer Verweisbestimmung geregelt werden.

Beim Verhandlungsverfahren (vgl. die Abs. 5 und 6) sind die Grenzen der zulässigen Verhandlungen zu beachten: so sind insbesondere die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen nicht verhandelbar.

Die Definition der Rahmenvereinbarung knüpft an die Definition des Art. 33 Abs. 1 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU an. Es zu betonen, dass hier pars pro toto auf einen öffentlichen Auftraggeber rekurriert wird; es ist evident, dass wie bei jedem anderen Verfahrenstypus auf Auftraggeberseite eine Pluralität von Auftraggebern existieren kann.

Die Rahmenvereinbarung ist der Option sehr ähnlich. Dies wird insbesondere durch die Definition des Abs. 7 deutlich, die klarstellt, dass der oder die Auftraggeber keine Abnahmeverpflichtung durch den Abschluss der Rahmenvereinbarung eingehen. Der Grund liegt darin, dass Auftraggeber nicht durch eine Abnahmeverpflichtung an die Unternehmer gebunden sein sollen, wenn die Unternehmer unter Umständen ein (nicht nachweisbares aber doch vermutbares) Kartell schließen oder (ebenfalls nicht nachweisbare) Preisabsprachen treffen. Ferner kann keinem Unternehmer, der Partei einer Rahmenvereinbarung ist, ein Anspruch auf einen bestimmten Teil des Gesamtauftrages eingeräumt werden, da unklar ist, welcher Unternehmer nach Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde den Zuschlag erhalten wird. Auf der anderen Seite ist ein Auftraggeber nicht daran interessiert, eine Rahmenvereinbarung, zu deren Abschluss er erhebliche Aufwendungen getätigt hat und die ihm große Vorteile (Zeitgewinn, geringe Verfahrenskosten während der Laufzeit) bietet, einfach aufzukündigen. Der Auftraggeber hat vielmehr ein vitales Interesse daran, dass eine ungestörte Wettbewerbssituation für die Laufzeit der Rahmenvereinbarung bestehen bleibt.

Die Definition des dynamischen Beschaffungssystems orientiert sich an Art. 34 Abs. 1 der RL 2014/24/EU. Abweichend von der bisherigen Regelung basiert das dynamische Beschaffungssystem nunmehr – in Bezug auf die erste Stufe des Verfahrens – auf der Systematik des nicht offenen Verfahrens (vgl. auch § 161 Abs. 1). Im Übrigen ist das dynamische Beschaffungssystem wie bisher dadurch gekennzeichnet, dass es während der gesamten Laufzeit für alle (geeigneten) Unternehmer offen ist und es einem Unternehmer jederzeit freisteht, einen Teilnahmeantrag zu stellen. Ein dynamisches Beschaffungssystem ist nur bei bestimmten, sogenannten marktüblichen Leistungen zulässig. Die Formulierung, wonach die Leistung nach einer gesonderten Aufforderung zur Angebotsabgabe von einem Teilnehmer des dynamischen Beschaffungssystem zu beziehen ist, erfasst auch den Fall, dass ein dynamisches Beschaffungssystem mit elektronischen Katalogen eingerichtet ist, bei dem der Auftraggeber die Angebote durch Rückgriff auf diese Kataloge „erstellt".

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. Diese Merkmale können sich auch auf den höchstzulässigen Umfang späterer konkreter Aufträge oder auf ein spezifisches geographisches Gebiet, in dem spätere konkrete Aufträge auszuführen sein werden, beziehen.

Die Definition des wettbewerblichen Dialogs beruht auf Art. 30 Abs. 1 und 3 erster UAbs. der RL 2014/24/EU. Der wettbewerbliche Dialog ist dadurch gekennzeichnet, dass der Auftraggeber zu Beginn des Verfahrens nur Vorstellungen über seine Bedürfnisse hat, nicht aber konkrete Vorstellungen über die zur Erfüllung dieser Bedürfnisse zur Verfügung stehenden Mittel. Daher soll in einer ersten Dialogphase ermittelt werden, welche Lösung oder gegebenenfalls welche Lösungen zur Erreichung der Ziele des Auftraggebers am besten geeignet ist bzw. sind und erst in einer zweiten Phase soll(en) der oder die

verbleibende(n) Teilnehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Voraussetzungen für die Wahl des wettbewerblichen Dialoges an jene des Verhandlungsverfahrens angeglichen wurden und der wettbewerbliche Dialog daher nicht mehr ausschließlich auf hochkomplexe Auftragsvergaben beschränkt ist.

Mit der Innovationspartnerschaft wird ein neues Verfahren eingeführt, das sowohl die Entwicklung einer innovativen Ware, Bau- oder Dienstleistung als auch den anschließenden Erwerb der entwickelten Leistung umfassen soll. Die Besonderheit der Innovationspartnerschaft besteht darin, dass sie insbesondere auch Regelungen für die Zeit nach Zuschlagserteilung (Erbringung der Forschungs- und Entwicklungsleistung sowie Erwerbsphase) enthält. Für den Abschluss der Innovationspartnerschaft (dh das eigentliche Vergabeverfahren bis zum Zuschlag) ist ein Verhandlungsverfahren – wenngleich mit einigen Besonderheiten – durchzuführen. Die Einführung der Innovationspartnerschaft ist ein weiterer Schritt zur Förderung der innovativen Beschaffung.

Bei der Direktvergabe ist es wie bisher zulässig, zum Zwecke der Markterkundung Angebote oder unverbindliche Preisauskünfte einzuholen. Ein Zwang dies zu tun, besteht freilich nicht (arg. „gegebenenfalls“). Damit soll der Forderung der Praxis Rechnung getragen werden, auch bei kleinen Aufträgen Vergleichsangebote einholen zu können, ohne damit sofort ein förmliches Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Es kann auch lediglich ein Angebot eingeholt werden. Das Wesen der Direktvergabe als formloses Vergabeverfahren wird dadurch nicht verändert. Es bleibt Auftraggebern aber unbenommen, intern entsprechende (abweichende) Festlegungen zu treffen (insbesondere ab welchen Werten mehrere bzw. eine bestimmte Mindestanzahl von Angeboten/Preisauskünften einzuholen sind).

Bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung handelt es sich wie bisher um ein – von der „klassischen“ Direktvergabe verschiedenes – formloses Verfahren, bei dem eine Leistung formfrei von einem ausgewählten geeigneten Unternehmer gegen Entgelt bezogen wird. Die Formulierung „nach Einholung von einem oder mehreren Angeboten“ stellt klar, dass es im Ermessen des Auftraggebers liegt, wie viele Angebote er einholen möchte. Er kann – ohne weitere Begründung – auch nur ein Angebot einholen (etwa nach einer Bewerberauswahl ausschließlich nach Referenzen). Es bleibt dem Auftraggeber freilich unbenommen, intern einen bestimmten Auftragswert festzulegen, ab dem eine bestimmte Anzahl von Angeboten jedenfalls eingeholt werden muss.

Zu § 32 (Arten des Wettbewerbes):

Abs. 1 stellt wie bisher klar, dass der Begriff Wettbewerb als Oberbegriff zu verstehen ist, der zwei Unterarten hat, nämlich Ideenwettbewerbe sowie Realisierungswettbewerbe. Die Definition des Ideenwettbewerbes basiert auf Art. 2 Abs. 1 Z 21 der RL 2014/24/EU. Bei Realisierungswettbewerben wird im Anschluss an die Durchführung eines Ideenwettbewerbes ein Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages durchgeführt. Des Weiteren wird je nach Verfahren zwischen offenem, nicht offenem und geladenem Wettbewerb unterschieden, wobei letzterer nur im Unterschwellenbereich zulässig ist. Klarzustellen ist, dass Wettbewerbe ohne Preisgelder oder sonstige Zahlungen an die Teilnehmer nicht dem BVergG unterliegen (arg. § 12 Abs. 2 und 3). Zum Problem einer künstlichen Einschränkung des Marktwettbewerbes durch Vorschaltung eines „entgeltlosen“ nicht transparenten Wettbewerbes vor Durchführung eines Vergabeverfahrens vgl. § 20 Abs. 9 und die §§ 35 Abs. 1 Z 3, 36 Abs. 1 Z 3 und 37 Abs. 1 Z 3.

Zu § 33 (Wahl des offenen oder des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung):

Entsprechend Art. 26 Abs. 2 der RL 2014/24/EU wird – wie schon bisher – die freie Wahlmöglichkeit zwischen offenem und nicht offenem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung normiert. Das nicht offene Verfahren mit Bekanntmachung ist ein transparentes Verfahren, das allerdings aufgrund seiner zweistufigen Struktur viel komplexer gestaltet ist als das offene Verfahren. So erfordert die Durchführung des Auswahlverfahrens vom Auftraggeber eine genaue Kenntnis der rechtlichen Rahmenbedingungen des Vergabeverfahrens sowie eine genaue Kenntnis des betreffenden Marktes der auszuschreibenden Leistung. Unternehmer können darüber hinaus die Nicht-Zulassung zur Teilnahme (Bewerberauswahl) gesondert anfechten. Daher wird ein fachkundiger Auftraggeber nur dann ein nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung durchführen, wenn die Umstände des Einzelfalles die Inanspruchnahme dieses Verfahrenstypus als vorteilhafter gegenüber dem offenen Verfahren erscheinen lassen.

Das nicht offene Verfahren ist etwa in folgenden Fallkonstellationen vorteilhafter: wenn die Beurteilung der Leistungsqualität über die Eignung hinausgehende Anforderungen an den zukünftigen Auftragnehmer stellt; wenn die Durchführung eines offenen Verfahrens im Hinblick auf die Eigenart oder den Wert der Leistung wirtschaftlich nicht vertretbar scheint (zB zu viele Angebote würden eingehen und der Prüfaufwand stünde in keiner Relation zum Wert des Auftragsgegenstandes oder durch zusätzliche Angebote ist ab einer gewisser Marge an Teilnehmern keine inhaltliche oder preisliche Verbesserung der

Angebote zu erwarten); wenn das offene Verfahren Interessen der Allgemeinheit, insbesondere an der Geheimhaltung (die jedoch nicht die Erheblichkeitsgrenze des § 9 Abs. 1 Z 5 erreichen) oder Vertraulichkeit gefährden würde (Sicherheitskriterien können als Auswahlkriterien eingesetzt werden; zur Ausnahme von der elektronischen Zurverfügungstellung der Ausschreibungsunterlagen zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen siehe § 89 Abs. 3).

Zu den Voraussetzungen für die Wahl der anderen Verfahrensarten siehe für den Ober- und Unterschwellenbereich die §§ 34 bis 42 sowie für den Unterschwellenbereich zusätzlich die §§ 43 bis 47.

Zu § 34 (Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder des wettbewerblichen Dialoges):

Diese Bestimmung setzt Art. 26 Abs. 4 der RL 2014/24/EU um und regelt die Voraussetzungen, unter denen ein Auftrag im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder im wettbewerblichen Dialog vergeben werden kann. Die Voraussetzungen für die Verwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung finden sich hingegen – wie bisher in Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge unterteilt – in den §§ 35 bis 37.

Sofern eine der Voraussetzungen der Z 1 bis 5 erfüllt ist, hat der Auftraggeber freie Wahl, ob er ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder einen wettbewerblichen Dialog durchführt (im Fall der Vergabe von geistigen Dienstleistungen folgt aus dem Wesen der nachgefragten Leistung sogar eine Pflicht zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens). Der Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialoges wurde damit im Vergleich zur bisherigen Rechtslage deutlich erweitert. Die Durchführung des relativ aufwändigen Verfahrens des wettbewerblichen Dialoges wird jedoch nur dann sinnvoll sein, wenn im jeweiligen Einzelfall auch tatsächlich mehrere Lösungswege zur Bedarfsdeckung in Betracht kommen.

Wie bisher stellt das Verhandlungsverfahren ein Ausnahmeverfahren dar. Die Rechtfertigungsgründe sind daher restriktiv auszulegen und der Auftraggeber, der dieses Verfahren in Anspruch nehmen will, hat das Vorliegen der Umstände, die die Inanspruchnahme rechtfertigen, darzulegen (vgl. ua. EuGH Rs C-199/85, *Kommission gegen Italien*, Rz 14, C-57/94, *Kommission gegen Italien*, Rz 23, C-385/02, *Kommission gegen Italien*, Rz 19, C-394/02, *Kommission gegen Griechenland*, Rz 33, C-84/03, *Kommission gegen Spanien*, Rz 48, C-275/08, *Kommission gegen Deutschland*, Rz 55f). Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage wurden jedoch die Tatbestände für die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung deutlich erweitert. Im Gegenzug für diesen erleichterten Zugang zum Verhandlungsverfahren sieht die RL 2014/24/EU verstärkt Regelungen vor, die die Einhaltung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz im Verhandlungsverfahren gewährleisten sollen (vgl. Art. 29 der RL 2014/24/EU sowie dessen Umsetzung in § 114). Für die Beschaffung von standardisierten Leistungen kommt die Verwendung des Verhandlungsverfahrens nach wie vor nicht in Betracht.

Die EG 42 und 43 führen in diesem Zusammenhang folgendes aus:

„*(42) Für die öffentlichen Auftraggeber ist es äußerst wichtig, über zusätzliche Flexibilität zu verfügen, um ein Vergabeverfahren auszuwählen, das Verhandlungen vorsieht. Eine stärkere Anwendung dieser Verfahrens wird wahrscheinlich dazu beitragen, den grenzüberschreitenden Handel zu fördern, da die Bewertung gezeigt hat, dass bei Aufträgen, die im Wege des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben werden, die Erfolgsquote von grenzüberschreitenden Angeboten besonders hoch ist. Die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit haben, das Verhandlungsverfahren oder den wettbewerblichen Dialog in verschiedenen Situationen vorzusehen, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass offenen oder nichtoffene Verfahren ohne Verhandlungen zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen. Es sei daran erinnert, dass die Nutzung des wettbewerblichen Dialogs gemessen an den Auftragswerten in den vergangenen Jahren stark zugenommen hat. Der wettbewerbliche Dialog hat sich in Fällen als nützlich erwiesen, in denen öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage sind, die Mittel zur Befriedigung ihres Bedarfs zu definieren oder zu beurteilen, was der Markt an technischen, finanziellen oder rechtlichen Lösungen zu bieten hat. Diese Situation kann insbesondere bei innovativen Projekten, bei der Realisierung großer, integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte oder großer Computer-Netzwerke oder bei Projekten mit einer komplexen, strukturierten Finanzierung eintreten. Den öffentlichen Auftraggebern sollte gegebenenfalls empfohlen werden, einen Projektleiter zu ernennen, um eine reibungslose Zusammenarbeit zwischen den Wirtschaftsteilnehmern und dem öffentlichen Auftraggeber während des Vergabeverfahrens zu gewährleisten.*

(43) Bei Bauaufträgen gehören dazu Bauleistungen, bei denen keine Normbauten errichtet werden, beziehungsweise Bauleistungen, die konzeptionelle oder innovative Lösungen umfassen. Bei Dienstleistungen oder Lieferungen, die eine Anpassung oder konzeptionelle Arbeiten erfordern, bietet sich ein Verhandlungsverfahren oder ein wettbewerblicher Dialog an. Notwendig sind solche

Anpassungen oder konzeptionellen Arbeiten vor allem bei komplexen Anschaffungen, beispielsweise für besonders hoch entwickelte Waren, geistige Dienstleistungen wie etwa bestimmte Beratungs-, Architekten- oder Ingenieurleistungen oder Großprojekten der Informations- und Kommunikationstechnologie (im Folgenden „IKT"). In diesen Fällen können Verhandlungen notwendig sein, um zu gewährleisten, dass die betreffende Lieferung oder Dienstleistung den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers entspricht. In Bezug auf Standarddienstleistungen oder Standardlieferungen, die von vielen verschiedenen Marktteilnehmern erbracht werden können, sollten das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog nicht genutzt werden."

Z 1 erfasst, wie EG 42 ausführt, die Situation, dass der Auftraggeber nicht in der Lage ist, die Mittel zur Befriedigung seines Bedarfes zu definieren oder zu beurteilen, was der Markt an Lösungen zu bieten hat. Z 1 erfasst aber auch die Situation, dass der Auftraggeber zwar die Lösungen des Marktes kennt, diese aber für seinen Bedarf optimieren möchte und diese Adaptionen nicht in einem offenen oder nicht offenen Verfahren (aufgrund deren rigider Verfahrensvorschriften) herbeigeführt werden können.

Im Zusammenhang mit Bauaufträgen ist darauf hinzuweisen, dass bei Bauaufträgen, die die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauleistungen zum Gegenstand haben, gemäß § 34 Z 2 das Verhandlungsverfahren stets in Anspruch genommen werden kann (vgl. dazu die englische Fassung von Art. 26 Abs. 4 lit. a sublit. ii „*they include design or innovative solutions*" die in diesem Kontext bewusst den Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 Z 6 lit. a „*design and execution of works*" aufgreift). Bei Bauaufträgen ohne Planungsdienstleistungselemente ist zu untersuchen, ob es sich bei diesen Leistungen um „Standardleistungen" handelt oder um Bauleistungen, bei denen es im Vorhinein nicht möglich ist, die für den Auftraggeber beste Lösung bzw. das für den Auftraggeber beste Verfahren zu identifizieren, weil es sich um besondere Projekte handelt wie etwa seltene oder komplexe Konstruktionen (zB Brücken, Tunnel, Infrastruktur), bei denen eine klare Wahl des besten Verfahrens bzw. der besten Technologie usw. im Vorhinein nicht möglich oder klar identifizierbar ist und deswegen Verhandlungen zur Optimierung des Projektes (bzw. seiner Realisierung) geboten sind.

Im Hinblick auf die „innovativen Lösungen" wird auf die Definition der Innovation in § 2 Z 20 sowie die dazugehörigen Erläuterungen verwiesen.

Gemäß Z 3 kann das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. der wettbewerbliche Dialog in Anspruch genommen werden, wenn der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit seiner Art, Komplexität oder seinen rechtlichen oder finanziellen Bedingungen oder den damit – dh mit der Art oder Komplexität des Auftrages oder den rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Auftrages – einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann.

Z 4 stellt darauf ab, dass eine konstruktive Leistungsbeschreibung (wenn auch mit vereinzelten funktionalen Elementen) nicht in der für den Auftraggeber erforderlichen Genauigkeit möglich ist und deshalb eine funktionale Leistungsbeschreibung erforderlich ist (die ihrerseits Verhandlungen erfordert um die Vergleichbarkeit der endgültigen Angebote zu gewährleisten).

Zu Z 5: Nicht ordnungsgemäße Angebote sind insbesondere Angebote, die nicht fristgerecht eingegangen sind, die nachweislich auf kollusiven Absprachen oder Korruption beruhen oder die nach Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers ungewöhnlich niedrig sind. Unannehmbare Angebote sind insbesondere Angebote von ungeeigneten Bietern und Angebote, deren Preis das vor Einleitung des Vergabeverfahrens festgelegte und schriftlich dokumentierte Budget des öffentlichen Auftraggebers übersteigt (vgl. Art. 26 Abs. 4 lit. b zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU; siehe dazu auch EuG Rs T-126/13, *Direct Way*).

Gemäß § 34 letzter Satz kann im Fall der Z 5 auch ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt werden, wenn der Auftraggeber alle (und nur jene) Unternehmer einbezieht, die im Verlauf des vorangegangenen offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung für geeignet befunden wurden und Angebote unterbreitet haben, die den Anforderungen der §§ 125 bis 129 entsprochen haben. Die in den entsprechenden Bestimmungen der §§ 28 bis 30 BVergG 2006 (auf der Grundlage von Art. 30 Abs. 1 lit. a der RL 2004/18/EG) enthaltene weitere Voraussetzung, wonach die ursprünglichen Bedingungen für den Auftrag nicht wesentlich verändert werden durften, ist in Art. 26 Abs. 4 lit. b der RL 2014/24/EU und damit auch in Z 5 nicht mehr enthalten. Nach Auffassung der Kommission ändert dies jedoch nichts an der bisherigen Rechtslage, da die nicht verhandelbaren Mindestanforderungen des Verhandlungsverfahrens die „main clauses" des gescheiterten Verfahrens darstellen würden. In diesem Sinne normiert auch Art. 32 Abs. 2 lit. a der RL 2014/24/EU als Voraussetzung für die Inanspruchnahme eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung im Falle eines gescheiterten offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung, dass die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht wesentlich („grundlegend"; vgl. dazu die Ausführungen zu § 35 Abs. 1 Z 1) geändert werden. Um der Rechtsansicht der Kommission Rechnung zu tragen, wurde daher der Schlussteil des § 34 entsprechend ergänzt.

Gemäß § 147 Abs. 1 Z 6 ist die Begründung für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens oder eines wettbewerblichen Dialoges im Vergabevermerk festzuhalten.

Zu den §§ 35 bis 37 (Wahl des Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung):

Zu den §§ 35 bis 37 allgemein (Wahl des Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung):

Die §§ 35 bis 37 setzen Art. 32 der RL 2014/24/EU um und normieren die Voraussetzungen für die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, wobei wie bisher für Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge jeweils ein eigener Paragraf vorgesehen wird. Die Voraussetzungen für die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung (sowie des wettbewerblichen Dialoges) sind für alle Auftragsarten einheitlich in § 34 geregelt. Es ist hier darauf hinzuweisen, dass auch § 34 letzter Satz eine Möglichkeit des Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung für den Fall eines erfolglosen offenen oder nicht offenen Verfahrens vorsieht, wenn der Auftraggeber alle geeigneten Unternehmer einbezieht, die Angebote unterbreitet haben, die den Anforderungen der §§ 125 bis 129 entsprochen haben.

Das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung stellt ein Ausnahmeverfahren dar. Die Rechtfertigungsgründe sind daher restriktiv auszulegen und der Auftraggeber, der dieses Verfahren in Anspruch nehmen will, hat das Vorliegen der Umstände, die die Inanspruchnahme rechtfertigen, darzulegen (vgl. ua. EuGH Rs C-199/85, *Kommission gegen Italien*, Rz 14, C-57/94, *Kommission gegen Italien*, Rz 23, C-385/02, *Kommission gegen Italien*, Rz 19, C-394/02, *Kommission gegen Griechenland*, Rz 33, C-84/03, *Kommission gegen Spanien*, Rz 48, C-275/08, *Kommission gegen Deutschland*, Rz 55f). Die Verhandlungsverfahrenstatbestände ohne vorherige Bekanntmachung sind zudem taxativ in der Richtlinie festgelegt, die Mitgliedstaaten können daher weder neue Verhandlungsverfahrenstatbestände schaffen noch die ausdrücklich vorgesehenen Tatbestände um neue Bestimmungen ergänzen (so EuGH Rs C-84/03, Rz 48).

Ferner ist klarzustellen, dass in einigen Fällen das Gebot des § 123 Abs. 4 – Minimalteilnehmeranzahl drei – nicht zum Tragen kommen kann. So ergibt sich bereits aus den Tatbeständen etwa der §§ 35 Abs. 1 Z 2, 3 und 5, 36 Abs. 1 Z 2, 3 und 6 sowie 37 Abs. 1 Z 2, 3 und 6, dass nur ein bestimmter Leistungserbringer in Frage kommen kann.

Gemäß § 147 Abs. 1 Z 6 ist die Begründung für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens im Vergabevermerk festzuhalten.

Zu § 35 (Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bei Bauaufträgen):

Abs. 1 Z 1 stellt darauf ab, dass in einem vorangegangenen offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung kein bzw. kein geeignetes Angebot oder kein bzw. kein geeigneter Teilnahmeantrag abgegeben wurde. Die Definition des ungeeigneten Angebotes bzw. Teilnahmeantrages findet sich in Abs. 2 und ist vom Begriff des nicht ordnungsgemäßen oder unannehmbaren Angebotes in § 34 Z 5 zu unterscheiden (vgl. hierzu auch die Unterschiede in der engl. Sprachfassung der RL 2014/24/EU: „irregular or unacceptable tenders“ in Art. 26 Abs. 4 lit. b versus „no suitable tenders or […] no suitable requests to participate“ in Art. 32 Abs. 2 lit. a). Weiters fordert Z 1, dass die ursprünglichen Bedingungen der erfolglosen Vorverfahrens „nicht wesentlich geändert werden“ („initial conditions … are not substantially altered“). Aus dem englischen Wortlaut der RL (vgl. dazu Art. 32 Abs. 2 lit. a und Art. 72) folgt, dass die deutsche Sprachfassung des Art. 32 Abs. 2 lit. a unzutreffend ist („grundlegend“ statt „wesentlich“). Im BVergG wird daher (ohne inhaltliche Abweichung) der Begriff „wesentlich“ verwendet. Als wesentliche Änderungen gelten daher die Änderung von grundlegenden Bedingungen des Vorverfahrens wie Finanzierungsmodalitäten, technische Bestimmungen usw.; auf § 365 und die Erläuterungen dazu wird verwiesen. Eine Veränderung der Bedingung dahingehend, dass der Preis um nicht mehr als 10% gegenüber dem ersten Verfahren erhöht werden darf, ist nach Ansicht des EuGH bereits eine „wesentliche“ Änderung der Bedingungen (vgl. EuGH Rs C-84/03, *Kommission gegen Spanien*, Rz 49). Gemäß Abs. 3 hat der öffentliche Auftraggeber auf Verlangen der Kommission einen Bericht über das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Abs. 1 Z 1 vorzulegen.

Künstlerische Gründe im Sinne des Abs. 1 Z 2 liegen etwa vor, wenn der einzigartige Charakter und Wert des Kunstgegenstandes selbst untrennbar an die Identität des Künstler gebunden ist (vgl. EG 50 erster UAbs. der RL 2014/24/EU) oder wenn ein Auftraggeber ein Kunstwerk in Auftrag gegeben hat, später jedoch ein zweites Kunstwerk in Auftrag geben will, um gewissermaßen ein „Paar“ zu erhalten. In diesem Fall wäre darzulegen, aus welchen Gründen das zweite Kunstwerk nicht bei einem anderen Künstler in Auftrag gegeben werden kann.

Abs. 1 Z 3 lit. a sieht die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vor, wenn aus technischen Gründen ein Wettbewerb nicht vorhanden ist. Die bloße

Behauptung, dass eine Gesamtheit von Arbeiten komplex und schwierig sei, genügt nicht für die Inanspruchnahme dieser Ausnahme (vgl. EuGH Rs C-385/02, *Kommission gegen Italien*, Rz 20ff). Es müssen vielmehr zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt sein: zum einen müssen die Leistungen, die Gegenstand des Auftrages sind, eine technische Besonderheit aufweisen, und zum anderen muss es aufgrund dieser technischen Besonderheit unbedingt erforderlich sein, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben (vgl. etwa EuGH Rs C-394/02, *Kommission gegen Griechenland*, Rz 34, mwN). EG 50 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU führt als Beispiel für derartige technische Gründe an, dass es für einen anderen Unternehmer nahezu unmöglich ist, die geforderte Leistung zu erbringen, oder dass es nötig ist, spezielles Wissen, spezielle Werkzeuge oder Hilfsmittel zu verwenden, die nur einem einzigen Unternehmer zur Verfügung stehen. Technische Gründe können auch auf konkrete Anforderungen an die Interoperabilität zurückzuführen sein, die erfüllt sein müssen, um das Funktionieren der zu beschaffenden Leistungen zu gewährleisten.

Unter den Tatbestand des Schutzes von ausschließlichen Rechten gemäß Abs. 1 Z 3 lit. b sind auch jene Fälle zu subsumieren, in denen ein bestimmter Unternehmer das ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrecht besitzt. In der Rs C-328/92 hat der EuGH betont, dass es nicht genügt, dass die in Rede stehenden Produkte (Arzneimittel und Arzneispezialitäten) durch Ausschließlichkeitsrechte geschützt sind. Es ist auch erforderlich, dass sie nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt oder geliefert werden können. Diese Voraussetzungen liegen nach dem EuGH nur bei denjenigen Arzneimitteln und Arzneispezialitäten vor, für die es auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt (vgl. Rs C-328/92, *Kommission gegen Spanien*, Rz 17). Diese Ausnahmebestimmung kann auch nicht in Anspruch genommen werden, wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung dieses ausschließlichen Rechtes verfügen oder in angemessener Weise erlangen können.

Für beide Tatbestände des Abs. 1 Z 3 gilt, dass es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Vergabeverfahrens ist. Dies ist vom öffentlichen Auftraggeber (etwa im Vergabevermerk) zu begründen. Als vernünftige Alternative oder Ersatzlösung kommt etwa die Nutzung alternativer Vertriebswege, auch außerhalb des Mitgliedstaates des öffentlichen Auftraggebers, oder die Erwägung funktionell vergleichbarer Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen in Betracht (vgl. EG 50 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU). Eine künstliche Einschränkung der Anforderungen des Vergabeverfahrens liegt etwa dann vor, wenn der Auftraggeber – ohne Durchführung eines bekanntgemachten (transparenten) Verfahrens – eine Vorselektion durchführt und damit die „Exklusivität", auf die er sich bei der Wahl des Verhandlungsverfahrens beruft, erst geschaffen hat (vgl. BVA vom 29. Dezember 2011, F/0012-BVA/13/2011-18).

Abs. 1 Z 4 regelt die Möglichkeit der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bei Dringlichkeit. Mit der Wortfolge „äußerst dringliche, zwingende Gründe" wird die Formulierung der Richtlinie (vgl. Art. 32 Abs. 2 lit. c der RL 2014/24/EU) übernommen. Damit geht jedoch keine Änderung der bisherigen Rechtslage einher; es handelt sich vielmehr um eine Korrektur der deutschen Übersetzung der in den RL 2004/18/EG und 2014/24/EU gleichlautenden englischen Fassung („for reasons of extreme urgency"). Die in Art. 32 Abs. 2 lit. c der RL 2014/24/EU enthaltene Einleitung „soweit dies unbedingt erforderlich ist" wurde hingegen (wie bisher) nicht in den Gesetzestext übernommen, da diese Formulierung keine weitere normative Grenze für die Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens darstellt, sondern vielmehr durch die nachfolgende Satzkonstruktion verdeutlicht wird (arg. „wenn").

Entsprechend der bisherigen Rechtslage müssen im Fall der Z 4 drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. Rs C-107/02, *Kommission gegen Italien*, Rz 12, C-318/94, *Kommission gegen Deutschland*, Rz 14, C-394/02, *Kommission gegen Griechenland*, Rz 40, C-275/08, *Kommission gegen Deutschland*, Rz 69, C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, Rz 50): es muss ein unvorhersehbares Ereignis vorliegen, es müssen äußerst dringliche und zwingende Gründe gegeben sein, die die Einhaltung der Fristen für die Regelverfahren nicht zulassen, und es muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen zwingenden Gründen bestehen. Die Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall dem öffentlichen Auftraggeber zuzuschreiben sein. Unvorhersehbare Ereignisse im Sinne dieser Bestimmungen sind solche Ereignisse, die den Rahmen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens sprengen (zB Naturkatastrophen, die dringende Lieferungen für Hilfsleistungen und zum Schutz der Opfer erfordern, außergewöhnliche Waldbrände). Dass eine Behörde, deren Genehmigung für ein Vorhaben erforderlich ist, Fristen ua. vorschreibt oder Einwendungen erheben kann, ist ein vorhersehbarer Umstand des Verfahrens zur Genehmigung dieses Vorhabens (vgl. EuGH Rs C-318/94, Rz 18 und C-394/02, Rz 43). Die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ist nur dann zulässig, wenn zB die Arten und Mengen von Waren beschafft werden sollen, die angesichts der Notsituation unmittelbar erforderlich

sind. Für Waren, Bauarbeiten und Dienstleistungen, die nach diesem Zeitpunkt benötigt werden, hat der Auftraggeber den Auftrag nach den entsprechenden Vorschriften auszuschreiben. Die Tatbestände sind auch nicht anwendbar, wenn die öffentlichen Auftraggeber über ausreichende Zeit verfügen, um ein beschleunigtes Verfahren durchzuführen (vgl. Rs C-24/91, *Kommission gegen Spanien*, Rz 14ff, C-107/92, Rz 13f, C-275/08, Rz 75f, C-352/12, Rz 52; vgl. dazu auch die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zu den Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der aktuellen Flüchtlingsproblematik, KOM(2015) 454 final).

Die Möglichkeit der Vergabe neuer Bauleistungen, die in der Wiederholung gleichartiger Bauleistungen bestehen, ist gemäß Abs. 1 Z 5 nunmehr – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – immer dann möglich, wenn der ursprüngliche Auftrag in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben wurde (keine Beschränkung mehr auf das offene oder nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung). Zum Verständnis der Z 5 lit. c wird auf die englische Fassung der entsprechenden Passage in Art. 32 Abs. 5 erster UAbs. verwiesen: „*provided that such works or services are in conformity with a basic project for which the original contract was awarded*". Es kommt daher darauf an, dass der ursprüngliche Auftrag bereits auf der Grundlage eines sowohl den ursprünglichen Auftrag als auch die nunmehr in Rede stehenden gleichartigen Bauleistungen umfassenden Projektes vergeben wurde; das Grundprojekt an sich muss nicht Gegenstand der ursprünglichen Ausschreibung sein. Letzteres ergibt sich bereits aus der Natur des Ausnahmetatbestandes; wäre bereits das gesamte Projekt – inkl. der fortgesetzten Bauleistungen – in der ersten Stufe ausgeschrieben worden, so wären diese Leistungen ja vom bereits vergebenen Auftrag umfasst und es wäre gar kein neues Vergabeverfahren nötig (vgl. aber die diesbezüglich verfehlte deutsche Übersetzung von Art. 32 Abs. 5 erster UAbs. der RL 2014/24/EU). Neu im Vergleich zur bisherigen Rechtslage ist das in Z 5 lit. e enthaltene Erfordernis, dass auch der Umfang möglicher zusätzlicher Bauleistungen sowie die Bedingungen, unter denen sie vergeben werden, in der ersten Ausschreibung angegeben sein müssen. Gemäß Z 5 lit. f kann der Ausnahmetatbestand nur während eines Zeitraumes von drei Jahren nach Abschluss des ursprünglichen Vertrages genützt werden. Entsprechend dem Wortlaut ist darunter der Abschluss des ersten Vertrages und nicht die Beendigung der Arbeiten zu verstehen, auf die sich der Auftrag bezieht (vgl. EuGH Rs C-385/02, *Kommission gegen Italien*, Rz 34ff). Z 5 lit. g wurde sprachlich klarer gefasst, inhaltlich ist damit jedoch im Vergleich zur bisherigen Rechtslage sowie zu Art. 32 Abs. 5 zweiter UAbs. der RL keine Änderung verbunden.

Die in § 28 Abs. 2 Z 4 BVergG 2006 noch enthaltene Möglichkeit der Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung für zusätzliche Bauleistungen bis zu 50% des ursprünglichen Auftragswertes ist in § 35 nicht mehr enthalten; die Möglichkeit der Erbringung zusätzlicher Bauleistungen ohne neuerliche Ausschreibung ist nunmehr – entsprechend dem System der RL 2014/24/EU – in § 365 (Änderung von Verträgen während ihrer Laufzeit) geregelt.

Gemäß Abs. 2 gilt ein Angebot als ungeeignet, wenn es ohne wesentliche Änderungen offensichtlich nicht den in der Ausschreibung genannten Bedürfnissen und Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers entspricht und daher „irrelevant" für den konkreten Auftrag/das konkrete Vergabeverfahren ist (vgl. Art. 32 Abs. 2 lit. a zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU). Daraus folgt, dass jedes nicht ausschreibungskonforme Angebot (vgl. § 141 Abs. 1 Z 7) ein „ungeeignetes" Angebot iSd Abs. 2 ist, wobei es sich um eine gravierende und offenkundige Divergenz zwischen Angebot und Ausschreibung handeln muss (arg „ohne wesentliche Änderung offensichtlich nicht … entspricht"). Zum Begriff des ungeeigneten Angebots vgl. auch EuGH Rs C-250/07, *Kommission gegen Griechenland*, Rz 40ff.

Im Fall der Inanspruchnahme des Abs. 1 Z 1 (erfolgloses offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung) hat der öffentliche Auftraggeber gemäß Abs. 3 auf Verlangen der Kommission einen Bericht über das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Abs. 1 Z 1 vorzulegen.

Zu § 36 (Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bei Lieferaufträgen):

Zu Abs. 1 Z 1 bis 4 sowie Abs. 2 vgl. die Erläuterungen zu den gleichlautenden Bestimmungen des § 35.

Abs. 1 Z 5 trifft Vorkehrungen für den Fall, dass bei Forschungsarbeiten mit besonders vertraulichen Daten diesem Umstand durch die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung Rechnung getragen können werden soll. Unter die Forschungs- und Entwicklungskosten sind auch die Kosten für Forschungs- und Versuchslaboratorien zu subsumieren. Aus dem Gebot der restriktiven Interpretation ergibt sich, dass von diesem Ausnahmetatbestand nur die Lieferung von Prototypen oder limitierten Testserien umfasst ist; bereits fertig entwickelte/getestete Produkte fallen hingegen nicht unter die Z 5, selbst wenn sie von Forschungsinstituten für ihre Forschungstätigkeit verwendet werden (vgl. auch EuG Rs T-54/11, *Kommission gegen Spanien*, Rz 41).

Abs. 1 Z 6 enthält die Möglichkeit, zusätzliche Lieferungen des ursprünglichen Unternehmers unter bestimmten Voraussetzungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu vergeben. Die Laufzeit der Aufträge darf insgesamt drei Jahre nicht überschreiten; Ausnahmen sind in sehr engen Grenzen zulässig (arg: „in der Regel“). Im Zusammenhang mit Z 6 ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Bestimmung teilweise mit § 365 Abs. 3 Z 5 überschneidet.

Zu Abs. 1 Z 7 ist darauf hinzuweisen, dass von diesem Ausnahmetatbestand nur jene Wareneinkäufe erfasst werden, die unmittelbar (und nicht zB über Makler) auf (an) diesen Märkten getätigt werden (vgl. dazu auch schon den Vorschlag der Kommission für eine Sektorenrichtlinie, KOM(88) 377). EG 50 letzter UAbs. der RL 2014/24/EU führt dazu aus: „*Schließlich ist ein Vergabeverfahren nicht sinnvoll, wenn Waren direkt an einer Warenbörse gekauft werden, einschließlich Handelsplattformen für Bedarfsgüter wie landwirtschaftliche Erzeugnisse und Rohstoffe und Energiebörsen, wo naturgemäß aufgrund der regulierten und überwachten multilateralen Handelsstruktur Marktpreise garantiert sind.*“ Als Waren, die an Börsen notiert und gehandelt werden, können beispielhaft angeführt werden: Strom (Nord Pool), Metalle (Kupfer, Aluminium, Zinn, Zink, Blei usw.; vgl. dazu London Metal Exchange, New York, Rotterdam), Gas, Öl (light, sweet crude, brent crude), Kohle, Kaffee, Zucker, Kakao, Sojabohnen, Weizen, Orangensaft (New York Board of Trade), Schweinebäuche und Rinder (Chicago Mercantile Exchange), Gold, Platin, Silber, Palladium, Wolle, Gummi (London) und Ethanol (New York, Chicago Board of Trade).

Der Wortlaut des Abs. 1 Z 8 wurde an das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, BGBl. I Nr. 29/2010 angepasst. Der Begriff Insolvenzverfahren umfasst als Oberbegriff Sanierungs- und Konkursverfahren.

Zu § 37 (Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bei Dienstleistungsaufträgen):

Zu Abs. 1 Z 1 bis 4 und 6 sowie Abs. 2 vgl. die Erläuterungen zu den gleichlautenden Bestimmungen des § 35.

Mit Abs. 1 Z 5 wird der bisher nur für Lieferaufträge geltende Verhandlungstatbestand für Beschaffungen zu besonders günstigen Bedingungen („Insolvenzkäufe“) auch auf Dienstleistungsaufträge ausgedehnt. Der Begriff Insolvenzverfahren umfasst als Oberbegriff Sanierungs- und Konkursverfahren.

Abs. 1 Z 7 enthält wie bisher die Möglichkeit der Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung an den Gewinner oder einen der Gewinner eines Wettbewerbes.

Die in § 30 Abs. 2 Z 4 BVergG 2006 noch enthaltene Möglichkeit der Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung für zusätzliche Dienstleistungen bis zu 50% des ursprünglichen Auftragswertes ist in § 37 nicht mehr enthalten; die Möglichkeit der Erbringung zusätzlicher Dienstleistungen ohne neuerliche Ausschreibung ist nunmehr – entsprechend dem System der RL 2014/24/EU – in § 365 (Änderung von Verträgen während ihrer Laufzeit) geregelt.

Zu § 38 (Wahl der elektronischen Auktion):

Mit der vorliegenden Bestimmung wird Art. 35 Abs. 1 und 2 der RL 2014/24/EU mit umgesetzt.

Die elektronische Auktion stellt kein vollständiges Vergabeverfahren dar, sondern lediglich ein Verfahren zur Ermittlung des Angebotes, das den Zuschlag erhalten soll. Eine elektronische Auktion kann daher nur in Verbindung mit einem anderen in diesem Gesetz vorgesehenen Verfahren durchgeführt werden; konkret zulässig ist dies bei einem offenen Verfahren, einem nicht offenen Verfahren, einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung sowie bei Auftragsvergaben aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems. Die elektronische Auktion ist, sofern eines der dort genannten Verfahren zulässigerweise gewählt wird, sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich zulässig.

Zu betonen ist, dass elektronische Auktionen grundsätzlich nicht auf Lieferungen oder Dienstleistungen beschränkt sind. Allerdings ist zwingende Voraussetzung für die Durchführung einer Auktion, dass sie nur über „eindeutig und vollständig beschriebene Leistungen“ durchgeführt werden kann. Es muss sich daher um Leistungen handeln, bei denen der Auftragsgegenstand so exakt festgelegt worden ist, dass die angebotenen Leistungen im Wesentlichen idente Charakteristika aufweisen. Als Beispiel für solcherart beschreibbare Produktgruppen können sog. „standardisierte Leistungen“ wie Büroartikel (Papier, Schreibgeräte) oder Computer angeführt werden. Gerade aus der Tatsache, dass bei Auktionen eine automatische Bewertung der Angebote während der Auktion stattfinden können muss (andernfalls die Leistung nicht auktionierbar ist), folgt, dass im Regelfall Dienstleistungen und Bauleistungen nicht Gegenstand einer Auktion sein können. Gerade bei diesen Leistungstypen ist es regelmäßig nicht so, dass die Voraussetzungen für eine Auktion vorliegen (vollständige und exakte Beschreibung der Leistung, die eine automatisierte Bewertung bei Veränderung einzelner Angebotselemente ermöglicht).

Zu § 39 (Abschluss von Rahmenvereinbarungen und Vergabe von Aufträgen aufgrund einer Rahmenvereinbarung):

Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber ein offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder ein Verhandlungsverfahren (siehe dazu § 153 Z 1) durchgeführt hat. Da der Abschluss einer Rahmenvereinbarung noch nicht zu einem Vertragsverhältnis führen soll, sind die jeweiligen Bestimmungen über den Zuschlag für den Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht maßgeblich. Rahmenvereinbarungen können im Ober- und im Unterschwellenbereich verwendet werden. Das Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung ist in § 154 näher geregelt, die Vergabe eines Auftrages aufgrund einer Rahmenvereinbarung in § 155.

Aus dem allgemeinen Verweis auf die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ergibt sich, dass im Unterschwellenbereich auch der Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens gemäß § 44 zulässig ist, sofern die entsprechenden Voraussetzungen für die Wahl des Verfahrens vorliegen.

Zu § 40 (Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems und Vergabe von Aufträgen aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems):

Die Verfahrensart des dynamischen Beschaffungssystems ist in den §§ 160 bis 162 näher geregelt. Zulässig ist die Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems nur nach Durchführung eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ohne Zuschlagserteilung.

Zu § 41 (Wahl der Innovationspartnerschaft):

Das Verfahren der Innovationspartnerschaft ist für jene Fälle vorgesehen, in denen ein Bedarf nach einer innovativen Leistung besteht, der nicht durch den Erwerb von bereits auf dem Markt verfügbaren Waren, Bau- oder Dienstleistungen befriedigt werden kann. Zum Verfahrensablauf sowie zu den Teilnehmern bei Innovationspartnerschaften siehe die §§ 118 bis 121 sowie 123.

Zu § 42 (Wahl des Wettbewerbes):

Der öffentliche Auftraggeber kann frei zwischen dem offenen und dem nicht offenen Wettbewerb wählen.

Zu den §§ 43 bis 47 (Nur im Unterschwellenbereich zugelassene Verfahrensarten):

Zu den §§ 43 bis 47 allgemein (Nur im Unterschwellenbereich zugelassene Verfahrensarten):

Die §§ 43 bis 47 enthalten jene Tatbestände, bei deren Vorliegen im Unterschwellenbereich zusätzlich zu den in den §§ 33 bis 42 genannten Möglichkeiten besondere Verfahrensarten zur Anwendung kommen können. Wie bisher stehen dem Auftraggeber auch im Unterschwellenbereich – neben den in diesem Abschnitt genannten Verfahren – sämtliche Verfahrensarten des Oberschwellenbereiches bzw. Tatbestände zur Wahl dieser Verfahren im Oberschwellenbereich zur Verfügung.

Zur Sachlichkeit der vorgesehenen Wertgrenzen für die Wahl bestimmter Verfahrensarten ist festzuhalten: Die genannten Wertgrenzen werden im Hinblick darauf gewählt, dass unterhalb dieser Betragsgrenzen die Durchführung von Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Hinblick auf den Wert der Leistung ökonomisch nicht vertretbare Beschaffungskosten bewirken würden. Im Gesetz selbst wird lediglich eine Obergrenze festgelegt, bis zu der die Auftraggeber bestimmte Verfahrensarten in Anspruch nehmen können (aber nicht müssen). Es bleibt daher Auftraggebern unbenommen, intern niedrigere Werte insbesondere für die Inanspruchnahme von Verfahren ohne ex ante Transparenz festzulegen. Im Übrigen wird auf die Erläuterungen zu den Grundsätzen des Unionsrechts zu § 46 verwiesen; diese können nach ständiger Rechtsprechung des EuGH im Einzelfall – bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses – auch unter den im Gesetz genannten Schwellenwerten eine (ex ante) Verpflichtung zur Transparenz begründen.

Gemäß § 19 Abs. 1 kann der Bundeskanzler durch Verordnung andere als die in den vorliegenden Bestimmungen genannten Schwellenwerte festsetzen, soweit dies aufgrund von völkerrechtlichen Verpflichtungen Österreichs oder von unionsrechtlichen Vorschriften erforderlich bzw. zulässig bzw. im Interesse einer einheitlichen oder wirtschaftlicheren Vorgangsweise bei der Vergabe von Aufträgen zweckmäßig ist (vgl. zuletzt Schwellenwerteverordnung 2012, BGBl. II Nr. 95/2012, zuletzt geändert durch die Verordnung BGBl. II Nr. 250/2016).

Zu § 43 (Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung):

Beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber einerseits genügend geeignete Unternehmer kennen muss (dh. er muss über eine gewisse Marktübersicht verfügen), denn die Mindestanzahl der Unternehmer darf keinesfalls unterschritten werden (vgl. § 122 Abs. 3). Zum anderen ist gemäß § 122 Abs. 2 (sofern dies aufgrund der Eigenart der

Leistung bzw. des Anbieterkreises möglich ist) der einzuladende Unternehmerkreis so häufig wie möglich zu wechseln; des Weiteren sind nach Möglichkeit kleine und mittlere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen. Die Einrichtung von nationalen Listensystemen für die Durchführung von nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist unzulässig (vgl. dazu EuGH Rs C-264/03, *Kommission gegen Frankreich*, Rz 68).

Zu § 44 (Zusätzliche Möglichkeiten der Wahl des Verhandlungsverfahrens):

Gemäß Abs. 1 stellt das Verhandlungsverfahren im Unterschwellenbereich – neben dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung – nunmehr ein Standardverfahren dar.

In Abs. 2 Z 1 wird der Schwellenwert für die Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vereinheitlicht.

Zu Abs. 2 Z 2 ist darauf hinzuweisen, dass dieser Tatbestand für die Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung aus dem Sektorenbereich stammt (vgl. auch § 206 Abs. 1 Z 9). Entsprechend der bisherigen Rechtslage wird dieser Tatbestand hier auch für Dienstleistungen anwendbar gemacht. Durch die Formulierung ist klargestellt, dass dieser Tatbestand die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmer zulässt.

Der bisherige § 38 Abs. 2 Z 4 und 5 BVergG 2006 entfällt, da diese Konstellationen bereits von den §§ 36 Abs. 1 Z 1 und 8 sowie 37 Abs. 1 Z 1 und 5 erfasst sind und somit ohnehin auch im Unterschwellenbereich anwendbar sind.

Abs. 3 regelt die Möglichkeit, geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer zu vergeben, wobei der Anwendungsbereich dieser Bestimmung wie bisher auf Vergaben bis zur Hälfte des für den jeweiligen öffentlichen Auftraggeber relevanten Schwellenwertes gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 oder 3 beschränkt ist. Relevant für die Beurteilung, ob Abs. 3 in Anspruch genommen kann, ist, ob die Kosten des öffentlichen Auftraggebers für die Durchführung des Verfahrens in einer wirtschaftlichen Relation stehen oder nicht. Während im Falle des § 44 Abs. 2 Z 1 der Auftraggeber jedenfalls Vergleichsangebote einzuholen hat, kommt im Anwendungsbereich des Abs. 3 nur ein Unternehmer für die Leistungserbringung in Betracht.

Zu § 45 (Zusätzliche Möglichkeit der Wahl des Wettbewerbes):

Das BVergG sieht für den Oberschwellenbereich keinen „geladenen Wettbewerb“ vor, da nach den Bestimmungen der RL 2014/24/EU (vgl. dazu Art. 79) Wettbewerbe jedenfalls bekannt zu machen sind. Im Unterschwellenbereich soll jedoch – wie bisher – diese Art des Wettbewerbsverfahrens zusätzlich zur Verfügung stehen.

Zu § 46 (Direktvergabe):

Wie bisher werden sämtliche Bestimmungen zur Direktvergabe in einem Paragrafen zusammengefasst. Abs. 1 enthält eine taxative Aufzählung der Bestimmungen, die bei einer Direktvergabe anzuwenden sind. Für die Direktvergabe gelten somit – neben den Regelungen des § 46 selbst sowie dem 1., 4. und 6. Teil – lediglich die Regelungen betreffend die Definition des öffentlichen Auftraggebers (§ 4 Abs. 1), die Definition der Auftragsarten sowie die Abgrenzungsregelungen (§§ 5 bis 8), die Ausnahmen vom Geltungsbereich (§§ 9 und 10), die Bestimmungen über die Berechnung des geschätzten Auftragswertes (§§ 13 bis 16), die Verordnungsermächtigung des Bundeskanzlers zur Festlegung anderer Schwellen- oder Loswerte (§ 19 Abs. 1), die Grundsätze des § 20 Abs. 1 bis 4 und 9, die Verwendung des CPV (§ 30), die Definition der Direktvergabe in § 31 Abs. 11, die Verpflichtung zur Bekanntgabe vergebener Aufträge (§ 66), die Bestimmungen betreffend den Zahlungsverkehr (§§ 100 und 111) sowie die für die Direktvergabe relevanten Bestimmungen des 5. Teiles (insb. Korrekturmechanismus und Verfahren der Republik Österreich mit der Kommission, bestimmte statistische Verpflichtungen, Aufbewahrungspflichten, Verpflichtung zur Kündigung von Verträgen aufgrund einer schweren, vom EuGH festgestellten Unionsrechtsverletzung, Schadenersatzansprüche und Rückgriffsrechte). Zu § 66 ist darauf hinzuweisen, dass dieser erst mit 18. Oktober 2018 in Kraft tritt (vgl. 377 Abs. 2). Die Geltung der Bestimmungen betreffend den Zahlungsverkehr (§§ 100 und 111) ergibt sich aus der Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr („Zahlungsverzugsrichtlinie“), wonach die entsprechenden Bestimmungen dieser Richtlinie undifferenziert für jeden öffentlichen Auftraggeber unabhängig vom Gegenstand oder Wert des Auftrages gelten (vgl. Art. 4 Abs. 1 iVm Art. 2 Z 2 der RL 2011/7/EU).

Abs. 2 ist als Ermächtigung an öffentliche Auftraggeber zu verstehen, bis zu einem geschätzten Auftragswert von 50 000 Euro die Direktvergabe in Anspruch nehmen zu können (aber nicht zu müssen). Es bleibt daher Auftraggebern unbenommen, intern niedrigere Werte als jene in Abs. 2 genannten festzulegen, bis zu denen die Inanspruchnahme der Direktvergabe zulässig wäre. Ein Auftraggeber könnte

darüber hinaus aber auch intern andere (niedrigere) Werte festlegen, ab denen eine bestimmte Anzahl von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften einzuholen sind. Dies wird im Übrigen auch durch Abs. 4 klargestellt.

Der EuGH hält in ständiger Rechtsprechung jedoch fest, dass die Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Verbot der Diskriminierung, eine Verpflichtung zur Transparenz beinhalten. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Sofern daher ein potentielles grenzüberschreitendes Interesse von Unternehmern besteht, existiert diese Verpflichtung zur Transparenz nach der Judikatur des EuGH auch schon für wertmäßig kleine Aufträge (vgl. dazu das Urteil in der Rs C-220/06, *AP*). Es hat stets eine Einzelfallbeurteilung hinsichtlich des potentiellen grenzüberschreitenden Interesses zu erfolgen (so EuGH Rs C-507/03, *Kommission gegen Irland*, verb. Rs C-147/06 und C-148/06, *SECAP*). Im Licht dieser Rechtsprechung des EuGH hat daher der Auftraggeber, der eine Direktvergabe durchführen möchte, zu prüfen, ob nicht aufgrund der Umstände des Einzelfalles eine Direktvergabe (ohne vorherige Transparenz) ausnahmsweise nicht doch unzulässig wäre. Falls das konkrete Vorhaben (trotz seines geringen Auftragswertes) potentiell für Unternehmer aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein könnte, dann besteht nach der Judikatur eine Verpflichtung zur (ex ante) Transparenz (vgl. dazu etwa Rs C-507/03, *Kommission gegen Irland*, verb. Rs C-147/06 und C-148/06, *SECAP*). Als Kriterien zur Beurteilung des potentiellen grenzüberschreitenden Interesses hat der EuGH in seiner bisherigen Judikatur den (geschätzten) Auftragswert, den Ort der Leistungserbringung bzw. –nutzung und die (technische) Besonderheit der Leistung angeführt (vgl. dazu verb. Rs C-147/06 und C-148/06, *SECAP*, Rs C-347/06, *ASM Brescia*, C-113/13, *ASL n. 5 Spezzino*, C-278/14, *Enterprise Solutions*, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*). Ein Indiz für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses kann auch das Vorliegen von Beschwerden von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Wirtschaftsteilnehmern sein, sofern sich erweist, dass diese Beschwerden real und nicht fiktiv sind (vgl. C-113/13, *ASL n. 5 Spezzino*, Rz 49, C-278/14, *Enterprise Solutions*, Rz 20, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*, Rz 20). Als Faustregel kann für die Beurteilung des (potentiellen) grenzüberschreitenden Interesses herangezogen werden: je höher der Wert, je näher der Leistungs- oder Nutzungsort an einer (Staats)Grenze und je spezifischer der Auftragsgegenstand, desto eher besteht ein grenzüberschreitendes Interesse. Melden sich „ausländische“ Unternehmen bei einem Auftraggeber hinsichtlich eines bestimmten Auftrages oder wurde – wenn auch freiwillig – eine EU-weite Bekanntmachung geschaltet, dann nimmt der EuGH jedenfalls ein grenzüberschreitendes Interesse an (vgl. Rs C-226/09, *Kommission gegen Irland*). Der EuGH hat jedoch auch festgehalten, dass ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse nicht hypothetisch aus bestimmten Gegebenheiten abgeleitet werden kann, die – abstrakt betrachtet – für ein solches Interesse sprechen könnten, sondern es muss sich positiv aus einer konkreten Beurteilung des Umstände des fraglichen Auftrages ergeben (C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*, Rz 22).

Aus dem Grundsatz, wonach auch Aufträge im Wege der Direktvergabe nur an geeignete Unternehmer zu vergeben sind (vgl. § 20 Abs. 1 sowie § 46 Abs. 3), resultiert nicht, dass der Kanon der Nachweismittel der §§ 81 ff anwendbar ist; auch ergibt sich daraus nicht, dass jedenfalls eine nähere Eignungsprüfung vorgenommen werden muss. Über die Art und Weise der Eignungsprüfung (vertieft oder oberflächlich) entscheidet allein der öffentliche Auftraggeber (daher entscheidet er auch über die Frage, ob eine Abfrage wegen Verletzung des AuslBG oder des LSD-BG erfolgt oder nicht). Wenn keine Anhaltspunkte bestehen, die auf das Nichtvorliegen der Eignung schließen lassen, kann etwa der äußere Anschein eines befugten Gewerbebetriebes für die Annahme des Vorliegens der Eignung hinreichend sein. Bei der Direktvergabe (zB Kauf von Produkten beim Händler) wird eine Leistung unmittelbar von einem Unternehmer bezogen und das Vergabeverhältnis erschöpft sich (in aller Regel) bereits in diesem Akt. Da es sich um ein sehr formfreies Verfahren handelt, werden für die Prüfung der Voraussetzungen keine näheren Regelungen getroffen. Hinzuweisen ist darauf, dass auch bei einer Direktvergabe Aufträge an insolvente Unternehmer zulässig sind, wenn ihre Leistungsfähigkeit dazu ausreicht. Die Eignung muss – wie bisher – spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen. Den Zeitpunkt, an dem die Eignungsprüfung vorgenommen wird, bestimmt der Auftraggeber selbst; unabdingbar ist jedenfalls, dass bei Direktvergaben zum Zeitpunkt des Zuschlages alle Elemente vorliegen müssen.

Die für die Direktvergabe geltenden Dokumentationsverpflichtungen werden nunmehr direkt in § 46 geregelt (vgl. Abs. 4). Jedenfalls zu dokumentieren sind Gegenstand und Wert des vergebenen Auftrages, der Name des Auftragnehmers sowie gegebenenfalls eingeholte Angebote oder unverbindlichen Preisauskünfte. Sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist, ist auch die Prüfung der Preisangemessenheit zu dokumentieren. Dabei reicht ein summarischer Verweis. So reicht etwa der Verweis auf im internen System des Auftraggebers zur Verfügung gestellte Kataloge, da deren

Preisangemessenheit üblicherweise bereits vor Aufnahme in das System geprüft wurde. Bei sehr kleinen Aufträgen kann die Dokumentation der Preisangemessenheit in der Regel entfallen. Bei Auftragsvergabe im Rahmen von EU-Strukturfondsprogrammen schreiben häufig die EU-Strukturfondsprogramme vor, dass auch im Bereich der Direktvergabe die Prüfung der Preisangemessenheit zu dokumentieren ist. Derartige Verpflichtungen bleiben von der vorliegenden Bestimmung unberührt.

Ab 18. Oktober 2018 haben öffentliche Auftraggeber im Vollziehungsbereich des Bundes jeden vergebenen Auftrag mit einem Auftragswert von mindestens 50 000 Euro gemäß § 66 bekannt zu geben; dies gilt auch für im Wege der Direktvergabe vergebene Aufträge, soweit diese aufgrund einer Schwellenwerte-Verordnung des Bundeskanzlers gemäß § 19 (und abweichend von § 46 Abs. 2) auch bei einem Auftragswert von 50 000 Euro oder mehr zulässig sind. Vgl. im Übrigen die Erläuterungen zu § 66.

Zu § 47 (Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung):

Die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ist ein frei gestaltbares Verfahren, das die Vorteile einer möglichst formfreien Vergabe mit der – unter Umständen auch schon bei wertmäßig kleinen Aufträgen – unionsrechtlich gebotenen Transparenz verbindet. Der EuGH hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Verbot der Diskriminierung, eine Verpflichtung zur Transparenz beinhalten. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Besteht an einem Auftrag ein grenzüberschreitendes Interesse, so steht das völlige Fehlen einer Ausschreibung (ex ante Transparenz) mit den Grundsätzen des Unionsrechts nicht im Einklang (vgl. dazu etwa das EuGH Rs C-324/98, *Telaustria,* oder Rs C-458/03, *Parking Brixen*). Sofern daher ein potentielles grenzüberschreitendes Interesse von Unternehmern besteht, existiert diese Verpflichtung zur Transparenz nach der Judikatur des EuGH auch schon für wertmäßig kleine Aufträge (vgl. dazu das Urteil in der Rs C-220/06, *AP*). Es hat stets eine Einzelfallbeurteilung hinsichtlich des potentiellen grenzüberschreitenden Interesses zu erfolgen (so EuGH Rs C-507/03, *Kommission gegen Irland*, verb. Rs C-147/06 und C-148/06, *SECAP*, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*). Für Aufträge bis 130 000 bzw. 500 000 Euro wird mit der Möglichkeit der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung dieser Judikatur Rechnung getragen (zur Rechtslage auf Unionsebene und die Kriterien für die Beurteilung des grenzüberschreitenden Interesses vgl. auch die Erläuterungen zu § 46).

Wie bisher werden sämtliche Bestimmungen zur Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung in einem Paragrafen zusammengefasst. Abs. 1 enthält eine taxative Aufzählung der Bestimmungen, die bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung anzuwenden sind. Für die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gelten somit – neben den Regelungen des § 47 selbst sowie dem 4. und 6. Teil – der 1. Teil (Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmungen) mit Ausnahme des § 2 Z 22 (Definitionen von Auswahl-, Beurteilungs-, Eignungs- und Zuschlagskriterien), die Definition des öffentlichen Auftraggebers (§ 4 Abs. 1), die Definition der Auftragsarten sowie die Abgrenzungsregelungen (§§ 5 bis 8), die Ausnahmen vom Geltungsbereich (§§ 9 und 10), die Bestimmungen über die Berechnung des geschätzten Auftragswertes (§§ 13 bis 16), die Verordnungsermächtigung des Bundeskanzlers zur Festlegung anderer Schwellen- oder Loswerte (§ 19 Abs. 1), die Grundsätze des § 20 Abs. 1 bis 4 und 9, die Verwendung des CPV (§ 30), die Definition der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung in § 31 Abs. 12, die Verpflichtung zur Bekanntgabe vergebener Aufträge (§ 66), die Bestimmungen betreffend den Zahlungsverkehr (§§ 100 und 111), der Grundsatz, dass das Verfahren mit Zuschlag oder Widerruf endet (§ 146 Abs. 1), die Regelung des Widerrufs durch eine Feststellung einer Vergabekontrollbehörde (§ 150 Abs. 9) sowie die für die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung relevanten Bestimmungen des 5. Teiles (insb. Korrekturmechanismus und Verfahren der Republik Österreich mit der Kommission, bestimmte statistische Verpflichtungen, Aufbewahrungspflichten, Verpflichtung zur Kündigung von Verträgen aufgrund einer schweren, vom EuGH festgestellten Unionsrechtsverletzung, Schadenersatzansprüche und Rückgriffsrechte). Zu § 66 ist darauf hinzuweisen, dass dieser erst mit 18. Oktober 2018 in Kraft tritt (vgl. 377 Abs. 2). Die Geltung der Bestimmungen betreffend den Zahlungsverkehr (§§ 100 und 111) ergibt sich aus der Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr („Zahlungsverzugsrichtlinie“), wonach die entsprechenden Bestimmungen dieser Richtlinie undifferenziert für jeden öffentlichen Auftraggeber unabhängig vom Gegenstand oder Wert des Auftrages gelten (vgl. Art. 4 Abs. 1 iVm Art. 2 Z 2 der RL 2011/7/EU).

Abgesehen von diesen Bestimmungen ist das Verfahren der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung frei gestaltbar. Es handelt sich um eine „Direktvergabe“, die zwar mit Transparenzvorschriften angereichert ist, aber dennoch ein weitgehend formfreies Verfahren für kleine

bis mittelgroße Aufträge darstellen soll. Es liegt daher im Ermessen des Auftraggebers, das Verfahren einstufig oder zweistufig zu gestalten, mit den Bietern zu verhandeln oder auch im Laufe des Verfahrens die Anzahl der Bieter zu reduzieren. Eingeschränkt wird dieses Ermessen des Auftraggebers durch die Verpflichtung des Abs. 4, wonach der Auftraggeber bereits zu Beginn festlegen muss, nach welchen Kriterien er den oder die Unternehmer auswählt, vom dem oder denen er ein Angebot einholt, und nach welchen Kriterien er das erfolgreiche Angebot bestimmt. Diese Festlegung ist den interessierten Unternehmern vorab bekanntzugeben (diese Kriterien bilden einen notwendigen Teil der Ausschreibungsunterlagen, die vom Auftraggeber zur Verfügung zu stellen sind und deren Fundort er gemäß Abs. 3 Z 3 bekannt geben muss). Der Begriff „Kriterien“ (somit der Plural) wird in diesem Kontext verwendet, um – totum pro parte – alle denkbaren Situationen im Kontext des § 47 zu erfassen. Falls ein Auftraggeber daher ein einstufiges Verfahren ohne Selektionsmechanismus mit dem Preis als einzigem Kriterium für die Auswahl des erfolgreichen Angebotes durchführt, dann gibt es in diesem Verfahren nur ein einziges Kriterium, über das zu informieren ist. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Grundsätze des § 20, dessen Abs. 1 bis 4 sowie 9 auch für die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gelten. Der Auftraggeber ist daher insbesondere auch an das Gleichbehandlungsgebot und das Verbot der Diskriminierung gebunden.

Wie auch für die „klassische“ Direktvergabe gilt auch für die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ein eingeschränkter Rechtsschutz. Einzige gesondert anfechtbare Entscheidung (und damit einem Nachprüfungsverfahren zugänglich) ist bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. hh die Bekanntmachung (mit dieser ist auch eine behauptete unzulässige Wahl des Verfahrens zu bekämpfen, vgl. dazu die Erläuterungen zu § 2 Z 15 lit. a sublit. hh). Es ist insbesondere, da es sich um eine Direktvergabe handelt, keine Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung vorgesehen. Der Zuschlag kann daher nur ex post mittels Feststellungsantrag überprüft werden.

§ 47 Abs. 2 ist als Ermächtigung an öffentliche Auftraggeber zu verstehen, bis zu einem geschätzten Auftragswert von 130 000 bzw. 500 000 Euro die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung in Anspruch nehmen zu können (aber nicht zu müssen). Es wird in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Möglichkeit der Auftragsvergabe in einem Verhandlungsverfahren gemäß § 44 Abs. 1 verwiesen. Es bleibt öffentlichen Auftraggebern auch unbenommen, intern einen niedrigeren Wert festzulegen, bis zu dem die Inanspruchnahme einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zulässig wäre.

Gemäß Abs. 3 ist die beabsichtigte Vergabe eines Auftrages mittels Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bekannt zu machen. Bis Oktober 2018 hat diese Bekanntmachung in dem vom Bundeskanzler bzw. der jeweiligen Landesregierung festgelegten elektronischen Publikationsmedium zu erfolgen (vgl. § 64 Abs. 1); zusätzlich kann der öffentliche Auftraggeber die entsprechenden Daten über OGD zur Verfügung stellen (vgl. § 64 Abs. 3 iVm § 59 Abs. 3 sowie die Erläuterungen hiezu). Ab 18. Oktober 2018 wird auch im Bereich der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung auf die Bekanntmachung über Metadaten und Kerndaten umgestellt (vgl. Art. 2 Z 2 und 6 Vergaberechtsreformgesetz 2017).

Die Mindestinhalte der Bekanntmachung sind in Abs. 3 angeführt; darüber hinaus gelten für die Bekanntmachung keine weiteren Vorschriften mit Ausnahme der Regelung des § 64 Abs. 2 betreffend die zeitliche Verfügbarkeit der Bekanntmachungsinhalte. Gemäß Abs. 3 Z 3 ist in die Bekanntmachung ein Hinweis aufzunehmen, wo die Ausschreibungsunterlagen verfügbar sind (notwendiger Bekanntmachungsinhalt ist somit der Fundort der Ausschreibungsunterlagen; dabei wird es sich in der Regel um eine Website des öffentlichen Auftraggebers handeln). Anders als noch im BVergG 2006 wird somit auch im Kontext der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung von „Ausschreibungsunterlagen“ gesprochen (vgl. auch die weite Definition in § 2 Z 7). Es handelt sich dabei um nähere Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf. Diese Informationen müssen dabei zumindest die Kriterien enthalten, anhand derer die allenfalls vorgesehene Auswahl des bzw. der Unternehmer erfolgt und anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird (siehe dazu auch die Erläuterungen zu Abs. 4). Der öffentliche Auftraggeber kann darüber hinaus (freiwillig) weitere Festlegungen betreffend den Verfahrensablauf treffen (beispielsweise über in Aussicht genommene Verhandlungsrunden oÄ).

Gemäß Abs. 4 hat der öffentliche Auftraggeber objektive, nicht diskriminierende und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien festzulegen, anhand derer die allenfalls vorgesehene Auswahl des Unternehmers bzw. der Unternehmer erfolgt, von dem bzw. denen Angebote eingeholt werden, und anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird. Es wird in Abs. 4 bewusst auf die Verwendung der Begriffe „Auswahlkriterien“ und „Zuschlagskriterien“ verzichtet, da die diesbezüglichen Regelungen des BVergG 2017 sowie die strikte Trennung zwischen unternehmerbezogenen und angebotsbezogenen Kriterien bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nicht anwendbar

sind. Der öffentliche Auftraggeber ist daher bei der Festlegung der genannten Kriterien weitgehend frei und nur an die Grundsätze des § 20 und die Verpflichtung der Auftragsbezogenheit gebunden. Letzteres bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber nur Kriterien heranziehen darf, die einen Konnex zum Auftragsgegenstand aufweisen. Dies bezieht sich sowohl auf unternehmerbezogene als auch angebotsbezogene Anforderungen.

Die Verwendung des Plural bei „Kriterien“ in Abs. 4 bedeutet (totum pro parte) dabei nicht, dass jedenfalls mehrere Kriterien für die Auswahl des Unternehmers bzw. der Unternehmer, von dem bzw. denen Angebote eingeholt werden, oder für die Bestimmung des erfolgreichen Angebotes festgelegt werden müssen. Der öffentliche Auftraggeber kann daher auch nur ein Kriterium festlegen. Für die Bestimmung des erfolgreichen Angebotes ergibt sich jedoch aus den Bestimmungen des BVergG 2017 in Zusammenschau mit den haushaltsrechtlichen Grundsätzen (Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit; vgl. dazu insbesondere die Art. 126b Abs. 5, 127 Abs. 1, 127a Abs. 1 und 127b Abs. 3 B-VG), dass es sich bei Verwendung eines einzigen Kriteriums nur um den Preis (bzw. die Kosten) handeln kann.

Jedenfalls müssen (ein oder mehrere) Kriterien für die Bestimmung des erfolgreichen Angebotes festgelegt werden. Die Festlegung von Kriterien (bzw. eines Kriteriums) für die Auswahl des Unternehmers bzw. der Unternehmer ist dagegen nur dann notwendig, wenn der Auftraggeber eine Auswahl der Unternehmer für eine zweite Stufe des Verfahrens überhaupt vorgesehen hat (arg „allenfalls vorgesehene“).

Der öffentliche Auftraggeber kann das Verfahren seinen Bedürfnissen entsprechend ein- oder zweistufig gestalten. Er kann etwa (in einer Art „offenem Verfahren“) in der Bekanntmachung bzw. den Unterlagen gemäß Abs. 3 Z 3 sofort Angebote verlangen und dem billigsten/besten den Zuschlag erteilen (allenfalls nach weiteren Verhandlungen); er kann aber auch zunächst einen oder mehrere Unternehmer (etwa aufgrund von Referenzen oder etwa auch „die ersten fünf“) auswählen und erst in einem zweiten Schritt Angebote einholen. Abweichend vom sonstigen System des Gesetzes bzgl. Auswahl- und Zuschlagskriterien können bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung auch schon bei der Auswahl der Unternehmer angebotsbezogene Kriterien (zB der Preis) herangezogen werden. Der öffentliche Auftraggeber kann beispielsweise festlegen, dass die interessierten Unternehmer gleich in einem ersten Schritt Angebote legen sollen, um mit den Bietern der drei besten/billigsten Angebote zu verhandeln und in einem weiteren Schritt das beste/billigste Angebot auszuwählen. Der öffentliche Auftraggeber kann die Anzahl der auszuwählenden Unternehmer dabei auch mit einer Maximalzahl festlegen.

Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang auf die Definition der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 31 Abs. 12, wonach der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet ist, mehrere Angebote einzuholen (vgl. dazu auch die Erläuterungen zu § 31 Abs. 12). Es muss jedoch zumindest ein Angebot eingeholt werden, dem der Zuschlag erteilt werden kann.

Abs. 5 enthält die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, den am Verfahren beteiligten Unternehmern mitzuteilen, wem zu welchem Preis der Zuschlag erteilt wurde. Es sollen dabei jene Unternehmer vom Ausgang des Verfahrens informiert werden, die sich ernsthaft um den Auftrag bemüht haben. Das sind jene Unternehmer, die sich aufgrund der Bekanntmachung – im Einklang mit den Angaben in der Bekanntmachung und dem vom Auftraggeber festgelegten Verfahrensablauf – beworben haben und/oder ein Angebot gelegt haben. Unternehmer, die lediglich Informationen über den Leistungsgegenstand oder den Verfahrensablauf angefordert oder heruntergeladen und keine weiteren Schritte gesetzt haben, sind jedenfalls nicht von der Mitteilungspflicht des Auftraggebers umfasst. Beim Gesamtpreis handelt es sich um die Auftragssumme ohne Umsatzsteuer (vgl. § 2 Z 26 lit a bzw. d). Die Bestimmung des Abs. 5 hat die Konsequenz, dass Feststellungsanträge der beteiligten Unternehmer binnen sechs Monaten ab Mitteilung einzubringen sind (vgl. die neue einheitliche Frist des § 354 Abs. 2).

Dass die Leistung auch bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nur von einem befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmer bezogen werden darf, ergibt sich bereits aus Abs. 1, der die Anwendbarkeit der Grundsätze gemäß § 20 Abs. 1 vorsieht. Daraus resultiert – wie auch bei der Direktvergabe gemäß § 46 – jedoch nicht, dass die Bestimmungen des 4. Abschnittes (Eignung der Unternehmer) anwendbar sind; auch ergibt sich daraus nicht, dass jedenfalls eine nähere Eignungsprüfung durchgeführt werden muss. Über die Art und Weise der Eignungsprüfung entscheidet allein der Auftraggeber (daher entscheidet auch er über die Frage, ob eine Abfrage wegen Verletzung des AuslBG oder des LSD-BG erfolgt oder nicht). Wenn keine Anhaltspunkte bestehen, die auf das Nichtvorliegen der Eignung schließen lassen, kann – wie auch bei der (klassischen) Direktvergabe – etwa der äußere Anschein eines befugten Gewerbebetriebes für die Annahme des Vorliegens der Eignung hinreichend sein. Hinzuweisen ist darauf, dass auch bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung Aufträge

an insolvente Unternehmer zulässig sind, wenn ihre Leistungsfähigkeit dazu ausreicht. Die Eignung muss – wie bisher – spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen. Den Zeitpunkt, an dem die Eignungsprüfung vorgenommen wird, bestimmt der Auftraggeber selbst; unabdingbar ist jedenfalls, dass zum Zeitpunkt des Zuschlages alle Elemente vorliegen müssen.

Abs. 7 enthält eine Regelung für den Widerruf einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung. Gemäß § 146 Abs. 1 ist das Verfahren entweder durch Zuschlag oder durch Widerruf zu beenden. Diese Verpflichtung kann von einem Bieter mittels Feststellungsantrag durchgesetzt werden (vgl. die §§ 353 Abs. 2, 334 Abs. 5 und 150 Abs. 9). Der Auftraggeber kann das Verfahren jederzeit widerrufen, wenn sachliche Gründe dafür bestehen. Aus Abs. 7 ergibt sich, dass der Widerruf einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung einstufig gestaltet ist, dh. es ist keine Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung vorgesehen (eine solche Entscheidung wäre im Übrigen gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. hh auch nicht in einem Nachprüfungsverfahren überprüfbar). Die Erklärung des Widerrufs ist jedoch den Unternehmern mitzuteilen, die sich um eine Teilnahme am Verfahren beworben oder ein Angebot gelegt haben (siehe dazu auch die Ausführungen oben zu Abs. 5). Bei einem allfälligen Widerruf vor Eingang der Bewerbungen bzw. Angebote kann der Auftraggeber mangels Kenntnis der interessierten Unternehmer ohnehin keine entsprechende Verständigung durchführen. In diesem Fall wären Bewerber und Bieter eben nach Einlangen ihrer Bewerbung bzw. ihres Angebotes vom Widerruf zu verständigen.

Die für die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung geltenden Dokumentationsverpflichtungen werden nunmehr direkt in § 47 geregelt (vgl. Abs. 8). Jedenfalls zu dokumentieren sind alle wesentlichen Festlegungen und Vorgänge im Vergabeverfahren (wie etwa Festlegungen für den Verfahrensablauf, die Anwendung des Auswahlmechanismus, der wesentliche Inhalt der eingelangten Angebote oder die Gründe für die Auswahl des erfolgreichen Angebotes), Gegenstand und Wert des vergebenen Auftrages sowie der Name des Auftragnehmers. Es sind keine aufwendigen Dokumentationen notwendig, es reicht vielmehr ein kurzes Festhalten der wesentlichen Inhalte. Sofern Festlegungen oder Vorgänge bereits eindeutig aus dem Vergabeakt ersichtlich sind, sind sie bereits entsprechend festgehalten und ist daher eine gesonderte Dokumentation nicht erforderlich (so sollten etwa die Kriterien gemäß Abs. 4 in der Regel bereits eindeutig aus den zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sein). Sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist, ist auch die Prüfung der Preisangemessenheit zu dokumentieren. Dabei reicht ein summarischer Verweis.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. hh ist bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nur die Bekanntmachung gesondert anfechtbar (vgl. dazu bereits oben sowie die Erläuterungen zu § 2 Z 16 lit. a sublit. hh). Die Anfechtungsfrist beträgt gemäß § 343 Abs. 1 zehn Tage. Eine Verlängerung der Anfechtungsfrist gemäß § 343 Abs. 3 wird für die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung explizit ausgeschlossen, da die Anfechtungsmöglichkeiten bei diesem Verfahren sehr beschränkt sind (vgl. die Erläuterungen zu § 2 Z 16 lit. a sublit. hh) und damit die Notwendigkeit einer längeren Frist nicht gegeben ist.

Ab 18. Oktober 2018 haben öffentliche Auftraggeber im Vollziehungsbereich des Bundes jeden vergebenen Auftrag mit einem Auftragswert von mindestens 50 000 Euro gemäß § 66 bekannt zu geben; dies gilt auch für im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung vergebene Aufträge. Vgl. im Übrigen die Erläuterungen zu § 66.

Zu § 48 (Elektronische Kommunikation):

Die verpflichtende elektronische Kommunikation zwischen Unternehmer und öffentlichem Auftraggeber gemäß Art. 22 RL 2014/24/EU stellt eine der wesentlichen Bestimmungen der RL 2014/24/EU dar, die zur Effizienz und Transparenz von Vergabeverfahren beitragen soll. EG 52 der RL 2014/24/EU führt dazu aus: „*Elektronische Informations- und Kommunikationsmittel können die Bekanntmachung von Aufträgen erheblich vereinfachen und Effizienz und Transparenz der Vergabeverfahren steigern. Sie sollten zum Standard für Kommunikation und Informationsaustausch im Rahmen von Vergabeverfahren werden, da sie die Möglichkeiten von Wirtschaftsteilnehmern zur Teilnahme an Vergabeverfahren im gesamten Binnenmarkt stark verbessern. Zu diesem Zweck sollten die Übermittlung von Bekanntmachungen in elektronischer Form, die elektronische Verfügbarkeit der Auftragsunterlagen sowie – nach einem Übergangszeitraum von 30 Monaten – eine ausschließliche elektronische Kommunikation, das heißt eine Kommunikation durch elektronische Mittel, in allen Verfahrensstufen, einschließlich der Übermittlung von Teilnahmeanträgen und insbesondere der Übermittlung der Angebote (‚elektronische Übermittlung'), verbindlich vorgeschrieben werden. Es sollte den Mitgliedstaaten und öffentlichen Auftraggebern freigestellt bleiben, auf Wunsch hierüber hinauszugehen. Es sollte außerdem klargestellt werden, dass die verbindliche Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel nach dieser Richtlinie öffentliche Auftraggeber nicht zur elektronischen Verarbeitung von Angeboten verpflichten oder eine elektronische Bewertung oder automatische*

Verarbeitung vorschreiben sollte. Des Weiteren sollten nach dieser Richtlinie weder Bestandteile des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe, die auf die Vergabe des Auftrags folgen, noch die interne Kommunikation des öffentlichen Auftraggebers unter die Verpflichtung zur Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel fallen.“

Mit der vorliegenden Bestimmung sollen im Wesentlichen Art. 22 und Art. 90 Abs. 2 der RL 2014/24/EU umgesetzt werden (vgl. dazu auch die gemäß Art. 2 des vorliegenden Entwurfes mit Oktober 2018 in Kraft tretenden Bestimmungen). Daneben werden vereinzelte Bestimmungen der RL umgesetzt, die auf elektronische Kommunikation oder auch ausdrücklich auf Art. 22 Bezug nehmen, nämlich Art. 36 Abs. 2 erster UAbs. und Abs. 3 lit. b sowie Art. 37 Abs. 3.

Wie EG 52 ausführt, erfasst der Begriff der elektronischen Kommunikation nicht interne Vorgänge wie die (elektronische) Verarbeitung bzw. Bewertung von Angeboten oder die interne Kommunikation des öffentlichen Auftraggebers (bzw. der vergebenden Stelle). Ebenso nicht erfasst sind Vorgänge nach der Auftragsvergabe, die sich ohnehin nur in eingeschränkter Weise auf die Kompetenz nach Art. 14b B-VG stützen können.

Abs. 1 sieht vor, dass der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich den Kommunikationsweg festlegen kann, wobei zwischen der elektronischen Kommunikation, der Kommunikation über den Postweg oder über einen anderen geeigneten Weg und einer Kombination dieser Kommunikationswege gewählt werden kann. Dazu ist zunächst zu sagen, dass die Festlegung dieses Kommunikationsweges grundsätzlich für die Durchführung des gesamten Vergabeverfahrens gelten soll (mit der in jedem Fall bestehenden Möglichkeit der mündlichen Kommunikation bei minder bedeutsamem Inhalt gemäß Abs. 7). Allerdings kann der öffentliche Auftraggeber auch eine Kombination (zB elektronischer Kommunikationsweg für einzelne Verfahrensschritte und Postweg für andere Verfahrensschritte) von Kommunikationswegen vorsehen. Dabei ist aber jedenfalls zu beachten, dass bei der Wahl der elektronischen Kommunikation die Vorgaben des § 48 gelten sollen, unabhängig davon, ob das gesamte Verfahren oder nur einzelne Teile elektronisch abgewickelt werden. Wenn von einem „geeigneten“ Kommunikationsweg die Rede ist, wird darauf hingewiesen, dass die mündliche Kommunikation grundsätzlich kein solcher geeigneter Kommunikationsweg ist, da deren Zulässigkeit im zweiten Satz und in Abs. 7 gesondert angesprochen wird. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass bei der Kommunikation wesentlicher Inhalte im Vergabeverfahren – wozu insbesondere Teilnahmeanträge und Angebote zählen – auf die Dokumentation und Nachvollziehbarkeit dieser Entscheidungen Bedacht zu nehmen ist und bei schriftlicher (dh. sowohl elektronischer als auch papierbasierter) Kommunikation eine geringere Fehleranfälligkeit besteht. Geeignetheit ist somit in dem Sinn zu verstehen, dass sowohl der Weg als auch das Mittel der Kommunikation der Bedeutung des kommunizierten Inhaltes entsprechen soll.

Abs. 1 ist auch in Zusammenspiel mit Abs. 2a (und ab Oktober 2018 mit Abs. 2, siehe Art. 2 des Entwurfes) zu lesen. Daraus erhellt, dass in Entsprechung der Vorgaben der RL 2014/24/EU die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel im Oberschwellenbereich verpflichtend ist, während im Unterschwellenbereich grundsätzlich Wahlfreiheit besteht. Die Verpflichtung für zentrale Beschaffungsstellen (im Oberschwellenbereich) soll gemäß Abs. 2 bereits mit Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes gelten, während alle anderen öffentlichen Auftraggeber aufgrund der Inanspruchnahme der aufschiebenden Umsetzung gemäß Art. 90 Abs. 2 der RL 2014/24/EU erst mit Oktober 2018 im Oberschwellenbereich grundsätzlich verpflichtend elektronische Kommunikationsmittel einsetzen sollen.

Eine Ausnahme von der Wahlfreiheit besteht bei jenen Verfahren bzw. Verfahrensbestandteilen, bei denen grundsätzlich nur die elektronische Kommunikation zulässig ist, da dies in der Natur dieses Verfahrens bzw. Verfahrensbestandteiles liegt. Darauf nimmt Abs. 2 Bezug, wenn von der Kommunikation die Rede ist, die „elektronisch […] zu erfolgen hat“. Dies gilt für das dynamische Beschaffungssystem, die elektronische Auktion und den elektronischen Katalog.

Abs. 3 sieht die Festlegung der Anforderungen an die elektronische Kommunikation durch den öffentlichen Auftraggeber vor. Davon erfasst ist etwa die Angabe der Website, auf welcher der öffentliche Auftraggeber Informationen im Zusammenhang mit der Durchführung des Vergabeverfahrens bereitstellen wird; die Angabe der Kommunikationsplattform, über die das Vergabeverfahren abgewickelt werden soll; eine allfällige Verpflichtung des Unternehmers zur Bekanntgabe einer elektronischen Adresse, an die der öffentliche Auftraggeber Unterlagen und Informationen (insbesondere auch Verständigungen von der Bereitstellung von Informationen, vgl. Abs. 4) rechtsgültig übermitteln kann.

Abs. 4 beschreibt die Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation für öffentliche Auftraggeber und Unternehmer und enthält die für das BVergG 2017 einschlägigen Legaldefinitionen der Begriffe „übermitteln“ und „bereitstellen“. Unternehmer haben Information elektronisch zu übermitteln, während öffentliche Auftraggeber Informationen entweder übermitteln oder bereitstellen können (zur Sonderregelung betreffend das zur-Verfügung-Stellen der Ausschreibungsunterlagen vgl. § 89). Damit

soll insbesondere die Bereitstellung von Informationen auf Kommunikationsplattformen der öffentlichen Auftraggeber ermöglicht werden. Bedient sich der Auftraggeber eines Nebenbeschaffungsdienstleisters auf dessen Server die Informationen durch den Unternehmer hochgeladen werden sollen, so ist dieser Nebenbeschaffungsdienstleister dem Verfügungsbereich des Auftraggebers zuzurechnen; das bedeutet, dass der upload der Informationen als Übermittlung an den Auftraggeber im Sinne des Abs. 4 anzusehen ist.

„Abrufbar" sind bereitgestellt Informationen ab dem Zeitpunkt, ab dem ihre Daten für den Empfänger abrufbar (zugänglich) sind. Das bedeutet zB, dass die Informationen als bereitgestellt gelten, auch wenn der Empfänger (der Unternehmer) die Informationen aus Gründen, die seiner (zB technischen) Sphäre zuzurechnen sind, nicht abrufen kann. Mit der Bereitstellung ist auch die Auslösung allfälliger Fristenläufe verbunden; die Verständigung von der Bereitstellung ist hingegen nicht ausschlaggebend. Sieht der öffentliche Auftraggeber etwa vor, dass für den Zugang zu bestimmten (etwa besonders sensiblen) Informationen ein Passwort erforderlich ist und übermittelt er dieses Passwort nicht an alle noch am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmer, so ist die Information für jenen Teilnehmer, welcher das Passwort nicht erhalten hat, als nicht bereitgestellt anzusehen, da dieser ohne Passwort nicht auf die Information zugreifen kann. Zu beachten ist auch, dass es hinsichtlich der Übermittlung bzw. Bereitstellung von Informationen Sonderbestimmungen gibt: so kann der verpflichtende Zugriff auf für öffentliche Auftraggeber kostenlos zur Verfügung stehende Datenbanken bzw. die darin enthaltenen Nachweise (vgl. § 80 Abs. 5) nicht damit umgangen werden, dass man vom Unternehmer eine Übermittlung von Informationen verlangt.

Abs. 5 stellt eine spezifische Ausformulierung des Diskriminierungsverbotes bei der elektronischen Kommunikation dar. So wäre etwa das Vorschreiben bestimmter „exotischer" Dateiformate unzulässig, weil damit die Zugangsmöglichkeiten von Unternehmern in unzulässiger Weise eingeschränkt würden. Zu den allgemein verfügbaren Kommunikationsmitteln werden jedenfalls auch jene zu zählen sein, die lizenzfrei zur Verfügung stehen.

In Abs. 6 werden jene Fälle zusammengefasst, bei welchen von der elektronischen Kommunikation abgesehen werden kann. Das Absehen von der elektronischen Kommunikation kann dabei nicht für das gesamte Vergabeverfahren in Anspruch genommen werden, sondern nur für jene Kommunikation im Vergabeverfahren, hinsichtlich der ein Ausnahmetatbestand gemäß Abs. 6 tatsächlich vorliegt (arg. „insoweit"). Soweit die Ausnahme in Anspruch genommen wird, ist auf Abs. 1 Rückgriff zu nehmen, für die Kommunikation ist somit der Postweg oder ein anderer geeigneter Weg zu wählen.

Abs. 6 Z 1 und Z 6 sind in Zusammenhang mit Abs. 5 zu lesen, welcher von „allgemein verfügbar[en]" Kommunikationsmitteln spricht. Die Ausnahme gemäß Z 1 darf selbstverständlich nicht mit dem Ziel in Anspruch genommen werden, um die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel zu umgehen. Vielmehr muss sich aus der besonderen Art des Leistungsgegenstandes ergeben, dass eben spezifische Instrumente, Vorrichtungen oder Dateiformate verwendet werden müssen. Art. 22 Abs. 1 zweiter UAbs. lit. a der RL 2014/24/EU stellt zwar auf die „*besondere*[] *Art der Auftragsvergabe*" ab; die englische Sprachfassung spricht aber allgemeiner von „*the specialised nature of the procurement*". Somit ist die Eigenart des einzelnen Auftrages bzw. Wettbewerbes gemeint und nicht eine Eigenart des Verfahrens, da in der RL 2014/24/EU eben nicht auf besondere Verfahrensarten abgestellt wird.

Abs. 6 Z 2 geht von einem „Kommunikationsgefälle" aus, bei dem der öffentliche Auftraggeber ein Kommunikationsmittel (dabei geht es um ein spezielles Kommunikationsmittel im Verfahren und nicht um die Kommunikationsplattform des öffentlichen Auftraggebers als solche) verwendet, für dessen Verarbeitung durch den Unternehmer allgemein verfügbare Anwendungen nicht ausreichen und bei denen der öffentliche Auftraggeber die Anwendung nicht zur Verfügung stellen kann (zB über einen alternativen Zugang gemäß Abs. 10). Ein Beispiel in diesem Bereich wären spezielle Software und entsprechende Sonderformate von Architekturprogrammen.

Die allgemeine Verfügbarkeit gemäß Abs. 6 Z 3 soll grundsätzlich nicht abweichend von der sonstigen allgemeinen Verfügbarkeit von elektronischen Kommunikationsmitteln verstanden werden. Eine Qualifizierung findet allerdings dadurch statt, dass die erforderlichen Bürogeräte „für öffentliche Auftraggeber" nicht allgemein verfügbar sind. Damit ist eine allgemein umfassende weite Verbreitung unter allen öffentlichen Auftraggebern gemeint; natürlich kann ein öffentlicher Auftraggeber, der die erforderlichen Bürogeräte hat, diese dennoch nutzen (wobei bei entsprechender Notwendigkeit ein alternativer Zugang zu den Instrumenten bzw. Vorrichtungen gemäß Abs. 10 gewährt werden muss).

Von der mündlichen Kommunikation gemäß Abs. 7 ist jedenfalls auch die telefonische Kommunikation erfasst. Aus der Festlegung, dass die Kommunikation mündlich erfolgen kann, soweit diese keine wesentlichen Bestandteile des Vergabeverfahrens betrifft und ihr Inhalt ausreichend dokumentiert wird, folgt, dass in solchen Fällen, in welchen das Gesetz Verständigungspflichten für den öffentlichen

Auftraggeber vorsieht, diesen grundsätzlich schriftlich (wovon auch die elektronische Kommunikation im Sinn des § 2 Z 31 erfasst ist) nachzukommen ist. Von dieser Verpflichtung ist, wie im ersten Satz von Abs. 7 ausgeführt, eben jene Kommunikation ausgenommen, deren Inhalt minder bedeutsam ist. Der zweite Satz nennt beispielhaft Tatbestände, die jedenfalls einer verpflichtenden schriftlichen (elektronischen) Kommunikation unterliegen. Art. 22 Abs. 2 der RL 2014/24/EU nennt neben der mündlichen Kommunikation beispielhaft einen Fall der notwendigen Dokumentation der mündlichen Kommunikation: „*Insbesondere muss die mündliche Kommunikation mit Bietern, die einen wesentlichen Einfluss auf den Inhalt und die Bewertung des Angebots haben könnte, in hinreichendem Umfang und in geeigneter Weise dokumentiert werden, z.B. durch Niederschrift oder Tonaufzeichnungen oder Zusammenfassungen der wichtigsten Elemente der Kommunikation.*“ Die allgemeine Dokumentationspflicht ist in § 49 umschrieben.

Abs. 8 erfasst grundsätzlich alle fristgebundenen Kommunikationen im Vergabeverfahren. Grundsätzlich gelten für die Gefahrtragung bei der Übermittlung elektronischer Angebote die gleichen Grundsätze wie im traditionellen Weg („das Angebot reist auf Gefahr des Bieters“; vgl. den Bescheid des BVA vom 18. Juni 1998, N-16/98-17). Insbesondere haben die Bieter dafür Sorge zu tragen, dass sie – wenn sie umfangreiche Unterlagen übermitteln – diese so rechtzeitig absenden, dass sie auf dem angegebenen Server des öffentlichen Auftraggebers fristgerecht geladen werden können. Das Angebot gilt als zugegangen, wenn der öffentliche Auftraggeber davon Kenntnis erhält bzw. wenn das Angebot in den Machtbereich des öffentlichen Auftraggebers gelangt; bei letzterem unabhängig davon, an welchem Ort der Welt sich der E-Mail-Server befindet (vgl. dazu auch § 12 des E-Commerce-Gesetzes – ECG, BGBl. I Nr. 152/2001). Es müssen aber besondere Vorkehrungen für den Fall getroffen werden, dass ein vom Bieter rechtzeitig versendetes Angebot nicht oder nicht rechtzeitig beim öffentlichen Auftraggeber einlangt bzw. einlangen kann, weil der Server des öffentlichen Auftraggebers (zB aufgrund technischer Probleme) nicht empfangsbereit ist. Bei derartigen Problemen, die in der Sphäre des öffentlichen Auftraggebers liegen, hat dieser die Verfügbarkeit des Systems wieder herzustellen und erforderlichenfalls eine angemessene Verlängerung der Angebotsfrist in geeigneter Weise bekannt zu machen. Erforderlich ist eine Verlängerung der Angebotsfrist dann nicht, wenn der Server innerhalb der Angebotsfrist ausfällt (zB eine Woche vor Ablauf der Angebotsfrist Serverausfall für fünf Stunden), die Empfangsbereitschaft jedoch mit ausreichendem Zeitabstand zum Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist wieder hergestellt wird. Hingegen ist eine Verlängerung der Angebotsfrist erforderlich, wenn der Server kurz vor dem Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist ausfällt. Als geeignete Form der Bekanntmachung gilt insbesondere die Bekanntmachung auf einer Internetseite oder einer Kommunikationsplattform des öffentlichen Auftraggebers, die dieser als Publikationsmedium im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren (in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen) bekannt gegeben hat. Da Serverausfälle regelmäßig sehr kurzfristig und unvorhersehbar eintreten, ist eine Verpflichtung zur Bekanntmachung in schriftlichen Publikationsmedien (zB Amtsblättern) ungeeignet, weil in diesen Medien kurzfristige Bekanntmachungen nicht zeitgerecht erfolgen können. Für den Bieter empfiehlt es sich jedenfalls, mit der elektronischen Abgabe seines Angebotes (zB Upload auf die Plattform des Auftraggebers) nicht bis knapp vor Fristablauf zuzuwarten, da erfahrungsgemäß zu diesem Zeitpunkt die Funktionsfähigkeit des elektronischen Vergabesystems des Auftraggebers eingeschränkt sein kann („Serverüberlastung“).

Die Vorgabe, dass jedenfalls allen Bewerbern oder Bietern eine Verlängerung der Teilnahmeantrags- oder Angebotsfrist mitzuteilen (bzw. nach dem dritten Satz in geeigneter Form bekannt zu machen) ist, schließt natürlich nicht aus, dass in anderen Fällen eine Mitteilung durch den öffentlichen Auftraggeber erfolgen kann bzw. – wenn alle Unternehmer von der gegenständlichen Frist betroffen sind – erfolgen muss.

Abs. 10 gibt dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, auch nicht allgemein verfügbare Instrumente und Vorrichtungen für die elektronische Kommunikation vorzuschreiben, sofern er dem Unternehmer einen alternativen Zugang anbietet. Im Zusammenhang mit Z 2 kann dazu zunächst angemerkt werden, dass in der deutschen Sprachfassung von Art. 22 Abs. 5 zweiter UAbs. lit. b der RL 2014/24/EU geregelt ist, dass der Unternehmer Zugang mittels provisorischer Token erhalten soll, „*sofern das Fehlen des Zugangs nicht dem betreffenden Bieter* [richtig der weitere Begriff des Unternehmers (arg. „Zugang zum Vergabeverfahren“), Anm.] *zuzuschreiben ist"* (engl. Sprachfassung: „*provided that the lack of access is not attributable to the tenderer concerned*“). Es geht somit um die Zurechenbarkeit des fehlenden Zuganges zum Bieter; der gegenüber der RL abgeänderte Wortlaut soll dies nur klarer zum Ausdruck bringen, bringt aber keine inhaltliche Änderung mit sich.

Der in Abs. 10 Z 2 genannte „Token“ wird vom Duden (24. Auflage, 2006) als eine Folge zusammenhängender Zeichen oder Folge von Bits definiert. Ein Token ist ein Hilfsmittel zur Identifizierung und Authentifizierung, mit welchem dem Unternehmer Zugang zu nicht allgemein

verfügbaren Instrumenten bzw. Vorrichtungen gewährt wird. Untechnisch ausgedrückt kann dies insbesondere die Form annehmen, dass der öffentliche Auftraggeber einem Unternehmer, der ein Angebot unter Verwendung eines Instrumentes oder einer Vorrichtung erstellen soll, eigene Log-In-Informationen (Username, Passwort) zur Verfügung stellt, mit welchen der Unternehmer das Instrument bzw. die Vorrichtung für eine bestimmte Dauer kostenfrei verwenden kann.

Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass bei Verfahren mit Bekanntmachung der alternative Zugang ab dem in Z 1 genannten Zeitpunkt bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Vergabeverfahrens einzuräumen ist. Bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist dieser Zugang ab dem Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Vergabeverfahrens einzuräumen. Der Token gemäß Z 2 wird aufgrund der Tatbestandsvoraussetzung der nicht fristgerechten Erlangung durch den Unternehmer ab dem Zeitpunkt zu gewähren sein, ab dem der Unternehmer dargelegt hat, dass er aus von ihm nicht zu verantwortenden Gründen keinen Zugang hat und auch keine Möglichkeit hat, diesen fristgerecht zu erhalten.

Die in Art. 22 Abs. 4 der RL 2014/24/EU für die Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, für öffentliche Bauaufträge und Wettbewerbe die Nutzung spezifischer elektronischer Instrumente wie zB solcher für die Gebäudedatenmodellierung (Building Information Modelling – BIM), gesetzlich zwingend vorzuschreiben, wird nicht in Anspruch genommen. Damit hat der öffentliche Auftraggeber die größtmögliche Wahlfreiheit bei der Wahl der bevorzugten Instrumente bzw. Vorrichtungen; natürlich steht es diesem frei, die Nutzung von BIM vorzuschreiben (unter Einräumung eines alternativen Zuganges für den Unternehmer).

Zum Instrument des BIM ist folgendes auszuführen: Die Planung von Bauprojekten mittels BIM gewinnt in der internationalen Bau- und Immobilienwirtschaft zunehmend an Bedeutung. BIM beschreibt eine softwarebasierte Planungsmethode, die durch eingesetzte Software-Tools mehrdimensionale Planungsergebnisse erzeugt und die digitale Abbildung der wesentlichen architektonischen, technischen, physikalischen und funktionalen Eigenschaften eines Bauwerkes in einem zentralen Datenmodell ermöglicht. Ein Bauprojekt kann dadurch bereits vor Baubeginn in hohem Detaillierungsgrad dargestellt werden. Die einzelnen digital geplanten Bauteile ermöglichen eine Verknüpfung einer Vielzahl von vor allem kosten- und zeitrelevanten Informationen und schaffen damit die Grundlage für einen einheitlichen Entwicklungs-, Planungs-, Bau- und Facility-Management-Prozess. In Österreich wurden die technischen Grundlagen für BIM mit den ÖNORMEN A 6241-1 und A 6241-2 geschaffen. Die ÖNORM A 6241-1 regelt sowohl die technische Umsetzung des Datenaustausches und der Datenhaltung von Gebäudeinformationen des Hochbaues als auch verwandter, raumbildender Konstruktionen des Tiefbaues, die während der Planung und im Zuge des lebenszyklischen Managements von Immobilien erforderlich sind. Die ÖNORM A 6241-2 regelt in der Baupraxis relevante Fragen der Baudokumentation basierend auf dem BIM Level 3. Durch den Einsatz von BIM können bereits in einer sehr frühen Phase eines Bauprojektes relativ genaue Kostenschätzungen oder auch Projektvarianten als Modell dargestellt werden. Im Zuge der weiteren Planung werden diese Modelle weiterentwickelt und für das Projekt wesentliche Informationen hinzugefügt. Die Pläne für die Ausführungsphase können sodann direkt aus dem Modell sukzessive erstellt werden. Zusätzlich können auch Details über das zu verwendende Material oder von Bauteilen erfasst werden, wodurch ein Soll/Ist-Vergleich durchgeführt und auch allfällige Mängel oder wahrscheinliche Bauzeitüberschreitungen frühzeitig dargestellt werden können. Aufgrund der Verknüpfung der Baufortschrittsdokumentation mit dem BIM kann auch der Bauzustand visualisiert und eine Vollständigkeitskontrolle durchgeführt werden.

Bei der Übermittlung bestimmter Dokumente sieht Abs. 12 die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur, eines qualifizierten elektronischen Siegels oder einer Amtssignatur vor. Zur qualifizierten elektronischen Signatur bzw. dem qualifizierten elektronischen Siegel vgl. die Erläuterungen zum Signatur- und Vertrauensdienstegesetz und der Novelle des E-Government-Gesetzes, BGBl. I Nr. 50/2016, RV 1145 dB XXV. GP. Die Verwendung der Amtssignatur ist wie bisher weiterhin alternativ zulässig. Das Erfordernis einer elektronischen Signatur gemäß Abs. 12 impliziert, dass das zu signierende Dokument (der Datensatz) in einem signierfähigen Dokumentenformat erstellt wurde. Falls daher etwa Angebotsbestandteile in nicht signierfähigen Dokumentenformaten erstellt sein sollten, ist zu gewährleisten, dass deren Übermittlung so erfolgt, dass die Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit mit einer Qualität gewährleistet ist, die mit der Qualität einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw. eines qualifizierten elektronischen Siegels vergleichbar ist (zB durch sicheres Verketten von Datensätzen; vgl. dazu schon § 115 BVergG 2006 und die Ausführungen in RV 1171 BlgNR XXII. GP 18/19 und 82). Sofern Ausschreibungs- bzw. Wettbewerbsunterlagen oder Auftragsbestätigungen zur Verfügung gestellt oder bereitgestellt werden, ist die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur (eines elektronischen Siegels bzw. einer Amtssignatur) nicht erforderlich.

Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang, dass die Eigenerklärung eines notwendigen Subunternehmers bei Einreichung mit dem Angebot oder mit dem Teilnahmeantrag mit einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw. einem qualifizierten elektronischen Siegel versehen sein muss; dies stellt eine Abwägung des Risikoniveaus im Sinne von Art. 22 Abs. 6 der RL 2014/24/EU dar. Sofern in Abs. 12 nicht vorgesehen ist, dass eine qualifizierte elektronische Signatur bzw. ein qualifiziertes elektronisches Siegel bzw. die Amtssignatur zu verwenden ist, ist es dem öffentlichen Auftraggeber freigestellt, welches Sicherheitsniveau er für notwendig hält.

Eine Aufforderung zur Interessensbestätigung muss hingegen nicht mit einer Signatur oder einem Siegel versehen werden; gleiches gilt für die Bestätigung des Interesses durch den Unternehmer, außer wenn die Interessensbestätigung in einem mit der Einreichung eines Teilnahmeantrages erfolgt.

Eine elektronische Kommunikationsplattform im Sinne des Abs. 13 ist ein System, welches die gesamte Kommunikation bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens abwickelt; zu denken ist etwa an die Plattform „Provia“ von ÖBB und Asfinag oder die Plattform der Bundesbeschaffung GmbH (BBG). Der Bund und die Länder sollen durch die vorliegende Verordnungsermächtigung die Möglichkeit erhalten, im jeweiligen Vollziehungsbereich eine Vereinheitlichung durch Festlegung einer Kommunikationsplattform für den gesamten Vollziehungsbereich oder Teile desselben herbeizuführen. Damit soll insbesondere – soweit wie möglich – vermieden werden, dass sich Unternehmer je nach Vergabeverfahren mit der Bedienung einer neuen Kommunikationsplattform auseinandersetzen müssen. Eine weitere Möglichkeit zur Vereinheitlichung im jeweiligen Vollziehungsbereich ergibt sich aus der Option zur Vorschreibung von Normen zur Sicherstellung des Datenaustausches zwischen elektronischen Kommunikationsplattformen; damit ist der Themenkomplex der Interoperabilität angesprochen.

Zu § 49 (Dokumentationspflichten):

Im Kontext mit der elektronischen Durchführung von Vergabeverfahren, aber auch bei „Papierverfahren“, sollen alle wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge ausreichend dokumentiert werden, was zur Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen und schlussendlich zu deren Transparenz beitragen soll; auch in Hinblick auf etwaige spätere Nachprüfungs- bzw. Feststellungsverfahren ist eine gründliche Dokumentation notwendig und empfehlenswert. Mit der vorliegenden Bestimmung erfolgt eine Umsetzung von Art. 22 Abs. 3 der RL 2014/24/EU im Hinblick auf den Aspekt der Speicherung von Informationen (siehe Abs. 2) und von Art. 84 Abs. 2 der RL.

Die Aufbewahrungspflicht des Abs. 1 bezieht sich „nur“ auf die Dokumentation des Vergabeverfahrens, nicht jedoch auf den abgeschlossenen Vertrag selbst; dazu ist aber auf § 364 wie auch auf in anderen Gesetzen bestehende und neben § 49 weiterhin geltende Aufbewahrungspflichten zu verweisen (etwa die §§ 131 und 132 BAO [steuerrechtliche Aufbewahrungsfrist für alle Bücher und Aufzeichnungen samt dazugehörigen Belegen und Unterlagen von sieben Jahren] oder die §§ 105 bis 107 BHG 2013 bzw. die §§ 82 bis 84 BHV 2013). Die vorliegende Frist ist als Minimalfrist anzusehen. Den öffentlichen Auftraggebern wird jedoch empfohlen, die Dokumentation jedenfalls so lange aufzubewahren, bis der Auftrag zur Gänze erfüllt worden ist bzw. eine Rahmenvereinbarung ausgeschöpft bzw. abgelaufen ist. Dies ist nicht nur im Zusammenhang mit der Frage der Nachvollziehbarkeit von Verfahren im Falle eines Vertragsverletzungsverfahrens (welches auch nach Ablauf der Frist gemäß Art. 3a der RMRL eingeleitet werden könnte, da die Grenze die vollständige Erfüllung des Vertrages ist, vgl. Rs C-536/07, Rz 23ff) wichtig, sondern etwa auch für die Frage, wie einzelne Vertragsbestimmungen auszulegen sind. Daneben ist die Dokumentation ganz allgemein für Verfahren wie eben Vertragsverletzungsverfahren und Vergabekontrollverfahren vor den Verwaltungsgerichten wie auch für Überprüfungen durch den Rechnungshof von großer Bedeutung. Die Verpflichtung erfasst insbesondere auch die Dokumentation der Gründe für die Wahl von besonderen Vergabeverfahren, die nur bei Vorliegen bestimmter Tatbestände gewählt werden können, wie etwa das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, die Direktvergabe oder der geladene Wettbewerb. Ebenso soll die Mitwirkung von Dritten an der Vorbereitung bzw. Durchführung von Vergabeverfahren nachvollziehbar dokumentiert werden. Hinsichtlich der Dokumentationspflicht für die Gründe, warum ein Vergabeverfahren gemäß den §§ 9 oder 10 von der Anwendung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes ausgenommen ist, wird auf § 9 Abs. 2 und § 10 Abs. 6 verwiesen.

Die Speicherpflicht des Abs. 2 erfasst zB Protokolle, Auskunftsersuchen von Unternehmern, Auskünfte des öffentlichen Auftraggebers sowie sämtliche der Vergabeentscheidung zugrunde liegenden Erklärungen und Dokumente (wie zB Angebote und Nachweise). Der Zeitpunkt des Verfassens ist zB bei Niederschriften, Protokollen, Aktenvermerken und anderen Arten der internen Dokumentationen relevant. Wenn derartige Unterlagen übermittelt werden, ist die übermittelte oder eingelangte Fassung (in jener Form und mit jenem Inhalt, den sie zum Zeitpunkt des Absendens bzw. Empfangens hat) in der beschriebenen Weise zu dokumentieren.

Zum 2. Abschnitt des 3. Hauptstückes des 2. Teiles (Bekanntmachungen, §§ 50 bis 66):

Der 2. Abschnitt des 3. Hauptstückes des 2. Teiles enthält Regelungen zur Umsetzung der unionsrechtlichen Bekanntmachungs- und Bekanntgabevorschriften (mit Ausnahme der Bekanntgabe der Änderung von Verträgen gemäß § 365 Abs. 4) wie auch die entsprechenden Bestimmungen für Bekanntmachungen bzw. Bekanntgaben in Österreich. In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass der Ausdruck „Bekanntmachung“ lediglich die Bekanntgabe von Informationen an das jeweilige Publikationsorgan erfasst und vom Begriff der „Veröffentlichung“ zu unterscheiden ist. Dieser Abschnitt wurde in folgender Weise systematisch gestaltet:

1. Der 1. Unterabschnitt enthält allgemeine Regelungen, die sowohl für den Oberschwellenbereich als auch für den Unterschwellenbereich gelten;
2. der 2. Unterabschnitt enthält die Bekanntmachungs- und Bekanntgabebestimmungen für den Oberschwellenbereich sowohl auf Unionsebene als auch in Österreich;
3. der 3. Unterabschnitt regelt die Bekanntmachung und Bekanntgabe in Österreich im Unterschwellenbereich.

Die Angaben in der Bekanntmachung sollen es potentiellen Interessenten ermöglichen, zu prüfen, ob ein bestimmtes Vergabeverfahren für sie von Interesse sein kann. Das Unterbleiben jeglicher Bekanntmachung bewirkt, dass potentiell interessierten Unternehmern von vornherein die Teilnahme am Vergabeverfahren verwehrt wird, wodurch der Wettbewerb unwiederbringlich und fundamental beeinträchtigt wird. Die durch das Unterbleiben jeglicher Form von Publizität bewirkte Beseitigung der Transparenz verursacht eine inhärente Ungleichbehandlung zwischen den potentiell interessierten Unternehmern. Erfolgt die Auftragsvergabe unter Außerachtlassung jeglicher Bekanntmachungsvorschriften ohne dass eine sachliche Rechtfertigung besteht bzw. ein entsprechender Ausnahmetatbestand erfüllt ist, stellt dies eine wesentliche Verletzung der Vergabevorschriften dar (vgl. etwa EuGH Rs C-359/93, C-231/03).

In § 50 wird festgelegt, was bekannt zu machen ist, während die §§ 51 ff allgemeine Regelungen wie die freiwillige Bekanntmachung auf Unionsebene, die Berichtigung, das Beschafferprofil und die technische Beschaffenheit wie auch die Verwertung der Kerndaten betreffen (dazu näher unten).

Im Oberschwellenbereich ist die Bekanntmachung auf Unionsebene über das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union (Amt für Veröffentlichungen) verpflichtend; dabei sind jene Standardformulare zu verwenden, die mit der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1986 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen für öffentliche Aufträge und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011, ABl. Nr. L 296 vom 12.11.2015 S. 1, eingeführt wurden. Die Standardformulare können auf http://simap.ted.europa.eu/web/simap/standard-forms-for-public-procurement gefunden werden.

Zur Bekanntmachung auf Unionsebene kommt die ebenso verpflichtende Bekanntmachung in Österreich. Diese ist in jenem Publikationsmedium vorzunehmen, das für den Vollziehungsbereich des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers mit Verordnung festgelegt wurde. Ab Oktober 2018 und somit gleichzeitig mit der Einführung der verpflichtenden elektronischen Kommunikation bei Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich soll auf die Bekanntmachung über Open Government Data (OGD) umgestellt werden. Dabei werden vom öffentlichen Auftraggeber Metadaten zur Verfügung gestellt, die zu sogenannten Kerndaten (vgl. dazu den 1. Abschnitt des Anhanges VIII) der einzelnen Verfahren verknüpfen; aufgrund des offenen und maschinenlesbaren Formats unter freier Lizenz können diese Kerndaten von Unternehmen, aber auch von der Zivilgesellschaft aufgegriffen und weiterverwendet werden, was zur besseren Zugänglichkeit von Informationen über Vergabeverfahren führen soll. Vor Oktober 2018 kann die Bekanntmachung nach diesem System freiwillig zusätzlich zur Bekanntmachung im Wege des Publikationsmediums erfolgen. Ab Oktober 2018 (vgl. dazu § 377 Abs. 2) wird dieses Modell auf Bekanntgaben in Österreich ausgedehnt (im Unterschwellenbereich nur im Vollziehungsbereich des Bundes mit einer De-minimis-Grenze).

Die Bekanntmachung im Unterschwellenbereich, welche vor dem Hintergrund des primärrechtlichen Transparenzgebotes zu sehen ist (vgl. dazu insbesondere EuGH Rs C-324/98, C-231/03), soll ebenso bis Oktober 2018 in dem jeweiligen Publikationsmedium und ab diesem Zeitpunkt über Metadaten und Kerndaten erfolgen.

Neu ist die Möglichkeit für nicht in Anhang III genannte öffentliche Auftraggeber, bei nicht offenen Verfahren und bei Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eine Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation vorzunehmen; für die besonderen Dienstleistungsaufträge steht diese Möglichkeit allen öffentlichen Auftraggebern offen.

Zur freiwilligen Bekanntmachung bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich ist auf das Urteil des EuGH in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*, zu verweisen (vgl. dazu auch die Ausführungen zu § 58).

Zu § 50 (Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe von Leistungen):

Mit Abs. 1 wird Art. 26 Abs. 5 erster UAbs. der RL 2014/24/EU allgemein umgesetzt; Abs. 1 Z 5 im Speziellen ist eine Umsetzung von Art. 34 Abs. 4 lit. a und Abs. 8 zweiter Satz iVm lit. a, während Art. 34 Abs. 8 erster Satz mit Abs. 7 umgesetzt wird. Abs. 4 ist eine Umsetzung von Art. 35 Abs. 4 erster Satz der RL 2014/24/EU, und Abs. 5 setzt Art. 36 Abs. 3 lit. a um. Abs. 7 ist eine Umsetzung von Art. 37 Abs. 1 zweiter UAbs. zweiter Satz. Daneben ist die Bekanntmachungsbestimmung des Art. 49 auch durch die vorliegende Bestimmung umgesetzt. Abs. 3 ist eine Umsetzung von Art. 58 Abs. 5. Schließlich wird auch die Bekanntmachung von Wettbewerben, nämlich Art. 79 Abs. 1 erster UAbs. und zweiter UAbs. durch Abs. 1 Z 4 bzw. respektive Abs. 6 umgesetzt.

Hinsichtlich der Bekanntmachung von Rahmenvereinbarungen wird auf § 154 Abs. 1 verwiesen, in welchem vorgeschrieben wird, dass die abrufberechtigten öffentlichen Auftraggeber und die Entscheidung über die Zahl der Unternehmer, mit welchen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, in der Bekanntmachung anzugeben sind.

Allgemein wird darauf verwiesen, dass die Vorgaben zur Bekanntmachung grundsätzlich sowohl für Bekanntmachungen auf Unionsebene als auch für Bekanntmachungen in Österreich gelten sollen; sofern aber die Kerndaten gemäß dem 1. Abschnitt des Anhanges VIII keine derartigen Felder enthalten, besteht eine entsprechende Verpflichtung zur anderweitigen Bekanntmachung der entsprechenden Informationen in Österreich nicht. Diese Informationen haben aber selbstverständlichen in den Ausschreibungsunterlagen enthalten zu sein. Das trifft etwa auf die Abs. 3 bis 5 zu.

Zu § 51 (Zusätzliche Bekanntmachung auf Unionsebene):

Die Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen für öffentliche Aufträge und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011, ABl. Nr. L 296 vom 12.11.2015 S. 1, enthält derzeit kein eigenes Standardformular für solche freiwilligen Bekanntmachungen: gegebenenfalls könnten existierende Formulare entsprechend adaptiert bzw. mit dem Hinweis ergänzt werden, dass es sich um eine freiwillige Bekanntmachung handelt. Auch für diese Bekanntmachung gilt, dass sie gemäß § 56 elektronisch dem Amt für Veröffentlichungen zu übermitteln und gemäß Anhang VII zu erstellen sind.

Keine Bekanntmachungsverpflichtung besteht etwa bei Vergabeverfahren, die unter einen der Ausnahmetatbestände der §§ 9 oder 10 fallen oder– zumindest was eine Bekanntmachungsverpflichtung auf unionsrechtlicher Ebene betrifft – bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich.

Zu § 52 (Berichtigung einer Bekanntmachung):

Bei einer Bekanntmachung im Wege der Bekanntmachung von Kerndaten ist zu beachten, dass man mit der Änderung der Kerndaten bereits eine Berichtigung vornimmt; gleichzeitig wird damit auch eine Änderung der Bekanntmachung bewirkt. In diesem Zusammenhang ist im Hinblick auf § 59 Abs. 6 (ab Oktober 2018: § 59 Abs. 5) darauf zu achten, dass eine Bekanntmachung in Österreich vor jener durch das Amt für Veröffentlichungen untersagt ist. Im Oberschwellenbereich darf die Veröffentlichung jedoch jedenfalls dann erfolgen, wenn der öffentliche Auftraggeber nicht binnen 48 Stunden nach Bestätigung des Einganges der Bekanntmachung beim Amt für Veröffentlichungen über die Veröffentlichung unterrichtet wurde. Daraus folgt, dass der öffentliche Auftraggeber jedenfalls zuerst die Bekanntmachung auf Unionsebene einleiten muss, bevor er die Kerndaten ändert.

Zu beachten ist eine gegebenenfalls bestehende Pflicht zur Verlängerung der Angebotsfrist im Falle einer Berichtigung (vgl. die §§ 72 Abs. 1 und 101).

Zu § 53 (Veröffentlichung eines Beschafferprofils):

Nach Art. 48 Abs. 1 der RL 2014/24/EU kann die Vorinformation entweder vom Amt für Veröffentlichungen oder im Beschafferprofil des öffentlichen Auftraggebers veröffentlicht werden. Die Einrichtung eines Beschafferprofils ist somit nicht verpflichtend. Wird allerdings eine Veröffentlichung in einem bestehenden Beschafferprofil vorgenommen, dann ist die Veröffentlichung dem Amt für Veröffentlichungen mitzuteilen (ein Standardformular für diese Mitteilung existiert nicht).

Zu § 54 (Veröffentlichung und Standardisierung von Meta- bzw. Kerndaten):

Mit der in Abs. 1 vorgesehenen Verordnungsermächtigung sollen insbesondere Standards für das Kerndatenformat insbesondere in Bezug auf Darstellung, Struktur und Form der Kerndaten festgelegt werden können. Zielsetzung ist, dass öffentliche Auftraggeber damit in einheitlicher Weise die

Bekanntmachung von Kerndaten vornehmen können und im Open-Data-Modell die Weiterverarbeitung möglich ist. Dabei sollen Standards im europäischen Kontext (EU-Standardformular) weitestgehend angewendet werden, um höchstmögliche Interoperabilität sicherzustellen. Ferner können in einer Verordnung auch Modalitäten hinsichtlich der Befüllung der Metadatenfelder vorgegeben werden (zB Vorgabe der Zuordnung zu Themen im OGD, Vorgaben von Kategorien und fixen Schlagwörtern).

Die Inpflichtnahme des Unternehmensserviceportals (USP) zur Erbringung des in Abs. 2 genannten Dienstes bedeutet nicht, dass andere Dienstleister die frei verfügbaren Kerndaten nicht ebenfalls nutzen und eigene Dienste entwickeln und anbieten kann. Durch Abs. 2 wird kein exklusives Recht des USP geschaffen, sondern es wird damit lediglich gewährleistet, dass zumindest ein Dienstleister zur Verfügung steht, der das umschriebene Service in einer bestimmten Qualität und Aktualität anbietet. Damit geht einher, dass die Suchfunktion des USP eine Serviceleistung darstellt, die nicht als die authentische Bekanntmachung selbst angesehen werden kann.

Die kombinierte Suche kann im Wesentlichen durch das Anbieten von Filterkriterien ermöglicht werden, die den Kerndatenfeldern des Anhanges VIII entsprechen.

Zur Vorgabe, wonach der Dienst „grundsätzlich jederzeit“ zur Verfügung zu stellen ist, ist klarzustellen, dass etwa wegen allfälliger notwendiger Servicearbeiten (insbesondere Wartungen) oder wegen sonstigen Störungen (zB Hacks) kein zeitlich unbeschränkter und garantierter Zugang zu den aufbereiteten Informationen angeboten werden kann. Falls aufgrund technischer Probleme oder aufgrund von Hackerangriffen eine Aktualisierung nicht zum bekanntgemachten Zeitpunkt vorgenommen werden kann, ist die Aktualisierung so bald wie möglich nach Beendigung der Störung zu veranlassen.

Zu § 55 (Arten der Bekanntmachung):

Die vorliegende Bestimmung soll die Arten der Bekanntmachung im Oberschwellenbereich beschreiben, die auf Unionsebene bzw. in Österreich bestehen. Damit soll klargestellt werden, dass nicht nur Bekanntmachungen von Aufträgen, sondern auch solche von Wettbewerben und auch Bekanntmachungen im Wege einer Vorinformation gemäß § 57 Abs. 2 oder 3 (somit: tatsächliche Bekanntmachung und nicht bloße Vorinformation, etwa zur Fristverkürzung) mit dem Begriff der „Bekanntmachung“ angesprochen sind. Wann welche Art der Bekanntmachung zulässig bzw. verpflichtend ist, ergibt sich aus den folgenden Paragraphen.

Die in Abs. 1 erwähnten einschlägigen Standardformulare finden sich in der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986. Da die Standardformulare den Inhalt des Anhanges V der RL 2014/24/EU reflektieren, entfällt die Notwendigkeit der expliziten Bezugnahme auf die Umsetzung dieses Anhanges im österreichischen Recht, die sich in Anhang VI befindet (vgl. etwa den Verweis auf Anhang V der RL 2014/24/EU in Art. 28 Abs. 1).

Zu § 56 (Bekanntmachungen auf Unionsebene):

Mit der vorliegenden Bestimmung werden die Art. 49, 51 Abs. 1 erster UAbs und Abs. 2 erster Satz sowie Abs. 6 wie auch Art. 75 Abs. 1 und 4 und schließlich Art. 79 Abs. 3 erster UAbs. der RL 2014/24/EU mit umgesetzt.

Die Aufgaben des Amtes für Veröffentlichungen werden im Beschluss 2009/496/EG über den Aufbau und die Arbeitsweise des Amtes für Veröffentlichungen der Europäischen Union, ABl. Nr. L 168 vom 30.06.2009 S. 41, geregelt; es ist ein interinstitutionelles Amt (vgl. Art. 1 Abs. 1 des Beschlusses), das im Wesentlichen die Veröffentlichungen für die Organe der Europäischen Union besorgen soll.

Klarstellend wird darauf verwiesen, dass die Übermittlung nach der vorliegenden Bestimmung nicht im selben Sinne zu verstehen ist wie die Übermittlung von Informationen zwischen öffentlichem Auftraggeber und Unternehmer im Rahmen der elektronischen Kommunikation (vgl. § 48 Abs. 4), da sich die elektronische Kommunikation auf den Informationsaustausch zwischen öffentlichem Auftraggeber und Unternehmer bezieht, bei Bekanntmachungen auf Unionsebene der öffentliche Auftraggeber (gegebenenfalls indirekt über Dienstleister) mit dem Amt für Veröffentlichungen kommuniziert.

Art. 51 Abs. 5 zweiter UAbs. beschreibt die Kommunikation von Seiten des Amtes für Veröffentlichungen: „*Das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union stellt dem öffentlichen Auftraggeber eine Bestätigung des Erhalts der Bekanntmachung und der Veröffentlichung der übermittelten Informationen aus, in denen der Tag dieser Veröffentlichung angegeben ist. Diese Bestätigung dient als Nachweis der Veröffentlichung.*“

Die Regelung enthält die bereits unionsrechtlich festgelegte Verpflichtung zur Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Dadurch wird das zwingend geforderte Mindestmaß an Transparenz gewährleistet. Der EuGH misst in seiner Judikatur dem Aspekt der Transparenz besondere Bedeutung zu. Es ist darauf hinzuweisen, dass nur der Wortlaut der Bekanntmachung in der Originalsprache (= jede vom öffentlichen

Auftraggeber gewählte Amtssprache der Europäischen Union, vgl. Art. 51 Abs. 3 der RL 2014/24/EU) verbindlich ist. Sämtliche Kosten der Veröffentlichung von Bekanntmachungen werden von der Europäischen Union getragen (s. Art. 51 Abs. 2 der RL 2014/24/EU). Es ist vorgesehen, dass die Übermittlung (ausschließlich) auf elektronischem Weg zu erfolgen hat. Als elektronische Übermittlung gilt auch das Ausfüllen von Dokumenten online.

Die Standardformulare können online auf der SIMAP-Homepage (http://simap.ted.europa.eu/) ausgefüllt werden. Ebenso kann aber ein sogenannter eSender in Anspruch genommen werden (vgl. dazu eine Liste der eSender zu Informationszwecken: http://simap.ted.europa.eu/web/simap/list-of-ted-esenders).

Zu § 57 (Bekanntmachung einer Vorinformation auf Unionsebene):

Mit der vorliegenden Bestimmung werden Art. 26 Abs. 5 zweiter UAbs, Art. 48, Art. 52 Abs. 3 sowie Art. 74 Abs. 4 der RL 2014/24/EU umgesetzt.

Die Veröffentlichung einer Vorinformation ist grundsätzlich optional und jederzeit zulässig (vgl. § 51). Allein wenn der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit der Verkürzung der Angebotsfrist gemäß § 73 in Anspruch nehmen möchte, ist zuvor eine Vorinformation nach Abs. 1 (unter Einhaltung des Verfahrens nach § 56) bekanntzumachen. Die Veröffentlichung im Beschafferprofil des öffentlichen Auftraggebers ist eine zusätzliche, die nicht vor Absendung derselben Vorinformation an das Amt für Veröffentlichungen vorgenommen werden darf. Die Veröffentlichung kann somit kurz nach Absendung der Vorinformation erfolgen (dh. etwa am selben Tag).

Das einschlägige Standardformular für die Bekanntmachung einer Vorinformation auf Unionsebene ist das Standardformular 1 gemäß der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986; dieses kann je nach Bedarf für die bloße Vorinformation, für die Fristverkürzung oder für die Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation (siehe sogleich Abs. 2 und 3) verwendet werden.

Die Bekanntmachungen im Wege einer Vorinformation gemäß Abs. 2 und 3 sind Bekanntmachungen der beabsichtigten Vergabe eines Auftrages, denen keine weitere „normale“ Bekanntmachung mehr folgt. Die Verwendung einer Vorinformation zur Bekanntmachung gemäß Abs. 2 ist nur für jene öffentlichen Auftraggeber zulässig, die nicht in der Liste der zentralen öffentlichen Auftraggeber gemäß Anhang III (das sind alle Bundesministerien, AIT, BBG, BRZ) genannt sind; darüber hinaus ist sie nur bei nicht offenen Verfahren und bei Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zulässig, und soweit die weiteren Voraussetzungen erfüllt werden. Im Zusammenhang mit etwaigen Nachprüfungsverfahren ist die unzulässige Bekanntmachung als gesondert anfechtbare Entscheidung anzufechten; in weiterer Folge wird dann insbesondere zu prüfen sein, ob der Verstoß gegen die Vorgaben des Abs. 2 oder 3 wesentlichen Einfluss haben konnte (wobei hier vor allem an die Änderung des potentiellen Teilnehmerkreises zu denken sein wird) oder ob es sich um eine bloße Ordnungswidrigkeit handelt, der kein wesentlicher Einfluss zukommen konnte. Im Zusammenhang mit der Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation auf Unionsebene ist auch zu berücksichtigen, dass das Standardformular 1 etwa die Aufforderung an die Unternehmer, ihr Interesse mitzuteilen, bereits in der Auswahl, für welche Zwecke das Standardformular verwendet werden soll, anführt, sodass dieser wohl jedenfalls entsprochen wird. Relevant sein werden vor allem zu früh geschaltete Vorinformationen, da hier eine Änderung des Marktes und damit der potentiell interessierten Unternehmer naheliegend ist.

Auch bei einer Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation auf Unionsebene ist gemäß § 56 vorzugehen, insbesondere also das einschlägige Standardformular zu verwenden und die Übermittlung elektronisch an das Amt für Veröffentlichungen vorzunehmen.

Die deutsche Sprachfassung von Art. 48 Abs. 2 lit. a der RL 2014/24/EU sieht vor, dass sich die Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation „eigens“ auf die Leistungen bezieht, die Auftragsgenstand sein werden; die englische Sprachfassung verwendet den Begriff „specifically“, welchem mit dem in Abs. 2 Z 1 gewählten Ausdruck „ausdrücklich“ besser Rechnung getragen wird; eine inhaltliche Änderung ergibt sich daraus nicht.

Die „zusätzliche“ Veröffentlichung im Beschafferprofil ist eine freiwillige Veröffentlichung, die nach jener auf Unionsebene zu erfolgen hat; für diese gilt nicht die (ansonsten vorgesehene) Verpflichtung, eine zusätzliche Meldung per entsprechendem Standardformular an das Amt für Veröffentlichungen vorzunehmen (vgl. Art. 48 Abs. 2 zweiter UAbs. zweiter Satz der RL 2014/24/EU).

Die Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation von besonderen Dienstleistungsaufträgen steht allen öffentlichen Auftraggebern (somit auch jenen in Anhang III genannten) offen. Bei der Bekanntmachung von besonderen Dienstleistungsaufträgen besteht ein freies Wahlrecht des öffentlichen Auftraggebers, ob er eine Bekanntmachung oder eine Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation vornimmt.

Eine Bekanntmachung gemäß Abs. 2 oder 3 darf nur innerhalb des in Abs. 4 genannten Zeitraumes als Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe eines Auftrages verwendet werden. Das bedeutet, dass die

Auswahl der Bewerber sowie die Aufforderung zur Angebotsabgabe – letztere unter Wahrung der entsprechenden Fristen – innerhalb dieses Zeitraumes erfolgen muss. Die Festlegung des Zeitraumes erfolgt durch entsprechende Angabe im Standardformular (siehe Punkt IV.2.5 in Standardformular 1 bzw. Punkt IV.2.5 in Standardformular 21).

Zu § 58 (Freiwillige Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens auf Unionsebene):

Art. 2d Abs. 4 der RMRL sieht vor, dass der öffentliche Auftraggeber bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Entscheidung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll (dies entspricht der Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 49), freiwillig veröffentlichen kann. Da es sich nicht um die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an bestimmte Unternehmer (in deren Eigenschaft als Teilnehmer an einem konkreten Vergabeverfahren), sondern um die allgemein zugängliche Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung handelt, werden die entsprechenden Regelungen systematisch in den Bekanntmachungsbestimmungen und nicht in den Bestimmungen über das Zuschlagsverfahren eingeordnet und sind von diesen auch zu unterscheiden. Durch die Bestimmung wird dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt, seine „Zuschlagsentscheidung“ in einem Verfahren, das ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, (freiwillig) bekannt zu machen. Die Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung der „Zuschlagsentscheidung“ ist – obwohl sie im vorliegenden Kontext freiwillig erfolgt – jedenfalls eine gesondert anfechtbare Entscheidung (das Gesetz differenziert nicht, aus welcher Motivation die Bekanntgabe oder Bekanntmachung erfolgt). Im Oberschwellenbereich erfolgt dabei eine Bekanntgabe an das Amt für Veröffentlichungen unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars

Weder das Gesetz noch die Richtlinien sehen vor, dass der öffentliche Auftraggeber die (freiwillige) Bekanntmachung bzw. Bekanntgabe der Entscheidung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll, zeitgleich mit oder zeitnahe zu jenem Zeitpunkt bekannt machen oder bekannt geben muss, zu dem er – sofern anwendbar – den allfälligen Parteien eines Vergabeverfahrens die Zuschlagsentscheidung gemäß § 143 mitteilt (und damit diesen gegenüber die Stillhaltfrist auslöst). Der öffentliche Auftraggeber kann daher auch ein zeitlich gestuftes Vorgehen wählen: Er kann zuerst den Parteien des Vergabeverfahrens die Zuschlagsentscheidung bekannt geben (und abwarten, ob diese bekämpft wird) und erst zu einem späteren Zeitpunkt (nach Ende der Stillhaltefrist und Präklusion der Parteien) die Entscheidung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll, gemäß der vorliegenden Bestimmung bekannt machen bzw. bekannt geben.

Art. 3a der RMRL sieht vor, dass die Bekanntmachung einer Zuschlagsentscheidung gemäß Art. 2d Abs. 4 der RMRL neben dem Namen des erfolgreichen Bieters bestimmte weitere Mindestangaben enthalten muss. Für den Oberschwellenbereich wird die Bekanntmachung der erforderlichen Informationen durch die Standardformulare der Kommission sichergestellt. Zur Klarstellung ist festzuhalten, dass diese Informationen nicht mit jenen Informationen deckungsgleich sind, die gemäß § 143 den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen sind (so fehlt etwa die Bekanntgabe des Endes der Stillhaltefrist).

Die Bedeutung dieser Regelung ergibt sich aus § 356 Abs. 8, der – in Umsetzung des Art. 2d Abs. 4 der RMRL – vorsieht, dass eine Nichtigerklärung des Vertrages dann nicht mehr in Betracht kommt, wenn der Auftraggeber seine Zuschlagsentscheidung bekannt gemacht und vor der Zuschlagserteilung eine Frist (gerechnet ab der Verfügbarkeit der Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung) von zehn Tagen abgewartet hat. Diese Möglichkeit bietet für den öffentlichen Auftraggeber den Vorteil, dass er mit der Einhaltung des genannten Verfahrens die Rechtsunsicherheit vermeidet, die aus einer allenfalls drohenden Nichtigkeit des Vertrages resultiert.

Hinzuweisen ist darauf, dass die freiwillige Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung den öffentlichen Auftraggeber nicht von seiner Verpflichtung befreit, allfälligen Parteien des Vergabeverfahrens die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen. Die Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrages (Präklusionswirkung des § 356 Abs. 8) tritt somit nur in einer „externen“ Dimension (vis-à-vis den nicht oder nicht mehr am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmern) ein, sohin nicht gegenüber den noch im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern.

Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*, festgehalten, dass im Zusammenhang mit der freiwilligen ex ante Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung (vgl. dazu Art. 2d Abs. 4 der RMRL, und die Erläuterungen in 327 BlgNR XXIV. GP 15f.) zu beachten ist, dass die im Unionsrecht vorgesehene Konsequenz (Gültigkeit des Vertrages) nur dann eintritt, wenn alle in der genannten Bestimmung der Rechtsmittelrichtlinie (bzw. der Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie) festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Ein öffentlicher Auftraggeber muss daher bei der Entscheidung, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchzuführen, sorgfältig handeln und hat zu prüfen, ob er zu Recht davon ausgehen darf („*der Ansicht sein kann*“), dass die

Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Ausnahmeverfahrens vorliegen. In diesem Zusammenhang kommt der Begründung des öffentlichen Auftraggebers im Rahmen der ex ante Veröffentlichung besondere Bedeutung zu. Diese Begründung hat in klarer und eindeutiger Weise darzulegen, warum der öffentliche Auftraggeber rechtmäßiger Weise der Ansicht sein kann, dass die – restriktiv auszulegenden – Voraussetzungen für ein Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung (vgl. dazu etwa für den Oberschwellenbereich die §§ 35 bis 37) erfüllt sind. Im Oberschwellenbereich sind daher die entsprechenden Ausführungen in das Standardformular der Kommission aufzunehmen (vgl. dazu das entsprechende, frei befüllbare Feld in den Anhängen D1 und D2 des Standardformulars 15). Da nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der die Ausnahme rechtfertigenden Umstände zur Inanspruchnahme einer Ausnahmevorschrift (hier: der Anwendbarkeit eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) denjenigen trifft, der diese Ausnahmevorschrift in Anspruch nehmen möchte (vgl. etwa Rs C-275/08, *EK gegen Deutschland*, Rz 56 mwN der Judikatur), hat der öffentliche Auftraggeber dies sorgfältig zu prüfen und zu begründen. Die Begründung muss es allfälligen interessierten Unternehmen ermöglichen, die Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers nachvollziehen und die Rechtskonformität der Vorgangsweise beurteilen zu können. So genügt etwa eine bloß formelhafte Begründung (zB durch Wiedergabe der verba legalia) diesem Maßstab nicht. Öffentliche Auftraggeber müssen daher (die ihnen zumutbaren) Erhebungen in sorgfältiger Weise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes durchführen, auf dieser Bewertungsgrundlage den nachvollziehbaren Schluss ziehen können, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen zu dürfen und diese Überlegungen in der Bekanntmachung offen legen. Hat der öffentliche Auftraggeber diesen subjektiven, jedoch besonderen Sorgfalts- und Begründungsmaßstab eingehalten, unterlag er dabei jedoch einem entschuldbaren Rechtsirrtum, so schadet dies im Kontext der freiwilligen ex ante Bekanntmachung nicht: sofern auch die weitere Voraussetzung (Beachtung der Zehn-Tages-Frist ab Veröffentlichung der Bekanntmachung) eingehalten wird, kann der Vertrag nicht für „unwirksam“ im Sinne der RMRL erklärt werden. Hat hingegen der öffentliche Auftraggeber diese Vorgaben nicht beachtet oder ist er auffallend sorglos, grob fahrlässig oder gar willkürlich vorgegangen, so wäre trotz Veröffentlichung einer Bekanntmachung und Einhaltung der Stillhaltefrist der Vertrag für „unwirksam“ zu erklären (vgl. dazu § 356).

Im Sinne der Aussagen dieses Urteiles wird § 58 entsprechend gestaltet. Durch die Formulierung „Sofern der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass …. zulässig ist“ soll im Sinne des zitierten Judikates und in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Richtlinien einerseits zum Ausdruck gebracht werden, dass kein objektiver, sondern ein subjektiver Maßstab heranzuziehen ist (arg. „der Ansicht ist“), und dass andererseits nur bei Einhaltung des oben beschriebenen Sorgfaltsmaßstabes bei der Prüfung der Zulässigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung eine ex ante Bekanntmachung überhaupt zulässig ist. Flankierend dazu sieht § 356 Abs. 8 vor, dass nur derartige – zulässige – Bekanntmachungen nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen zu einer Unanfechtbarkeit des Vertrages führen. Darüber hinaus stellt § 356 Abs. 8 als weitere Voraussetzung darauf ab, dass die publizierte Entscheidung „entsprechend begründet“ war. Diese Wortfolge greift die im Urteil des EuGH hervorgehobene Voraussetzung auf, wonach nur klare, eindeutige und nachvollziehbare Begründungen des öffentlichen Auftraggebers in der ex ante Bekanntmachung die Voraussetzung der RMRL erfüllen, dass eine Bekanntmachung vorliegt, „*wie sie in Art. 3a der vorliegenden Richtlinie beschrieben ist*“ (vgl. dazu Art. 3a lit. c der RMRL und Rz 48 des Urteiles: „*On that last point, the 'justification' must disclose clearly and unequivocally the reasons that moved the contracting authority to consider it legitimate to award the contract without prior publication of a contract notice, so that interested persons are able to decide with full knowledge of the relevant facts whether they consider it appropriate to bring an action before the review body and so that the review body is able to undertake an effective review.*“) Nur soweit beide (kumulativen) Voraussetzungen erfüllt werden, zieht die Einhaltung der zehntägigen Stillhaltefrist gemäß § 356 Abs. 8 auch die Unzulässigkeit der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages nach sich.

Zu § 59 (Bekanntmachungen in Österreich):

Es ist vorgesehen, dass der Bundeskanzler bzw. die Landesregierungen jedenfalls ein (einziges) zusätzliches Publikationsmedium für Bekanntmachungen im Oberschwellenbereich festzulegen haben. Das Publikationsmedium muss elektronisch sein. Zusätzlich zur europäischen Ausschreibungsdatenbank TED soll es daher – wie schon bisher – für einen Übergangszeitraum zehn zentrale Publikationsplattformen in Österreich geben. Die Bekanntmachung in Österreich im festgelegten Publikationsmedium ist für öffentliche Auftraggeber verpflichtend; dem Verordnungsgeber ist es nicht überlassen, die Publikation optional zu machen.

In den Verordnungen sind nähere Festlegungen sowohl hinsichtlich der Übermittlung der Bekanntmachung vom öffentlichen Auftraggeber an das Publikationsmedium als auch hinsichtlich der im Zuge der Übermittlung und der Veröffentlichung durch das Publikationsmedium zu beachtenden Modalitäten zu treffen. Die in der jeweiligen Verordnung getroffenen näheren Festlegungen können sich daher nicht nur an den öffentlichen Auftraggeber, sondern auch an das festzulegende Publikationsmedium richten. Festgelegt werden können etwa ein Vorrang für bestimmte Übermittlungsarten, eine Verpflichtung zur Bestätigung des Einganges der Bekanntmachung oder Anforderungen an die Veröffentlichung in zeitlicher oder technischer Hinsicht. Wie bisher steht es den Auftraggebern darüber hinaus frei, ihre Bekanntmachungen in zusätzlichen, weiteren Publikationsorganen zu veröffentlichen (vgl. Abs. 3 und 4).

Durch die zentralen Publikationsplattformen auf Bundes- bzw. Länderebene soll ein effektiver wirtschaftlicher Wettbewerb zugunsten der öffentlichen Auftraggeber gefördert und andererseits potentiellen Bietern das Auffinden österreichischer Ausschreibungen erleichtert werden. Um diesen Zielen besser gerecht zu werden, soll – zunächst gemäß Abs. 3 optional und zusätzlich, ab Oktober 2018 anstelle der Bekanntmachung über Publikationsmedien – die Bekanntmachung über OGD eingeführt werden. Dabei werden vom öffentlichen Auftraggeber Metadaten zur Verfügung gestellt, die zu sogenannten Kerndaten (vgl. dazu für Bekanntmachungen den 1. Abschnitt des Anhanges VIII) der einzelnen Verfahren verknüpft werden; aufgrund des offenen und maschinenlesbaren Formats unter freier Lizenz können diese Kerndaten von Unternehmen, aber auch von der Zivilgesellschaft aufgegriffen und weiterverwendet werden, was zur besseren Zugänglichkeit von Informationen über Vergabeverfahren führen soll (etwa durch die Entwicklung von Apps, Auswertung bestimmter Kategorien von Daten usw.). Das USP soll als Dienstleister ein solches Service aber jedenfalls sicherstellen (vgl. § 54 Abs. 2). Die Einführung mit Oktober 2018 ergibt sich aus der zeitgleichen flächendeckenden Einführung der Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich; mit der Verwendung von elektronischen Kommunikationsmitteln bzw. Kommunikationsplattformen sollte die Befüllung von Kerndatenfeldern automatisiert vorgenommen werden können, wodurch eine mitunter fehleranfällige manuelle Mehrfacheingabe (in Standardformularen, in Bekanntmachungen, in Ausschreibungsunterlagen) vermieden werden kann.

Zum dynamischen Beschaffungssystem ist im Zusammenhang mit Abs. 2 festzuhalten, dass hier jederzeit ein Teilnahmeantrag gestellt werden kann (vgl. § 157 Abs. 5); deswegen ist während der gesamten Laufzeit des dynamischen Beschaffungssystems die Angebotsfrist „offen“ und es sind die Bekanntmachungsinhalte dementsprechend verfügbar zu halten. Bei Rahmenvereinbarungen ist davon auszugehen, dass die Bekanntmachung bis zum Ablauf der letzten Angebotsfrist beim letzten Abruf aus der Rahmenvereinbarung verfügbar zu halten ist.

Der in Abs. 3 gewählte Begriff des „offenen“ Formates ist dahingehend zu verstehen, dass die Spezifikationen des Formates veröffentlicht und ohne Einschränkung weiterverwendbar sind (oft sind diese durch Normungsgremien akkreditiert). Freie Zugänglichkeit impliziert, dass jedermann die Daten ohne Identifizierung und Einschränkung leicht auffinden kann. „Vollständig“ bedeutet, dass alle einschlägigen Kerndatenfelder auszufüllen sind, widrigenfalls keine rechtsgültige Bekanntmachung im Sinne des Abs. 3 vorliegt.

Die derzeit bestehenden Möglichkeiten der Bereitstellung von Metadaten an https://www.data.gv.at/ sind:

1. Manuelle Eingabe von Metadaten in einer Eingabemaske (diese muss faktisch bei https://www.data.gv.at/ bestehen und dem Metadatensatz entsprechen) auf https://www.data.gv.at/;
2. Manueller Upload von Metadaten auf https://www.data.gv.at/;
3. Automatische Kommunikation von Metadaten. Bei dieser Kommunikationsvariante hat die Website bzw. haben die Websites, auf der bzw. denen die Metadaten zur Verfügung gestellt werden, eine Schnittstelle zu https://www.data.gv.at/ einzurichten, die das Abrufen von Metadaten von dieser Seite im vorgesehenen Intervall ermöglicht.

Sofern der Link von den Metadaten zum Kerndatensatz fehlerhaft ist, ist zu bedenken, dass die Metadaten auf die Kerndaten verweisen müssen (arg. „darin“ in Abs. 3 erster Satz); wenn dieser Verweis nicht vorliegt, liegt keine Bekanntmachung des Vergabeverfahrens vor, auch wenn die Kerndaten vollständig vorliegen sollten.

Zu Abs. 5 kann auf die Ausführungen zu § 58 verwiesen werden. Die Inhalte der Bekanntmachung finden sich in Anhang XXI Abschnitt F bzw. im Z 4 des 1. Abschnittes von Anhang VIII (Kerndaten für die Bekanntmachung). Die Dauer der Verfügbarkeit von mindestens zehn Tagen ergibt sich aus den entsprechenden Bestimmungen im Rechtsschutzteil (vgl. § 356 Abs. 8 und die Erläuterungen dazu).

Abs. 6 setzt Art. 52 Abs. 1 und 2 der RL 2014/24/EU um.

Zu § 60 (Bekanntmachung einer Vorinformation in Österreich):

Die Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation wie auch die Nutzung der Fristverkürzung soll auch bei Bekanntmachungen in Österreich möglich sein; der Paragraph ist jenem über Bekanntmachungen einer Vorinformation auf Unionsebene nachgebildet. Eine Bekanntmachung einer Vorinformation hat auf demselben Weg wie eine Bekanntmachung gemäß § 59 zu erfolgen, somit über ein Publikationsmedium und ab Oktober 2018 im Wege der Bekanntmachung von Metadaten und Kerndaten.

Zu § 61 (Bekanntgaben auf Unionsebene):

Mit dem vorliegenden Paragraphen werden die Art. 34 Abs. 8 erster Satz in Verbindung mit lit. b (siehe Abs. 1 zweiter Satz der vorliegenden Bestimmung) sowie Art. 50, Art. 75 Abs. 2 und 4 und schließlich Art. 79 Abs. 2 der RL 2014/24/EU umgesetzt.

Nach der in diesem Abschnitt gewählten terminologischen Unterscheidung sind Bekanntmachungen solche, die am Beginn des Vergabeverfahrens über die Absicht des öffentlichen Auftraggebers, einen Auftrag nach Durchführung eines Vergabeverfahrens zu vergeben, unterrichten. Bekanntgaben hingegen sind ex post Unterrichtungen über bereits vergebene Aufträge, abgeschlossene Ideenwettbewerbe bzw. Rahmenvereinbarungen.

In Abs. 1 wird durch die Bezugnahme auf den Ideenwettbewerb klargestellt, dass sich die Verpflichtung zur Bekanntgabe des Wettbewerbsergebnisses allein auf Ideenwettbewerbe bezieht. Die Ergebnisse von Realisierungswettbewerben sind erst nach Vergabe des Auftrages bekannt zu geben. Bei dynamischen Beschaffungssystemen ist hingegen grundsätzlich jeder einzelne vergebene Auftrag bekannt zu geben, ebenso wie die Beendigung des dynamischen Beschaffungssystems. Mit dieser Beendigung ist die Einstellung des dynamischen Beschaffungssystems (welches ja grundsätzlich auch auf unbestimmte Dauer eingerichtet werden darf) und nicht der Widerruf der Einrichtung desselben gemeint.

Abs. 2 beinhaltet Sonderregelungen für Aufträge, die auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung bzw. im Rahmen eines dynamischen Beschaffungssystems vergeben werden, wie auch für besondere Dienstleistungsaufträge. Demnach ist es nicht geboten, dem Amt für Veröffentlichungen für jeden Einzelauftrag, der aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems vergeben wird, eine Bekanntmachung mit den Ergebnissen des jeweiligen Vergabeverfahrens zu übermitteln; stattdessen kann eine quartalsweise Bündelung der Meldung vorgenommen werden. Gleiches gilt für besondere Dienstleistungsaufträge.

Zur Gültigkeitsdauer der Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation wird auf § 57 Abs. 4 verwiesen.

Natürlich ist eine Bekanntgabe von Informationen gemäß Abs. 4 auch dann zu unterlassen, wenn die berechtigten geschäftlichen Interessen mehrerer Unternehmer dadurch geschädigt würden.

Zu § 62 (Bekanntgaben in Österreich):

Zeitgleich mit der Einführung der Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation in Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich mit 18. Oktober 2018 soll auch die Bekanntgabe der Ergebnisse von Vergabeverfahren als Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers eingeführt werden. Damit soll die Transparenz hinsichtlich der Ausgaben der öffentlichen Hand erhöht werden; durch die Verwendung von Open Data kann diese Information grundsätzlich von jedermann, der über das ausreichende technische Knowhow verfügt, abgerufen und aufbereitet werden. Auch hier wird das Unternehmensserviceportal zur Aufbereitung verpflichtet (vgl. § 54 Abs. 2); darüber hinaus sind die Kerndaten der einzelnen Verfahren über (mindestens) fünf Jahre zur Verfügung zu stellen, um ein gewisses Maß an Publizität zu gewährleisten; eine längere Verfügbarkeit ist insbesondere wichtig, um einen breitgefächerten Überblick über die Beschaffungspraxis von öffentlichen Auftraggebern zu gewinnen (zB wie viel wird von wem wie oft beschafft, gibt es Preisdifferenzen in Bezug auf idente Leistungsgegenstände, wie verlaufen Preisentwicklungen). Zu bedenken ist, dass die Löschung personenbezogener Kerndaten (Bezeichnung des Auftragnehmers) nach Ablauf der hier vorgesehenen Mindestfrist aufgrund datenschutzrechtlicher Vorgaben geboten sein kann. Die Kerndaten wurden in Hinblick auf das Ziel der Transparenz, aber auch der einfachen Handhabbarkeit für den öffentlichen Auftraggeber und schließlich unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gemäß § 1 Abs. 2 DSG 2000 gewählt.

Neben der Information der breiteren Öffentlichkeit können die Informationen zu einzelnen Verfahren auch dem öffentlichen Auftraggeber dazu dienen, um seine eigene Beschaffungspraxis zu überprüfen (vgl. dazu den Rechnungshofbericht Bund 2015/6 mit der Empfehlung der Einrichtung eines internen Kontrollsystems). So wie auf Unionsebene soll überdies auch bei Bekanntgaben in Österreich die Bündelung von Meldungen bei bestimmten Verfahren zulässig sein.

Zu § 63 (Arten der Bekanntmachung):

Die Bekanntmachung im Unterschwellenbereich in Österreich kann ebenso mit einer allgemeinen Bekanntmachung oder einer Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation (bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen) vorgenommen werden. Im Unterschwellenbereich besteht keine Verpflichtung zur Bekanntmachung auf Unionsebene; dennoch kann diese Möglichkeit in Anspruch genommen werden, was zur Erreichung eines breiter gefächerten Teilnehmerkreises auch empfehlenswert ist.

Zu § 64 (Bekanntmachungen in Österreich):

Festzuhalten ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei einer Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich aufgrund der Regelung des § 50 grundsätzlich eine Bekanntmachung vorzunehmen hat (eine derartige Verpflichtung resultiert auch aus dem primärrechtlichen Transparenzgebot), und zwar unabhängig davon, ob durch Verordnung ein bestimmtes Publikationsmedium festgelegt wurde oder nicht. Im Zusammenhang mit dem einzuhaltenden adäquaten Grad an Transparenz, der bereits primärrechtlich geboten ist, ist auch auf die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. Nr. C 121 vom 29. April 2000, S 2 (insbesondere S 7 Punkt 3.1.2 „Transparenz“ Fußnote 50, sowie die Rechtsprechung des EuGH vgl. C-231/03) hinzuweisen.

Im Unterschwellenbereich wird ebenso wie im Oberschwellenbereich die Bekanntmachung im für den jeweiligen Vollziehungsbereich festgelegten Publikationsmedium verpflichtend vorgeschrieben; die wesentlichen Bekanntmachungsinhalte ergeben sich aus Anhang XXI. Mit 18. Oktober 2018 wird auch hier auf die Bekanntmachung über Metadaten und Kerndaten umgestellt; bis dahin ist auch hier eine solche Bekanntmachung als zusätzliche Bekanntmachung optional (vgl. Abs. 3). Eine Bekanntmachung nur im Beschafferprofil ist auch im Unterschwellenbereich bei verpflichtenden Bekanntmachungen nicht zulässig; der öffentliche Auftraggeber kann aber die Bekanntmachung im Publikationsmedium und jene im Beschafferprofil gleichzeitig bekanntmachen.

Abs. 5 nimmt für die Beurteilung, ob eine Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe eines besonderen Dienstleistungsauftrages verpflichtend ist, auf die „unionsrechtlichen Grundsätze“ Bezug, und nennt darüber hinaus demonstrativ Fälle, in welchen von einer Bekanntmachung abgesehen werden kann. Als unionsrechtliche Grundsätze sind im Sinne des § 20 Abs. 1 insbesondere die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz anzusehen. Auch kann EG 114 der RL 2014/24/EU einen Anhaltspunkt bieten: „*Bestimmte Dienstleistungskategorien haben aufgrund ihrer Natur nach wie vor lediglich eine begrenzte grenzüberschreitende Dimension, insbesondere die sogenannten personenbezogenen Dienstleistungen* [Anm.: das sind die besonderen Dienstleistungen]*, wie etwa bestimmte Dienstleistungen im Sozial-, im Gesundheits- und im Bildungsbereich. Diese Dienstleistungen werden in einem besonderen Kontext erbracht, der sich aufgrund unterschiedlicher kultureller Traditionen in den einzelnen Mitgliedstaaten stark unterschiedlich darstellt. Für öffentliche Aufträge zur Erbringung dieser Dienstleistungen sollte daher eine spezifische Regelung festgelegt werden und ein höherer Schwellenwert gelten als der, der für andere Dienstleistungen gilt. Personenbezogene Dienstleistungen mit einem unter diesem Schwellenwert liegenden Auftragswert werden in der Regel für Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse sein, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die das Gegenteil vermuten lassen, wie etwa eine Finanzierung grenzüberschreitender Projekte durch die Union. Aufträge zur Erbringung personenbezogener Dienstleistungen oberhalb dieses Schwellenwerts sollen unionsweiten Transparenzvorschriften unterliegen.* […]“

Zu Abs. 6 kann auf die Ausführungen zu § 58 verwiesen werden. Die Inhalte der Bekanntmachung finden sich in Anhang XXI Abschnitt F bzw. im Z 4 des 1. Abschnittes von Anhang VIII (Kerndaten für die Bekanntmachung). Auch ist auf die Judikatur des EuGH (vgl. dazu verb. Rs C-147/06 und C-148/06, *SECAP*) zur Frage, wann ein „grenzüberschreitendes Interesse“ vorliegt, hinzuweisen. Als Grundsatz lässt sich festhalten: je größer der Wert der gegenständlichen Leistung, je spezifischer der Leistungsgegenstand, desto größer muss der Verbreitungsgrad des gewählten Mediums sein (vgl. dazu ausführlich die Ausführungen zu § 46).

Die in Abs. 7 angesprochene „Beendigung“ des dynamischen Beschaffungssystems ist eine Einstellung des bereits eingerichteten dynamischen Beschaffungssystems, welche vom Widerruf zu unterscheiden ist, mit dem das Verfahren zur Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems beendet wird.

Zu § 65 (Bekanntmachung einer Vorinformation):

Es kann auf die Erläuterungen zu § 60 verwiesen werden; die Möglichkeit der Fristverkürzung im Unterschwellenbereich ergibt sich aus § 77.

Zu § 66 (Bekanntgaben in Österreich):

Ebenso wie im Oberschwellenbereich sollen öffentliche Auftraggeber im Vollziehungsbereich des Bundes (vgl. dazu Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG) vergebene Aufträge, abgeschlossene Rahmenvereinbarungen und Ergebnisse von Ideenwettbewerben bekanntgeben. Um den administrativen Aufwand zu verringern, soll eine De-Minimis-Grenze von 50 000 Euro eingezogen werden. Wie im Oberschwellenbereich können gemäß Abs. 2 bestimmte Auftragsvergaben gebündelt bekannt gegeben werden. Auch im Unterschwellenbereich soll die Verpflichtung mit 18. Oktober 2018 eingeführt werden und auch hier sind die Metadaten und Kerndaten für mindestens fünf Jahre zur Verfügung zu stellen (zu datenschutzrechtlichen Erwägungen siehe § 62).

Zu den §§ 67 bis 77 (Fristen):

Zu den §§ 67 bis 77 (Fristen) allgemein:

Der 3. Abschnitt des 3. Hauptstückes des 2. Teiles regelt die Fristen. Er ist in drei Unterabschnitte unterteilt: der 1. Unterabschnitt enthält die allgemeinen Bestimmungen, die für Ober- und Unterschwellenbereich gleichermaßen gelten; der 2. Unterabschnitt enthält die Regelungen der RL 2014/24/EU betreffend die Mindestfristen sowie deren Verlängerung bzw. Verkürzung im Oberschwellenbereich; der 3. Unterabschnitt regelt die Mindestfristen sowie deren Verkürzungsmöglichkeiten für den Unterschwellenbereich.

Zu § 67 (Berechnung der Fristen):

Die Berechnung der materiellrechtlichen Fristen (zB Teilnahmeantragsfrist oder Angebotsfrist) hat im Anwendungsbereich des Gesetzes gemäß der Verordnung (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine, ABl. L 124 vom 8.6.1971 S. 1, zu erfolgen.

Demzufolge gelten folgende Grundsätze: Als Arbeitstage gelten alle Tage außer Samstagen, Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen.

Fristen, die in Tagen ausgedrückt sind, beginnen um 00.00 Uhr des Tages, an dem die Frist zu laufen beginnt. Ist für den Beginn einer nach Tagen bemessenen Frist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem ein Ereignis eintritt oder eine Handlung vorgenommen wird, so wird bei der Berechnung dieser Frist der Tag nicht mitgerechnet, in den dieses Ereignis oder diese Handlung fällt. Eine nach Tagen bemessene Frist endet mit Ablauf der letzten Stunde des letzten Tages der Frist. Bei einer Frist von 30 Tagen und einem fristauslösenden Ereignis am 1. März 2016 würde die Frist daher am 31. März 2016 um 24:00 Uhr ablaufen.

Fristen, die in Wochen, Monaten oder Jahren ausgedrückt sind, beginnen um 00.00 Uhr des Tages, an dem die Frist zu laufen beginnt. Eine nach Wochen, Monaten oder Jahren bemessene Frist endet an dem Tag der letzten Woche, des letzten Monats oder des letzten Jahres der Frist, der dem Tag, an dem die Frist zu laufen beginnt, nach seiner Bezeichnung oder nach seiner Zahl entspricht. Wenn ein entsprechender Tag bei einer nach Monaten bemessenen Frist fehlt, endet die Frist am letzten Tag des letzten Monats. Fristen, die in Wochen, Monaten oder Jahren ausgedrückt sind, enden um 24.00 Uhr des Tages, an dem die Frist abläuft.

Fristen, die in Stunden ausgedrückt sind, beginnen am Anfang der ersten Stunde, zu der die Frist zu laufen beginnt. Ist für den Beginn einer nach Stunden bemessenen Frist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem ein Ereignis eintritt oder eine Handlung vorgenommen wird, so wird bei der Berechnung dieser Frist die Stunde nicht mitgerechnet, in die dieses Ereignis oder diese Handlung fällt. Eine nach Stunden bemessene Frist endet mit Ablauf der letzten Stunde der Frist.

Fällt der letzte Tag einer Frist auf den Karfreitag, einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag, so endet die Frist um 24.00 Uhr des folgenden Arbeitstages.

Zu den verfahrensrechtlichen Fristen und deren Berechnung wird auf die §§ 32 und 33 AVG verwiesen.

Zu § 68 (Grundsätze für die Bemessung von Fristen):

Diese Bestimmung enthält die Grundsätze für die Fristberechnung und beinhaltet den – angesichts der nunmehr stark verkürzten Fristen – in diesem Zusammenhang besonders relevanten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Diese Grundsatzbestimmung ist insbesondere im Zusammenhang mit komplexen Leistungsvergaben von Bedeutung. Eine längere als die gesetzlich bestimmte Mindestfrist kann etwa bei komplexen Aufträgen, bei für die Angebotslegung erforderlichen schwierigen Vorerhebungen oder bei dem Erfordernis der Herstellung von Proben und Mustern vorzusehen sein. Aufgrund der Grundregel des ersten Satzes können aber auch andere Umstände als die Komplexität des Leistungsgegenstandes eine längere Zeit als die im Gesetz vorgesehenen Mindestfristen bedingen (zB wenn die Angebotsfrist über die Weihnachtsfeiertage

läuft). Es ist auf alle Umstände Bedacht zu nehmen, welche die Erstellung des Angebotes oder die Ausarbeitung einer Lösung erschweren können.

Die Grundregel des § 68 ist insbesondere auch für die Ausarbeitung von Forschungs- und Innovationsprojekten (Erstangebote) bei der Innovationspartnerschaft relevant.

Zur Verlängerung von Fristen im Fall eines Serverausfalls vgl. § 48 Abs. 8.

Zu § 69 (Auskunfts- und Verbesserungsfristen):

Abs. 1 dient der Umsetzung von Art. 53 Abs. 2 der RL 2014/24/EU.

Es gilt die allgemeine Regel der VO Nr. 1182/71, wonach bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitgerechnet wird, in den das maßgebliche Ereignis oder die maßgebliche Handlung fällt. Läuft die Angebotsfrist beispielsweise am 15. November 2017 um 13:00 Uhr ab, so wären demnach zusätzliche Auskünfte bis spätestens 8. November 2017 um 24:00 Uhr zu übermitteln bzw. bereitzustellen.

„Zeitgerecht" im Sinne des Abs. 1 wurde das Ersuchen dann gestellt, wenn es so rechtzeitig gestellt wurde, dass die zusätzlichen Auskünfte sechs (bzw. vier) Tage vor Ablauf der Frist für den Eingang der Angebote erteilt werden können. Wurde das Ersuchen zeitgerecht gestellt, aber die Auskünfte nicht innerhalb der in Abs. 1 genannten Frist erteilt, so ist die Angebotsfrist gemäß § 72 Abs. 2 zu verlängern. Werden zusätzliche Auskünfte über die Ausschreibung kürzer als sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist angefordert, so sind die Auskünfte unverzüglich zu erteilen; in diesem Fall besteht keine Verpflichtung zur Fristverlängerung. Ebenfalls keine Verpflichtung zur Verlängerung der Frist besteht, wenn das Ersuchen zwar zeitgerecht gestellt wurde, aber die verlangten Zusatzinformationen für die Erstellung zulässiger Angebote unerheblich sind (vgl. Art. 47 Abs. 3 letzter UAbs.).

Abs. 2 dient der Umsetzung von Art. 56 Abs. 3 der RL 2014/24/EU. Zur allfälligen Verpflichtung zur Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit vgl. auch EuGH in der Rs C-27/15, *Pippo Pizzo*, Rz 49f. Die Aufforderung zur Übermittlung, Ergänzung oder Erläuterung hat unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung zu erfolgen (vgl. Art. 56 Abs. 3 letzter Satzteil der RL 2014/24/EU).

Zu § 70 (Teilnahmeantragsfrist):

Die Teilnahmeantragsfrist von 30 Tagen im Oberschwellenbereich ergibt sich aus den Art. 28 Abs. 1 zweiter UAbs, 29 Abs. 1 vierter UAbs, 30 Abs. 1 zweiter UAbs, 31 Abs. 1 vierter UAbs und 34 Abs. 2 zweiter UAbs. lit. a der RL 2014/24/EU. Da gemäß § 120 Abs. 1 bei der Innovationspartnerschaft ein Verhandlungsverfahren durchzuführen ist, gilt die hier normierte 30-Tagesfrist auch für die Innovationspartnerschaft. Beim dynamischen Beschaffungssystem gilt die 30-Tagesfrist nur für Teilnahmeanträge iZm der erstmaligen Einrichtung des dynamischen Beschaffungssystems; sobald das System eingerichtet wurde, gilt diese Frist nicht mehr (vgl. Art. 34 Abs. 2 zweiter UAbs. lit. a letzter Satz sowie § 161 Abs. 3).

Zu § 71 (Angebotsfrist):

Diese Bestimmung beinhaltet die in der RL 2014/24/EU vorgesehen Angebotsfristen für den Oberschwellenbereich, wobei das System insofern umgekehrt ist, als in Österreich als Grundsatz die (nach der RL) verkürzte Angebotsfrist gilt, die bei nicht elektronisch durchgeführten Vergabeverfahren gemäß § 71 Abs. 6 um fünf Tage zu verlängern ist (anders die RL 2014/24/EU, die als Grundsatz die jeweilige längere Frist vorsieht, die bei Akzeptanz von elektronischen Angeboten um fünf Tage verkürzt werden kann). Zu betonen ist, dass die im Gesetz festgelegten Angebotsfristen Mindestfristen sind, die allenfalls aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl. dazu § 68) verlängert werden müssen.

Die 25-Tagesfrist des Abs. 2 beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung sowie beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gilt nur für zentrale öffentliche Auftraggeber (vgl. Anhang III). Nicht zentrale öffentliche Auftraggeber haben gemäß Abs. 3 die Möglichkeit, die Angebotsfrist im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Einvernehmen mit den Bewerbern festzulegen; andernfalls beträgt die Angebotsfrist bei diesen Auftraggebern mindestens zehn Tage. Zentrale Beschaffungsstellen, die eine zentrale Beschaffungstätigkeit gemäß § 2 Z 48 lit. b („Vollmachtsmodell") ausüben, haben die Angebotsfristen zu beachten, die für die betreffenden Auftraggeber (in deren Namen sie tätig werden) gelten. Sofern eine zentrale Beschaffungsstelle in einem Vergabeverfahren sowohl für Auftraggeber gemäß Anhang III wie auch für Auftraggeber tätig wird, die nicht in Anhang III genannt sind, tätig wird, gelten die längeren Fristen.

Die in den Abs. 2 und 3 vorgesehenen Mindestangebotsfristen beziehen sich beim Verhandlungsverfahren auf die Frist für die Einreichung von Erstangeboten und nicht mehr auf die danach folgenden Phasen des Verfahrens, in denen gegebenenfalls erneut Angebote gelegt werden (vgl. Art. 29 Abs. 1 vierter UAbs.

der RL 2014/24/EU: „Frist für den Eingang der Erstangebote“). Aufgrund der Anordnung des § 120 Abs. 1 gelten die Fristen der Abs. 2 und 3 auch für die Innovationspartnerschaft; die (allfällige) Verpflichtung zur Fristverlängerung gemäß § 68 ist bei der Innovationspartnerschaft – aufgrund der wohl stets inhärenten Komplexität – jedoch besonders relevant.

Abs. 4 regelt die Angebotsfrist beim dynamischen Beschaffungssystem. Die Verlängerungstatbestände der Abs. 5 und 6 sind auf diese Frist nicht anwendbar, da das dynamische Beschaffungssystem ausnahmslos elektronisch abzuwickeln ist.

Abs. 5 dient der Umsetzung von Art. 53 Abs. 1 zweiter und dritter UAbs. der RL 2014/24/EU und sieht eine Verlängerung der Angebotsfrist von fünf Tagen vor, wenn die Ausschreibungsunterlagen ausnahmsweise nicht elektronisch zur Verfügung gestellt werden. Die erste Ausnahme von der Verpflichtung zur Fristverlängerung gemäß Abs. 5 zweiter Satz tritt nur dann ein, wenn die Dringlichkeit vom öffentlichen Auftraggeber hinreichend begründet werden kann. Auf die Dokumentationspflicht gemäß § 49 wird hingewiesen. Die zweite Ausnahme von der Verpflichtung zur Fristverlängerung gemäß Abs. 5 zweiter Satz ist in Art. 53 Abs. 1 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU (offenkundig irrtümlich) nicht in der Parallelbestimmung des Art. 73 Abs. 1 dritter UAbs. der RL 2014/25/EU hingegen schon vorgesehen und wird deshalb im gegebenen Kontext ergänzt.

Gemäß Abs. 6 ist die Angebotsfrist um fünf Tage zu verlängern, wenn Angebote nicht elektronisch zu übermitteln sind (zum System der Verlängerung der Angebotsfristen im Fall der „Papier-Vergabe“ vgl. bereits oben). Die Fristverlängerungstatbestände der Abs. 5 und 6 sind dabei gegebenenfalls zu kumulieren.

Abs. 7 dient der Umsetzung von Art. 47 Abs. 2 der RL und sieht eine Fristverlängerung vor, wenn eine Ortsbesichtigung oder Einsichtnahme in zusätzliche Unterlagen erforderlich ist. Die Festsetzung der in den Abs. 1 bis 6 angeführten (gegebenenfalls verlängerten) Mindestangebotsfristen ist in diesem Fall unzulässig, und die Angebotsfristen sind anhand der Umstände des Einzelfalles (zB abhängig von Zugänglichkeit und Erreichbarkeit des Ortes des Lokalaugenscheins) entsprechend länger festzusetzen.

Abs. 8 regelt den Beginn der Angebotsfrist. Im Zusammenhang mit der festgesetzten Dauer und der Fristenregelung des § 67 ergibt sich das jeweilige Ende der Frist.

Zu § 72 (Verlängerung der Angebotsfrist bei Berichtigung und zusätzlichen Auskünften):

Diese Bestimmung dient der Umsetzung von Art. 47 Abs. 3 der RL 2014/24/EU.

Der Verweis auf den gesamten § 71 in Abs. 1 bedeutet, dass die „festgesetzte Angebotsfrist“ gegebenenfalls eine bereits gemäß § 71 verlängerte Angebotsfrist ist. Die Verpflichtung zur Verlängerung besteht nur, wenn die Berichtigung für die Erstellung der Angebote wesentlich ist. Dies bedeutet im Gegenzug, dass keine Pflicht zur Fristverlängerung besteht, wenn die Bedeutung der geänderten (berichtigten) Informationen für die Erstellung zulässiger Angebote irrelevant ist. Wesentlich ist eine Berichtigung dann, wenn die berichtigten Elemente zu einer nicht bloß unbedeutenden inhaltlichen Änderung der Angebote bzw. zu einer für die Angebotsleger unvorteilhaften Änderung der Rahmenbedingungen für die Erstellung der Angebote führen. Eine Berichtigung der Ausschreibung ist aber nur insoweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt; im Fall einer wesentlichen Änderung der Ausschreibungsunterlagen wäre nämlich keine Berichtigung zulässig, sondern das Verfahren zu widerrufen (vgl. dazu näher die Erläuterungen zu § 101).

Abs. 2 ist das Pendant zu § 69. E contrario folgt aus dieser Regelung, dass hinsichtlich jener Ersuchen um zusätzliche Auskünfte, die nicht zeitgerecht gestellt wurden (vgl. dazu die Erläuterungen zu § 69), keine Pflicht zur Verlängerung der Angebotsfrist besteht. Ist aufgrund des Auskunftsersuchens eine Berichtung der Ausschreibung erforderlich, so greift die lex specialis des Abs. 1.

Zu § 73 (Verkürzte Angebotsfrist im beschleunigten Verfahren nach Vorinformation):

Diese Bestimmung dient der Umsetzung von Art. 27 Abs. 2, Art. 28 Abs. 3 und Art. 29 Abs. 1 vierter UAbs. letzter Satz der RL 2014/24/EU. Bei Bekanntmachung einer Vorinformation besteht demnach die Möglichkeit, ein beschleunigtes Verfahren durchzuführen. Um die Fristverkürzung in Anspruch nehmen zu können, muss die Vorinformation die angeführten Vorgaben zeitlicher und inhaltlicher Art erfüllen.

Beim dynamischen Beschaffungssystem kommt eine Verkürzung der Angebotsfrist nach Vorinformation nicht in Betracht, da hier bereits nur eine Mindestfrist von zehn Tagen vorgesehen ist (§ 71 Abs. 4; vgl. auch Art. 34 Abs. 2 zweiter UAbs. lit. b letzter Satz der RL 2014/24/EU).

Zu § 74 (Verkürzte Teilnahmeantrags- und Angebotsfrist im beschleunigten Verfahren bei Dringlichkeit):

Die Regelung setzt Art. 27 Abs. 3, Art. 28 Abs. 6 und Art. 29 Abs. 1 vierter UAbs. der RL 2014/24/EU um.

Z 1 sieht erstmals auch eine Verkürzung der Angebotsfrist aus Gründen der Dringlichkeit im offenen Verfahren vor. Der Satzteil des Art. 27 Abs. 3 der RL 2014/24/EU „gerechnet ab dem Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung“ muss hier nicht umgesetzt werden, da der Beginn der Angebotsfrist bereits in § 71 Abs. 8 geregelt ist. Ebenso wird der Satzteil des Art. 28 Abs. 6 lit. a „gerechnet ab dem Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung“ nicht in Z 2 umgesetzt, da der Beginn der Teilnahmeantragsfrist bereits in § 70 geregelt ist.

Es können nicht nur die regulären, sondern auch die verkürzten Fristen weiter verkürzt werden. Hinzuweisen ist darauf, dass der in § 74 angesprochene Fall der „Dringlichkeit“ nicht mit den „äußerst dringlichen, zwingenden Gründen“ im Sinne der §§ 35 Abs. 1 Z 4, 36 Abs. 1 Z 4 und 37 Abs. 1 Z 4 verwechselt werden darf. Es handelt sich hier um zwei unterschiedliche Tatbestände.

Zu § 75 (Teilnahmeantragsfrist):

Die Bestimmung regelt die Teilnahmeantragsfrist bei Verfahren im Unterschwellenbereich. Die Frist beginnt mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Das Ende der Frist ergibt sich aus der festgesetzten Dauer und der Fristenregelung des § 67.

Zu § 76 (Angebotsfrist):

Die Bestimmung regelt die Angebotsfrist bei Verfahren im Unterschwellenbereich. Die Frist beginnt beim offenen Verfahren mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung (Abs. 1), beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (Abs. 2) mit dem Tag der Absendung der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten. Das Ende der Frist ergibt sich aus der festgesetzten Dauer und der Fristenregelung des § 67.

Zu § 77 (Verkürzte Teilnahmeantrags- und Angebotsfrist):

Diese Bestimmung ermöglicht die Verkürzung der regulären Teilnahmeantrags- und Angebotsfristen im Unterschwellenbereich in besonders begründeten Fällen, insbesondere aus Gründen der Dringlichkeit, bei Bekanntmachung einer Vorinformation sowie bei Lieferaufträgen über Waren mit allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmalen. Der besonderen Hervorhebung der Standard-Lieferleistungen liegt die Überlegung zu Grunde, dass Angebote oder Teilnahmeanträge über die Erbringung von Standard-Lieferleistungen im Regelfall keine aufwendigen Arbeiten erfordern und eine Beibehaltung der starren Fristen in solchen Fällen möglicherweise zu unnötigen Verfahrensverlängerungen führen könnte. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Grundsätze für die Bemessung und Verlängerung von Fristen gemäß § 68 auch hier gelten; den Bewerbern und Bietern muss daher – unter Bedachtnahme der Umstände des Einzelfalles – ausreichend Zeit für die Erstellung der Angebote bzw. Teilnahmeanträge verbleiben. Es ist daher in jedem Einzelfall zu prüfen, ob bzw. in welchem Umfang eine Fristverkürzung nach § 77 angemessen ist. Auf die Dokumentationspflicht gemäß § 77 zweiter Satz wird hingewiesen. Waren mit allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmalen sind Produkte, die nicht für die Bedürfnisse des Auftraggebers adaptiert werden müssen, sondern ohne weitere Anpassungen „off the shelf“ („von der Stange“) bezogen werden können. Es handelt sich hierbei um seriengefertigte Produkte, die in großer Stückzahl völlig gleichartig aufgebaut verkauft werden und bei denen keine Anpassungen an die Bedürfnisse des Individualkunden vorgenommen werden. Dies kann sowohl bei einfachen Waren (zB Toilettenpapier) wie auch bei komplexeren Waren (zB Softwareprodukte, die als Standardprodukt „in der Schachtel“ gekauft werden können) der Fall sein. Im Gegensatz dazu ist bei Bau- oder Dienstleistungen im Regelfall – wenn auch vielleicht nur in einem sehr geringfügigen Ausmaß – eine Adaption an die Bedürfnisse des Auftraggebers erforderlich. Vor diesem Hintergrund soll die Fristverkürzungsmöglichkeit nur für jenen Leistungstyp eingeräumt werden, der keinerlei Adaption erfordert und von der Stange oder aus dem Katalog bezogen werden kann.

Es ist zu beachten, dass eine Fristverkürzung auch in anderen besonders begründeten Fällen möglich ist. Eine Verkürzung ist somit etwa auch möglich, wenn es sich um Aufträge mit kleinen Auftragswerten handelt und das Zuwarten mit der vollen Frist mit Nachteilen aufgrund der Verzögerung verbunden wäre.

Zur Überschrift des 4. Abschnittes:

Zur Überschrift zum 4. Abschnitt des 3. Hauptstückes des 2. Teiles „Eignung der Unternehmer“ ist anzumerken, dass Eignung in der Überschrift als Oberbegriff über das Nicht-Vorliegen eines Ausschlussgrundes sowie das Vorliegen der geforderten Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit

zu verstehen ist (vgl. auch den Hinweis auf die Eignung in § 2 Z 22 lit. c und auf geeignete Unternehmer in § 20 Abs. 1).

Zu § 78 (Ausschlussgründe):

Mit der vorliegenden Bestimmung werden Art. 56 Abs. 1 und Art. 57 Abs. 1 bis 5 der RL 2014/24/EU umgesetzt.

Allgemein ist anzumerken, dass bei der Anwendung dieses Hauptstückes insbesondere auch die einschlägige Judikatur des EuGH (vgl. etwa Rs 27 bis 29/86, 31/87, C-103/88, C-272/91, C-76/81, C-71/92, C-389/92, C-5/97, C-176/98, C-94/99, C-213/07, C-538/07, C-74/09, C-465/11, C-358/12, C-470/13, C-387/14 und C-199/15) zu beachten ist. Ferner zu betonen ist, dass, wie der VfGH (VfSlg. 15.216/1998) festhielt, eine individuelle Beurteilung erforderlich ist, ob ein Ausschlussgrund verwirklicht ist. Die Verwendung von sogenannten „schwarzen Listen“ als pauschalen Nachweis ohne weitere Überprüfung im Einzelfall ist daher unzulässig.

Abs. 1 enthält abschließend all jene nach der RL 2014/24/EU zulässigen Ausschlussgründe hinsichtlich der Eignung von am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmern. Insofern präzisiert § 78 den gemäß § 20 Abs. 1 bestehenden Vergabegrundsatz, wonach Aufträge über Leistungen (nur) an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (somit: geeignete) Unternehmer zu vergeben sind.

Der Hinweis, dass ein Unternehmer bei Vorliegen der Ausschlussgründe grundsätzlich jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen ist, bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber einen Unternehmer zu jedem Zeitpunkt bzw. in jedem Stadium des Verfahrens ausschließen muss, wenn sich herausstellt, dass der Unternehmer einen der in Abs. 1 genannten Tatbestände erfüllt. Lediglich in den Sondersituationen der Abs. 3 bis 5 gilt diese Verpflichtung nicht. Diese in jedem Stadium des Vergabeverfahrens geltende Verpflichtung sagt jedoch nichts über den Zeitpunkt des Ausschlusses aus; insbesondere kann aufgrund der vorliegenden Bestimmung nicht davon ausgegangen werden, dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, den Unternehmer unverzüglich nach Hervorkommen des Ausschlussgrundes vom Vergabeverfahren auszuschließen. Ferner ist auf die zeitliche Befristung der Anwendbarkeit der Ausschlussgründe (siehe § 83 Abs. 5) hinzuweisen.

Die Verurteilung gemäß Abs. 1 Z 1 hat bestimmte Straftatbestände zu „betreffen“. Durch diese Wortwahl wird nicht nur die Verurteilung des Haupttäters, sondern auch die Verurteilung des Beitrags- oder Bestimmungstäters (vgl. § 12 StGB) erfasst.

Zu den Ausschlussgründen in Abs. 1 Z 2 und 3 ist auf die Neuregelung des Abs. 3 hinzuweisen, wonach von einem Ausschluss gemäß diesen Bestimmungen abgesehen werden kann, wenn die Leistungsfähigkeit des Unternehmers für die Durchführung des Auftrages ausreicht.

Als hinreichender Grund für den Ausschluss gemäß Abs. 1 Z 4 wird jedenfalls eine Verurteilung nach § 168b StGB (Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren) in Betracht kommen. Es obliegt der Einschätzung des Auftraggebers, ob die ihm zur Verfügung stehenden Informationen „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ dafür darstellen, dass ein wettbewerbsverzerrendes Verhalten vorliegt. Zum Verständnis des Begriffes „nachteilige Abreden“ ist insbesondere auf Art. 101 AEUV zu verweisen; er erfasst nicht bloß wettbewerbsverzerrende Vereinbarungen zwischen Unternehmen sondern auch wettbewerbsverzerrende abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen.

Zu Abs. 1 Z 5 ist festzuhalten, dass hinsichtlich schwerer Verfehlungen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit gemäß den unionsrechtlichen Vorgaben das Abfordern eines entsprechenden Nachweises vom Unternehmer unzulässig wäre (vgl. diesbezüglich auch das Verbot der Selbstbezichtigung gemäß Art. 90 Abs. 2 B-VG). Die schwere Verfehlung muss vielmehr vom öffentlichen Auftraggeber selbst auf geeignete Weise nachgewiesen werden. Wie der Nachweis der Verfehlung im Sinne von Abs. 1 Z 5 zu erfolgen hat, wird nicht explizit geregelt. Aus der systematischen Interpretation mit den weiteren Ausschlusstatbeständen sowie den Regelungen des § 80 ergibt sich, dass das Gesetz an diesen Nachweis strenge Kriterien bezüglich seiner Objektivierbarkeit legt. Der Nachweis muss daher objektiven Kriterien genügen und damit jenen Formen des Nachweises des Vorliegens eines Ausschlussgrundes gleichzuhalten sein, die in den anderen Tatbeständen des § 78 geregelt sind. Die Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber ein bestimmtes in einem früheren Auftragsverhältnis gesetztes Verhalten des Bewerbers, über dessen Bewertung er gerade mit dem Bewerber im Rechtsstreit liegt, als schwere Verfehlung wertet, stellt keinen objektiven Kriterien genügenden Nachweis dar. Die Umstände, auf die sich der Nachweis der schweren beruflichen Verfehlung durch den öffentlichen Auftraggeber gründet, müssen wesentlich von objektiven, nicht erst künftiger gerichtlicher Klärung unterliegenden Umständen abhängen. Abs. 1 Z 5 kann subsidiär vom öffentlichen Auftraggeber herangezogen werden, falls eine entsprechende Feststellung durch den öffentlichen Auftraggeber im Zusammenhang mit einer gerichtlich

strafbaren Handlung erfolgte (bei der zB keine Verurteilung erfolgte oder noch keine Verurteilung erfolgte oder bei der eine Verurteilung nicht mehr möglich ist).

Nach der Rechtsprechung des EuGH (vgl. dazu etwa Rs C-465/11, *Forposta*, C-470/13, *Generali*) umfasst der Begriff der „Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit" *„jedes fehlerhafte Verhalten, das Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Unternehmers hat*". Jedenfalls dazu zählen Verstöße gegen berufsethische Regelungen des Berufsstands, dem ein Unternehmer angehört, die durch das Disziplinarorgan dieses Berufsstands oder durch eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung festgestellt wurden, jedoch kann auch die Nichterfüllung (früherer) vertraglicher Pflichten durch einen Unternehmer grundsätzlich als eine Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit qualifiziert werden. Abs. 1 Z 5 verlangt jedoch ferner, dass es sich um eine „schwere Verfehlung" handeln muss: darunter ist ein Verhalten zu verstehen, das beim Unternehmer auf Vorsatz oder auf eine Fahrlässigkeit von gewisser Schwere (somit um grobe Fahrlässigkeit) schließen lässt; ob dies vorliegt ist im Einzelfall zu beurteilen. So belegt eine nicht ordnungsgemäße, ungenaue oder mangelhafte Erfüllung eines früheren Vertrages (oder eines Vertragsteiles) unter Umständen eine geringe fachliche Qualifikation des Unternehmers, doch stellt sie nicht automatisch auch eine schwere Verfehlung im Sinne der Z 5 dar (und rechtfertigt keinesfalls einen automatischen Ausschluss vom Vergabeverfahren).

Abs. 1 Z 5 enthält weiterhin eine zentrale Bestimmung für die Berücksichtigung arbeits-, sozial- und umweltrechtlicher Vorschriften bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Bieter, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- und Umweltrechts, begangen haben, die vom öffentlichen Auftraggeber auf geeignete Weise nachgewiesen wurde, sind zwingend auszuschließen. Eine Verletzung zwingend einzuhaltender Bestimmungen kann daher mittelbar dazu führen, dass der betreffende Bieter nicht mehr berechtigt ist, am Vergabeverfahren teilzunehmen. So ist etwa gemäß § 87 Abs. 1 Z 3 GewO die Gewerbeberechtigung zwingend zu entziehen, wenn „*der Gewerbeinhaber infolge schwerwiegender Verstöße gegen die im Zusammenhang mit dem betreffenden Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen* […] *die für die Ausübung dieses Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt.*" Als derartige Schutzinteressen sind gemäß § 87 Abs. 1 Schlussteil leg. cit. „*insbesondere die Hintanhaltung der illegalen Beschäftigung, der Kinderpornographie, des Suchtgiftkonsums, des Suchtgiftverkehrs, der illegalen Prostitution sowie der Diskriminierung von Personen aus dem Grund ihrer Rasse, ihrer Hautfarbe, ihrer nationalen oder ethnischen Herkunft, ihres religiösen Bekenntnisses oder einer Behinderung*" anzusehen. In Österreich stellen Verletzungen arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen zumeist zwingendes Recht dar und sind in der Regel mit Verwaltungssanktionen bewehrt (vgl. zB: § 28 AZG, § 130 ASchG, § 21 BEinstG, § 22 AÜG, § 160 ArbVG und § 30 KJBG). Die Übertretung dieser Vorschriften, die verwaltungsstrafrechtlich geahndet wird, stellt jedenfalls gleichzeitig auch eine Verletzung von Berufspflichten und damit insbesondere eine Übertretung von zum Schutz der Arbeitnehmer erlassenen Regeln dar und kann somit auch zum Ausschluss von einem Vergabeverfahren führen.

Zu Abs. 1 Z 6 ist festzuhalten, dass ua. der Ausschluss bei Nicht-Erfüllung der Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge vorgesehen ist. Wann dies der Fall ist, wird der öffentliche Auftraggeber unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen haben (vgl. dazu auch EuGH Rs C-226/04 und C-228/04, *La Cascina und Zilch*). Wenn daher Sozialversicherungsbeiträge zB nicht sofort bezahlt wurden (etwa aus Versehen der Buchhaltung) und der Unternehmer deshalb bereits gemahnt wurde, so wird der öffentliche Auftraggeber die Umstände des Falles näher prüfen müssen (ob dies ein Einzelfall war oder dies bereits häufig und systematisch passiert ist – vgl. dazu auch Prüfungsschema des § 83). Im Rahmen dieser Prüfung wird auch zu beachten sein, ob die Außenstände nur eine geringe Summe betreffen oder ob dies signifikante Beträge ausmacht (uU mit Gefahr für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmers, falls alle Außenstände zwangsweise eingetrieben werden). Hinzuweisen ist nunmehr auf die explizite Neuregelung in Abs. 4 Z 2, wonach von einem Ausschluss Abstand genommen werden kann, wenn nur geringe Rückstände bestehen.

Eine im Sinne des Abs. 1 Z 6 lit. a „rechtskräftige" Entscheidung ist nach Art. 57 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU eine „endgültige und verbindliche" Entscheidung; gemeint ist damit eine durch den Unternehmer nicht mehr anfechtbare Entscheidung eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde. Hat der öffentliche Auftraggeber keine Kenntnis von einer solchen rechtskräftigen Entscheidung (etwa bei Nichtentrichtung kommunaler Abgaben durch den Unternehmer), kann dieser auch nicht zu einem Ausschluss des Unternehmers verpflichtet sein (wobei der öffentliche Auftraggeber bei der Eruierung des Vorliegens solcher rechtskräftiger Entscheidungen natürlich ein gewisses Maß an Sorgfalt zu deren Ermittlung an den Tag zu legen hat); Kenntnis kann etwa durch die Eigenerklärung bzw. durch den Zugriff auf einschlägige Datenbanken vermittelt werden.

Zu Abs. 1 Z 6 lit. b wird angemerkt, dass unter einer anderen geeigneten Art des Nachweises etwa die Einholung eines Nachweises durch den öffentlichen Auftraggeber selbst (somit nicht Abverlangen vom Unternehmer) zu verstehen ist (zB Nachweis über nicht entrichtete kommunale Gebühren). Mit dieser Bestimmung soll Art. 57 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU umgesetzt werden.

Durch Abs. 1 Z 8 soll impliziert werden, dass durch andere Maßnahmen des öffentlichen Auftraggebers bzw. des Unternehmers die Wettbewerbsverzerrung nicht hintangehalten werden kann; der Ausschluss stellt somit die ultima ratio dar.

Zu Abs. 1 Z 9 wird auf Art. 57 Abs. 4 lit. g der RL 2014/24/EU verwiesen, wo ebenfalls allgemeinen auf „einen" früheren Auftrag bzw. „einen" früheren Konzessionsvertrag Bezug genommen wird. Daraus ist zu schließen, dass dieser frühere Auftrag bzw. Konzessionsvertrag auch ein solcher eines anderen öffentlichen Auftraggebers oder eines Sektorenauftraggebers sein kann; die RL 2014/24/EU nimmt hier keine Differenzierung vor. Darüber hinaus wird auf EG 101 der RL 2014/24/EU verwiesen, welcher erhebliche Mängel näher beschreibt: „[…] *Es sollte ihnen auch möglich sein, Bewerber oder Bieter auszuschließen, deren Leistung bei früheren öffentlichen Aufträgen im Hinblick auf wesentliche Anforderungen erhebliche Mängel aufwies, zum Beispiel Lieferungsausfall oder Leistungsausfall, erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machen, oder Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt.* […]" In diesem Zusammenhang ist ferner zu betonen, dass der in der RL verwendete Begriff der „erheblichen oder dauerhaften Mängel" (englisch „significant or persistent deficiencies", französisch „des défaillances importantes ou persistantes", italienisch „significative o persistenti carenze", niederländisch „aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen") unionsrechtlich auszulegen ist (ein Rückgriff auf das österreichspezifische zivilrechtliche Verständnis – vgl. dazu etwa § 932 ABGB – ist daher nicht zulässig). Die Bezugnahme auf „Schadenersatz" schließt sowohl Fälle ein in denen ein Unternehmer zur Zahlung von Schadenersatz verurteilt wurde wie auch Fälle in denen der Unternehmer einen pauschalierten Schadenersatz, zB auf der Grundlage von Vertragsstrafen, zu leisten hatte. In beiden Fällen ist freilich weiters (kumulativ) erforderlich, dass der Schadenersatz aufgrund der Verletzung von „wesentlichen Anforderungen" im Rahmen des früheren Auftrags- oder Konzessionsverhältnisses zu leisten war. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, ist aufgrund der konkreten Festlegungen im bezughabenden Vertrag zu klären. So wäre etwa die Zahlung einer Pönale in einem früheren Auftragsverhältnis wegen einer geringfügigen zeitlichen Verzögerung der Leistungserbringung im Kontext der Z 9 irrelevant außer die genaue Einhaltung des Leistungszeitpunktes stellte eine wesentliche Anforderung (Bedingung) dieses Auftragsverhältnisses dar (zB Aufbau von Zelten für das Finale der Fußball WM).

Wie sich aus EG 101 erschließen lässt, zielt Z 9 darauf ab, dass ein öffentlicher Auftraggeber nicht gezwungen sein soll, einen Unternehmer im Vergabeverfahren zu akzeptieren, der im Rahmen von vorhergehenden Auftrags- oder Konzessionsverhältnissen wesentliche Verpflichtungen im Rahmen der Leistungserbringung schuldhaft verletzt hat. Ist daher die Frage der rechtmäßigen Beendigung des früheren Vertragsverhältnisses oder ein Schadenersatzprozess zur Klärung der Schuldfrage gerichtsanhängig, so können derartige anhängige Prozesse für die Anwendung der Z 9 nicht herangezogen werden.

Wie der EuGH in der Rs C-387/14, *Esaprojekt*, festgehalten hat, ist es für den Ausschlussgrund der Z 10 ausreichend, wenn dem Unternehmer „*eine Fahrlässigkeit einer gewissen Schwere vorgeworfen werden kann, dh eine Fahrlässigkeit, die geeignet ist, einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen über einen Ausschluss, die Auswahl oder die Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu haben*" (Rz 71). Ein vorsätzliches Verhalten ist somit nicht gefordert und es ist daher der öffentliche Auftraggeber auch nicht verpflichtet, den Nachweis zu erbringen, dass der Unternehmer, der falsche Auskünfte erteilt hat, vorsätzlich gehandelt hat, um ihn gemäß Z 10 vom Vergabeverfahren auszuschließen. Die zum Nachweis der Eignung geforderten Nachweise bzw. Bescheinigungen gemäß Abs. 1 Z 10 können zB tatsächliche Dokumente oder die Eigenerklärung sein. Hinsichtlich des Verhältnisses dieser Bestimmung zu § 141 Abs. 2 soll klargestellt werden, dass Abs. 1 Z 10 den obligatorischen Ausschluss bei Vergehen im Zusammenhang mit der Eignung bzw. die nicht oder nicht fristgerechte Vorlage, Vervollständigung bzw. Erläuterung von bestimmten Eignungsnachweisen gemäß § 80 Abs. 3 betrifft. Demgegenüber betrifft § 141 Abs. 2 die Unterlassung von Aufklärungen anderer Art.

Argumentum a minori ad maius soll über den Wortlaut von Art. 57 Abs. 4 lit. i der RL 2014/24/EU hinaus nicht nur der Versuch der Übermittlung fahrlässig irreführender Informationen an den öffentlichen Auftraggeber, sondern auch die tatsächliche Übermittlung solcher Informationen zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren (Abs. 1 Z 11 lit. c) führen. Gleiches soll selbstverständlich auch für Abs. 1 Z 11 lit. a und b gelten, wobei hier jedoch der Versuch der häufigere Fall sein wird.

Abs. 3 und 4 sind im Kontext des Abs. 2 nicht relevant, da sie sich auf andere Tatbestände von Abs. 1 beziehen; aus diesem Grund ist eine Klarstellung des Verhältnisses zu diesen Absätzen (im Gegensatz zu Abs. 5) nicht notwendig.

Was als Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan anzusehen ist und wer im Unternehmen Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat, ergibt sich aus der jeweiligen Organisationsform des Unternehmens; dem öffentlichen Auftraggeber soll jedoch damit nicht aufgetragen werden, im Einzelfall prüfen zu müssen, wer in einem Unternehmen faktisch bestimmte Befugnisse hat; vielmehr ist eine typisierende Betrachtung vorzunehmen.

Zum Absehen vom Ausschluss bei Vorliegen der Ausschlussgründe wird auf die Erläuterungen zu § 83 Abs. 2 und 3 verwiesen.

Aus Abs. 2 ergibt sich e contrario, dass bei den Tatbeständen des Abs. 1 Z 2, 3 und 6 nur der Verstoß durch das Unternehmen selbst für die Beurteilung des Vorliegens von Ausschlussgründen relevant ist.

Abs. 4 Z 1 zufolge kann – im Kontext der Nichtzahlung von Steuern und Abgaben – trotz des Aufscheinens eines vollstreckbaren Rückstandes in der Rückstandsbescheinigung gemäß § 229 BAO vom Ausschluss des Unternehmers Abstand genommen werden, wenn dieser eine entsprechende Entrichtung der Abgabenschuldigkeiten nachweist oder eine Vereinbarung im Hinblick auf die Entrichtung eingegangen ist. Im Bereich der Steuern und Abgaben ist für Rückstände in Österreich diese Voraussetzung erfüllt, wenn eine bescheidmäßige Bewilligung eines Zahlungserleichterungsansuchens gem. § 212 BAO vorliegt. Die Zahlungserleichterung kann entweder darin bestehen, dass der Zeitpunkt der Entrichtung der Abgaben hinausgeschoben (Stundung) oder die Entrichtung in Raten genehmigt wird.

Im Falle des Abs. 4 Z 2 ist eine Einzelfallbetrachtung geboten. Die Beurteilung, ob „geringfügige“ Rückstände bestehen, ist insbesondere anhand folgender Kriterien zu beurteilen:

A) handelt es sich um einen Ausstand in einem laufenden oder soeben erst beendeten Berechnungszeitraum (zB Quartal);

B) wann entstand der Rückstand;

C) handelt es sich um eine signifikante Rückstandshöhe im Vergleich zum konkret betroffenen Unternehmen (Beurteilung etwa anhand eines Vergleiches des Rückstandes im Verhältnis zu Umsatz des Unternehmens).

Der Ausschluss wäre gemäß Abs. 4 Z 3 etwa dann aus anderen Gründen offensichtlich unverhältnismäßig, wenn der Unternehmer zwar Steuern, Abgaben oder Sozialversicherungsbeiträgen nicht entrichtet hat, aber über den Ausstand bzw. die Höhe des Ausstandes so spät informiert wurde, dass er keine Möglichkeit hatte, die in Z 1 erwähnten Maßnahmen rechtzeitig (vgl. dazu § 79) zu setzen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gemäß Abs. 4 Z 3 ist – bezogen auf das österreichische Abgabenverfahrensrecht – zu beachten, dass Abgaben entweder selbst zu berechnen und spätestens zu einem bestimmten Fälligkeitstag zu entrichten sind oder diese festgesetzt werden und den Steuerpflichtigen ab Zustellung des Bescheides eine Zahlungsfrist von einem Monat eingeräumt ist.

Zu der in Abs. 5 generell vorgesehenen Möglichkeit, von einem Ausschluss Abstand zu nehmen, wird auf die entsprechende Bestimmung in Art. 57 Abs. 3 erster UAbs. der RL 2014/24/EU verwiesen, wo als beispielhafte Gründe für das Absehen vom Ausschluss die öffentliche Gesundheit und der Umweltschutz genannt sind. Als Ausnahmebestimmung ist Abs. 5 eng auszulegen. An die Beurteilung, wann ein zwingender Grund des Allgemeininteresses anzunehmen ist, ist ein hoher Maßstab anzulegen. Als Beispiel kann folgende Situation genannt werden: Der öffentliche Auftraggeber muss dringend eine bestimmte Menge an Impfstoff beschaffen, der Impfstoff ist jedoch in ausreichender Menge nur bei einem Unternehmer lagernd, der wegen Bestechung verurteilt wurde.

Zu § 79 (Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung):

§ 79 enthält differenzierende Regelungen, zu welchem Zeitpunkt die Eignung bei den verschiedenen Verfahren vorliegen muss. Durch die Formulierung „muss […] spätestens […] vorliegen“ wird verdeutlicht, dass ab dem in Z 1 bis 10 genannten Zeitpunkt die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vorliegen muss und in der Folge nicht mehr verloren gehen darf. Abweichend davon sind beim dynamischen Beschaffungssystem und der Rahmenvereinbarung zwei Zeitpunkte genannt, welche zwei Zeitspannen eröffnen, in welchen die Eignung nicht verloren gehen darf; aufgrund der potentiell langen Laufzeit von Rahmenvereinbarungen und der potentiell unbeschränkten Laufzeit von dynamischen Beschaffungssystemen soll aber in der Zeit zwischen diesen Zeitspannen ein temporärer Verlust der Eignung nicht zu einem Ausschluss führen.

Darüber hinaus enthält der Einleitungssatz des § 79 keine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zu einer ständigen Überprüfung, ob nach den in den Z 1 bis 10 genannten Zeitpunkten die Eignung

seitens des Unternehmers noch vorliegt oder nicht. Nur sofern konkrete Anhaltspunkte für den Verlust eines Eignungselementes bestehen, ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, das Bestehen der Eignung zu verifizieren.

In den Z 4 und 5 bedeutet „grundsätzlich“, dass die Eignung bezogen auf jenen Leistungsgegenstand vorliegen muss, soweit er zum Zeitpunkt der Z 4 bzw. 5 bekannt war; damit wird den im Verhandlungsverfahren typischen Änderungen des Leistungsgegenstandes bei der Verpflichtung zum Nachweis Rechnung getragen.

Hinsichtlich der elektronischen Auktion ist darauf hinzuweisen, dass einschlägige Regelungen entbehrlich sind. Da die elektronische Auktion lediglich einen Verfahrensabschnitt darstellt, bestimmt sich der Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung nach den Regelungen für das Verfahren, das vor Durchführung der Auktion abgewickelt wurde. Die Regelung betreffend die Direktvergabe findet sich in § 46 Abs. 3, jene betreffend die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung in § 47 Abs. 6.

Zu § 80 (Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den öffentlichen Auftraggeber):

Mit der vorliegenden Bestimmung werden die Art. 19 Abs. 2, 56 Abs. 3, ein Teil von Art. 58 Abs. 1 sowie die Art. 59 und 61 der RL 2014/24/EU umgesetzt. Daneben wird die Möglichkeit der Aufschiebung der Umsetzung, welche mit Art. 90 Abs. 4 und 5 der RL 2014/24/EU eröffnet wird, in Anspruch genommen (vgl. § 377 Abs. 2 zu den Abs. 6 und 7 der vorliegenden Bestimmung).

§ 80 enthält die Grundsatzbestimmung für das Festlegen der Nachweise durch den öffentlichen Auftraggeber. Die festgelegten Eignungsnachweise sollen in der Bekanntmachung (§ 50 Abs. 3) oder in den Ausschreibungsunterlagen (§ 91 Abs. 3) enthalten sein. Der Zeitpunkt der Eignung (§ 79) bleibt von der vorliegenden Bestimmung aber unberührt.

Grundsätzlich entscheidet der öffentliche Auftraggeber, welche Nachweismittel vom Unternehmer für die Eignung vorzulegen sind. Es ist nicht Inhalt des Gesetzes, öffentliche Auftraggeber in ihrer Befugnis zu beschneiden, darüber zu entscheiden, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist; vielmehr soll bestimmt werden, mit welchen Nachweisen oder Beweismitteln die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit dargetan werden kann. Abs. 1 erster Satz stellt in diesem Zusammenhang eine Konkretisierung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Bei kleineren Auftragswerten ist es daher selbstverständlich nicht geboten, aufwendige Nachweismittel für die Eignung anführen zu müssen. Abs. 1 erster Satz impliziert, dass der öffentliche Auftraggeber jedenfalls alle ihm erforderlich erscheinenden Nachweise, die im Zusammenhang mit dem konkreten Auftrag stehen, zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Unternehmers festlegen darf; damit sind sowohl Nachweise im Sinne von inhaltlichen Anforderungen als auch die tatsächlichen Nachweisunterlagen gemeint. Nachweise, die in keinem Zusammenhang mit dem Auftrag stehen, darf der Auftraggeber vom Unternehmer allerdings nicht als Eignungsnachweise festlegen.

Sämtliche vorgesehenen Nachweise können grundsätzlich kumulativ verlangt werden. Die Vertraulichkeit übermittelter Unterlagen und deren Schutz ergeben sich bereits aus § 27 Abs. 1 und 2.

Hinsichtlich der Frage, wie aktuell die vom Unternehmer vorzulegenden Nachweise sein müssen, obliegt die Entscheidung grundsätzlich dem öffentlichen Auftraggeber, wobei die nachfolgenden Paragraphen diese Gestaltungsfreiheit teilweise wieder einschränken (vgl. etwa zur „letztgültigen“ Kontobestätigung § 82 Abs. 2 Z 4).

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist zu den Nachweisen, die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegt werden können, zu bemerken, dass bei diesen eine eigenständige Datenermittlung durch den öffentlichen Auftraggeber weitgehend hinfällig ist. Die Zurverfügungstellung entsprechender Daten durch die Bewerber oder Bieter selbst ist hingegen aus datenschutzrechtlicher Sicht unbedenklich.

Die im Zuge des Vergabeverfahrens vorzulegenden Nachweise können – je nach der gewählten bzw. durch Gesetz vorgeschriebenen Art der Kommunikation im entsprechenden Vergabeverfahren – entweder in Papierform oder aber auch in elektronischer Form (unter Beachtung der entsprechenden Erfordernisse wie zB in Bezug auf Echtheit und Richtigkeit) vorgelegt werden. Die Formulierung des § 80 wurde bewusst insofern neutral gewählt als nicht auf die Papierform der Nachweise Bezug genommen wurde.

Durch den Verweis auf die §§ 81 bis 87 in Abs. 1 soll klargestellt werden, dass andere Nachweise als die in diesen Bestimmungen (und den dazugehörigen Anhängen) genannten nicht vom Unternehmer verlangt werden dürfen; das gilt auch für weiter gehende inhaltliche Anforderungen (vgl. Art. 58 Abs. 1 zweiter UAbs. erster Satz der RL 2014/24/EU).

Die zusätzliche Verpflichtung zur Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wie in Abs. 1 zweiter Satz festgelegt („sachlich gerechtfertigt“), ergibt sich aus der auch hier zu beachtenden

Grundregel des vorangehenden Satzes. Auch hier dürfen keine „zusätzlichen“, über die zulässigen Nachweise hinausgehenden Nachweise von der Arbeits- oder Bietergemeinschaft abverlangt werden. Vielmehr sind mit den „besonderen“ Festlegungen solche Festlegungen angesprochen, die von jenen für Unternehmer abweichen, die nicht im Rahmen einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft ein Angebot legen.

Anstelle der sofortigen Vorlage von Nachweisen kann der Bewerber oder Bieter seine Eignung sowie gegebenenfalls die Erfüllung der Auswahlkriterien nunmehr auch durch die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) gemäß der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, ABl. L Nr. 3 vom 06.01.2016 S. 16, belegen. Die EEE ist ein elektronisches Dokument, welches die grenzüberschreitende Teilnahme von Unternehmern erleichtern soll, da das Dokument in allen Amtssprachen der Union verfügbar ist. EG 84 der RL 2014/24/EU führt dazu aus: „*Nach Auffassung vieler Wirtschaftsteilnehmer – und nicht zuletzt der KMU – ist eines der Haupthindernisse für ihre Beteiligung an öffentlichen Vergabeverfahren der Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit der Beibringung einer Vielzahl von Bescheinigungen oder anderen Dokumenten, die die Ausschluss- und Eignungskriterien betreffen. Eine Beschränkung der entsprechenden Anforderungen, beispielsweise durch die Verwendung einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung, die aus einer aktualisierten Eigenerklärung besteht, könnte eine erhebliche Vereinfachung zum Nutzen sowohl der öffentlichen Auftraggeber als auch der Wirtschaftsteilnehmer bedeuten. Der Bieter, dem der Zuschlag erteilt werden soll, sollte jedoch die relevanten Nachweise vorlegen müssen; öffentliche Auftraggeber sollten keine Verträge mit Bietern schließen, die dazu nicht in der Lage sind. Öffentliche Auftraggeber sollten auch berechtigt sein, jederzeit sämtliche oder einen Teil der unterstützenden Unterlagen zu verlangen, wenn dies ihrer Ansicht nach zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. Insbesondere könnte dies der Fall sein bei zweistufigen Verfahren — nichtoffenen Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblichen Dialogen und Innovationspartnerschaften —, bei denen die öffentlichen Auftraggeber von der Möglichkeit Gebrauch machen, die Anzahl der zur Einreichung eines Angebots aufgeforderten Bewerber zu begrenzen. Zu verlangen, dass unterstützende Unterlagen zum Zeitpunkt der Auswahl der einzuladenden Bewerber vorgelegt werden, ließe sich damit begründen, zu vermeiden, dass öffentliche Auftraggeber Bewerber einladen, die sich später in der Vergabestufe als unfähig erweisen, die zusätzlichen Unterlagen einzureichen, und damit geeigneten Bewerbern die Möglichkeit der Teilnahme nehmen. Es sollte ausdrücklich angegeben werden, dass die Einheitliche Europäische Eigenerklärung auch die relevanten Informationen hinsichtlich der Unternehmen, deren Kapazitäten ein Wirtschaftsteilnehmer in Anspruch nimmt, enthalten sollte, so dass die Überprüfung der Informationen über diese Unternehmen zusammen mit der Überprüfung bezüglich des Hauptwirtschaftsteilnehmers und unter den gleichen Voraussetzungen durchgeführt werden kann.*“

Die EEE kann unter Verwendung der Website der Kommission https://ec.europa.eu/tools/espd erstellt bzw. ausgefüllt werden; daneben können etwa Kommunikationsplattformen oder sonstige Anbieter eigene Versionen zum Ausfüllen einer EEE anbieten.

Aus Abs. 2 erster Satz folgt bereits, dass der öffentliche Auftraggeber die EEE akzeptieren muss. Diese kann je nach den Festlegungen des öffentlichen Auftraggebers zur Kommunikation entweder in Papierform oder elektronisch vorgelegt werden (wobei im Oberschwellenbereich ab 18. Oktober 2018 die elektronische Kommunikation verpflichtend wird, was sich auch auf die EEE erstreckt). Die Verwendung der EEE ist ein Recht des Unternehmers, nicht aber eine Verpflichtung. Jeder Bewerber oder Bieter kann stattdessen auch gleich die geforderten Nachweise – gegebenenfalls auch mittels eines Katasterdienstes (vgl. Abs. 5) – vorlegen. Der öffentliche Auftraggeber ist nicht verpflichtet, die EEE den Ausschreibungsunterlagen beizulegen; falls er dies dennoch tut, so ist die EEE als Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen elektronisch zur Verfügung zu stellen.

Der zweite und dritte Satz von Abs. 2 erfasst für den Unterschwellenbereich die bereits bestehende österreichische Eigenerklärung. Eine Eigenerklärung muss sich gemäß dem Wortlaut des Abs. 2 zweiter Satz konkret auf die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Eignungskriterien beziehen (arg. „[…]die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllt und die festgelegten Nachweise […]“). Die Eigenerklärung muss sich daher auf ein konkretes Vergabeverfahren eines bestimmten öffentlichen Auftraggebers beziehen. Eine in keiner Weise substantiierte Erklärung, „geeignet“ zu sein, ist als unzureichend anzusehen. Ausdrücklich festgehalten wird im dritten Satz des Abs. 2, dass der Unternehmer die Befugnisse, über die er konkret verfügt, anzugeben hat; die bloße Erklärung, „befugt“ zu sein, ist daher keinesfalls ausreichend. Schließlich muss der Bewerber oder Bieter in der Lage sein, die Nachweise im Laufe des Vergabeverfahrens ohne unnötigen Verzug vorzulegen, falls der öffentliche Auftraggeber den Unternehmer dazu auffordert, und er muss eben dies in der Eigenerklärung bestätigen. Gemäß den Vorgaben des Abs. 2 zweiter und dritter Satz wäre daher beispielsweise folgende Erklärung ausreichend: „*Ich, ...* [Name des Unternehmens]*, erkläre hiermit, dass ich die vom öffentlichen*

Auftraggeber … [Name des öffentlichen Auftraggebers] *in der Ausschreibung AZ … verlangten Eignungskriterien erfülle und die darin festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen kann. Ich verfüge über folgende Befugnis(se): 1) …, 2) …*“.

Das Gesetz enthält keine ausdrücklichen Regelungen für den Fall, dass sich eine EEE oder eine Eigenerklärung nachträglich als unrichtig herausstellt. Hinzuweisen ist zum einen auf mögliche zivilrechtliche Konsequenzen sowie zum anderen darauf, dass eine falsche EEE bzw. Eigenerklärung sowohl den Tatbestand des § 78 Abs. 1 Z 10 erfüllen kann als auch – nach den Umständen des Einzelfalles – als schwere Verfehlung im Sinne des § 78 Abs. 1 Z 5 angesehen werden kann. Stellt sich daher noch während eines laufenden Vergabeverfahrens heraus, dass die von einem Unternehmer vorgelegte EEE bzw. Eigenerklärung (gänzlich oder teilweise) unrichtig ist, so führt dies zum Ausschluss des Unternehmers vom Vergabeverfahren, sofern nicht aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses auf dessen Beteiligung ausnahmsweise nicht verzichtet werden kann (vgl. dazu § 78 Abs. 5). Stellt sich erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens heraus, dass die vom Zuschlagsempfänger vorgelegte EEE bzw. Eigenerklärung (gänzlich oder teilweise) unrichtig war, so berechtigt dies den öffentlichen Auftraggeber zur Anfechtung des Vertrages gemäß § 871 ABGB, denn in diesem Fall hat der Unternehmer seine im BVergG 2017 normierten Aufklärungspflichten verletzt (vgl. dazu § 871 Abs. 2 ABGB). Stellt sich in diesem Zusammenhang etwa heraus, dass die Abwicklung des Auftrages einen Verstoß gegen § 373a Abs. 1 GewO 1994 darstellen würde, so besteht sogar eine gewerberechtliche Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Anfechtung des Vertrages, da der öffentliche Auftraggeber ansonsten eine Verwaltungsübertretung gemäß § 367 Z 54 GewO 1994 begehen würde.

Zur Klarstellung wird zu Abs. 2 festgehalten, dass im Oberschwellenbereich die Vorlage der EEE oder der Nachweise zulässig ist; im Unterschwellenbereich kann der Unternehmer die EEE oder die Eigenerklärung oder aber die Nachweise beibringen. Der Verweis auf einen Katasterdienst und eine gebührenfreie Datenbank ist natürlich immer möglich und als Beibringung der Nachweise durch den Unternehmer zu verstehen (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 12. September 2016, Ra 2015/04/0081).

Die Dauer der vom öffentlichen Auftraggeber gemäß Abs. 3 festzusetzenden Frist zur Vervollständigung oder Erläuterung der Unterlagen oder Bescheinigungen hat sich etwa daran zu orientieren, ob bestimmte zusätzliche Unterlagen leicht beigeschafft werden können oder ob die Erläuterungen komplexer oder simpler Natur sind. Die Frist darf jedenfalls nicht so kurz bemessen werden, dass eine Reaktion des Unternehmers nicht oder nur unter äußersten Anstrengungen möglich ist (vgl. dazu auch die allgemeine Bestimmung betreffend die Festlegung von Fristen in § 68). Es kann aber auch eine durchaus kurze Frist als angemessen angesehen werden. Aus einem systematischen Vergleich mit anderen Fristenregelungen des Gesetzes (vgl. etwa § 69, der für die Übermittlung bzw. Zur-Verfügung-Stellung zusätzlicher Auskünfte eine Frist von maximal sechs bzw. vier Tagen vorsieht) folgt, dass der öffentliche Auftraggeber nicht gezwungen ist, längere Zeit zuzuwarten, bis der Unternehmer die geforderten Nachweise beischafft. Abhängig von der Art des durchgeführten Vergabeverfahrens kann somit auch eine sehr kurze Frist (etwa ein Tag) angemessen sein.

Die Entscheidung, ob und gegebenenfalls welche Nachweise verlangt werden, liegt – insbesondere auch bei größeren Aufträgen im Unterschwellenbereich – grundsätzlich in der Verantwortung der vergebenden Stelle. Es können mittels interner Anweisungen (zB per Erlass) auch generell niedrigere Schwellenwerte festgelegt werden, ab deren Erreichen jedenfalls die Vorlage der entsprechenden Nachweise vom Zuschlagsempfänger bzw. den Parteien der Rahmenvereinbarung zu verlangen sind. Die Regelung des Abs. 3 ist von dem Grundsatz getragen, dass der öffentliche Auftraggeber darüber bestimmt, welche Nachweise (etwa nur hinsichtlich einzelner Eignungsbestandteile wie der Zuverlässigkeit oder der technischen Leistungsfähigkeit) von welchen Unternehmern er vorgelegt bekommen möchte. Dies ermöglicht es dem öffentlichen Auftraggeber, auf seine unterschiedlichen Informationsbedürfnisse hinsichtlich einzelner Bewerber oder Bieter individuell reagieren zu können. Sofern daher bei bestimmten Unternehmern kein Informationsbedürfnis des öffentlichen Auftraggebers besteht (etwa weil der öffentliche Auftraggeber zu diesen ständige Geschäftsbeziehungen pflegt und deswegen die Nachweise beim öffentlichen Auftraggeber in der von ihm festgelegten Qualität bereits verfügbar sind), ist die Vorlage der Nachweise (außer im Fall des Zuschlagsempfängers im Oberschwellenbereich) nicht erforderlich. Handelt es sich aber um einen dem öffentlichen Auftraggeber unbekannten Unternehmer, so folgt bereits aus den allgemeinen Grundsätzen, dass sich der öffentliche Auftraggeber nicht mit der bloßen Eigenerklärung begnügen darf. Unterschiede können sich auch aus der Plausibilität der Eigenerklärung oder daraus resultieren, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Eignung eines bestimmten Unternehmers aus Anlass eines anderen Vergabeverfahrens erst vor kurzem geprüft hat.

Zum anderen ergibt aus Abs. 3, dass die Unternehmer, von denen die Vorlage der Nachweise verlangt wird, identifiziert sein müssen, da sie nur dann „bestimmt“ sind. Dies hat zur Folge, dass Nachweise

grundsätzlich nicht mehr zwingend zu Beginn, sondern – je nach Verfahrensart – auch im späteren Verlauf des Verfahrens verlangt und vorgelegt werden können bzw. müssen (nach Festlegung durch den öffentlichen Auftraggeber). Hierbei wird je nach Verfahrensart zu differenzieren sein:

- Beim offenen Verfahren ist es unzulässig, vorab bereits von allen Bietern die Vorlage von Nachweisen zu verlangen (da diese zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestimmt sind); der öffentliche Auftraggeber kann vielmehr Nachweise in einem zweiten Schritt nur von bestimmten Bietern verlangen – sinnvollerweise von denjenigen, die für die Zuschlagserteilung in Betracht kommen bzw. allenfalls überhaupt nur vom präsumtiven Zuschlagsempfänger (der öffentliche Auftraggeber kann die Vorlage der Nachweise vor, aber auch erst nach Mitteilung der Zuschlagsentscheidung verlangen; im letzteren Fall mit dem Risiko, dass – falls der Unternehmer die geforderten Nachweise nicht beibringt – die Zuschlagsentscheidung und das Nachweisverfahren mit dem Zweitgereihten wiederholt werden müssen);
- Bei zweistufigen Verfahren hat der öffentliche Auftraggeber verschiedene Möglichkeiten: Er muss sich entscheiden, ob er von den Bewerbern in einem ersten Schritt lediglich die Vorlage jener Nachweise verlangt, die sich auf die Auswahlkriterien beziehen, oder ob er sich sofort alle ihm erforderlich erscheinenden Nachweise vorlegen lassen will, oder ob er die Vorlage der Nachweise erst vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe verlangt oder ob er sich erst vor Zuschlagserteilung vom Zuschlagsempfänger alle festlegten Nachweise vorlegen lässt (auf das unter den Ausführungen zum offenen Verfahren dargestellte Risiko wird hingewiesen).

Mit Abs. 3 zweiter Satz wird die Frage geregelt, wann der öffentliche Auftraggeber vom Zuschlagsempfänger bzw. den Parteien der Rahmenvereinbarung auch bei Vorliegen einer Eigenerklärung jedenfalls die festgelegten Nachweise verlangen muss. Danach ist die Vorlage der Nachweise vom Zuschlagsempfänger bzw. den Parteien der Rahmenvereinbarung erst bei Aufträgen im Oberschwellenbereich zwingend geboten (wie bisher ist bei einer Vergabe in Losen für die Frage der Anwendung des Regime des Abs. 3 zweiter Satz nicht der geschätzte Gesamtwert aller Lose maßgeblich, sondern der Wert des einzelnen Loses). Damit soll einerseits der Grundsatz der Vergabe nur an geeignete Unternehmer beibehalten, anderseits aber das aufwändige Produzieren von Nachweisen möglichst hintan gehalten werden. Im Unterschwellenbereich ergibt sich e contrario, dass eine Verpflichtung zur Aufforderung, die Nachweise vorzulegen, grundsätzlich nicht besteht; dem öffentlichen Auftraggeber bleibt hier jedoch die Möglichkeit unbenommen, auch im Unterschwellenbereich vom Zuschlagsempfänger bzw. den Parteien der Rahmenvereinbarung die Vorlage der festgelegten Nachweise zu verlangen. Während sich Abs. 3 erster Satz auf alle Vergabeverfahren (also auch Wettbewerbe) bezieht, ist die Verpflichtung des zweiten Satzes auf die Vergabe von Aufträgen und den Abschluss von Rahmenvereinbarungen beschränkt. Dies bedeutet, dass bei Wettbewerben keine Verpflichtung zur Einholung der Nachweise des Gewinners besteht; falls im Anschluss an einen Wettbewerb ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, so ist freilich bei diesem die Verpflichtung des zweiten Satzes zu beachten.

Abs. 6 und 7 sind selbstverständlich auch im Kontext von Abs. 3 zu beachten.

Abs. 4 stellt eine Reaktion auf das Erkenntnis des VfGH VfSlg. 17.230/2004 dar. Um allfällige Unklarheiten zu vermeiden, die aus der Frage resultieren können, wann von unterschiedlichen Befugnissen in verschiedenen Fachrichtungen auszugehen ist, soll damit klargestellt werden, dass es darauf ankommt, dass jedes Mitglied die Befugnis für den Leistungsteil nachweisen kann, den es konkret erbringen wird. Bei einem heterogenen Leistungsgegenstand ist dies nicht gleichbedeutend mit der Befugnis für die Erbringung des Gesamtauftrages. Ist hingegen der Leistungsgegenstand derart homogen, dass für alle Teilleistungen dieselbe Befugnis notwendig ist, dann muss jedes Mitglied diese Befugnis nachweisen können. Das Erfordernis, dass im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeitsgemeinschaft oder eine Bietergemeinschaft jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen hat, bedeutet im Falle von Teilleistungen, für die keine Befugnis erforderlich ist, dass die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft oder der Bietergemeinschaft, die diese Teilleistungen erbringen, keine Nachweise betreffend ihre Befugnis beizubringen haben.

Die in Abs. 5 genannten Nachweise („jene Nachweise“) sind die vom öffentlichen Auftraggeber konkret geforderten Nachweise, dh. dass insbesondere die Aktualität des Nachweises gegeben sein muss. Der Unternehmer kann gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber auf eine kostenlos zugängliche Datenbank hinweisen. In Österreich ist derzeit die Insolvenzdatenbank (http://www.ediktsdatei.justiz.gv.at/) kostenlos; der direkte und kostenlose Zugriff zur Rückstandsbescheinigung kann vom Unternehmer im Einzelfall ermöglicht werden. Die Kontobestätigung bzw. Unbedenklichkeitsbescheinigung des jeweils

zuständigen Sozialversicherungsträgers ist zwar kostenlos, jedoch kann der öffentliche Auftraggeber nicht darauf zugreifen, sodass hier keine Datenbank im Sinne des Abs. 5 vorliegt.

Art. 59 Abs. 5 erster UAbs. der RL 2014/24/EU legt fest, dass Wirtschaftsteilnehmer keine zusätzlichen Unterlagen oder sonstigen dokumentarischen Nachweise vorlegen müssen, „*sofern und soweit der öffentliche Auftraggeber die Bescheinigungen oder die einschlägigen Informationen direkt über eine gebührenfreie nationale Datenbank* […] *erhalten kann*". Als „nationale Datenbank" im Sinne dieser Richtlinienbestimmung gilt eine „*von staatlichen Stellen verwaltet*[e]" Datenbank, wie EG 85 der RL 2014/24/EU klarstellt. Damit auch nicht von Behörden verwaltete Datenbanken im Kontext der Nachweisführung eingesetzt werden können, soll – unionsrechtskonform – die Minimalverpflichtung der RL 2014/24/EU im Rahmen der Umsetzung erweitert werden, indem die Nutzung auf nicht öffentliche Datenbanken (ob in Österreich oder in anderen Mitgliedstaaten) erstreckt wird, die die übrigen unionsrechtlichen Voraussetzungen erfüllen (insbesondere direkte Zugänglichkeit für den öffentlichen Auftraggeber und Kostenfreiheit).

Der erste Satz ermöglicht wie bisher den Nachweis durch die Eintragung in einem Katasterdienst, wie beispielsweise im Österreichischen Auftragnehmerkataster (ANKÖ). Wie bisher muss der öffentliche Auftraggeber die Erbringung des Eignungsnachweises mittels Katasterdienst akzeptieren, sofern (und soweit) die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Nachweismittel beim Dienstanbieter verfügbar sind und der öffentliche Auftraggeber auf diese Nachweise unmittelbar (zB etwa online) und kostenlos zugreifen kann. Es wird erneut darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit der unmittelbaren Abrufbarkeit dann nicht besteht, wenn der öffentliche Auftraggeber nicht Mitglied bzw. Kunde des Katasterdienstes ist; der öffentliche Auftraggeber kann daher auch nicht verpflichtet werden, einen Mitgliedsbeitrag zu entrichten, um Mitglied bzw. Kunde des Katasterdienstes zu werden. Nur soweit diese Voraussetzungen vorliegen, muss der öffentliche Auftraggeber diese Form der Erbringung des Eignungsnachweises akzeptieren.

Zusätzlich soll klargestellt werden, dass diese Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers nur dann gilt, wenn (und soweit) diese Nachweise in der vom öffentlichen Auftraggeber gewünschten Aktualität verfügbar sind. Dabei ist es nicht notwendig, dass der Dienstanbieter alle Nachweise tagesaktuell zum Abruf bereit hält; vielmehr reicht es aus, wenn die Nachweise auf Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers binnen angemessener Frist aktualisiert werden (auch Abs. 3 stellt auf ein Vorlegen bzw. Vervollständigen von Nachweisen „binnen einer angemessenen Frist" ab). Die Möglichkeit, eine Aktualisierung beim Katasterdienst zu erwirken, hindert den öffentlichen Auftraggeber nicht, aktuelle Nachweise unmittelbar beim Bieter anzufordern. Der Bieter kann allerdings seinerseits auf die Eintragung im Verzeichnis verweisen, soweit die dort vorhandenen Nachweise binnen angemessener Frist aktualisiert werden.

Art. 59 Abs. 1 vierter UAbs. der RL 2014/24/EU sieht im Zusammenhang mit Datenbanken vor, dass die EEE in diesem Fall auch die zu diesem Zweck benötigten Informationen wie zB die Internetadresse der Datenbank, Identifikationsdaten und gegebenenfalls die erforderliche Einverständniserklärung enthält. Da diese Inhalte bereits in der EEE direkt enthalten sind (vgl. Durchführungsverordnung (EU) 2016/7), ist eine gesonderte Umsetzung im Gesetz nicht notwendig.

Zum Zustimmungserfordernis vgl. § 8 Abs. 1 Z 2 und § 9 Z 6 DSG 2000; zum Begriff der „Verwendung" von Daten vgl. § 4 Z 8 DSG 2000. Die Zustimmung kann bereits mit der EEE erteilt werden, vgl. Teil VI von Anhang 2 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 („Abschlusserklärungen"). Mit Inkrafttreten der Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. Nr. L 119 vom 04.05.2016 S. 1 (Datenschutz-Grundverordnung), am 25. Mai 2018 findet auf Zustimmungen bzw. Einwilligungen insbesondere Art. 7 der Datenschutz-Grundverordnung Anwendung. Beruhen die Verarbeitungen auf einer schon zuvor rechtmäßig erteilten Einwilligung, so ist es nicht erforderlich, dass die betroffene Person erneut ihre Einwilligung dazu erteilt, wenn die Art der bereits erteilten Einwilligung den Bedingungen der Datenschutz-Grundverordnung entspricht, so dass der Verantwortliche die Verarbeitung nach dem Zeitpunkt der Anwendung der vorliegenden Verordnung fortsetzen kann (vgl. EG 171 der Datenschutz-Grundverordnung).

Abs. 6 sieht vor, dass der öffentliche Auftraggeber, soweit bei ihm geeignete Unterlagen im Sinne des ersten Satzes vorliegen (somit Unterlagen, die den vom öffentlichen Auftraggeber festgesetzten Anforderungen an Inhalt und Aktualität entsprechen), die neuerliche Vorlage diese Unterlagen vom Unternehmer nicht verlangen darf. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass der Unternehmer sich nicht auf Abs. 6 berufen darf, wenn die beim öffentlichen Auftraggeber verfügbaren Unterlagen dieses Unternehmers nicht genau den Festlegungen des öffentlichen Auftraggebers in der Ausschreibung entsprechen bzw. nicht die entsprechenden Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers erfüllen.

Dieses als „only once“ bekannte Prinzip soll nur für Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gelten, was den öffentlichen Auftraggeber jedoch nicht daran hindern soll, auch im Unterschwellenbereich bereits erhaltene geeignete Nachweise wiederzuverwenden.

Aus dem auch in diesem Kontext anwendbaren DSG 2000 folgt, dass grundsätzlich von einer konkludenten Zustimmung des Unternehmers zur wiederholten (jedoch nicht: pauschalen) Verwendung der Unterlagen durch den öffentlichen Auftraggeber auszugehen ist, der Unternehmer aber jederzeit die Möglichkeit hat, diese Zustimmung hinsichtlich einzelner oder aller Nachweise zu widerrufen; auch muss die konkludente Zustimmung für jeden neuen Fall vorliegen. Die Zustimmung kann überdies auch für nur einzelne Nachweise erteilt werden, die der Unternehmer zu bezeichnen hat. Mit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung ist von der Notwendigkeit einer eindeutigen bestätigenden Handlung auszugehen (vgl. Art. 4 Z 11 der Datenschutz-Grundverordnung). Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person (hier: des Unternehmers) sollen daher keine Einwilligung darstellen (vgl. EG 32 der Datenschutz-Grundverordnung).

Der Unternehmer hat, sofern er bei Vorlage von Nachweisen einzelne oder alle Nachweise nicht vorlegt, da diese beim öffentlichen Auftraggeber in der geforderten Aktualität und mit dem geforderten Inhalt bereits im Sinne des Abs. 6 vorliegen, darauf hinzuweisen, dass der betreffende Nachweis bzw. die betreffenden Nachweise beim öffentliche Auftraggeber – nach Möglichkeit unter Bezeichnung des Verfahrens, im Rahmen dessen der Nachweis vorgelegt wurde, sowie der vergebenden Stelle dieses Verfahrens – in der geforderten Aktualität und mit dem geforderten Inhalt bereits vorliegt.

Hinsichtlich der Möglichkeit, eine Datenbank im Sinne des Abs. 6 zweiter Satz einzurichten, wird darauf hingewiesen, dass bei Einrichtung einer solchen Datenbank eine Meldung gemäß § 17 DSG 2000 und eine Vorabprüfung gemäß § 18 Abs. 2 DSG 2000 notwendig sein kann. Die Meldepflicht nach den §§ 17 ff DSG 2000 (wie auch die Vorabkontrollpflicht nach § 18 Abs. 2 DSG 2000) entfällt ab dem 25. Mai 2018. Stattdessen sieht die Datenschutz-Grundverordnung eine Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art 35 der Datenschutz-Grundverordnung vor. Eine Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung ist insbesondere in den Fällen des Art. 35 Abs. 3 der Datenschutz-Grundverordnung erforderlich. Auftraggeber der Datenbank ist der jeweilige öffentliche Auftraggeber; die Ermächtigung zur Einsicht soll nur im Einzelfall an die vergebende Stelle für den jeweils konkret benötigten Nachweis erteilt werden. Daneben wird aus der Wortfolge „[…] Nachweise [die] geeignet sind, die Eignung nachzuweisen […]“ klar, dass Nachweise, denen die Eignung insbesondere wegen mangelnder Aktualität nicht mehr zukommt, vom öffentlichen Auftraggeber aus der Datenbank zu löschen sind.

Die in Abs. 7 angesprochene Online-Datenbank e-Certis kann unter http://ec.europa.eu/ecertis aufgerufen werden. Mit dieser Datenbank (welche keine personenbezogenen Daten enthält) soll die grenzüberschreitende Vergleichbarkeit von Dokumenten („grenzüberschreitendes Pendant“) erleichtert werden. Eine Möglichkeit, um den Inhalt eines solchen Nachweises zu überprüfen, findet sich in § 359 (grenzüberschreitende Zusammenarbeit über das Internal Market Information System).

Zu § 81 (Nachweis der Befugnis):

Mit Abs. 1 wird Art. 58 Abs. 2 der RL 2014/24/EU umgesetzt.

Zur Klarstellung ist hervorzuheben, dass der Nachweis der Befugnis für in Österreich niedergelassene Unternehmer nach den in Österreich vorgesehenen Bescheinigungen zu erfolgen hat. Die Vorlage eines Firmenbuchauszuges reicht demnach nicht hin, die Gewerbeberechtigung nachzuweisen, weil bei der Eintragung ins Firmenbuch diese Angabe des Anmeldenden ungeprüft eingetragen wird.

Abs. 1 enthält keinerlei Vorgaben hinsichtlich der Aktualität der Nachweise. Es obliegt daher dem Auftraggeber bekannt zu geben, wie alt derartige Nachweise maximal sein dürfen. Da damit das (aktuelle) Vorliegen der Befugnis nachgewiesen werden muss, ist aber anzunehmen, dass diese Nachweise eine gewisse Aktualität aufweisen müssen. Nachweise hinsichtlich der beruflichen Befugnis ausländischer Unternehmer können gemäß Abs. 1 bei den in Anhang IX genannten Berufs- oder Stellen angefordert werden.

Durch das ASRÄG 2014, mit dem unter anderem das AVRAG novelliert wurde, wurden die Bestimmungen betreffend die Untersagung der Dienstleistung und die Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB neu gefasst. Mit der Neuerlassung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes – LSB-BG – wurden die entsprechenden Bestimmungen vom AVRAG in das LSD-BG übertragen, sodass in Abs. 2 nunmehr auf das LSD-BG verwiesen wird.

Die Untersagung der Dienstleistung nach § 31 LSD-BG hat – wie auch durch den Hinweis in den Erläuterungen auf § 373a GewO (Dienstleistungsanzeige) verdeutlicht wird – zur Konsequenz, dass der von der Untersagung betroffene Unternehmer für die Dauer der Untersagung seine Befugnis zur

Ausübung der Dienstleistung verliert. Die (gewerberechtliche) Befugnis ist eine Grundvoraussetzung für die Teilnahme an Vergabeverfahren, deren Fehlen zum Ausscheiden des Angebotes des betreffenden Unternehmers führt (vgl. dazu etwa § 20 Abs. 1 und § 141 Abs. 1 Z 2). Die Untersagung nach § 31 LSD-BG hat daher zwingend zur Konsequenz, dass der Unternehmer für die Dauer der Untersagung mangels Befugnis an keinen Vergabeverfahren gemäß BVergG 2017 teilnehmen kann. Durch die vorgesehene zwingende Abfrage aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB soll gewährleistet werden, dass Bewerber, Bieter oder deren Subunternehmer, denen die Ausübung der Dienstleistung untersagt worden ist, für die Dauer der Untersagung jedenfalls von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Durch das in § 31 Abs. 2 und 3 LSD-BG vorgesehene System wird gewährleistet, dass der Judikatur des VfGH (vgl. VfSlg. 15.216/1998) ausreichend Rechnung getragen ist (vgl. dazu schon die Regelung des § 83 betreffend die berufliche Zuverlässigkeit). Die Abfrage in Bezug auf die Befugnis bezieht sich allein auf die Untersagung der Dienstleistung gemäß § 31 LSD-BG (vgl. dazu auch den Wortlaut der Regelungen, die auf eine zurechenbare „Entscheidung“ abstellen). Ungeachtet dessen kann der öffentliche Auftraggeber eine „Gesamtabfrage“ aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB in Bezug auf Unternehmer durchführen und unter einem Informationen im Zusammenhang mit der Befugnis und der beruflichen Zuverlässigkeit (vgl. dazu § 82 Abs. 3) einholen. Zur Definition des Subunternehmers vgl. § 2 Z 34 sowie die dazugehörigen Erläuterungen.

Zu § 82 (Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit):

Die vorliegende Bestimmung setzt Art. 60 Abs. 1 und 2 der RL 2014/24/EU mit um.

Klarzustellen ist im Zusammenhang mit § 86, dass eine Substitution der Zuverlässigkeit nicht möglich ist.

Die vorliegende Bestimmung enthält abschließend alle zulässigen Nachweise, welche von einem Unternehmer hinsichtlich seiner allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit verlangt werden können. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist dazu zu bemerken, dass damit eine eigenständige Datenermittlung durch den öffentlichen Auftraggeber weitgehend hinfällig ist. Die Zurverfügungstellung entsprechender Daten durch die Bewerber oder Bieter selbst ist hingegen aus datenschutzrechtlicher Sicht unbedenklich.

Das Gesetz enthält keinerlei Vorgaben hinsichtlich der Aktualität der Nachweise gemäß Abs. 2 Z 1 bis 3. Es obliegt daher dem öffentlichen Auftraggeber bekanntzugeben, wie alt derartige Nachweise maximal sein dürfen. Diese Frist darf aber jedenfalls nicht zu kurz bemessen sein, da dies zu einer Diskriminierung führen könnte.

In Abs. 2 wird verdeutlicht, dass auch äquivalente Dokumente eines Bewerbers oder Bieters einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens anzuerkennen sind.

Im Zusammenhang mit Abs. 2 Z 1 ist klarzustellen, dass unter Umständen sowohl die Strafregisterbescheinigung als auch die Registerauskunft für Verbände vorzulegen sind, wenn nämlich das nachweisführende Unternehmen eine juristische Person ist.

Da die Insolvenzdatei eine für den öffentlichen Auftraggeber direkt verfügbare gebührenfreie Datenbank im Sinne des § 80 Abs. 5 ist, legt der öffentliche Auftraggeber mit der Festlegung des vorliegenden Nachweises fest, dass er in die Insolvenzdatei Einblick nehmen wird, da der öffentliche Auftraggeber gemäß der genannten Bestimmung direkt auf diese Datenbank zugreifen muss.

Für die Beurteilung der Gleichwertigkeit im Sinne von Abs. 2 Z 3 kann Anhang IX herangezogen werden, sofern in den dort genannten Registern bzw. Bescheinigungen die Information gemäß § 78 Abs. 1 Z 3 tatsächlich enthalten ist.

Gemäß § 229a BAO hat das Finanzamt auf Antrag des Abgabepflichtigen (eine elektronische Antragstellung via Finanz Online ist möglich) eine Rückstandsbescheinigung auszustellen. Diese Bescheinigung enthält den vollstreckbar aushaftenden Rückstand einschließlich jener Beträge, deren Einbringung gemäß § 231 BAO ausgesetzt wurde, oder die Feststellung, dass kein solcher Rückstand besteht. Der maßgebende Rückstand ist jener, der gemäß § 229 BAO als Gegenstand eines Rückstandsausweises in Betracht kommt. Gemäß § 231 BAO ausgesetzte Beträge gehören zum Rückstand im Sinn des § 229a BAO. Nicht hiezu gehören Abgabenschuldigkeiten, deren Einbringung gehemmt ist (zB bei Aussetzung der Einhebung gemäß § 212a BAO oder bei Zahlungserleichterungen nach § 212 BAO). Die Rückstandsbescheinigung gem. § 229a BAO ist eine Wissenserklärung der Steuerbehörde betreffend vollstreckbare Abgabenforderungen und dient als Nachweis für den Abgabenpflichtigen. Es handelt sich nicht um einen Bescheid. Basis für die Rückstandsbescheinigung ist ein (rechtskräftiger) Bescheid des Finanzamtes oder ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes. Rückstandsausweise werden daher seitens der Steuerbehörden ausgestellt, wenn vollstreckbare Steuerrückstände vorliegen; sie dienen als Nachweis des Exekutionstitels, bspw. gegenüber

Drittschuldnern. Stundungen und Ratenbewilligungen schieben die Vollstreckbarkeit von Abgabenforderungen hinaus.

Durch das ASRÄG 2014 wurden vergaberechtlich relevante Strafbestimmungen neu gefasst, die sich nunmehr in §§ 28 und 29 LSD-BG finden, auf welche Abs. 3 verweist. Analog zur verpflichtenden Einholung einer Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen im Hinblick auf Verurteilungen betreffend illegale Beschäftigung („Schwarzarbeit“) soll nunmehr auch eine Einholung einer Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB im Hinblick auf Verurteilungen betreffend besonders gravierende Verletzungen des LSD-BG (wegen Unterentlohnung oder Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen) zur Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit verpflichtend vorgeschrieben werden. Die im Rahmen dieser Auskünfte eingeholten Informationen sind – bei Vorliegen einschlägiger Verurteilungen – gemäß den Grundsätzen des § 83 zu beurteilen und es ist dem betroffenen Unternehmer Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Zur Definition des Subunternehmers vgl. § 2 Z 34 sowie die dazugehörigen Erläuterungen.

Besondere Nachweise für das Vorliegen einer schweren Verfehlung sind nicht normiert; aufgrund der Regelung in Abs. 4 kann diesbezüglich auch keine eidesstattliche Erklärung verlangt werden.

Zu § 83 (Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit):

Die vorliegende Bestimmung stellt eine Umsetzung von Art. 57 Abs. 6 und 7 der RL 2014/24/EU dar.

Wie dies die Rechtsprechung des VfGH und des EuGH fordert und auch von der RL 2014/24/EU vorgesehen ist, soll die Möglichkeit der Glaubhaftmachung der eigenen Zuverlässigkeit einem Bieter auch in den Fällen offen stehen, in denen die Zuverlässigkeit (eigentlich) aufgrund des Vorliegens einer rechtskräftigen Bestrafung bzw. einer festgestellten Verfehlung zu verneinen wäre.

Durch den allgemeinen Verweis auf die Ausschlussgründe des § 78 Abs. 1 oder 2 in Abs. 1 werden zwar grundsätzlich alle Ausschlussgründe erfasst; aufgrund der Natur einzelner Ausschlussgründe kann bei diesen eine Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit („Selbstreinigung“) unmöglich sein. Dies ist etwa bei § 78 Abs. 1 Z 7 (Interessenkonflikt) der Fall, da der Ausschluss bereits die ultima ratio ist; gleiches gilt für § 78 Abs. 1 Z 8 (Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens). § 78 Abs. 1 Z 10 und 11 lassen ebenso keine „Selbstreinigung“ zu, da der Verstoß im aktuellen Vergabeverfahren vorgefallen ist und somit eine Glaubhaftmachung, wie sie die vorliegende Bestimmung vorsieht, in den genannten Fällen nicht nachvollziehbar wäre. Hinsichtlich § 78 Abs. 1 Z 2 und 3 ist aufgrund der Möglichkeit der Abstandnahme vom Ausschluss gemäß § 78 Abs. 3 eine Selbstreinigung nicht notwendig und im Kontext des vorliegenden Paragraphen auch nicht vorstellbar. Da gemäß § 78 Abs. 1 Z 6 BVergG 2006 bestehende Beitragsrückstände ohnehin bis zum Ende der Angebotsfrist beglichen werden können und damit die Vorlage eines unbedenklichen Nachweises bewirkt werden kann, ist auch hier die Notwendigkeit einer Selbstreinigung nicht ersichtlich (auch ist auf die Möglichkeit des Absehens vom Ausschluss gemäß § 78 Abs. 4 hinzuweisen).

Der öffentliche Auftraggeber kann für die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit auch andere Umstände als die vorgelegten Nachweise bzw. die eingeholte Auskunft heranziehen (arg. „insbesondere“), wie etwa das aus einem früheren Vergabeverfahren stammende Wissen über das Vorliegen eines die Zuverlässigkeit des Unternehmers ausschließenden Umstandes. Ebenso können Erklärungen gemäß § 82 Abs. 4, die anstelle eines Nachweises gemäß § 82 Abs. 2 verlangt werden, für die Beurteilung herangezogen werden.

Die von der RL 2014/24/EU vorgegebene und in Abs. 2 umgesetzte Wortwahl ist nicht für alle Tatbestände des § 78 Abs. 1 passend; so ist bei den Tatbeständen des §78 Abs. 1 Z 2, 3, 7, 8 und 9 eine strafbare Handlung bzw. Verfehlung kaum denkbar.

Abs. 2 enthält einen Katalog von konkreten Maßnahmen, deren Nachweis die Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit (somit die „Selbstreinigung“) bewirkt, wobei die Maßnahmen gemäß Z 1 bis 3 kumulativ sind. Der vom Unternehmer gemäß Z 1 auszugleichende Schaden erstreckt sich auf alle durch sein Vergehen verursachten Schäden. Nach Z 1 kann nicht nur der Ausgleich eines rechtskräftig festgestellten Schadens verlangt werden. Vielmehr muss der Unternehmer unabhängig vom Vorliegen einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung nachweisen, dass er den durch sein Fehlverhalten verursachten Schaden ersetzt bzw. 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. Es ist jedoch auch klarzustellen, dass einem Unternehmer durch die Regelungen zur Selbstreinigung nicht das Recht genommen werden kann, einen der Höhe nach streitigen Schadenersatzanspruch vor einem Zivilgericht zu klären. Überdies ist aufgrund der Z 1 ein Unternehmer auch nicht zu Handlungen verpflichtet, die seine diesbezügliche

prozessuale Situation verschlechtern (zB. Verjährungsverzicht). Von einem Unternehmer kann auch nicht verlangt werden, dass er Schadenersatzforderungen anerkennt oder ausgleicht, die nicht substantiiert und möglicherweise unbegründet sind, damit er die Anforderung der Z 1 erfüllt. Gemäß Z 2 muss der Unternehmer sich aktiv, ernsthaft und erkennbar um eine umfassende Sachverhaltsaufklärung bemühen. Aufgeklärt werden müssen die Tatsachen und Umstände, die das Vorliegen eines Ausschlussgrundes begründen bzw. mit der Straftat oder dem Fehlverhalten zusammenhängen, einschließlich der Schadensumstände. Die in Z 3 genannten Maßnahmen stellen einen demonstrativen Katalog dar. Die ergriffenen technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen müssen jedenfalls konkreter Art und dazu geeignet sein, das Ziel der Vermeidung weiterer Straftaten oder Vergehen zu erreichen. Dabei müssen die Maßnahmen nicht nur generell der Begehung von Straftaten oder Vergehen entgegenwirken, sondern auch konkret geeignet sein, eine erneute Begehung der gleichen Straftat bzw. des gleichen Vergehens zu vermeiden bzw. ausreichende Garantien bieten, dass ein derartiges Fehlverhalten nicht erneut vorkommt. Hierbei handelt es sich um eine Prognoseentscheidung des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers. Es versteht sich von selbst, dass die vom Bieter zu ergreifenden Maßnahmen sich in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen bewegen müssen (dies spielt besonders bei KMU eine Rolle). So wäre es etwa unverhältnismäßig, von einem Kleinunternehmer die Einführung eines kostspieligen Revisionswesens zu verlangen.

Für die Beurteilung der Schwere der Straftat im Sinne des Abs. 3 kann auch auf die – gemäß den §§ 32 bis 34 StGB sowie gemäß § 5 VbVG für die Strafbemessung bzw. die Bemessung der Verbandsgeldbuße maßgeblichen Aspekte zurückgegriffen werden, soweit diese Aspekte Rückschlüsse auf die berufliche Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit des Unternehmers zulassen.

Mit Erkenntnis vom 24. Juni 1998, G 462/97, hat der VfGH ausgesprochen, dass die Wortfolge „*im Falle des § 9 Abs. 1 VStG ein zur Vertretung eines Unternehmens des Antragstellers nach außen berufenes Organ*“ verfassungswidrig war. In der Begründung des Erkenntnisses führte der VfGH aus, dass § 28b AuslBG in Verbindung mit § 10 Abs. 3 und § 39 des BVergG in dessen Stammfassung bei zweimaliger Bestrafung nach dem AuslBG, „*quasi automatisch die vergaberechtliche Zuverlässigkeit*“ ausschließe und die Versagung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 28b AuslBG zwingend zum Ausscheiden des Bieters im Verfahren der Zuschlagserteilung führe. Der VfGH hielt es für unsachlich, Bestrafungen nach dem AuslBG zwingend mit der vergaberechtlichen Konsequenz zu verknüpfen, ohne dass dem betroffenen Unternehmer die Möglichkeit eingeräumt ist, darzutun, weshalb er trotz vorliegender Bestrafung nicht als unzuverlässig anzusehen ist. In Abs. 1 wird die Vermutung aufgestellt, dass – für den Fall, dass die Auskunft gemäß § 28b Abs. 1 AuslBG rechtskräftige Bestrafungen aufweist – die Zuverlässigkeit des Bieters nicht gegeben ist. Dieser hat jedoch – im Sinne des genannten Erkenntnisses des VfGH – die Möglichkeit, dem öffentlichen Auftraggeber darzulegen, dass seine Zuverlässigkeit dennoch gegeben ist, da er Maßnahmen gesetzt hat, die eine nochmalige Bestrafung nach dem AuslBG verhindern sollen.

Ob die vom Unternehmer ergriffenen Maßnahmen als ausreichend erachtet werden, ist vom öffentlichen Auftraggeber gemäß Abs. 3 abschließend und gesamthaft zu beurteilen. Der öffentliche Auftraggeber hat eine Abwägung zwischen der Schwere des Vergehens, der Konsequenz des Ausschlusses vom Vergabeverfahren und der Eignung der getroffenen Maßnahmen vorzunehmen, wobei davon auszugehen ist, dass je schwerer das Vergehen war, ein strengerer Maßstab hinsichtlich der vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen anzulegen ist. Der öffentliche Auftraggeber verfügt über einen weiten Beurteilungsspielraum, ob die vom Unternehmen durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend sind. Wenn ein Unternehmen aber ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen nachgewiesen hat, darf der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen. Dem öffentlichen Auftraggeber steht diesbezüglich kein Ermessen zu.

Um den öffentlichen Auftraggebern eine Hilfestellung bei der Beurteilung zu geben, werden für die Verstöße gegen AuslBG und LSD-BG beispielhaft Kriterien genannt, die bei der Beurteilung der Schwere der Bestrafung herangezogen werden können. Bei der Berücksichtigung der Zahl der nach AuslBG illegal Beschäftigten kann man diese Zahl zur Anzahl der in dem betroffenen Unternehmen (legal) Beschäftigten in Relation setzen, um die Schwere des Vergehens beurteilen zu können.

Die gemäß Abs. 3 bei der Beurteilung der Schwere der rechtskräftigen Bestrafung gemäß AuslBG zu berücksichtigende Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer bezieht sich auf die Anzahl der illegal Beschäftigten, hinsichtlich der Bestrafungen gemäß LSD-BG kann neben dem Ausmaß der Unterentlohnung etwa auch die Anzahl der unterentlohnten Arbeitnehmer oder die Anzahl jener Personen, hinsichtlich derer die Lohnunterlagen nicht bereitgehalten wurden, berücksichtigt werden. In diesem Zusammenhang ist auch auf das Urteil des EuGH in der Rs C-465/11, *Forposta*, hinzuweisen. In diesem Urteil hat der EuGH konkretisiert, wie der Begriff der „schweren Verfehlung“ (vgl. dazu etwa

§ 78 Abs. 1 Z 5 und Art. 57 Abs. 4 lit. c der RL 2014/24/EU) zu verstehen ist: „… *ist der Begriff der schweren Verfehlung so zu verstehen, dass er sich üblicherweise auf ein Verhalten des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers bezieht, das bei ihm auf Vorsatz oder auf eine Fahrlässigkeit von gewisser Schwere schließen lässt.*“ Vor diesem Hintergrund ist die Gravität des konkreten Deliktes, die allfällige wiederholte Bestrafung aufgrund desselben oder eines ähnlichen Deliktes und der Zeitpunkt bzw. Zeitraum der Bestrafungen im Rahmen der Beurteilung des Auftraggebers zu berücksichtigen.

Die Begründung des Ausschlusses gegenüber dem Unternehmer gemäß Abs. 3 erfolgt im Rahmen der Ausschlussentscheidung; e contrario folgt aus der Regelung, dass der öffentliche Auftraggeber keine Begründungspflicht gegenüber dem Unternehmer hat, wenn er dessen Vorbringen bzw. dessen Maßnahmen als ausreichend erachtet. Eine entsprechende Dokumentation der Begründung im Vergabeakt hat jedoch zu erfolgen, da es sich bei dieser um einen wesentlichen Vorgang im Sinne des § 49 Abs. 1 handelt; auch ist der Grund für den Ausschluss von Bewerbern oder Bietern im Vergabevermerk gemäß § 147 Abs. 1 Z 4 vom öffentlichen Auftraggeber festzuhalten.

Der öffentliche Auftraggeber hat im Zusammenhang mit Abs. 3 zu beachten, dass bei einem potentiellen Ausschluss aufgrund des Verstoßes einer natürlichen Person gemäß § 78 Abs. 2 Z 2 in Verbindung mit § 78 Abs. 1 Z 5, wobei die berufliche Verfehlung bereits zeitlich lang zurück liegt bzw. in einer früheren Position in einem anderen Unternehmen begangen wurde, dies bei den Anforderungen an die Selbstreinigungsmaßnahmen mildernd zu berücksichtigten ist, um dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 20 Abs. 1) gerecht zu werden.

In Österreich existiert die in Abs. 4 genannte Möglichkeit der „Vergabesperre“ im Rahmen eines Urteiles nicht, jedoch existiert diese in anderen Mitgliedstaaten. Das bedeutet für den öffentlichen Auftraggeber, dass diese gegebenenfalls die entsprechenden Verurteilungen auf solche Ausschlüsse hin zu kontrollieren hat.

Der Einschub „unbeschadet des Abs. 4“ in Abs. 5 soll klarstellen, dass bei Bestehen einer rechtskräftigen Entscheidung im Sinne des Abs. 4, in welcher ein längerer Ausschlusszeitraum vorgeschrieben ist, der in dieser Entscheidung genannte Ausschlusszeitraum jenem in Abs. 5 vorgeht.

§ 78 Abs. 1 Z 6 wird in Abs. 5 nicht genannt, da es sich bei der Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen, Steuern oder Abgaben um ein „Dauerdelikt“ in dem Sinn handelt, dass ein Ausschluss möglich ist, solange die entsprechenden Rückstande bestehen (und nicht von einem Ausschluss gemäß § 78 Abs. 4 Abstand zu nehmen ist, also etwa nur bei nicht geringfügigen Rückständen).

Zur Frage, wann der „Zeitraum von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis“ gemäß Abs. 5 Z 2 zu laufen beginnt und wie lang der Zeitraum im Einzelfall (arg. „höchstens“ drei Jahre) zu bemessen ist, ist je nach dem Tatbestand des § 78 Abs. 1 differenziert zu betrachten. Zunächst ist dazu auf EG 101 der RL 2014/24/EU hinzuweisen, in welchem die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips betont wird: „*Unter Berücksichtigung dessen, dass der öffentliche Auftraggeber für die Folgen seiner möglicherweise falschen Entscheidung die Verantwortung zu tragen hat, sollte es öffentlichen Auftraggebern auch überlassen bleiben, festzustellen, dass ein schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten vorliegt, wenn sie vor einer endgültigen und verbindlichen Entscheidung über das Vorliegen zwingender Ausschlussgründe in geeigneter Form nachweisen können, dass der Wirtschaftsteilnehmer gegen seine Verpflichtungen verstoßen hat, wozu auch Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Zahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen zählen, sofern in den nationalen Rechtsvorschriften nichts anderes vorgesehen ist. Es sollte ihnen auch möglich sein, Bewerber oder Bieter auszuschließen, deren Leistung bei früheren öffentlichen Aufträgen im Hinblick auf wesentliche Anforderungen erhebliche Mängel aufwies, zum Beispiel Lieferungsausfall oder Leistungsausfall, erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machen, oder Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt. In den nationalen Rechtsvorschriften sollte eine Höchstdauer für solche Ausschlüsse vorgesehen sein. Bei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe sollten die öffentlichen Auftraggeber insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen. Kleinere Unregelmäßigkeiten sollten nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers führen. Wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten können allerdings Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers wecken, die seinen Ausschluss rechtfertigen könnten.*“

Bzgl. § 78 Abs. 1 Z 2 und 3 ist der Zeitpunkt von der entsprechenden gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung an zu messen; eine solche wird auch im Fall von § 78 Abs. 1 Z 5 vorliegen. Hinsichtlich § 78 Abs. 1 Z 4, 10 und 11 kommt es auf die Wahrnehmung des öffentlichen Auftraggebers an, die dem Unternehmer im Fall des Ausschlusses samt Darlegung des relevanten Zeitpunktes offenzulegen ist. § 78

Abs. 1 Z 7 und 8 betreffen dem Grund nach das gegenständliche Vergabeverfahren, sodass aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein über das aktuelle Vergabeverfahren hinaus dauernder Ausschluss kaum zu rechtfertigen ist; auch hier wird es jedoch auf die Wahrnehmung des öffentlichen Auftraggebers ankommen. Hinsichtlich § 78 Abs. 1 Z 9 ist die Beendigung bzw. sonstige Sanktion als einschlägiger Zeitpunkt anzusehen.

Zu § 84 (Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit):

Mit der vorliegenden Bestimmung sollen Art. 60 Abs. 1 und 3 der RL 2014/24/EU mit umgesetzt werden.

Der in Anhang X enthaltene Katalog der Nachweismittel ist nicht abschließend (arg. „insbesondere“). Zu den Nachweisen im Einzelnen vgl. die Erläuterungen zu Anhang X.

Zur Angabe der verlangten Nachweise in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlage siehe die §§ 50 Abs. 3 bzw. 91 Abs. 3. Die Angabe hat sich auch auf die Nachweise zu erstrecken, die gegebenenfalls auf Aufforderung nachzureichen sind.

Zu § 85 (Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit):

Vorliegend werden Art. 58 Abs. 4 sowie Art. 60 Abs. 1 und 4 der RL 2014/24/EU mit umgesetzt.

Hinsichtlich des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit eines Unternehmers hat der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung (vgl. § 50 Abs. 3) oder in den Ausschreibungsunterlagen (§ 91 Abs. 3) anzugeben, für welchen Nachweis oder für welche Nachweise im Sinne der vorliegenden Bestimmung iVm Anhang XII er sich unter Bedachtnahme auf § 80 Abs. 1 entschieden hat. Abs. 3 enthält eine horizontalisierte Regelung über die Vorlage von Referenzen, die gleichermaßen für alle Auftragsarten maßgeblich ist.

§ 85 enthält eine für den öffentlichen Auftraggeber abschließende Aufzählung der zulässigen Nachweismittel in Bezug auf die technische Eignung. Welche Nachweise der öffentliche Auftraggeber verlangt, liegt in seinem, lediglich durch das Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot (vgl. § 80 Abs. 1) determinierten Ermessen. Zu Abs. 3 ist auf das Urteil des EuGH in der Rs C-387/14, *Esaprojekt*, hinzuweisen. Darin hat der Gerichtshof bestätigt, dass es einem Unternehmer verwehrt ist, sich im Hinblick auf vom Auftraggeber verlangte Referenzen auf die von anderen Mitgliedern eines Konsortiums erbrachten Leistungen zu berufen, an deren Ausführung der Unternehmer sich nicht tatsächlich und konkret beteiligt hat.

Zu den Nachweisen im Einzelnen vgl. die Erläuterungen zu Anhang XI.

Zu § 86 (Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer):

Die vorliegende Bestimmung soll Art. 60 Abs. 1 sowie Art. 63 Abs. 1 erster und vierter UAbs. der RL 2014/24/EU mit umsetzen.

Die Regelung stellt eine Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Frage dar (Rs C-389/92, *Ballast Nedam I*; C-5/97, *Ballast Nedam II*; C-176/98, *Holst*; C-314/01, *Siemens und ARGE Telekom*). Vgl. ferner auch EuGH Rs C-94/12, *Swm Costruzioni 2,* C-601/13, *Ambisig,* C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, C-406/14, *Wroclaw*, und C-27/15, *Pippo Pizzo*.

Ein öffentlicher Auftraggeber kann einen Unternehmer nicht wegen fehlender Leistungsfähigkeit ausschließen, wenn dieser zwar nicht selbst über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfügt, aber nachweist, dass ihm die Mittel eines Dritten für die Auftragsausführung tatsächlich zur Verfügung stehen. Da diese Regelung beim Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit nicht unproblematisch wäre, empfiehlt es sich für den öffentlichen Auftraggeber, bei der Substitution der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einen strengen Maßstab hinsichtlich der zu erbringenden Sicherstellungen anzulegen. Der Nachweis kann zB dadurch geführt werden, dass der Unternehmer die Zusage des Unternehmers oder der Unternehmer vorlegt, dass sie dem Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen. Bei der Substitution der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit ist eine ausreichende Risikoabdeckung sicherzustellen – etwa in Form einer unbedingten Bankgarantie zugunsten des öffentlichen Auftraggebers. Allgemein kann als Beispiel für den Nachweis, dass die bei anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel dem Unternehmer tatsächlich zur Verfügung stehen, eine (unbedingte) verpflichtende Zusage des anderen Unternehmens genannt werden.

Es wird darauf hingewiesen, dass neben der vergaberechtlichen Zulässigkeit der Berufung auf die Befugnis Dritter auch zu prüfen ist, ob dies gegebenenfalls auch nach anderen gesetzlichen Regelungen (vgl. dazu insbesondere die gewerberechtlichen Vorschriften wie etwa § 32 GewO) zulässig ist. Da gemäß § 2 Z 38 Arbeits- und Bietergemeinschaften als „Unternehmer“ im Sinne des Gesetzes gelten, können sich unter den Voraussetzungen der vorliegenden Regelung auch Bieter- und

Arbeitsgemeinschaften auf die Kapazitäten ihrer Mitglieder oder anderer Unternehmer stützen, sofern die Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen erfüllt sind.

Zum Verhältnis der vorliegenden Regelung zu § 98 (Subunternehmerleistungen) wird darauf hingewiesen, dass jeder Subunternehmer unter die gegenständliche Regelung subsumiert werden kann; jedoch ist nicht jedes Unternehmen, auf dessen Kapazitäten sich der Unternehmer nach der vorliegenden Regelung zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit und Befugnis stützt, auch ein Subunternehmer. So ist etwa ein Vermieter von Gerät, das zur Erbringung einer ausgeschriebenen Leistung notwendig ist, nicht als Subunternehmer anzusehen; § 86 ist auf diesen jedoch anwendbar.

Zu § 87 (Normen für Qualitätssicherung und Umweltmanagement):

Mit der Bestimmung sollen Art. 60 Abs. 1 sowie Art. 62 der RL 2014/24/EU umgesetzt werden.

Es versteht sich von selbst, dass der Nachweis von Qualitätssicherungsmaßnahmen in anderer Form (Abs. 1 letzter Satz) vom öffentlichen Auftraggeber nur dann anerkannt werden muss, wenn es sich um gleichwertige Maßnahmen handelt.

Zur Regelung des Abs. 2 führt EG 88 der RL 2014/24/EU aus: „*Öffentliche Auftraggeber sollten verlangen können, dass während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags Umweltmanagementmaßnahmen oder -regelungen angewandt werden. Umweltmanagementregelungen können – unabhängig davon, ob sie im Rahmen von Unionsinstrumenten wie der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates registriert sind oder nicht – als Nachweis dafür dienen, dass der betreffende Wirtschaftsteilnehmer über die für die Ausführung des Auftrags erforderliche technische Leistungsfähigkeit verfügt. Dies schließt Öko-Gütezeichen mit ein, die auch Umweltmanagementkriterien beinhalten. Hat ein Wirtschaftsteilnehmer keinen Zugang zu derartigen Umweltmanagement-Registrierungssystemen oder keine Möglichkeit, sich fristgerecht registrieren zu lassen, so sollte die Vorlage einer Beschreibung der durchgeführten Umweltmanagementmaßnahmen zulässig sein, sofern der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nachweist, dass diese Maßnahmen dasselbe Umweltschutzniveau gewährleisten wie die im Rahmen des Umweltmanagements erforderlichen Maßnahmen.*“

In Art. 62 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU wird auf „geltende Systeme“ Bezug genommen; die englische Sprachfassung spricht demgegenüber von einem „applicable […] system“. In Anlehnung an die englische Sprachfassung wurde im vorliegenden Abs. 2 das Wort „einschlägigen“ gewählt, womit eine bloße Bedeutungsklarstellung verbunden sein soll.

Zu § 88 (Grundsätze der Ausschreibung):

§ 88 enthält die allgemeinen Grundsätze der Ausschreibung (zum Begriff der Ausschreibung vgl. § 2 Z 7). Die Ausschreibung soll die Bieter über den Inhalt des späteren Leistungsvertrages möglichst eingehend informieren. Sofern der Auftraggeber Angaben in den Ausschreibungsunterlagen unterlässt oder Angaben missverständlich formuliert, geht dies zu Lasten des Auftraggebers aber nicht zu Lasten des Bewerbers oder Bieters (vgl. dazu etwa EuGH Rs C-423/07, *Kommission gegen Spanien*, Rs C-251/09, *Kommission gegen Zypern*, Rs C-697/15, *MB Srl*, und die ständige Rspr des VwGH wie etwa VwGH vom 25. Oktober 2016, Ra 2016/04/0109).

Anders als bislang ist nunmehr nicht mehr im Kontext der Ausschreibungsgrundsätze vorgesehen, dass in den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich nur eine Stelle für die rechtsgültige Unterfertigung des Angebotes durch den Bieter vorzusehen ist. Dies ändert nichts daran, dass weiterhin das Angebot rechtsgültig zu unterfertigen bzw. elektronisch zu signieren ist (vgl. § 48 Abs. 12 und § 127 Abs. 1 Z 9).

Das Verbot der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken gemäß Abs. 2 gilt für jede Art der Leistungsbeschreibung (siehe dazu § 103), somit auch bei funktionalen Leistungsbeschreibungen. Hingegen ist das Gebot den Bietern keine unverhältnismäßigen Ausarbeitungen aufzuerlegen differenziert zu betrachten und es ist eine Einzelfallbetrachtung geboten. Der Grad der Verhältnismäßigkeit ist je nach Verfahrensart unterschiedlich: so können beim Verhandlungsverfahren, beim wettbewerblichen Dialog und bei der Innovationspartnerschaft regelmäßig umfangreichere Ausarbeitungen erforderlich sein, ohne dass dies (für diese Verfahrensart) per se unverhältnismäßig wäre. Ferner können auch bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung vom Bieter durchaus (gegebenenfalls umfangreiche) Vorarbeiten für die Preisermittlung verlangt werden. Grundsätzlich müssen aber alle für die Ausarbeitung der Angebote und die Abwicklung des Vertrages maßgebenden Umstände bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung so weit klar sein, dass die Beschreibung der Leistung genau erfolgen kann und auch die sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages festgelegt werden können. Der Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote gilt für alle Vergabeverfahren, ausgenommen es finden Verhandlungen statt. Im letzteren Fall müssen erst die endgültigen Angebote vergleichbar sein. Soll bei Verhandlungsverfahren der Zuschlag auf das Erstangebot erfolgen können (vgl. § 114 Abs. 3), ist dafür die Vergleichbarkeit bereits der

Erstangebote notwendige Voraussetzung. Zur (eingeschränkten) Vergleichbarkeit der Angebote bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung vgl. § 104 Abs. 2.

Die Ausschreibung soll die Bieter über den Inhalt des späteren Leistungsvertrages möglichst eingehend informieren. Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung (die auch vereinzelte funktionale Elemente beinhalten kann) hat sie gemäß Abs. 3 daher so präzise zu sein, dass sie unmittelbar Inhalt des Leistungsvertrages werden kann und nur mehr durch jene Vertragsbestandteile ergänzt werden muss, die im Angebot enthalten sind.

Abs. 4 ist eine Gestaltungs(Form)vorschrift für die Ausschreibung. Aus der Form der Ausschreibung folgt bei entsprechender Gestaltung, dass der Bieter Variantenangebotspreise auch zu bilden hat, anderenfalls ein nicht formgemäßes Angebot vorliegt. Es versteht sich von selbst, dass Varianten-Ausschreibungen gemäß Abs. 4 den Geboten des Abs. 2 entsprechen müssen.

Abs. 5 ermöglicht den Auftraggebern die Heranziehung von Sachverständigen und Gutachtern, soweit eine sachgerechte Vorbereitung der Ausschreibung aufgrund mangelnden Spezialwissens nicht möglich scheint und die vergebende Stelle nicht über das erforderliche Fachpersonal verfügt. Abs. 5 legt jedoch explizit nicht fest, dass die Mitarbeiter des Auftraggebers, die mit der Vorbereitung der Ausschreibung befasst sind, ebenfalls die Qualifikationen eines Sachverständigen haben müssen. Lediglich für den Fall, dass externe Personen für die Vorbereitung der Ausschreibung als erforderlich erachtet werden, wird ein bestimmtes Ausbildungsniveau festgelegt. Falls der Auftraggeber weder über die erforderlichen Kenntnisse für die Vorbereitung einer Ausschreibung noch über allenfalls erforderliches Spezialwissen für die Durchführung der konkreten Ausschreibung verfügt, so ergibt sich aus Abs. 5 sogar eine Verpflichtung zum Beiziehen von Sachverständigen, falls nicht durch andere Vorkehrungen auf Auftraggeberseite die Vorbereitung und Abwicklung eines korrekten Vergabeverfahrens gewährleistet werden kann. Selbstverständlich dürfen nur solche externe Personen herangezogen werden, deren Unbefangenheit außer Zweifel steht. Ein Recht auf Ablehnung wegen Befangenheit soll den Teilnehmern am Vergabeverfahren indes nicht zukommen. In diesem Zusammenhang ist auch auf § 24 und die Möglichkeit der vorherigen Erkundung des Marktes hinzuweisen.

Abs. 6 ist die § 48 ergänzende Bestimmung in Bezug auf die Ausschreibung: der Auftraggeber hat in der Ausschreibung festzulegen, welcher Kommunikationsweg bei der Angebotsabgabe zu beachten ist. Es besteht – sofern § 48 dies zulässt – auch die Möglichkeit bzw. Pflicht unterschiedliche Kommunikationswege festzulegen: zB bei Angebotsbestandteilen, die nicht elektronisch eingereicht werden können, hat der Auftraggeber festzulegen, wie diese Angebotsbestandteile zu übermitteln sind. Hinzuweisen ist ferner auf die gegebenenfalls erforderliche Festlegung von besonderen Kommunikationswegen (vgl. dazu § 48 Abs. 6 oder 10). Des Weiteren ist vom Auftraggeber festzulegen, welche Form Angebote haben müssen (insbesondere elektronisch, nicht elektronisch, elektronische Kataloge) und wie die Angebote einzureichen sind. Im Kontext von Abänderungs- und Alternativangeboten kann der Auftraggeber besondere Festlegungen dazu treffen. Auf die korrespondierenden Regelungen der §§ 126 und 129 wird hingewiesen.

Zu § 89 (Zur-Verfügung-Stellen der Ausschreibungsunterlagen):

§ 89 setzt Art. 53 Abs. 1 erster UAbs, zweiter UAbs. Satz 1 und dritter UAbs. Satz 1 der RL 2014/24/EU um.

Er enthält den Grundsatz, dass die Ausschreibungsunterlagen (vgl. dazu die Definition der Ausschreibung in § 2 Z 10; das sind alle für die Durchführung des Vergabeverfahrens erforderliche oder zweckdienliche Unterlagen) auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig (vgl. dazu die englische Originalfassung der RL „*unrestricted and full direct access free of charge*“) zur Verfügung zu stellen sind. Der Begriff des „zur Verfügung stellen“ bedeutet (im gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes), dass Dokumente, Informationen uam. kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig auf elektronischem Weg zugänglich zu machen sind. Nur ausnahmsweise kann von diesem Grundsatz abgewichen werden (vgl. Abs. 3 und § 90). Die Ausschreibungsunterlagen sind gemäß Abs. 1 unter einer bekannt zu gebenden Internetadresse zur Verfügung zu stellen: dieser Verpflichtung zum „direkten und unmittelbaren“ Zugang zu den Ausschreibungsunterlagen wird zB durch einen unmittelbar unter der angegebenen Adresse möglichen freien Zugriff auf die Unterlagen selbst (Download) oder durch einen Hyperlink in der Bekanntmachung auf die Ausschreibungsunterlagen entsprochen; es muss sich jedoch hierbei um einen direkten Link handeln. Ein Link, der ein weiteres detailliertes Suchen (in den verwiesenen Unterlagen oder Webseiten) erfordert, erfüllt das gesetzliche Erfordernis nicht. Aus diesem Grund wäre eine Verlinkung auf die Internetadresse „wien.gv.at“ unzulässig, eine Verlinkung auf die Internetadresse „https://www.gemeinderecht.wien.at/vergabeportal/einstieg.asp“ zulässig, weil unter dieser spezifischen Adresse eine zielgerichtete Suche nach Verfahren möglich ist.

Abs. 1 zweiter Satz legt indirekt auch fest, dass ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens oder ab dem Zeitpunkt zu dem die Aufforderung zur Interessensbestätigung übermittelt bzw. bereitgestellt wurde, der Zugang zu den Ausschreibungsunterlagen möglich sein muss. Daraus folgt, dass bei allen Verfahren mit Bekanntmachung, ab dem Zeitpunkt der Bekanntmachung die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung stehen müssen. Nur im Fall, dass in einem nichtoffenen Verfahren oder Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung – anstelle der Bekanntmachung – eine Vorinformation als Aufruf zum Wettbewerb dient (vgl. § 57 Abs. 2), sind die Ausschreibungsunterlagen erst ab dem Tag der Aufforderung zur Bestätigung des Interesses an der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren (siehe § 124) zur Verfügung zu stellen. In diesen beiden zweistufigen Vergabeverfahren ist folglich die elektronische Verfügbarkeit der Ausschreibungsunterlagen nicht schon ab dem Tag der Veröffentlichung einer Bekanntmachung sondern erst ab der Aufforderung zur Interessensbestätigung erforderlich.

Darüber hinaus sieht ferner weder die RL noch in weiterer Folge das BVergG eine Einschränkung hinsichtlich des Adressatenkreises (das sind die „Zugriffsberechtigten“) vor, wie zB etwa hinsichtlich „interessierter Bewerber“, „Wirtschaftsteilnehmer“, oder etwa den Ausschluss von bestimmten Kreisen (wie „Informationsdienstleister“). Dies bedeutet daher, dass grundsätzlich bei allen Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung – unabhängig davon, ob es sich um ein- oder zweistufige Vergabeverfahren handelt – der Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen ab dem Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung oder ab dem Tag der Aufforderung zur Interessenbestätigung allgemein gemäß Abs. 1 elektronisch verfügbar machen muss. Das Gesetz formuliert deshalb in Anlehnung an den Wortlaut der RL bewusst eine Verpflichtung des Auftraggebers „zur Offenlegung“ und nicht ein Recht von (bestimmten) Personen auf Zugang zu diesen Unterlagen. Aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben kann etwa auch ein Urheberrechtsschutz an den Ausschreibungsunterlagen nicht zur Rechtfertigung einer allfälligen Beschränkung des Zuganges zu diesen geltend gemacht werden.

Klarzustellen ist ferner, dass neben der verpflichtenden zur-Verfügung-Stellung der Ausschreibungsunterlagen gemäß Abs. 1 zusätzliche Publikationen/Bekanntmachungen der Ausschreibungsunterlagen stets zulässig und möglich sind.

Abs. 2 regelt den Zeitpunkt bis zu dem die Ausschreibungsunterlagen verfügbar sein müssen. Beim Verhandlungsverfahren (und somit auch bei der Innovationspartnerschaft) ist das daher grundsätzlich (auf die Sondersituationen des § 114 Abs. 3 und 9 wird hingewiesen) der Ablauf der Angebotsfrist für das endgültige Angebot (last and final offer; vgl. § 114 Abs. 8).

Abs. 3 regelt jene Situationen, in denen ausnahmsweise von der Verpflichtung des Abs. 1 Abstand genommen werden kann. Die Inanspruchnahme dieser Ausnahme und die Gründe dafür sind zu dokumentieren (siehe § 49). Im Fall des Abs. 3 Z 1 (keine Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation gemäß § 48 Abs. 6) kann es dennoch sein, dass der Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen dennoch elektronisch übermittelt bzw. bereitstellt, gegebenenfalls mit bestimmten Sicherungsanforderungen.

Abs. 4 enthält aus datenschutzrechtlichen Erwägungen eine Verpflichtung zum Schutz der Anonymität jener Unternehmer, die die zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen abgerufen haben. Der Zugriff dieser Unternehmer auf die vom Auftraggeber gemäß Abs. 1 zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen darf bestimmten in das Vergabeverfahren involvierten Personen nicht offengelegt werden, dh. die Identität dieser Unternehmen darf diesen nicht offengelegt werden. Die erforderliche Einschränkung des Personenkreises folgt aus der praktischen Notwendigkeit, dass zB im Falle des Betriebes der Vergabeplattform durch den Auftraggeber jene Personen, die die Vergabeplattform betreuen (idR die IT-Abteilung des Auftraggebers), Zugang zu Daten haben können (zB die IP-Adresse), die eine Identifizierung jener Unternehmer ermöglichen würde, denen die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt wurden. Aus diesem Grund wurde keine Verpflichtung zum (vollkommen) anonymisierten Download in das Gesetz aufgenommen. Dennoch ist zu betonen, dass jenen Mitarbeitern des Auftraggebers oder der vergebenden Stelle (unter letztere fallen auch die Mitarbeiter eines im Namen des Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters), die theoretisch Einfluss auf die Vergabeentscheidung oder die Durchführung des Vergabeverfahrens haben können, die Identität der interessierten Unternehmer nicht zugänglich gemacht werden darf. Im Übrigen ist auf die Dokumentationsverpflichtung des § 49 Abs. 1 hinzuweisen. Vom Schutzbereich des Abs. 4 erfasst ist die Identität der Unternehmer, nicht darunter fällt hingegen die Information, wie oft auf die Ausschreibungsunterlagen bereits zugegriffen oder diese abgerufen wurden. Klarzustellen ist, dass diese Anonymitätsanforderung zeitlich nicht unbegrenzt gilt, sondern je nach Verfahrenstypus unterschiedlich lang besteht: so wird bei zweistufigen Verfahren mit Öffnung der Teilnahmeanträge die Identität der Bewerber offen gelegt und die Regelung des Abs. 4 findet keine Anwendung mehr.

Da Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich kostenfrei zugänglich sein müssen, darf nur in begründeten Ausnahmefällen ein Entgelt für jene Unterlagen vorgesehen werden, die nicht auf elektronischem Weg verfügbar gemacht werden können (zB Modelle). Dieses Entgelt darf nur die Herstellungskosten dieser Unterlagen sowie allfällige Spesen für deren Übermittlung (Porto, Kuriertransport uä.) abdecken.

Zu § 90 (Bereitstellung oder Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen):

§ 90 enthält für Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eine Ausnahmeregelung zum Grundsatz des § 89 wonach Ausschreibungsunterlagen allgemein zur Verfügung zu stellen sind. In diesen Verfahren sind die Ausschreibungsunterlagen den bekannten Unternehmen direkt elektronisch zu übermitteln oder bereitzustellen (zu den Begriffen „übermitteln“ und „bereitstellen“ siehe § 48 Abs. 4).

Abs. 2 regelt analog zu § 89 Abs. 2 Ausnahmen von der Pflicht zur elektronischen Übermittlung oder Bereitstellung.

Zu § 91 (Inhalt der Ausschreibungsunterlagen):

§ 91 setzt eine Reihe von Bestimmungen der RL 2014/24/EU um: Art. 30 Abs. 1 3.UA Satz 3, Art. 31 Abs. 1 4.UA Satz 4, Art. 42 Abs. 1 1.UA 1etzter Satz, Art. 56 Abs. 1 1.UA und Art. 67 Abs. 1, Abs. 2 1.UA (Einleitung) und 3.UA sowie Abs. 5. Ferner ist auf die EG 89 bis 94 und 97 bis 99 der RL sowie auf die Definition der Zuschlagskriterien in § 2 Z 22 lit. d samt den diesbezüglichen Erläuterungen hinzuweisen. § 91 regelt die wesentlichsten Inhalte der Ausschreibungsunterlagen (die Teil der Ausschreibung sind, vgl. § 2 Z 7 und die Erläuterungen dazu).

Allgemein ist zu den Anforderungen an die Ausschreibungsunterlagen folgendes auszuführen: Nach stRspr des EuGH und des VwGH sind alle Inhalte der Ausschreibungsunterlagen (Leistungsbeschreibung, Bedingungen, Kriterien usw.) so klar, genau und eindeutig zu formulieren, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ihre genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können. Sie sind nach ihrem objektiven Erklärungswert auszulegen, Auslassungen und Unklarheiten gehen zu Lasten des Auftraggebers (vgl. etwa Rs C-423/07, *Kommission gegen Spanien*, Rs C-324/14, *Partner*, Rs C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087, VwGH vom 27. Oktober 2014, 2012/04/0066). Zweck der Ausschreibungsunterlagen ist es, Unternehmern objektiv die Möglichkeit zu verschaffen, sich eine konkrete Vorstellung der vom Auftraggeber gewünschten Leistung (inklusive des Ortes ihrer Erbringung) zu machen und daraufhin ein Angebot erstellen zu können. Dies bringt es mit sich, dass in der Ausschreibungsunterlage selbst diese Informationen enthalten sein müssen, Verweise in der Ausschreibungsunterlage auf andere Dokumente, Vorschriften, Regeln udglm. sind zulässig, sofern ein direkter und kostenloser elektronischer Zugriff auf diese gewährleistet ist (zB Link in den Ausschreibungsunterlagen auf Website, die einen unmittelbaren Download ermöglicht). Ist dies nicht der Fall sind Verweise in den Ausschreibungsunterlagen nur in eingeschränktem Ausmaß zulässig (vgl. EuGH Rs C-412/01, *Traunfellner*, Rs C-423/07, *Kommission gegen Spanien*, Rs C-368/10, *Kommission gegen Niederlande*).

Gemäß Abs. 1 muss aus den Ausschreibungsunterlagen im Sinne der Transparenz klar und unmissverständlich hervorgehen, wer Auftraggeber im konkreten Vergabeverfahren ist bzw. welche vergebende Stelle für welche(n) Auftraggeber auftritt (im zuletzt genannten Fall sind beide Angaben zwingend), welchem Regelungsregime die konkrete Leistungsvergabe folgt und welche Vergabekontrollbehörde für die Kontrolle des konkreten Vergabeverfahrens zuständig ist (hinsichtlich der Angabe der Vergabekontrollbehörde vgl. auch die Standardformulare und Anhang VI Teil C Z 27). Hintergrund der Regelung des Abs. 1 sind verschiedentlich in der Praxis in diesem Zusammenhang aufgetretene Probleme (vgl. dazu insbesondere VfSlg 17.675 – 17.678, 17.717/2005 „Stadion Klagenfurt“).

Abs. 2 stellt die spezifische Ausformulierung des § 21 Abs. 1 für den Bereich der Ausschreibungsunterlagen dar.

Gemäß Abs. 3 hat der Auftraggeber die von den Bietern vorzulegenden Eignungsnachweise in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen.

Abs. 4 regelt, zusammen mit Abs. 5 bis 7, Aspekte des Zuschlagsprinzips im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen.

In der RL wird als übergeordnetes Konzept für den Zuschlag der Begriff des „wirtschaftlich günstigsten Angebotes“ verwendet, da jedes Angebot das den Zuschlag erhalten soll, letztlich die aus Sicht des einzelnen Auftraggebers für ihn wirtschaftlich beste Lösung unter den Angeboten darstellen sollte. Dieses übergeordnete Konzept umfasst nach der RL drei voneinander zu unterscheidende Zuschlagsmodelle: 1) den niedrigsten Preis, 2) die niedrigsten Kosten und 3) das beste Preis-Leistungs-Verhältnis (vgl. dazu die prägnantere englische Formulierung der RL „best price-quality ratio“).

Basis für die Ermittlung des (niedrigsten) Preises sind die Herstellungs- oder Anschaffungskosten („costs relating to acquisition“). Zu den Herstellungs- oder Anschaffungskosten zählen alle Aufwendungen, die erforderlich sind, eine Leistung (zB ein Wirtschaftsgut) in den Besitz des Auftraggebers gelangen zu lassen und es für diesen nutzbar zu machen (zB in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen). Kosten der Nutzung fallen jedoch nicht darunter; derartige Kosten können nur im Rahmen der anderen Zuschlagsmodelle bewertet werden.

Die (niedrigsten) Kosten sollen nach der RL aufgrund eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes („cost-effectiveness approach“) ermittelt werden, wobei als ein Beispiel für einen derartigen Ansatz (arg. „wie“ bzw. „such as“) die „Lebenszyklusrechnung“ („life-cycle costing“ bzw. LCC) ausdrücklich genannt wird. Eine Lebenszykluskostenrechnung (siehe § 92) berechnet – grob dargestellt – alle oder bestimmte Kosten, die mit einer Leistung über ihren gesamten Lebenszyklus (vgl. dazu die Definition in § 2 Z 23) oder einen Teil desselben, verbunden sind oder durch sie verursacht werden. Auch bei einer Betrachtung des gesamten Lebenszyklus sind unterschiedliche Ansätze anzutreffen (zB „von der Wiege bis zur Bahre“ oder „von der Wiege bis zur Wiege“). Weder die RL noch das BVergG beziehen sich auf ein bestimmtes Berechnungsmodell im Zusammenhang mit Lebenszykluskosten (§ 92 stellt nur Anforderungen an das verwendete Modell). Auch gibt die RL keinerlei Anhaltspunkte welche anderen „Ansätze“ neben dem LCC-Modell in Betracht kommen könnten. Aus den allgemeinen Grundsätzen des unionsrechtlichen Vergaberechts lässt sich aber ableiten, dass andere alternative Ansätze ebenfalls zumindest auf objektiven und verifizierbaren Grundlagen basieren müssen, die einen objektiven und nachprüfbaren Vergleich der Berechnungsergebnisse dieses alternativen Ansatzes ermöglichen müssen. Im BVergG wird die diesbezüglich offene Formulierung der RL wiederholt (vgl. § 92 Abs. 1 erster Satz), es wird – ebenso wie in der RL – aber keine darüber hinausgehende Regelung betreffend diesen theoretisch möglichen alternativen Ansatz getroffen. Ferner wird allgemein darauf abgestellt, dass ein „Kostenmodell“ der Berechnung zugrunde zu legen ist.

Wichtig ist, dass im Kontext dieses Zuschlagsmodells die „Kosten“ neben den Anschaffungs- oder Herstellungskosten (siehe dazu oben die Ausführungen zum „niedrigsten Preis“) weitere (monetarisierte) Kostenelemente beinhalten müssen. Theoretisch denkbar (und aufgrund des Wortlautes der RL und des § 92 möglich) wäre es auch, die niedrigsten Kosten unter Ausschluss der Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu bestimmen (arg. „ganz oder teilweise“ in Art. 68 Abs. 1 Einleitung der RL 2014/24/EU bzw. § 92 Abs. 1 Einleitung). Welche Kostenelemente letztlich im Rahmen des Kostenmodells vom Auftraggeber herangezogen werden, ist dem Auftraggeber überlassen (auf die allgemeinen Grundsätze des § 20 Abs. 1 und die verfassungsrechtlichen Prüfmaßstäbe der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit ist aber mit Nachdruck hinzuweisen).

Das Zuschlagsmodell „bestes Preis-Leistungs-Verhältnis“ („best price-quality ratio“) ist das gemäß den bisher geltenden Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG bekannte Zuschlagsmodell des „wirtschaftlich günstigsten Angebotes“, das auf der Grundlage von verschiedenen (Zuschlags)Kriterien ermittelt wird. Um Verwechslungen mit dem übergeordneten Konzept zu vermeiden, wird in der RL 2014/24/EU dieses Zuschlagsmodell (ohne inhaltliche Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage) nunmehr als „bestes Preis-Leistungs-Verhältnis“ bezeichnet.

Die Konzeption der RL (und des BVergG) gestatten auch bestimmte Kombinationen der Modelle wie etwa die Ermittlung des „besten Preis-Leistungs-Verhältnisses“ anhand eines (gewichteten) Zuschlagskriteriums „niedrigste Kosten“ neben anderen Zuschlagskriterien.

Im BVergG wird diese Dreiteilung der RL zugunsten der Kontinuität der schon bisher gebräuchlichen Terminologie nicht übernommen. Stattdessen wird dem Zuschlagsmodell des „niedrigsten Preises“ („Billigstangebotsprinzip“) das bekannte Zuschlagsmodell des „technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes“ („Bestangebotsprinzip“) gegenüber gestellt. Das Bestangebotsprinzip umfasst seinerseits zwei Modelle: einerseits die „niedrigsten Kosten“ und andererseits das „beste Preis-Leistungs-Verhältnis“ (siehe Abs. 4 letzter Satz). Zu betonen ist, dass der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes gemäß dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis nicht ausschließlich kostenfremde Kriterien zugrunde gelegt werden dürfen. Mit anderen Worten: das vom Auftraggeber herangezogene Bewertungssystem muss jedenfalls ein Kostenkriterium beinhalten, das — je nach Wahl des Auftraggebers — entweder der Preis oder bestimmte Kosten gemäß einem Lebenszyklus-Kostenansatz sein können (vgl. dazu auch EG 92 der RL 2014/24/EU). Überdies ist festzuhalten, dass die Wahl des Zuschlagsmodells – neben den Regelungen des Abs. 5 und 6 – auch durch andere (unionsrechtskonforme) gesetzliche Bestimmungen determiniert werden kann (vgl. dazu etwa gesetzliche Festpreisregelungen für bestimmte Waren und Dienstleistungen wie etwa das Bundesgesetz über die Preisbindung bei Büchern, BGBl. I Nr. 45/2000 idgF; in diesem Fall kann das beste Angebot anhand anderer Kriterien, wie zB Service- oder Lieferbedingungen, ermittelt werden; vgl. dazu auch EG 93 der RL 2014/24/EU).

Abs. 4 verankert, wie auch schon seine Vorgängerregelungen, als Grundregel des BVergG die gesetzliche Präferenz des Bestangebotsprinzips (herkömmlich auch als „Bestbieterprinzip“ bezeichnet; vgl. dazu schon 1171 BlgNR XXII. GP 68). Eine Fokussierung auf einen reinen Preiswettbewerb (Billigstangebotsprinzip, herkömmlich auch als „Billigstbieterprinzip“ bezeichnet, dh. Zuschlag auf den niedrigsten Preis) ist ausnahmsweise nur dann zulässig, wenn der Qualitätsstandard der Leistung in der Leistungsbeschreibung so klar und eindeutig in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht festgelegt wurde, dass die Einreichung vergleichbarer Angebote auf einem definierten (Qualitäts-)Niveau gewährleistet ist (vgl. dazu schon ausführlich 1171 BlgNR XXII. GP 67, zum – damaligen – § 80 und die „authentische Interpretation“ des Fachnormenausschusses (FNA) 018 des Österreichischen Normungsinstitutes zu Punkt 7.6. der ÖNORM A 2050: 2000-03 vom 3. Mai 2000). Der vom Auftraggeber solcherart festgelegte Qualitätsstandard ist ein Mindeststandard, dessen Überschreitung seitens des Unternehmers möglich und zulässig ist, sich im Falle der Vergabe auf den niedrigsten Preis jedoch bei der Bewertung des Angebotes nicht auswirkt, da definitionsgemäß allein der Preis relevant ist. Als Beispiel für Leistungen, hinsichtlich derer der Zuschlag auf ein Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden könnte, können etwa bestimmte Arten von standardisierten Leistungen im Straßenbau, Lieferungen von Waren mit einem hohen Standardisierungsgrad und hoch standardisierte Dienstleistungen angeführt werden. Der Preis als einziges Zuschlagskriterium ist daher nur dann sachlich gerechtfertigt und gesetzlich zulässig, wenn ein (durch die Festlegungen des Auftraggebers fixierter eindeutiger) Vergleichsstandard existiert und die Leistungsangebote dementsprechend vergleichbar sind.

Abs. 5 modifiziert die Grundregel des Abs. 4 dahingehend, dass in taxativer Weise für bestimmte Leistungen bzw. für bestimmte Vergabeverfahrenstypen verpflichtend das Bestangebotsprinzip verankert wird. Es steht dem Auftraggeber aber jederzeit frei, das Bestangebotsprinzip auch in anderen Bereichen zu verwenden. Bei den in Abs. 5 genannten Bereichen handelt es sich um jene typischen Konstellationen, in denen die Qualität der angebotenen Leistung besondere Bedeutung hat. In diesen Fällen soll der Zuschlag aufgrund eines Qualitätswettbewerbes erfolgen und demgemäß der (niedrigste) Preis als das allein ausschlaggebende Kriterium ausgeschlossen sein. Die verpflichtende Verankerung des Bestangebotsprinzips bedeutet, dass der Angebotsbewertung entweder die niedrigsten Kosten gemäß einem vom Auftraggeber festzulegenden Kostenmodell (vgl. dazu Abs. 7 Z 1 iVm § 92) oder das beste Preis-Leistungsverhältnis zugrunde gelegt werden muss. Im zuletzt genannten Fall muss daher neben dem Preis als Zuschlagskriterium zumindest ein weiteres Zuschlagskriterium (vgl. dazu § 2 Z 22 lit. d sublit. aa) vom Auftraggeber festgelegt werden, oder – falls der Angebotspreis fix vorgegeben worden ist – die Auswahl des erfolgreichen Angebotes auf der Basis zumindest eines Zuschlagskriteriums neben der Anzahl der angebotenen Leistungseinheiten erfolgen. Die unionsrechtliche Zulässigkeit des Ausschlusses des Billigstangebotsprinzips für bestimmte Vergaben im Oberschwellenbereich folgt aus Art. 67 Abs. 2 letzter Unterabsatz RL 2014/24/EU und für Vergaben im Unterschwellenbereich aus der nationalen Regelungszuständigkeit im Rahmen des primären Unionsrechtes.

Durch Abs. 5 soll insbesondere auch der Gefahr entgegengetreten werden, dass bei Vergaben, bei denen die Leistungsqualität durch den Wettbewerb im Rahmen der Angebotsbewertung optimiert werden soll, durch eine Fokussierung allein auf den Preis (als Zuschlagskriterium) ein hoher Preisdruck aufgebaut wird, der in weiterer Folge in der Kette der ausführenden Unternehmen (insbesondere im Rahmen des Einsatzes von Subunternehmen) weitergereicht wird und in letzter Konsequenz zu Lohn- und Sozialdumping führen kann.

Wie bereits ausgeführt, subsumiert das BVergG unter das Zuschlagsmodell „technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot“ zwei Ansätze: einerseits die Nutzung eines Kostenmodells und andererseits das „klassische“ Bestangebotsprinzip (bestes Preis-Leistungs-Verhältnis) zur Ermittlung des besten Angebotes anhand mehrerer Zuschlagskriterien.

Zum „klassischen Bestangebotsprinzip“ (bestes Preis-Leistungs-Verhältnis): Damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, müssen die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, versetzen die wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien wie auch die Kriterien über die Erfüllung der Umwelterfordernisse den Auftraggeber in die Lage, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, so wie es in der Leistungsbeschreibung festgelegt ist, einzugehen. Unter denselben Voraussetzungen kann ein Auftraggeber auch Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen anwenden, die insbesondere den – in den vertraglichen Spezifikationen festgelegten – Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen, denen die Nutznießer/Nutzer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen angehören. Hinsichtlich der Definition der Zuschlagskriterien, deren Charakteristika (enge Verbindung mit dem Auftragsgegenstand) und deren Auswahl und Zulässigkeit wird wiederum auf § 2 Z 22 verwiesen.

Dies führt zu folgenden Konsequenzen: Ausgehend von der gesetzlichen Präferenz zugunsten des Bestangebotsprinzips kann der Auftraggeber zwar in bestimmten Fällen (s.o. die Ausführungen zu Abs. 4) zwischen dem Bestangebotsprinzip und dem Billigstangebotsprinzip wählen, in den in Abs. 5 genannten Fällen hat aber ausnahmslos ex lege das Bestangebotsprinzip als Zuschlagsprinzip zur Anwendung zu kommen. In der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist eindeutig festzulegen, nach welchem Prinzip der Zuschlag erteilt werden soll. Die Wahl des Zuschlagsprinzips ist zusammen mit der Ausschreibung zu bekämpfen.

Sofern das Bestangebotsprinzip zur Anwendung kommt (entweder weil der Qualitätsstandard nicht klar und eindeutig definiert wird oder weil dies durch das Gesetz verpflichtend vorgesehen ist), sind Ausschreibungen, die keine Zuschlagskriterien oder nur den Preis bzw. – bei fixiertem Angebotspreis (Auftragssumme, vgl. dazu § 2 Z 26 lit. a) – allein die Leistungseinheiten als Zuschlagskriterium beinhalten, rechtswidrig und bekämpfbar. Darüber hinaus sind aber auch Ausschreibungen bekämpfbar, die formal zwar mehrere Zuschlagskriterien („Feigenblattkriterien“) beinhalten, de facto aber allein der Preis bzw. – bei fixiertem Angebotspreis – allein die Leistungseinheiten ausschlaggebend sind. Nach dem BVergG liegt nämlich nur dann ein gesetzeskonformes Zuschlagsmodell auf der Basis des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses vor, wenn mehrere Kriterien festgelegt worden sein, die eine vergleichende Bewertung des Leistungsniveaus jedes einzelnen Angebotes (gemessen am Auftragsgegenstand) ermöglichen und diese Zuschlagskriterien tatsächlich Relevanz bei der Ermittlung des besten Angebotes haben könnten (da es sich um eine Prognoseentscheidung des Auftraggebers bei der Festlegung der Zuschlagskriterien handelt, kann nicht verlangt werden, dass sich diese Relevanz jedenfalls verwirklichen muss).

Abs. 5 Z 1 sieht ein verpflichtendes Bestangebotsprinzip bei bestimmten Dienstleistungsvergaben vor. Es handelt sich hierbei um die Vergabe von Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren dessen zulässige Anwendung durch die Eigenschaft der nachgefragten Leistung (innovativ, geistig, planerisch, komplex, nicht beschreibbar) bedingt ist. In allen diesen Fällen folgt aus dem Wesen der nachgefragten Leistung, dass ein Qualitätswettbewerb die einzig sachgerechte Methode zur Ermittlung des „besten“ Angebotes ist.

Abs. 5 Z 2: Da auch bei konstruktiven Leistungsbeschreibungen Einzelpositionen oft in funktionaler Weise ausgeschrieben werden, ohne dass dies die Vergleichbarkeit der Angebote berührt, soll die Verpflichtung zur Anwendung des Bestangebotsprinzips nur dann greifen, wenn bei einer materiellen Gesamtbetrachtung die Leistungsbeschreibung derart ausgestaltet ist, dass wesentliche, die Leistung charakterisierende Elemente in funktionaler Weise ausgeschrieben werden.

Gemäß Abs. 5 Z 3 kommt das Bestangebotsprinzip auch bei Bauaufträgen zwingend zur Anwendung, falls deren geschätzter Auftragswert 1 Million Euro übersteigt. Aus der Bezugnahme auf Bauaufträge folgt, dass auch Lose dieser Bauaufträge gemäß dem Bestangebotsprinzip zu vergeben sind (auf die Ausnahmen für Direktvergaben wird jedoch hingewiesen).

Abs. 5 Z 4 und 5 sind durch die einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben bedingt.

Abs. 6 verankert ein neues Qualitätssicherungsmodell in Vergabeverfahren. Anders als bei Abs. 5 ist hier der Fokus nicht ausschließlich auf den Bereich der Zuschlagskriterien gerichtet, sondern es wird ein horizontaler Ansatz verfolgt. Damit soll den Auftraggebern die Möglichkeit eröffnet werden, die nach Abs. 6 verpflichtend in das Vergabeverfahren einzubeziehenden Qualitätskriterien nicht nur in dem komplexen und anfechtungsgefährdeten Bereich der Zuschlagskriterien festzulegen, sondern (wahlweise) in zumindest einer der in Abs. 6 genannten Phase des Vergabeverfahrens (bei der Leistungsbeschreibung, den Technischen Spezifikationen, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen). Dem Auftraggeber steht es natürlich frei über diese Mindestanforderung hinauszugehen und derartige Qualitätskriterien in mehreren oder allen diesen Phase vorzusehen. Zu beachten ist in dem Zusammenhang jedoch, dass ein und dasselbe Kriterium nicht mehrfach verwendet werden darf („Verbot der Doppel- oder Mehrfachverwendung“, vgl. etwa EuGH Rs 31/87, *Beentjes*, und EuG Rs T-148/04, *TQ3 Travel Solutions Belgium SA gegen Kommission*). Abs. 6 verpflichtet den Auftraggeber einen qualitätsbezogenen Aspekt festzulegen und verweist diesbezüglich auf § 20. Qualitätsbezogen bedeutet im vorliegenden Kontext, dass es sich um nicht-ökonomische Kriterien handeln muss; der Verweis auf § 20 stellt klar, dass diese Kriterien ökologischer, innovativer oder sozialer Natur sein müssen. Dem Auftraggeber steht es aber grundsätzlich (vgl. dazu jedoch die Sonderbestimmung in Abs. 6 Z 2) frei, welches Qualitätskriterium (sozialer, ökologischer oder innovativer Art) er konkret in das Vergabeverfahren einfließen lassen möchte; dies wird nicht zuletzt auch vom Leistungsgegenstand selbst abhängen. Diese Wahlmöglichkeit des Auftraggebers ermöglicht es auch, die von ihm festgelegten Qualitätsaspekte als zwingende Anforderungen (etwa im Rahmen der technischen Spezifikationen oder im Rahmen der Ausführungsbedingungen) festzulegen. Anders als bei Zuschlagskriterien ist in diesem

Fall der Qualitätsaspekt jedenfalls vom Bieter im Rahmen des Angebotes zu berücksichtigen (bei Zuschlagskriterien könnte hingegen ein qualitatives Kriterium vom Bieter bewusst nicht angeboten, sondern durch „Kompensation“ im Wege der anderen Kriterien unterlaufen werden). In diesem Sinne können gemäß Abs. 6 insbesondere soziale Aspekte in die Leistungsbeschreibung oder in die Ausführungsbedingungen einfließen (zB Beschäftigung von Auszubildenden, älteren ArbeitnehmerInnen oder Langzeitarbeitslosen im Rahmen der Auftragsausführung). Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Erfüllung der gesetzlichen Mindeststandards (vgl. dazu § 93) nicht als Erfüllung der Verpflichtung gemäß Abs. 6 angesehen werden kann; Abs. 6 verlangt eine über diese Mindeststandards hinausgehende Festlegung von Qualitätskriterien im Vergabeverfahren.

Der Auftraggeber hat die gewählten qualitätsbezogenen Aspekte in den Ausschreibungsunterlagen gesondert als solche zu bezeichnen. Damit hat der Auftraggeber die Pflicht, gesondert darzulegen, wie er der Verpflichtung des Abs. 6 nachkommt. Ausschreibungen im Anwendungsbereich des Abs. 6, die keine qualitätsbezogenen Aspekte ausweisen, sind rechtswidrig und daher – ebenso wie im Fall des Bestangebotsprinzipes gemäß Abs. 5 – bekämpfbar. Hingewiesen wird darauf, dass sich der Auftraggeber nach der Rechtsprechung des EuGH strikt an die von ihm festgelegten Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen zu halten hat (vgl. für viele Rs C-171/15, *Connexxion Taxi Services BV*, Rz 38, Rs C-336/12, *Manova*, Rz 40, Rs C-131/16, *Archus*, Rz 33); eine Abweichung ist einer Nachprüfung durch die Vergabekontrollbehörden zugänglich. So sind die Leistungsbeschreibung samt technischen Spezifikationen, die Eignungskriterien, die Zuschlagskriterien und die Ausführungsbedingungen als Bestandteil der Ausschreibung (genauer: der Ausschreibungsunterlagen) durch den Unternehmer (vgl. § 342 Abs. 1) anfechtbar; bei einer von solchen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen abweichenden Vorgangsweise des Auftraggebers kann etwa der Unternehmer, der nicht zur Teilnahme zugelassen oder dessen Angebot ausgeschieden wird, diese Entscheidung im Nachprüfungsverfahren anfechten. Für die Phase nach Zuschlag kann ein Abweichen von den im Vergabeverfahren geforderten qualitätsbezogenen Aspekten eine unzulässige wesentliche Änderung des Vertrages im Sinne des § 365 darstellen.

Nach Abs. 6 Z 1 sind qualitätsbezogene Aspekte verpflichtend bei unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungsaufträgen im Gesundheits- und Sozialbereich festzulegen; Z 6 verweist hinsichtlich der erfassten Dienstleistungen auf Anhang XVI. Dieser Anhang listet jene Dienstleistungen auf, die nach dem Spezialregime für „besondere Dienstleistungsaufträge“ (vgl. dazu die §§ 151 und 152) vergeben werden können. In dieser Liste finden sich auch Dienstleistungen, die zwar personenbezogen aber nicht im Gesundheits- oder Sozialbereich angesiedelt sind (zB Strafvollzug, Kulturbereich, Gaststätten- und Beherbergungsbereich, administrativer Bereich usw.) oder überhaupt keinen personenbezogenen Konnex aufweisen (zB Reifenrunderneuerung, Schmiedearbeiten). Z 1 erfasst jene Dienstleistungen, die unmittelbar gegenüber Patienten (zB alle ärztlichen/medizinischen/therapeutischen Dienstleistungen) oder im Sozialbereich unmittelbar gegenüber bestimmten, sozial bedürftigen, am Arbeitsmarkt benachteiligten Personen oder gegenüber in Aus- oder Fortbildung befindlichen Personen (zB Behindertenfürsorge, Altersfürsorge, Kinderbetreuung, Erwachsenenbildung, Sonderausbildung) erbracht werden. In diesen Fällen können Qualitätsaspekte insbesondere im Zusammenhang mit der Qualifikation und Erfahrung des bei der Auftragsausführung eingesetzten Personals bzw. im Zusammenhang mit der Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität verankert werden.

Abs. 6 Z 2 erfasst die dem BVergG unterliegenden Personenbeförderungsdienstleistungen auf der Straße. Gemäß § 10 Abs. 1 Z 17 sind Personenbeförderungsdienstleistungen auf der Schiene vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen (die auch in der PSO-VO geregelten Busdienstleistungen und Personenverkehrsdienstleistungen per Straßenbahn unterliegen hingegen dem BVergG). Zu den Personenbeförderungsdienstleistungen auf der Straße zählt der Kraftfahrlinienverkehr (vgl. § 3 Abs. 1 ÖPNRV-G 1999) aber auch andere Verkehrsdienste (wie bedarfsorientierte Bedienformen, zB Rufbusse oder Anrufsammeltaxis; vgl. dazu 511 BlgNR XXV. GP 2 und § 5 Abs. 2 ÖPNRV-G), nicht jedoch der Gelegenheitsverkehr (vgl. § 5 Abs. 2 ÖPNRV-G). Bei der Vergabe derartiger Personenbeförderungsdienstleistungen hat der Auftraggeber (abweichend zur Grundregel des Abs. 6 hinsichtlich der freien Wahl der Qualitätsaspekte) soziale Aspekte (siehe dazu § 20 Abs. 6) in das Vergabeverfahren einfließen zu lassen.

Abs. 6 Z 3 verpflichtet den Auftraggeber bei der Beschaffung von allen Lebensmitteln Qualitätsaspekte festzulegen. Dies könnte etwa im Wege der Vorschreibung von entsprechenden Biogütezeichen (vgl. dazu § 108) als (zwingende) technische Spezifikation erfolgen.

Abs. 6 Z 4 sieht bei der Vergabe von Gebäudereinigungs- und Bewachungsdienstleistungen eine Verpflichtung zu Qualitätsaspekten vor, da dies aufgrund verschiedener spezifischer Faktoren geboten scheint (zB besonders hohe Fluktuationsrate des Personals von Anbietern, starker Verdrängungswettbewerb zwischen den Anbietern, der in der Praxis oftmals zu illegalen Praktiken führt,

stark wachsende Beschäftigtenzahlen mit besonderer Bedeutung der Arbeitsbedingungen). Zum Begriff der Gebäudereinigung vgl. die CPV-Kategorie 90911000-6, zum Begriff der Bewachungsdienstleistungen die CPV-Klasse 79710000-4.

Abs. 7 enthält nähere Vorgaben, wie die Vorgangsweise bei Anwendung des Bestangebotsprinzips in einem Vergabeverfahren bekannt zu geben ist.

Abs. 7 Z 1 betrifft das Zuschlagsmodell der „niedrigsten Kosten". Diese sind gemäß der RL anhand eines „Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes" („cost-effectiveness approach") zu ermitteln, wobei die RL als ein Beispiel eines derartigen Ansatzes (arg. „wie" bzw. „such as") die Ermittlung der Kosten anhand einer Lebenszykluskostenrechnung („life-cycle costing" oder LCC) anführt. Z 1 spricht deshalb generell von einem Kostenmodell, das der Auftraggeber zu verwenden beabsichtigt und das er aus Transparenzgründen in den Ausschreibungsunterlagen zu spezifizieren hat. Auf die weiteren Ausführungen zu § 92 wird verwiesen.

Abs. 7 Z 2 regelt die Bekanntgabepflichten im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen betreffend das „klassische Bestangebotsprinzip": Um bei der Zuschlagserteilung die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sicherzustellen, ist die – in der Rechtsprechung anerkannte – Verpflichtung zur Sicherstellung der erforderlichen Transparenz vorgesehen, damit sich jeder Bieter rechtzeitig und angemessen über die Kriterien und Modalitäten unterrichten kann, anhand deren das beste Angebot ermittelt wird. Grundsätzlich sind die Zuschlagskriterien (vgl. dazu deren Definition in § 2 Z 22 lit. d sublit. aa und lit. d letzter UAbs.) gewichtet anzugeben, wobei die Gewichtung auch in Form einer Marge (Bandbreite der gewichteten Kriterien, innerhalb der sich der Wert eines Kriteriums befinden muss) möglich ist, um dem Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen einen gewissen Spielraum zu ermöglichen. Die Größe der Marge wird abhängig von der Art der auszuschreibenden Leistung festzusetzen, in der Regel jedoch sehr klein sein. Ist die Gewichtung auch im Wege einer Marge in Ausnahmefällen, die der Auftraggeber zu dokumentieren hat, nicht möglich (zB aufgrund der Komplexität des Auftrages), kann sich der Auftraggeber auf eine bloße Reihung der Zuschlagskriterien in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung (das ist deren absteigende Reihenfolge ihrer Bedeutung) beschränken.

Wie bisher gilt, dass, falls der Auftraggeber im Rahmen des „klassischen Bestangebotsprinzips" keine Gewichtung oder Reihung der Zuschlagskriterien angibt, ein Zuschlag nicht rechtskonform erfolgen kann (vgl. etwa VwGH vom 1. März 2005, 2002/04/0036); im Übrigen wäre bereits die Ausschreibung rechtswidrig und bekämpfbar. Auf die Möglichkeiten einer (rechtzeitigen) Berichtigung der Ausschreibung bzw. des Widerrufes des Vergabeverfahrens ist ebenfalls hinzuweisen.

Abs. 8 verpflichtet den Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die technischen Spezifikationen hinsichtlich der von ihm nachgefragten Leistung festzulegen. Nähere Regelungen dazu enthält § 106.

Gemäß Abs. 9 hat bzw. kann der Auftraggeber bestimmte Festlegungen betreffend rechnerisch fehlerhafte Angebote zu machen. Aus Abs. 9 und § 138 Abs. 7 ergeben sich vier Möglichkeiten, wie ein Auftraggeber mit rechnerisch fehlerhaften Angeboten verfahren kann:

1. Angebote mit einem Rechenfehler von 2% oder mehr sind auszuscheiden; Angebote mit einem Rechenfehler von weniger als 2% dürfen nach Berichtigung des Rechenfehlers nicht vorgereiht werden.
2. Angebote mit einem Rechenfehler von 2% oder mehr sind auszuscheiden; Angebote mit einem Rechenfehler von weniger als 2% werden nach Berichtigung des Rechenfehlers vorgereiht.
3. Angebote mit einem Rechenfehler dürfen nicht ausgeschieden und nach Berichtigung des Rechenfehlers auch nicht vorgereiht werden.
4. Angebote mit einem Rechenfehler dürfen nicht ausgeschieden werden; sie sind nach Berichtigung des Rechenfehlers vorzureihen.

Bei den Varianten 3 und 4 werden daher rechnerisch fehlerhafte Angebote unabhängig von der Höhe des Rechenfehlers nicht ausgeschieden. Der Auftraggeber muss bereits in der Ausschreibungsunterlage festlegen, für welche Variante er sich entscheidet. Er darf sich die Entscheidung weder vorbehalten noch darf er eine andere Variante festlegen (Angebote mit Rechenfehlern von weniger als 2% dürfen somit keinesfalls ausgeschieden werden). Trifft der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei Festlegung betreffend Rechenfehler, so führt einerseits ein Rechenfehler des Bieters nicht zum Ausscheiden des vom Rechenfehler betroffenen Angebotes, es kann aber auch keine Vorreihung infolge der vom Auftraggeber vorgenommenen Berichtigung erfolgen (somit Variante 3).

Zum Begriff der Vorreihung ist folgendes auszuführen: Ein rechnerisch fehlerhaftes Angebot „vorreihen" bedeutet, dass dieses Angebot ohne Rechenfehler in der Angebotsreihung einen besseren Platz einnimmt

als mit dem Rechenfehler. Um festzustellen, ob es zu einer Vorreihung kommt, müssen somit zu Vergleichszwecken zwei „Angebotsreihungen“ durchgeführt werden. Zu beachten ist, dass bei der Angebotsreihung alle Zuschlagskriterien zu berücksichtigen sind. Bei einer Vergabe nach dem „klassischen Bestangebotsprinzip“ (siehe dazu oben) kann es daher auch dann zu einer Vorreihung kommen, wenn sich an der rein preislichen Reihung der Angebote durch die Berichtigung des Rechenfehlers nichts ändert; umgekehrt erstreckt sich aber auch ein Vorreihungsverbot auf das gesamte Angebot, und nicht nur auf die rein preisliche Bewertung.

Angebote, die weder ausgeschieden noch vorgereiht werden dürfen, verbleiben in der Angebotsreihung. Sie sind bei der Ermittlung des Zuschlagsempfängers wie gültige Angebote zu behandeln (das spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn die Preise der einzelnen Angebote relativ zum Preis des Billigstbieters beurteilt werden und das korrigierte Angebote nach der Korrektur zum billigsten Angebot wird und sich damit die Bewertung der anderen Angebote ändert). Ein gegebenenfalls korrigierter Preis kann sich daher trotz Anwendung des Vorreihungsverbotes auf die anderen Angebote auswirken. Die berichtigten Angebote dürfen lediglich bei der Zuschlagsentscheidung nicht jenen Angeboten vorgezogen werden, die vor Korrektur des Rechenfehlers vor ihnen gereiht waren.

Wie sich insbesondere aus § 138 Abs. 7 (arg. „erhöhend oder vermindern“) ergibt, können sich Rechenfehler zu Gunsten oder zu Lasten des Bieters auswirken, der sie gemacht hat.

Zu § 92 (Berechnung von Lebenszykluskosten):

§ 92 setzt Art. 68 der RL 2014/24/EU um (vgl. dazu ferner die Definition in § 2 Z 23 und Anhang XII sowie die EG 95 bis 97 der RL).

Wie in § 91 Abs. 4 festgelegt, ist eines der Modelle zur Ermittlung des besten Angebotes die Nutzung eines Kostenmodells. Der Auftraggeber hat das von ihm konkret vorgesehene Modell in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben (siehe § 91 Abs. 7 Z 1). § 92 enthält, ausführend zu § 91, detaillierte Regelungen in Beug auf das angesprochene Kostenmodell, konkret hinsichtlich der Nutzung einer Lebenszykluskostenrechnung („life-cycle costing“ oder „LCC“). Zum weit zu verstehenden Begriff des Lebenszyklus ist auf dessen Definition in § 2 Z 23 zu verweisen. Falls ein unionsrechtlich verbindliches LCC-Modell existiert, ist dieses jedenfalls heranzuziehen (gleiches gilt für den Fall eines nach § 92 unionsrechtskonformen national verbindlich vorgeschriebenen LCC-Modells). In diesem Sinne bildet § 94 eine lex specialis zu § 92.

Abs. 1 legt fest, welche Kostenelemente im Rahmen einer Lebenszykluskostenberechnung herangezogen werden können. Die Auswahl, welche Kostenelemente im konkreten Vergabeverfahren eine Rolle spielen, ergibt sich aus der Entscheidung des Auftraggebers für ein bestimmtes LCC-Modell. Er kann dabei unter Berücksichtigung der Vorgaben des Abs. 3 auf ein bereits existierendes Modell zurückgreifen oder ein eigenes Modell entwickeln. Zu bereits existierenden LCC-Modellen vgl. etwa die vom deutschen Umweltbundesamt im Internet zur Verfügung gestellten Tools, siehe http://www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/berechnung-der-lebenszykluskosten).

Gemäß Abs. 1 Z 1 können alle direkten Kosten auf Auftraggeber- oder Nutzerseite in einem LCC-Modell berücksichtigt werden. Z 1 listet derartige Kostenelemente demonstrativ auf. Als mögliche zu berücksichtigende Kosten gemäß Z 1 sind daher Kosten für den Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen, Wartungskosten, Abholungs-, Entsorgungs- und Recyclingkosten zulässig. Kosten, die sonstigen Dritten entstehen, sind nach Z 1 hingegen nicht berücksichtigungsfähig. Aus dem System der RL und des Gesetzes folgt ferner, dass im Kontext eines LCC-Modells der Preis der Leistung (Anschaffungskosten; vgl. dazu die Ausführungen zu § 91) nicht allein maßgeblich sein kann (dies wäre eine Beschaffung zum „niedrigsten Preis“). Zum Preis müssen weitere Kostenelemente hinzutreten (entweder gemäß Z 1 oder gemäß Z 2).

Abs. 1 Z 2 ermöglicht die Berücksichtigung von externen Umweltkosten (indirekte Kosten) unter der Bedingung, dass diese Kosten in Geld bestimmt (monetarisiert) werden können und verifizierbar sind. Darunter fallen etwa die monetarisierten Umweltkosten, die durch den Transport der Waren vom Hersteller oder Verkäufer zum vom Auftraggeber festgelegten Leistungsort oder im Rahmen der Auftragsausführung entstehen, monetarisierte Umwelteffekte betreffend die in der beschafften Ware verwendeten Rohstoffe (zB aufgrund deren Gewinnungsmethode) oder Umweltkosten, die durch die Ware selbst, ihre Nutzung oder ihre Herstellung hervorgerufen werden (zB Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen, sonstige Kosten für die Eindämmung des Klimawandels bzw. für den Klimaschutz). Zu beachten ist, dass im Rahmen eines Lebenszykluskostenberechnungsmodells gemäß § 92 externe soziale Kosten nicht berücksichtigt werden dürfen; diese Möglichkeit wurde anlässlich des Gesetzgebungsprozesses auf Unionsebene diskutiert aber letztlich nicht weiter verfolgt. Andere als in Abs. 1 Z 1 und 2 angeführten Kosten können ebenfalls nicht berücksichtigt werden.

Abs. 2 verpflichtet den Auftraggeber zur Angabe des von ihm verwendeten Kostenmodells und der von den Bietern bereitzustellenden Daten.

Abs. 3 enthält die Anforderungen an ein gesetzeskonformes Kostenmodell zur Berechnung von externen Umweltkosten gemäß Abs. 1 Z 2. Es handelt sich hierbei um kumulative Anforderungen.

Abs. 3 Z 1 verlangt, dass derartige Modelle auf objektiv nachprüfbaren und nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen müssen. Unerheblich ist in dem Zusammenhang, ob diese Modelle auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene entwickelt wurden. Um jedoch Wettbewerbsverzerrungen durch speziell zugeschnittene Modelle zu vermeiden, sollten sie grundsätzlich für eine allgemeine Verwendung konzipiert sein. Sofern das Modell nicht für die wiederholte oder kontinuierliche Anwendung konzipiert worden ist, darf es insbesondere nicht bestimmte Unternehmer auf unzulässige Weise benachteiligen bzw. bestimmte Unternehmer bevorzugen. Hintergrund der zuletzt genannten Anforderung ist, dass LCC-Modelle nicht nur für allgemein gebräuchliche Waren entwickelt werden sondern auch für bestimmte (zum Teil auch nur für ein bestimmtes) Großprojekte insbesondere im Infrastrukturbereich. Da im zuletzt genannten Fall eine wiederholte Anwendung des Kostenmodells nicht denkbar ist, enthält Z 1 eine spezifische Ausformulierung des Diskriminierungsverbotes für diesen Bereich.

Nach Abs. 3 Z 2 müssen diese Modelle allen interessierten Unternehmern zugänglich sein. Die RL verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff „Parteien“; dieser wird – ohne inhaltliche Abweichung – aufgrund der im BVergG verwendeten Terminologie im Bereich des Rechtsschutzes nicht verwendet. Die allgemeine Zugänglichkeit wird etwa dadurch gewährleistet, dass der Auftraggeber die Modelle gemäß § 89 zur Verfügung stellt (gegebenenfalls durch einen direkten Link) oder gemäß § 90 bereitstellt oder übermittelt.

Gemäß Abs. 3 Z 3 müssen sich die vom Auftraggeber gemäß Abs. 2 geforderten Daten von einem sorgfältig arbeitenden Unternehmer mit vertretbarem Aufwand bereitstellen lassen. Daten, die der Bieter etwa vom Hersteller abfragen kann, sind somit unbedenklich. Anders verhält es sich, wenn diese Daten erst generiert werden müssten (durch Untersuchungen oÄ). In diesem Fall hat der Auftraggeber vor der Festlegung abzuschätzen, mit welchem Aufwand sich ein Unternehmer diese Daten verschaffen kann. Dabei sind unterschiedliche Faktoren wie Zeitaufwand, Kostenaufwand, geschätzter Auftragswert des Vergabeverfahrens usw. zu berücksichtigen und der Einschätzung zugrunde zu legen. Es ist dabei jedoch unerheblich, ob österreichische Unternehmer, Unternehmer aus der Europäischen Union oder dem EWR, Unternehmer mit Sitz in einer Vertragspartei des GPA oder eines sonstigen internationalen Abkommens im Vergabebereich an einem Vergabeverfahren teilnehmen. Der einheitliche (durchschnittliche) Maßstab gilt für alle (vgl. dazu etwa zuletzt EuGH Rs C-171/15, *Connexxion Taxi Services BV*) und muss der Nationalität der Unternehmer nicht Rechnung tragen.

Abs. 4 verweist auf die im Anhang XII aufgelisteten unionsrechtlich verbindlich zu verwendenden LCC-Modelle. Die in der RL (Art. 68 Abs. 3) enthaltene Regelung, dass derartige Modelle zu verwenden sind, wird nicht explizit umgesetzt: aus deren verpflichtenden Charakter folgt bereits der Zwang zur Befolgung (im Falle einer RL müsste die zwingend anzuwendende Methode ohnehin umgesetzt werden bzw. würde diese im Fall einer unionsrechtlichen Verordnung ohnehin unmittelbar gelten). Bislang gibt es erst ein derartiges Modell (betreffend „saubere Straßenfahrzeuge“). Dieses ist in § 94 umgesetzt. Falls weitere Modelle entwickelt werden sollten, wird das BVergG entsprechend zu ergänzen sein (bei Richtlinien) bzw. würden sie im Falle von Verordnungen der Union ohnehin unmittelbar gelten.

Zu § 93 (Einhaltung arbeits-, sozial- und umweltrechtlicher Bestimmungen):

Mit § 93 wird Art. 18 Abs. 2 und Anhang X der RL 2014/24/EU umgesetzt (vgl. dazu auch die EG 37 bis 41 der RL). Im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorschriften ist von allen Auftragnehmern die Einhaltung sämtlicher arbeits-, sozial- und umweltrechtlicher Vorschriften zu verlangen, die für innerhalb Österreichs durchzuführende Arbeiten maßgeblich sind. Dienstleistungen werden in Österreich erbracht, wenn im Bundesgebiet die charakteristischen Leistungen erbracht werden. Bei grenzüberschreitend erbrachten Dienstleistungen (zB Call Center) ist dies der Ort der tatsächlichen Leistungserbringung, ungeachtet der Tatsache, dass die Dienstleistungen für das Gebiet der Republik Österreich bestimmt sind (siehe EG 38).

Bei Nichtbeachtung der in Österreich geltenden arbeits-, sozial- und umweltrechtlichen Vorschriften wären sonst grobe Wettbewerbsverzerrungen (zB durch Lohn- und Sozialdumping) möglich. Insbesondere sind im gegebenen Zusammenhang die Beachtung der in Abs. 2 demonstrativ erwähnten arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften sowie der kollektivvertragsrechtlichen Regelungen als feste Bestandteile des Vertrages mit dem Auftragnehmer vorzusehen. Im Wege der Ausschreibung sind die künftigen Auftragnehmer zu verhalten, sich den Verpflichtungen, die sich aus den einschlägigen Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation ergeben, zu unterwerfen. Diese Verpflichtungen beziehen sich im Wesentlichen auf arbeitsrechtliche, insbesondere lohnrechtliche, Bestimmungen und

dienen dem Schutz der Arbeitnehmer in den Betrieben der Auftragnehmer. Die bislang bereits ratifizierten und in Kraft getretenen ILO-Abkommen werden ebenfalls in das Gesetz aufgenommen (vgl. dazu auch Anhang X der RL 2014/24/EU). Diese Abkommen betreffen etwa die Vereinigungsfreiheit, die Abschaffung der Zwangsarbeit, die Abschaffung der Kinderarbeit, den Mutterschutz und die Diskriminierung am Arbeitsplatz. Es ergeben sich daraus keine neuen zusätzlichen Verpflichtungen, da die in Abs. 1 angeführten ILO-Abkommen bereits alle in die einschlägigen österreichischen Gesetze aufgenommen wurden.

Nach Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber gegen den Auftragnehmer daher erforderlichenfalls die Einhaltung der genannten Regelungen aufgrund des Leistungsvertrages im Klageweg durchsetzen.

Zur Gewährleistung der dabei erforderlichen Transparenz ist in Abs. 2 vorgesehen, dass in den Ausschreibungsunterlagen jeweils anzugeben ist, bei welchen Stellen Auskünfte über die für die Durchführung des Auftrages maßgeblichen arbeits-, sozial- und umweltrechtlichen Verpflichtungen erhältlich sind.

Abs. 2 verpflichtet die Auftraggeber bestimmte Ausführungsbedingungen (Vertragsklauseln über die Auftragsausführung; vgl. dazu § 110 Abs. 1 Z 13) festlegen. Zu betonen ist, dass die solcherart verbindlichen Vorschriften zu keiner unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung von ausländischen Bietern führen dürfen. Damit in diesem Zusammenhang die erforderliche Transparenz gewahrt ist (vgl. dazu schon EuGH Rs 31/87, *Beentjes*), sind diese Anforderungen an die Leistungserbringung in Österreich bereits in der Ausschreibung bekannt zu machen (für die allgemeinen Anforderungen an Ausführungsbedingungen vgl. die Ausführungen zu § 110 Abs. 1 Z 13). Angebote von Bietern, die solche Auftragsbedingungen nicht akzeptieren, entsprechen nicht den Ausschreibungsbestimmungen und sind gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 auszuscheiden. Darüber hinaus ist ein Ausschluss auch dann verpflichtend, wenn im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeber zum Ergebnis kommt, dass der Bieter gegen die vorliegenden Bestimmungen verstoßen hat. Dagegen kann nicht verlangt werden, dass diese Auftragsausführungsbedingungen schon bei der Angebotsabgabe eingehalten werden. Auf die einschlägige Judikatur des EuGH zu diesem Thema (vgl. etwa Rs C-164/99, *Portugaia Construções Lda*, Rs C-165/98, *André Mazzoleni*, und Rs C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*) wird verwiesen.

In diesem Zusammenhang wird ferner darauf hingewiesen, dass gemäß § 20 Abs. 6 auch über die zwingenden gesetzlichen Vorschriften hinaus auf sozialpolitische Belange (etwa frauenpolitischer Natur) Bedacht genommen werden kann.

Anhang X der RL 2014/24/EU führt neben einigen in Abs. 1 erwähnten ILO-Abkommen auch weitere internationale Übereinkommen im Umweltbereich an. Alle in Anhang X erwähnten Abkommen sind bereits Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung: zum Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht vgl. BGBl. Nr. 596/1988 idgF, zum Montrealer Protokoll über Stoffe, die zu einem Abbau der Ozonschicht führen vgl. BGBl. Nr. 283/1989 idgF (inklusive der Änderungsprotokolle BGBl. Nr. 206/1993 idgF, BGBl. Nr. 640/1996 idgF, BGBl. III Nr. 162/2000 idgF und BGBl. III Nr. 94/2005 idgF), zum Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung vgl. BGBl. Nr. 229/1993 idgF, zum Stockholmer Übereinkommen über persistente organische Schadstoffe vgl. BGBl. III Nr. 158/2004 und zum Rotterdamer Übereinkommen über das Verfahren der vorherigen Zustimmung nach Inkenntnissetzung für bestimmte gefährliche Chemikalien sowie Pestizide im internationalen Handel samt Anlagen und Erklärung (PIC-Übereinkommen) vgl. BGBl. III Nr. 67/2005 idgF.

Zu § 94 (Besondere Bestimmungen betreffend die Beschaffung von Straßenfahrzeugen):

§ 94 iVm Anhang XIII enthält unverändert die Bestimmung betreffend die Umsetzung der RL 2009/33/EG.

Abs. 1 legt die Verpflichtung der Auftraggeber fest, bei der Beschaffung (v.a. Kauf, Miete, Leasing) von Straßenfahrzeugen bestimmte, in den Z 1 bis 3 genannte, Energie- und Umweltauswirkungen verpflichtend zu berücksichtigen. Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, in welcher Weise er dieser Verpflichtung entsprechen will. Dem Auftraggeber steht es – so er dies wünscht – frei, zusätzliche Auswirkungen in den Beschaffungsprozess einfließen zu lassen (arg „zumindest“; vgl. dazu auch Art. 5 Abs. 2 letzter Unterabsatz der Richtlinie 2009/33/EG). Zur Definition der der Verpflichtung unterliegenden „Straßenfahrzeuge“ vgl. § 2 Z 33.

Abs. 2 listet die Optionen auf, wie der Auftraggeber der Verpflichtung gemäß Abs. 1 entsprechen kann. Der Auftraggeber kann entweder die Energie- und Umweltauswirkungen im Wege der technischen Spezifikationen zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes oder im Wege der Zuschlagskriterien in das Vergabeverfahren einfließen lassen. Im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien gibt es weitere Möglichkeiten der Berücksichtigung: Da die Energie- und Umweltauswirkungen gemäß der Methode der

Abs. 4 bis 7 verpflichtend zu monetarisieren sind, erfolgt die Beschaffung von Straßenfahrzeugen jedenfalls nach dem Bestangebotsprinzip. Ergibt sich der Angebotspreis aus der Summe der Anschaffungskosten und der monetarisierten Energie- und Umweltauswirkungen so findet die Vergabe nach den „niedrigsten Kosten“ statt (vgl. § 91 Abs. 4). Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot an Hand von mehreren Zuschlagskriterien erteilt werden, so können die Energie- und Umweltauswirkungen entweder als Zuschlagskriterium oder als Zuschlagskriterien in einem Bewertungssystem (zB Zusatzpunkte für die Unterschreitung gewisser Emissionsniveaus) oder als monetarisierte Energie- und Umweltauswirkungen im Rahmen des (gewichteten) Preiskriteriums bzw. eines gesonderten (Preis)Kriteriums (zB „externe Energie- und Umweltkosten“) Berücksichtigung finden.

Abs. 3 normiert, dass bei der Festlegung von (ökologischen) technischen Spezifikationen gemäß Abs. 2 Z 1 die Vorschreibung des gesetzlich geltenden Niveaus (zB im Bereich der Abgasemissionen) nicht hinreicht. Bei zumindest einem Schadstoff gemäß Abs. 1 Z 2 und 3 (CO2, NOx, NMHC oder Partikel) muss ein unter dem zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens (vgl. dazu § 13 Abs. 3) gesetzlich festgelegten Emissionsniveau befindlicher Grenzwert als technische Spezifikation festgelegt werden. Das Gesetz legt jedoch nicht fest, wie weit der gesetzlich festgelegte Emissionsgrenzwert unterschritten werden muss. Dies bleibt dem Auftraggeber überlassen, der eine entsprechende Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen hat. Es bleibt dem Auftraggeber auch unbenommen, für mehr als einen Schadstoff niedrigere Emissionswerte (als gesetzlich vorgeschrieben) festzulegen (arg. „zumindest“). Die Auftraggeber könnten daher beispielsweise bereits erlassene aber noch nicht verbindlich vorgeschriebene Euronormen als technische Spezifikationen vorsehen (zB statt der derzeit geltenden „Euro 6b-Norm“ für Pkw und leichte Nutzfahrzeuge die „Euro 6c-Norm“, die 2018 in Kraft tritt).

Abs. 4 bis 7 enthalten in Verbindung mit Anhang XIII die auf Unionsebene harmonisierte Methode zur Internalisierung der in Abs. 1 angeführten externen (Lebenszyklus)Kosten. Die Kommission hat ein einfach zu handhabendes Werkzeug („life time cost calculator – LTC Calculator“) zur Berechnung der Lebenszykluskosten entwickelt und im Internet (auch zum Herunterladen) zur Verfügung gestellt (abrufbar unter: https://ec.europa.eu/transport/themes/urban/vehicles/directive/toolbox_en). Die deutsche Version des „Lebenszykluskostenrechners“ steht (auch zum Herunterladen) unter der Adresse „http://www.bundeskanzleramt.gv.at/vergaberecht“ zur Verfügung.

Zu Abs. 4 bis 6 ist festzuhalten, dass die jeweiligen Werte (für Kraftstoffverbrauch usw.) – bei Fehlen von genormten gemeinschaftlichen Testverfahren – gemäß Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2009/33/EG unter anderem auch „für die Behörde durchgeführten Prüfungen“ entnommen werden können. Als „Behörde“ im Sinne dieser Richtlinienbestimmung gilt, wie auch die Kommission auf Anfrage bestätigte, der jeweilige Auftraggeber. Es handelt sich hierbei um eine Fehlübersetzung bzw. Ungenauigkeit der Richtlinie, die im Gesetz nicht nachvollzogen wird.

Nach Abs. 4 müssen als Kosten einer Energieeinheit der jeweils geringere Wert je Energieeinheit von Ottokraftstoff oder Dieselkraftstoff vor Steuern (wenn sie als Verkehrskraftstoff verwendet werden) bei der Berechnung herangezogen werden (die aktuellen Nettopreise für Eurosuper 95 und Diesel können unter den folgenden Adressen abgerufen werden („https://www.bmwfw.gv.at/EnergieUndBergbau/Energiepreise/Seiten/Treibstoffpreismonitor.aspx“ – Treibstoffpreismonitor des BMWFW – bzw. „https://ec.europa.eu/energy/en/data-analysis/weekly-oil-bulletin“ – Weekly Oil Bulletin der Kommission). Der Auftraggeber hat vorab in den Ausschreibungsunterlagen den Zeitpunkt festzulegen, den er für die Berechnung gemäß Abs. 4 (Kosten des Kraftstoffes) heranzieht. Um Manipulationen zu vermeiden, muss dieser Zeitpunkt in objektiv nachvollziehbarer Weise fixiert sein. Es empfiehlt sich, diesen Zeitpunkt möglichst nahe bei der Prüfung der Angebote zu fixieren.

Gemäß Abs. 7 wird die Gesamtkilometerleistung eines Straßenfahrzeuges standardmäßig mit den aus Tabelle 3 des Anhanges XIII ersichtlichen Werten festgesetzt. Die Auftraggeber können jedoch in den Ausschreibungsunterlagen andere Werte für ein konkretes Vergabeverfahren festlegen. Möchte etwa ein Auftraggeber jedenfalls Dieselfahrzeuge (PKW) beschaffen, so könnte er die Gesamtkilometerleistung auch höher als 200 000 km festlegen. Umgekehrt könnte ein Auftraggeber, der seinen Fuhrpark regelmäßig nach 100 000 km erneuert, als Gesamtkilometerleistung auch diesen Wert festlegen.

Zu § 95 (Besondere Bestimmungen betreffend die Energieeffizienz bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich):

§ 95 iVm Anhang XIV enthält die Umsetzung der vergaberechtlich relevanten Bestimmung der RL 2012/27/EU (Energieeffizienzrichtlinie): Art. 6 in Verbindung mit Anhang III sowie die dazugehörigen Begriffsbestimmungen in Art. 2 Z 8 und 9 der zitierten RL.

Gemäß § 95 haben die in Anhang III genannten zentralen öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von Lieferaufträgen sicherzustellen, dass die beschafften Waren den in Anhang XIV genannten Anforderungen zur Energieeffizienz entsprechen. Es sind daher nur jene Waren betroffen, die von den in Anhang XIV genannten Rechtsakten der Europäischen Union erfasst sind (derzeit bestimmte Haushaltsgeräte, Bürogeräte und Reifen; vgl. dazu näher Anhang XIV und die dazugehörigen Erläuterungen).

Abs. 2 enthält eine dem Abs. 1 entsprechende Verpflichtung für Dienstleistungsaufträge. Die in Anhang III genannten zentralen öffentlichen Auftraggeber haben danach bei allen von ihnen vergebenen Dienstleistungsaufträgen sicherzustellen, dass die bei der Erbringung der Dienstleistung verwendeten Waren die Anforderungen des Anhang XIV erfüllen. In Abs. 2 zweiter Satz wird diese Verpflichtung jedoch eingeschränkt auf jene (von den in Anhang XIV genannten Rechtsakten erfassten) Waren, die der Dienstleister ausschließlich oder teilweise für die Erbringung der betreffenden Dienstleistungen neu erwirbt. Damit soll der Bezug zum Auftragsgegenstand hergestellt und die Diskriminierung einzelner Bieter verhindert werden.

Die Verpflichtungen der Abs. 1 und 2 gelten weiters nur im Oberschwellenbereich und nur soweit dies mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens gemäß § 20 vereinbar ist. Die Anforderungen an die Energieeffizienz dürfen daher insbesondere nicht zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen. Dies könnte etwa der Fall, wenn ein bestimmtes Produkt in der höchsten Energieeffizienzklasse nur von einer geringen Anzahl von oder gar nur von einem bestimmten Unternehmen angeboten wird. Weiters hat die Vergabe nur an geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Die Preisangemessenheit wird insbesondere dann nicht vorliegen, wenn die Mehrkosten der Beschaffung des energieeffizienten Produktes in keinem Verhältnis zu den über den Lebenszyklus gerechneten Energieeinsparungen stehen.

Mit dem Verweis auch auf die Grundsätze des § 20 Abs. 5 und 6 ist das Konzept der Nachhaltigkeit im weiteren Sinn angesprochen. Wenn die Anforderungen an die Energieeffizienz die Erreichung anderer ökologischer oder sozialer Zielsetzungen wesentlich beeinträchtigen würde, so kann ebenfalls von den Verpflichtungen der Abs. 1 und 2 abgesehen werden.

Die Verpflichtungen der Abs. 1 und 2 gelten nur insoweit, als die Waren, die den Anforderungen des Anhanges XIV an die Energieeffizienz entsprechen, auch für den vom Auftraggeber vorgesehenen Einsatzzweck geeignet sind. Sie gelten daher auch für Verträge der Streitkräfte nur insoweit, als ihre Anwendung nicht im Gegensatz zu der Art und dem Hauptziel der Tätigkeiten der Streitkräfte steht (vgl. Art. 6 Abs. 2 erster Satz der RL 2012/27/EU).

Es steht dem Auftraggeber frei, bei der Beschaffung eines Warenpakets, das als Ganzes von einem in Anhang XIV genannten Rechtsakt erfasst ist, auf die Gesamtenergieeffizienz des Pakets oder auf die Energieeffizienz der einzelnen im Paket enthaltenen Waren abzustellen.

Die in Art. 6 iVm Anhang III der RL 2012/27/EU ebenfalls enthaltene Verpflichtung zum Erwerb oder der Miete energieeffizienter Gebäude ist nicht im BVergG umzusetzen, da der Erwerb und die Miete von bereits vorhandenen Gebäuden vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen ist (vgl. § 9 Abs. 1 Z 10 und Art. 10 lit. a der RL 2014/24/EU).

Anderen als den in Anhang III genannten Auftraggebern steht es selbstverständlich frei, bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ebenfalls die in Anhang XIV genannten Anforderungen an die Energieeffizienz zu berücksichtigen.

Zu § 96 (Alternativ- und Variantenangebote):

§ 96 setzt Art. 45 der RL 2014/24/EU um (vgl. dazu auch EG 48 der RL). Einleitend ist klarzustellen, dass das in der RL verwendete Konzept der „Varianten“ zwei Ausprägungen umfasst: einerseits bieterseitig offerierte Abweichungen von der ausgeschriebenen Leistung (Alternativangebote) und andererseits auftraggeberseitig geforderte Abweichungen von der ausgeschriebenen Amtsvariante (Variantenangebot). Um Unklarheiten und Verwechslungen zu vermeiden, wird im BVergG die in Österreich schon bisher verwendete Terminologie beibehalten. Da es sich in beiden Fällen um Angebote handelt, wird grundsätzlich auf die sonstigen Regelungen für Angebote verwiesen. § 96 enthält ergänzende Spezialregelungen dazu.

Als Grundsatz gilt gemäß Abs. 1, dass Alternativangebote nur dann zulässig sind, wenn sie vom Auftraggeber zugelassen werden. Enthalten die Ausschreibungsunterlagen keine dahingehende Aussage, so sind Alternativangebote nicht zulässig. Anders als bisher sind Alternativangebote sowohl bei Vergaben nach dem Billigstangebotsprinzip wie auch nach dem Bestangebotsprinzip zulässig. Falls der Auftraggeber Alternativangebote zulässt, kann er weiters die Zulässigkeit einzelner Typen von Alternativangeboten (wirtschaftliche, rechtliche oder technische Alternativen) ohne weitere Voraussetzungen (dh. auch ohne Begründung) ausschließen (vgl. dazu Abs. 1 Satz 2: „ob und welche Art

von Alternativangeboten zugelassen sind“). Die Nichtzulassung von Alternativangeboten ist ebenfalls nicht begründungsbedürftig. Aus Abs. 2 zweiter Satz folgt, dass der Auftraggeber auch nur die Vorlage von Alternativangeboten ohne Amtsvariante zulassen kann, er muss dies allerdings ausdrücklich gestatten.

Sofern Alternativangebote zugelassen sind, gilt es folgendes zu beachten: Der Rechnungshof stellte fest, dass sich vielfach Alternativangebote einer seriösen Überprüfung auf ihre Vergleichbarkeit mit den übrigen Angeboten entziehen und dadurch die Bestangebotsermittlung erschwert würde. Er empfahl deshalb, die Kriterien exakt festzulegen, nach denen Alternativangebote bei einer Angebotsprüfung zu bewerten sind.

Zu den Mindestanforderungen, die ein Alternativangebot erfüllen muss bzw. zur Vergleichbarkeit ist auch auf die Rechtsprechung des EuGH zu verweisen. So hat der Gerichtshof in der Rs C 421/01, *Traunfellner*, festgehalten, dass der Auftraggeber, sofern er Alternativangebote zulässt, verpflichtet ist, die Mindestanforderungen, die ein Alternativangebot erfüllen muss, zu erläutern. Ein bloßer Verweis auf eine nationale Rechtsvorschrift, in der lediglich zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Alternativangebot die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sicherstellen muss, entspricht dieser Vorgabe nicht. Nur durch die Erfüllung dieser Transparenzverpflichtung kann überprüft werden, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung gewahrt wurde.

Mindestanforderungen „*betreffen Eigenschaften oder Ergebnisse, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen und denen die angebotene Leistung zu genügen hat*“, sie konkretisieren die Erwartungen des Auftraggebers an die von ihm ausgeschriebene Leistung. Hat der Auftraggeber keine Angaben zu Mindestanforderungen gemacht, können Alternativangebote nicht berücksichtigt werden (so auch GA Alber in seinen SA in der Rs C-421/01, *Traunfellner*, Rz 62 und 65). Alternativangebote, die die vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen nicht erfüllen, sind als nicht ausschreibungskonforme Angebote gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 auszuscheiden.

Abs. 4 enthält die Regelungen betreffend Variantenangebote. Auch hier gilt, dass der Auftraggeber auch nur die Vorlage von Variantenangeboten ohne Abgabe eines Angebotes für die Amtsvariante zulassen kann, er muss dies allerdings ausdrücklich gestatten. Trifft er keine diesbezügliche Festlegung in der Ausschreibungsunterlage haben Bieter immer Angebote zur Amtsvariante und zur Ausschreibungsvariante des Auftraggebers abzugeben. Es steht dem Auftraggeber auch frei, mehrere Ausschreibungsvarianten zur Amtsvariante bzw. Ausschreibungsvarianten nur hinsichtlich eines oder mehrerer Teile der Gesamtleistung vorzugeben.

Zu § 97 (Abänderungsangebote):

Auf die Definition des „Abänderungsangebotes“ in § 2 Z 1 und die Erläuterungen dazu wird verwiesen. Im Hinblick auf diese Angebote, die von der ausgeschriebenen Leistung technisch nur in sehr geringem Ausmaß abweichen im Übrigen aber mit der vom Auftraggeber verlangten Leistung völlig übereinstimmen, muss der Auftraggeber – anders als bei den Alternativangeboten – keine Mindestanforderungen festlegen (er kann dies aber tun). Im Übrigen sind sie stets zulässig sofern der Auftraggeber explizit nichts anderes festlegt. Dieser Ausschluss von Abänderungsangeboten kann ohne Angabe von Gründen erfolgen, auch ein Erfordernis einer sachlichen Rechtfertigung für den Ausschluss von Abänderungsangeboten existiert nicht. Da Abänderungsangebote technische Abweichungen nicht in einem Ausmaß beinhalten dürfen, wie sie bei Alternativangeboten zulässig sind, ist für die Prüfung, ob es sich bei einem konkreten Angebot noch um ein Abänderungsangebot handelt, ein strenger Maßstab anzulegen. Der durch den zweiten Satz eingeräumte Gestaltungsspielraum ermöglicht es dem Auftraggeber auch, Abänderungsangebote nur hinsichtlich einzelner – von ihm in den Ausschreibungsunterlagen zu bezeichnender – Positionen zuzulassen und gegebenenfalls bestimmte Mindestanforderungen vorzuschreiben.

Zu § 98 (Subunternehmerleistungen):

§ 98 setzt insbesondere Art. 63 Abs. 1 und 2 sowie Art. 71 Abs. 2 der RL 2014/24/EU um, trifft aber zusätzliche Regelungen im Zusammenhang mit Subunternehmerleistungen. Auf die Definition des Subunternehmers in § 2 Z 34 wird hingewiesen. § 98 regelt ausschließlich die Rahmenbedingungen für Subunternehmerleistungen vor Zuschlagserteilung; für die Phase nach Zuschlagserteilung ist auf § 363 zu verweisen. Im Zusammenhang mit gesetzlichen Einschränkungen der Subvergabe im Rahmen der Ausschreibung ist ferner auf die Rechtsprechung des EuGH zu verweisen (vgl. zuletzt Rs C-298/15, *Borta*). Danach sind generelle Beschränkungen des Einsatzes von Subunternehmern ohne Möglichkeit einer Einzelfallprüfung durch den Auftraggeber unzulässig.

Die Möglichkeit, die Weitergabe des gesamten Auftrages als unzulässig vorzusehen, ergibt sich aus dem Urteil des EuGH in der Rs C-314/01, *Siemens und ARGE Telekom*, in der der Gerichtshof sich

ausschließlich auf die Situation bezog, dass „Teile“ der Leistung nicht weitergegeben werden durften. In diesem Sinne bezieht sich auch Art. 71 Abs. 2 der RL 2014/24/EU nur auf den „*Anteil des Auftrags, den* [der Bieter] *gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt*“.

Da ein Unternehmer den Nachweis seiner Eignung jedenfalls dadurch erbringen kann, dass er die tatsächliche Verfügbarkeit von Kapazitäten eines leistungsfähigen Dritten nachweist (siehe dazu § 86 sowie die Erläuterungen dazu), wäre eine Regelung, wonach die Erbringung des wesentlichen oder eines überwiegenden Leistungsteils durch den Auftragnehmer selbst zu erfolgen hat, unzulässig. Im Zusammenhang mit Generalunternehmerkonstruktionen ist darauf hinzuweisen, dass der Generalunternehmer (GU) der Vertragspartner des Auftraggebers ist und der GU seine – gegebenenfalls fehlende – Befugnis nach Maßgabe des § 86 nachweisen kann bzw. muss.

Gemäß Abs. 2 sind grundsätzlich bereits im Angebot alle Subunternehmer und die sie betreffenden Leistungsteile bekanntzugeben. Dadurch soll bereits in der Angebotsphase eine vollständige Transparenz hinsichtlich der an der Auftragsausführung mitwirkenden Unternehmen sichergestellt werden. Gemäß der Definition in § 2 Z 34 umfasst der Begriff des Subunternehmers alle Unternehmer, die aufgrund eines direkten oder indirekten vertraglichen („Ketten“-)Verhältnisses mit dem Auftragnehmer in die Auftragsdurchführung vertraglich eingebunden sind (bis zum letzten Glied dieser „Kette“). Die Bekanntgabeverpflichtung erfasst somit auch jene an der Auftragsausführung beteiligten Unternehmer, die herkömmlich auch als „Subsub[…]unternehmer“ bezeichneten werden.

Die Verpflichtung zur Bekanntgabe aller Subunternehmer folgt bereits unmittelbar aus dem Gesetz; eine entsprechende Festlegung in der Ausschreibung ist nicht mehr erforderlich. Betroffen von der Verpflichtung sind daher sowohl erforderliche Subunternehmer (das sind Unternehmer, die für die Eignung des Bieters zwingend erforderlich sind) wie auch nicht erforderliche Subunternehmer (deren Eignung für den Bieter nicht unerlässlich ist). Damit soll dem Auftraggeber ein umfassendes Bild gegeben werden, welche Unternehmen im Rahmen der Ausführung des Auftrages zum Einsatz kommen sollen. Aus Abs. 2 erster Satz iVm § 127 Abs. 1 Z 2 folgt, dass der Bieter im Angebot hinsichtlich aller Subunternehmer zu spezifizieren hat, hinsichtlich welcher Leistungsteile die namhaft gemachten Subunternehmer eingesetzt werden sollen. Die Unterlassung der Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern hat das Ausscheiden des betroffenen Angebotes zur Folge (vgl. § 141 Abs. 1 Z 2). Hingegen führt die Unterlassung der Nennung von nicht erforderlichen Subunternehmern im Angebot dazu, dass deren allfälliger Einsatz dem Regime des § 363 unterliegt. Des Weiteren folgt aus diesem System, dass der Auftraggeber auch die nicht erforderlichen, im Angebot genannten Subunternehmer zu prüfen hat. Diese Prüfung erstreckt sich (wie auch bei den notwendigen Subunternehmern) neben der Eignungsprüfung darauf, ob der Bieter (im Falle einer Subunternehmerkette zumindest mittelbar im Wege seiner direkten Subunternehmer) über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und in einer Gesamtbetrachtung der Auftraggeber letztlich die zur Durchführung des Gesamtauftrages notwendigen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche sowie technische Leistungsfähigkeit hat. Anders als bei erforderlichen Subunternehmern führt jedoch das Misslingen dieses Nachweises (gegebenenfalls im Rahmen einer Aufklärung) bei nicht erforderlichen Subunternehmern nicht zum Ausscheiden des Angebotes des Bieters, sondern dazu, dass der Auftraggeber den betroffenen Subunternehmer gemäß § 138 Abs. 3 ablehnen muss, das Angebot als solches jedoch weiterhin im Vergabeverfahren verbleibt. Da das Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist bzw. nach Abschluss der Verhandlungen nicht mehr geändert werden kann (und daher ab diesem Zeitpunkt auch kein anderer nicht erforderlicher Subunternehmer mehr genannt werden kann), kann die Hinzuziehung eines anderen nicht erforderlichen Subunternehmers durch den erfolgreichen Bieter nur nach dem Regime des § 363 (nach Zuschlagserteilung) erfolgen.

Abs. 2 zweiter Satz räumt dem Auftraggeber die Möglichkeit ein, diese Offenlegungspflicht der Bieter im Angebot auf jene Subunternehmer einzuschränken, die wesentliche Teile des Auftrages erbringen sollen („wesentliche Subunternehmer“). Die Identifizierung allfälliger Leistungsteile als „wesentlich“ obliegt dem Auftraggeber; seine (subjektive) Einschätzung ist entscheidend. Nicht betroffen von einer allfälligen Festlegung gemäß Abs. 2 zweiter Satz sind die erforderlichen Subunternehmer, die in jedem Fall im Angebot bekannt zu geben sind. Der Auftraggeber kann von der Option des Abs. 2 zweiter Satz nur bei Vorliegen sachlicher Gründe Gebrauch machen. Diese Gründe müssen nicht notwendiger Weise in der Ausschreibung offen gelegt werden, sie müssen jedoch entsprechend dokumentiert werden. Als ein derartiger sachlicher Grund könnte etwa die zu erwartende Anzahl der bekanntzugebenden Subunternehmer angeführt werden (zB weil es sich um eine besonders kleinteilige Leistung mit einer Vielzahl von Gewerken handelt, oder bei Gefahr der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Falle der Mehrfachnennung von Subunternehmern in sogenannten „engen“ Märkten).

Zu Abs. 3 ist anzumerken, dass die Nachweisführung hinsichtlich eines Subunternehmers in der Regel insoweit beschränkt ist, als dieser die für die Ausführung seines Leistungsteiles erforderliche Eignung

besitzen muss. Im Falle der ausnahmsweisen gänzlichen Weitergabe der Leistung folgt daraus jedoch, dass die Eignung hinsichtlich der gesamten Leistung gegeben sein muss. Die Eignung kann der Subunternehmer nach dem regulären System des § 80 nachweisen (zunächst Vorlage einer Eigenerklärung, Vorlage von Nachweisen nur im Einzelfall auf Aufforderung; Hinweis auf Zugangsmöglichkeit zu den Nachweisen via eine Datenbank bzw. Hinweis, dass Auftraggeber über den geforderten Nachweis bereits verfügt). Die Eigenerklärung bzw. die Nachweise über die Eignung der Subunternehmer sind – wie bisher – dem Auftraggeber im Wege des Bieters vorzulegen. Hinsichtlich der vom Auftraggeber a priori nicht beschränkbaren Art des Nachweises der tatsächlichen Verfügbarkeit von Kapazitäten ist auf die Rechtsprechung des EuGH zu verweisen, wonach alle Beweismittel zulässig sind, sofern sie die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf die entsprechenden Ressourcen belegen (wie etwa durch eine vertragliche Zusage oder Option; vgl. dazu etwa Rs C-176/98, *Holst Italia*, Rz 28ff, Rs C-234/14, *Ostas celtnieks*, Rs C-94/12, *Swm Costruzioni*).

Abs. 4 Z 1 greift die Beschränkungsmöglichkeit für Subvergaben gemäß Art. 63 Abs. 2 der RL 2014/24/EU auf, die einen Vorbehalt des Auftraggebers hinsichtlich der Ausführung bestimmter „kritischer“ Leistungsteile durch den Auftragnehmer in Eigenleistung ermöglicht. Dieses Verbot der Subvergabe von kritischen Leistungsteilen soll dem Auftraggeber Gewähr dafür bieten, dass die von ihm als „kritisch“ beurteilten, wichtigen Leistungsteile durch von ihm bewertete Bieter selbst und nicht durch sonstige Dritte erbracht werden. Diese Bestimmung soll es dem Auftraggeber daher ermöglichen, dass jene Teile eines Auftrages, die aus Sicht des Auftraggebers besondere Fachkunde oder Fähigkeiten erfordern und bei denen die Qualität der Leistungsausführung maßgeblich durch individuelle Eigenschaften des Leistungserbringers bedingt ist, tatsächlich von jenen Personen ausgeführt werden, die im Laufe des Vergabeverfahrens im Hinblick auf ihre Fähigkeiten zur Leistungserbringung identifiziert und geprüft wurden und auf deren Leistungserbringung der Auftraggeber eine direkte Einflussmöglichkeit hat. Als Paradebeispiel für derartige kritische Leistungsteile können geistige Dienstleistungen (zB Studien, Untersuchungen), F&E Dienstleistungen, Verlegearbeiten von besonderen Parkettböden uam. angeführt werden. Der „Eigenleistung“ durch den Auftragnehmer wird die Erbringung der Leistung durch ein mit dem Bieter verbundenes Unternehmen („Ausführung im Konzern“; zum Begriff „verbundenes Unternehmen vgl. §2 Z 40) oder durch ein Mitglied der bietenden Arbeits- oder Bietergemeinschaft gleichgestellt. Legt der Auftraggeber fest, dass kritische Aufgaben nur durch den Bieter, ein mit diesem verbundenes Unternehmen bzw. einem Mitglied der Arbeits- oder Bietergemeinschaft ausgeführt werden dürfen, nimmt er damit auch Einfluss auf den potentiellen Teilnehmerkreis im Vergabeverfahren und in weiterer Folge auf die Angebote, die als der Ausschreibung entsprechend angesehen werden können. Eine nach Zuschlagserteilung erfolgende Änderung bei Auftragsausführung, indem der Auftragnehmer zur Ausführung von kritischen Aufgaben Subunternehmer heranzieht, kann eine wesentliche Änderung des Vertrages gemäß § 365 Abs. 2 Z 1 darstellen; ebenso denkbar wäre das Vorliegen einer wesentlichen Änderung gemäß § 365 Abs. 2 Z 4. In diesem Fall wäre, wie § 365 Abs. 1 vorsieht, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen.

Der Wortlaut der Z 1 stellt (wie die RL auch) auf „bestimmte kritische Aufgaben“ („certain critical tasks“) ab. Einerseits kann daher der Auftraggeber nach seiner subjektiven Einschätzung grundsätzlich frei festlegen, welche Aufgaben er als „kritisch“ qualifiziert. Zu beachten ist hierbei als Grenze das allgemeine Sachlichkeitsgebot und die Rechtsprechung des EuGH. Dieser hat festgehalten, dass der Rückgriff auf die Kapazitäten Dritter für ein Angebote eine „allgemeine Regel“ und ein „Recht“ des Bieters ist, das vom Auftraggeber zwar in besonderen Fällen eingeschränkt werden kann, doch dürfe der Auftraggeber diese Beschränkung nicht als allgemeine Regel aufstellen (vgl. dazu insbesondere Rs C-324/14, *Partner*, Rs C-234/14, *Ostas celtnieks*, Rs C-94/12, *Swm Costruzioni*, Rs C-27/15, *Pippo Pizzo*). Es ist daher dem Auftraggeber verwehrt, durch eine allzu umfangreiche Einschränkung der Subvergabe gemäß Z 1 diese de facto auszuschließen oder ungebührlich einzuschränken. Andererseits folgt aus der Verwendung des Begriffes „bestimmt“, dass der Auftraggeber konkret die Aufgaben festlegen muss, für die er – weil „kritisch“ – eine allfällige Subvergabe verbietet. Eine abstrakte Festlegung durch den Auftraggeber (zB „XX% der Leistung sind „kritisch“ und daher in Eigenleistung zu erbringen“) ist unzulässig (vgl. EuGH Rs C-406/14, *Wroclaw*).

Z 2 greift eine Beschränkungsmöglichkeit für Subvergaben auf („sofern dies durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen ist“), die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt wurde (vgl. dazu EuGH Rs C-27/15, *Pippo Pizzo*, Rz 28 mwN der Rechtsprechung: „*Der Gerichtshof hat allerdings festgestellt, dass es Arbeiten geben mag, deren Besonderheiten eine bestimmte Kapazität erfordern, die sich durch die Zusammenfassung der kleineren Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer möglicherweise nicht erlangen lässt. So hat er eingeräumt, dass der Auftraggeber in einem solchen Fall berechtigt wäre, zu verlangen, dass ein einziger Wirtschaftsteilnehmer die Mindestanforderung hinsichtlich der betreffenden Kapazität erfüllt oder auf eine begrenzte Anzahl von*

Wirtschaftsteilnehmern zurückgreift, soweit dieses Erfordernis mit dem fraglichen Auftragsgegenstand zusammenhängt und ihm angemessen ist. Der Gerichtshof hat jedoch klargestellt, dass dieser Fall eine Ausnahme darstellt und das innerstaatliche Recht die fraglichen Erfordernisse nicht als allgemeine Regeln aufstellen kann.“). Auch diese Beschränkung hat der Auftraggeber für jeden Einzelfall vorzunehmen.

Im Kontext des Abs. 4 ist auch auf die Regelung des § 86 zweiter Satz hinzuweisen, der den Rückgriff auf andere Unternehmer hinsichtlich bestimmter Nachweise (insbesondere Ausbildung und einschlägige berufliche Erfahrung) ebenfalls einschränkend regelt (vgl. dazu auch Rs C-324/14, *Partner*).

Sofern der Auftraggeber die Subvergabe gemäß Abs. 4 eingeschränkt hat, ist auch er an diese Festlegung gebunden (siehe dazu insbesondere EuGH Rs C-171/15, *Connexxion Taxi Services BV*, Rz 38 mit weiteren Nachweisen der Rechtsprechung). Eine Abweichung von dieser Festlegung in der Phase nach Zuschlagserteilung wird im Regelfall als „wesentliche Änderung“ des Vertrages gemäß § 365 zu qualifizieren sein (vgl. dazu insbesondere § 365 Abs. 2 Z 1).

Abs. 5 eröffnet dem Auftraggeber die Möglichkeit, eine Solidarhaftung für den Fall vorzusehen, dass der Bieter seine wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit über Subunternehmer nachweist.

Zu § 99 (Arten und Mittel zur Sicherstellung):

§99 legt einerseits die Arten der zulässigen Sicherstellungen fest (vgl. dazu auch die Definitionen in § 2 Z 32), andererseits die Mittel wie diese Sicherstellungen zu erbringen sind.

Wird als Sicherstellung ein Vadium verlangt wird, so ist dessen Höhe durch den Auftraggeber in verhältnismäßiger Weise festzusetzen (als Prozentsatz des Auftragswertes). Als Orientierungshilfe für die angemessene Höhe eines Vadiums kann die bisherige Regelung des § 86 BVergG 2006 dienen, wonach das Vadium, außer in sachlich gerechtfertigten Fällen, 5% des geschätzten Auftragswertes nicht überschreiten darf. Der Auftraggeber hat im Fall der Vorschreibung eines Vadiums überdies festzulegen, wann und in welcher Form das Vadium (bzw. der Nachweis über dessen Erlag) vorzulegen, wann das Vadium zurückzustellen bzw. wie bei Fehlen des Nachweises über den Erlag des Vadiums vorzugehen ist.

Wie schon bisher kann der Bieter nach seiner Wahl die in Abs. 2 genannten Sicherstellungsmittel verwenden.

Zu § 100 (Besondere Bestimmungen betreffend den Zahlungsverkehr):

§ 100 enthält unverändert die Bestimmungen betreffend den Zahlungsverzug im Kontext der Ausschreibung. Mit den §§ 100 und 111 werden die Sonderbestimmungen der RL 2011/7/EU für öffentliche Auftraggeber umgesetzt. Es wurde dabei ein doppelter Ansatz gewählt: Die Verpflichtungen der Richtlinie werden sowohl in die Regelungen zur Ausschreibung als auch in die Bestimmungen über den Leistungsvertrag aufgenommen. Dies hat zum einen die Konsequenz, dass Ausschreibungsbestimmungen, die den Vorgaben des § 100 widersprechen, nur innerhalb der Fristen für Nachprüfungsverfahren angefochten werden können und danach der Präklusion unterliegen. Die öffentliche Auftraggeber betreffenden Bestimmungen der Zahlungsverzugsrichtlinie werden damit in das Rechtsschutzsystem des BVergG eingebettet. Zum anderen wird durch die nochmalige Regelung in § 111 sichergestellt, dass den Vorgaben der RL 2011/7/EU auch bei Verfahren ohne Ausschreibung sowie bei Verfahren, deren Ausschreibungsunterlagen mangels gesondert anfechtbarer Entscheidung nicht im Nachprüfungsverfahren bekämpfbar sind (Direktvergabe und Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung), genüge getan wird.

§ 100 Abs. 1 setzt Art. 7 der RL 2011/7/EU um und enthält die allgemeine Regel, dass die Ausschreibung keine Bestimmungen betreffend den Zahlungstermin oder die Entschädigung für die Betreibungskosten enthalten darf, die für den Bieter grob nachteilig sind. Obwohl Art. 7 der RL 2011/7/EU für öffentliche Auftraggeber und Unternehmen gleichermaßen gilt und bereits mit dem Zahlungsverzugsgesetz in § 459 UGB umgesetzt werden wird, wurde diese Bestimmung in das BVergG nochmals gesondert aufgenommen, um auch diese Anordnung dem Rechtsschutzsystem des BVergG zu unterwerfen.

Das in Art. 7 der RL 2011/7/EU ebenfalls enthaltene Verbot von grob nachteiligen Vertragsklauseln betreffend die Zahlungsfrist muss im Anwendungsbereich des BVergG allerdings nicht geregelt werden, da dieser Aspekt des Art. 7 nur für den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern maßgebend ist und die mögliche Länge der Zahlungsfrist abschließend in Abs. 2 (in Umsetzung von Art. 4 der RL) geregelt wird. Für die zulässige Höhe der Verzugszinsen gilt für öffentliche Auftraggeber ebenfalls eine Sonderreglung (vgl. Abs. 5). In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass der in Abs. 1 verwiesene § 459 Abs. 2 UGB, soweit er sich auf Verzugszinsen bezieht, im Anwendungsbereich des BVergG nicht einschlägig ist.

Hinsichtlich der näheren Konkretisierung der groben Nachteiligkeit wird auf die einschlägigen Bestimmungen des § 459 UGB verwiesen. Danach ist für eine Beurteilung der groben Nachteiligkeit einer Vertragsbestimmung insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit diese von der Übung des redlichen Verkehrs abweicht, ob es sachlichen Grund für diese Abweichung gibt und um welche Vertragsleistung es sich handelt. Bei einer Ausschreibungsbestimmung zu Lasten des Gläubigers über eine von § 458 erster Satz UGB abweichende Höhe des pauschalen Entschädigungsbetrages ist auch zu berücksichtigen, ob es einen sachlichen Grund für diese Abweichung gibt. Jedenfalls grob nachteilig ist auch der Ausschluss der Entschädigung für Betreibungskosten nach § 458 UGB, sofern er nicht ausnahmeweise nach den Umständen des jeweiligen Rechtsgeschäftes sachlich gerechtfertigt ist(vgl. § 459 Abs. 2 und 5 UGB und die dazugehörigen Erläuterungen 2111 BlgNR XXIV. GP).

Hinsichtlich der Definition der Ausschreibung wird auf § 2 Z 7 verwiesen.

Die Abs. 2 und 3 setzen Art. 4 der RL 2011/7/EU um. Gemäß Abs. 2 kann der Auftraggeber in der Ausschreibung eine (grundsätzlich maximal 30-tägige) Zahlungsfrist angeben. Gibt er keine Zahlungsfrist an, so gilt die allgemeine Regel des § 907a ABGB. Danach hat, wenn der Fälligkeitstermin nicht schon im Vorhinein bestimmt ist, sondern die Fälligkeit erst durch Erbringung der Gegenleistung, Rechnungsstellung, Zahlungsaufforderung oder einen gleichartigen Umstand ausgelöst wird, der Schuldner den Überweisungsauftrag ohne unnötigen Aufschub nach Eintritt des für die Fälligkeit maßgeblichen Umstands zu erteilen. Nach den dazugehörigen Erläuterungen hat der Schuldner dabei in der Regel einige wenige Tage Zeit, die Forderung zu begleichen (vgl. 2111 BlgNR XXIV. GP 15f). Es wird hier nochmals darauf hingewiesen, dass § 100 Abs. 2 lediglich die Sonderbestimmungen der Zahlungsverzugsrichtlinie betreffend öffentliche Auftraggeber umsetzt. Der Beginn der Zahlungsfrist richtet sich daher nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen und wird nicht im BVergG geregelt. Es soll jedoch dennoch in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass der Beginn der Zahlungsfrist in der Regel die Vorlage einer prüffähigen Rechnung voraussetzt. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang sowohl auf § 368 und auf das IKT-Konsolidierungsgesetz, BGBl. I Nr. 35/2012. Letzteres verpflichtet durch seinen § 5 alle Vertragspartner von Bundesdienststellen oder deren sonstige Berechtigte zur Ausstellung und Übermittlung von elektronischen Rechnungen.

Abs. 2 räumt dem Auftraggeber daher die Möglichkeit ein, die gesetzliche Zahlungsfrist („ohne unnötigen Aufschub“) durch Vereinbarung grundsätzlich auf bis zu 30 Tage zu verlängern. In Umsetzung der RL 2011/7/EU darf der Auftraggeber in zwei Fällen die Zahlungsfrist bis zu 60 Tagen verlängern:

Z 1: Wenn aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale des Auftrages eine längere Frist sachlich gerechtfertigt ist, so kann der Auftraggeber eine Zahlungsfrist bis zu maximal 60 Tagen angeben. Diese Möglichkeit der Verlängerung der Zahlungsfrist über 30 Tage hinaus ist im Einzelfall zu prüfen. Es reicht dabei nicht, dass der Auftrag selbst besonders komplex ist (eine besondere Komplexität des Auftrages kann jedoch der Grund für eine längere Dauer des Abnahme- oder Überprüfungsverfahrens sein, siehe dazu unten zu Abs. 3). Der objektive Grund, der eine Verlängerung der Zahlungsfrist rechtfertigt, muss vielmehr nach dem Zeitpunkt des Eintritts des für die Fälligkeit maßgeblichen Umstands liegen. Ein solcher Grund wird regelmäßig etwa dann vorliegen, wenn zu erwarten ist, dass das Verifikationsverfahren der Rechnung besonders komplex sein wird. Dies wird etwa dann der Fall sein, wenn zu erwarten ist, dass die Rechnung so viele Positionen aufweisen wird oder die zur Rechnungsprüfung notwendigen Unterlagen (Mengenberechnungen, Abrechnungspläne, Preisumrechnungen, Zeichnungen, Lieferscheine, Stundennachweise, Leistungsberichte und dgl.) so umfangreich sein werden, dass eine Überprüfung und Überweisung durch den Auftraggeber binnen 30 Tagen nicht zumutbar ist.

Z 2: Wenn die überwiegende Tätigkeit des Auftraggebers oder der Organisationseinheit, für die das Vergabeverfahren durchgeführt wird, in der Bereitstellung von Gesundheitsdienstleistungen besteht, so darf die in der Ausschreibung angegebene Zahlungsfrist ohne weitere Begründung bis zu 60 Tage betragen (vgl. Art. 4 Abs. 4 lit. b der RL 2011/7/EU). Begründet wird diese Ausnahme in der Richtlinie mit der besonderen Herausforderung in der Gesundheitsversorgung (vgl. EG 25 der RL 2011/7/EU: „*Besonders problematisch im Hinblick auf den Zahlungsverzug ist in einem Großteil der Mitgliedstaaten die Situation im Gesundheitswesen. Die Gesundheitssysteme als grundlegender Bestandteil der sozialen Infrastruktur Europas müssen oft individuelle Bedürfnisse mit den verfügbaren Finanzen in Einklang bringen, da die Bevölkerung Europas altert, die Lebenserwartung steigt und die Medizin Fortschritte macht. Alle Systeme müssen die Herausforderung annehmen, bei der Gesundheitsversorgung in einer Weise Prioritäten zu setzen, dass ein Ausgleich zwischen den Bedürfnissen des einzelnen Patienten und den zur Verfügung stehenden finanziellen Ressourcen geschaffen wird. Die Mitgliedstaaten sollen daher öffentlichen Einrichtungen, die Gesundheitsdienste anbieten, bei der Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen ein gewisses Maß an Flexibilität einräumen können. […]*“ Eine überwiegende Tätigkeit im Bereich der Gesundheitsversorgung liegt dann vor, wenn mehr als 50% der gesamten

Tätigkeit des Auftraggebers bzw. der Organisationseinheit, für die das Vergabeverfahren durchgeführt wird, in der Bereitstellung von Gesundheitsdienstleistungen besteht (vgl. auch EuGH Rs C- 380/98, *University of Cambridge*, Rz 28ff). Die solcherart unter die Z 2 fallenden Auftraggeber bzw. Organisationseinheiten können bei all ihren Aufträgen eine Zahlungsfrist von bis zu 60 Tagen vereinbaren, unabhängig davon, ob der konkrete Auftrag die Erbringung einer Gesundheitsdienstleistung zum Gegenstand hat oder nicht (es sind daher beispielsweise auch Bauaufträge für Neu- und Zubauten, IT-Dienstleistungs- und Lieferaufträge oder Reinigungsdienstleistungen erfasst).

Gemäß Abs. 3 kann der Auftraggeber in der Ausschreibung Angaben über die maximale Dauer eines gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Abnahme- und Überprüfungsverfahrens zur Feststellung der vertragsgemäßen Leistungserbringung treffen. Die Festlegung einer 30 Tage übersteigenden Dauer des vorgesehenen Abnahme- oder Überprüfungsverfahrens oder auch ein Abstellen auf andere fristauslösende Ereignisse (wie etwa Melde- oder Anzeigeobliegenheiten des Auftragnehmers oder die Übermittlung von ergänzenden notwendigen Unterlagen) ist nur zulässig, wenn dies für den Unternehmer nicht grob nachteilig ist und (zusätzlich zur Angabe in der Ausschreibung) ausdrücklich im Leistungsvertrag vereinbart wird. Die für die Beurteilung der groben Nachteiligkeit relevanten Merkmale ergeben sich aus Art. 7 Abs. 1 der 2011/7/EU und entsprechen jenen des § 459 Abs. 2 erster Satz UGB. Wenn der Auftraggeber nichts angibt, so gilt § 457 erster Satz UGB (Dauer des Abnahme- oder Überprüfungsverfahrens maximal 30 Tage).

Die Regelung des Abs. 4 soll sicherstellen, dass die Bestimmungen über die maximale Dauer der Zahlungsfrist nicht dadurch umgangen werden, dass der Zeitpunkt der Rechnungslegung und damit der Eintritt der Fälligkeit durch Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Unternehmer verzögert wird (vgl. Art. 4 Abs. 3 lit. b der RL 2011/7/EU). Dieses Verbot bezieht sich aber lediglich auf jene Festlegungen, die einen frühestmöglichen Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung beim Auftraggeber vorsehen und damit einen späteren Eintritt der Fälligkeit bewirken sollen. Dies folgt aus folgenden Überlegungen: der Telos der Richtlinie (und somit des Abs. 4) ist auf einen Schutz der Gläubiger durch möglichst rasche Zahlung gerichtet. Er steht somit einer Festlegung eines spätestmöglichen Zeitpunktes für die Rechnungslegung (und somit einem Anreiz, die Rechnung möglichst zeitnah zu legen und damit einen früheren Eintritt der Fälligkeit zu bewirken) nicht entgegen. Dies ist auch vor dem Hintergrund von Bedeutung, dass Auftraggeber aus budgetären oder haushaltsrechtlichen Gründen insbesondere gegen Ende des Haushaltsjahres häufig ein Interesse haben, dass der Eingang der Rechnung in angemessener Frist erfolgt (und deswegen Fristen festlegen innerhalb der Rechnungen spätestens vorzulegen sind). Es versteht sich von selbst, dass derartige gemäß Abs. 4 zulässige Fristen aber jedenfalls auch verhältnismäßig (dh. angemessen lang) festzusetzen sind. Vereinbarungen über Vorauszahlungen oder die Abrechnung bestimmter Teilleistungen sind selbstverständlich zulässig (vgl. auch Abs. 6). Ebenso zulässig, weil nicht „den Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung“ betreffend, sind verkehrsübliche Vereinbarungen über die Anforderungen an die Rechnung und über die Folgen einer mangelhaften bzw. nicht vertragskonformen Rechnungslegung.

Abs. 5 regelt die zulässige Höhe des Verzugszinssatzes. Aus Art. 4 Abs. 1 iVm Art. 2 Z 5 und 6 der Zahlungsverzugsrichtlinie ergibt sich, dass bei Geschäftsvorgängen mit einem öffentlichen Auftraggeber der gesetzliche Zinssatz auch durch Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien nicht unterschritten werden darf. Anders als bei Geschäften zwischen Unternehmern ist daher im Anwendungsbereich des BVergG die Vereinbarung eines Verzugszinssatzes, der niedriger als der in § 456 UGB festgelegte gesetzliche Zinssatz ist, nicht zulässig.

Abs. 6 stellt klar, dass die Vereinbarung von Zahlungsplänen bzw. Ratenzahlungen weiterhin zulässig ist (vgl. Art. 5 der RL 2011/7/EU). Die Regelungen des § 100 sind auch auf Abschlags- oder Teilschlussrechnungen anwendbar.

Zu § 101 (Berichtigung der Ausschreibung):

Die Regelung dient vor allem dem Schutz der Bewerber und Bieter. Jede Veränderung der Ausschreibungsbedingungen ohne Benachrichtigung der Teilnehmer des Vergabeverfahrens ist geeignet, einerseits bei diesen „vergebliche“ Aufwendungen zu erzeugen, andererseits zu einer Mangelhaftigkeit der Angebote mit den sich daran knüpfenden Folgen zu führen. Auch die Benachrichtigung der Bewerber und Bieter von Berichtigungen gemäß Abs. 2 soll dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. Ist eine persönliche Benachrichtigung aller Teilnehmer an einem Vergabeverfahren von der Berichtigung gemäß Abs. 2 erster Satz nicht möglich, so ist die Berichtigung in gleicher Weise wie die Ausschreibungsunterlage zur Kenntnis zu bringen (es wird in diesem Kontext auf alle Modalitäten rekurriert, in der die Ausschreibungsunterlagen zur Kenntnis gebracht werden können, vgl. die §§ 89 und 90).

Eine Berichtigung ist nur zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt; diesfalls wäre die Ausschreibung wegen Vorliegens zwingender Gründe zu widerrufen (vgl. etwa EuGH Rs C-298/15, *Borta*, und das Erkenntnis des VwGH vom 17. Juni 2014, 2013/04/0029 mwN; zum Verständnis einer „wesentlichen Änderung“ vgl. § 365).

Dieser Verpflichtung des Auftraggebers entspricht die Obliegenheit des Unternehmers gemäß § 125 Abs. 6, allfällige aus der Sicht des Unternehmers erforderliche Berichtigungen dem Auftraggeber umgehend mitzuteilen. Auf die Verpflichtung zur Verlängerung der Angebotsfrist gemäß § 72 Abs. 1 ist ebenfalls hinzuweisen.

Zu § 102 (Nutzung von elektronischen Katalogen):

§ 102 setzt Art. 36 Abs. 1 1.UA, Abs. 2 1.UA und Abs. 3 lit. a der RL 2014/24/EU um. Sie stellt die zu § 50 Abs. 5 analoge Regelung für die Ausschreibung dar.

§ 102 enthält die Verpflichtung des Auftraggebers zur Angabe in der Ausschreibung, ob elektronische Kataloge im Rahmen der Durchführung eines Vergabeverfahrens genutzt werden sollen und welche technische Spezifikationen bzw. Formate gegebenenfalls zu beachten sind. 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.

Elektronische Kataloge können für sich bereits ein Angebot darstellen oder Teil eines Angebotes sein. In welcher Form der elektronische Katalog im Rahmen eines bestimmten Vergabeverfahrens einzusetzen ist, hat der Auftraggeber gemäß § 102 festzulegen. Aus der Systematik der RL (und demzufolge auch des BVergG) folgt, dass der Einsatz von elektronischen Katalogen zur Einreichung von Angeboten den Unternehmern nicht die Möglichkeit eröffnet, ihre allgemeinen elektronischen Kataloge (mit ihrem gesamten Leistungsangebot) als Angebot einzureichen (es würde sich um ein nicht ausschreibungskonformes und damit gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 auszuscheidendes Angebot handeln). Die Bieter müssen daher ihre allgemeinen elektronischen Kataloge vor dem Hintergrund des konkreten Vergabeverfahrens anpassen. Damit wird sichergestellt, dass der im Rahmen eines bestimmten Vergabeverfahrens übermittelte elektronische Katalog nur Leistungen enthält, die den Anforderungen des Auftraggebers entsprechen.

Aus dem Wortlaut des § 102 folgt, dass, falls der Auftraggeber keine Aussagen zur Verwendung von elektronischen Katalogen in der Ausschreibung trifft, die Verwendung von elektronischen Katalogen unzulässig ist.

Zur Verwendung von elektronischen Katalogen bei Abrufen aus Rahmenvereinbarungen und bei Vergabe von Aufträgen aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems vgl. § 155 Abs. 8 und 9 bzw. § 162 Abs. 3 und 4.

Zu § 103 (Arten der Leistungsbeschreibung):

Diese Bestimmung definiert die beiden Arten der Leistungsbeschreibung, die konstruktive und die funktionale Leistungsbeschreibung, in genereller Weise; nähere Ausführungen finden sich in § 104.

Zu § 104 (Grundsätze der Leistungsbeschreibung):

Durch die Formulierung der Abs. 1 und 2 sollen die Unterschiede zwischen der konstruktiven und der funktionalen Leistungsbeschreibung – insbesondere hinsichtlich des unterschiedlichen Vergleichsmaßstabes – deutlich zum Ausdruck gebracht werden.

Zweck einer detaillierten Leistungsbeschreibung ist es, die aufgrund der Ausschreibung einlangenden Angebote vergleichen und daraus das beste Angebot auswählen zu können. Dies setzt voraus, dass die Leistung für die Bieter kalkulierbar ist. Die Planung muss daher vor der Ausschreibung soweit abgeschlossen sein, dass Inhalt und Umfang der Leistung genau beurteilt werden können.

Aus dem Gebot der Neutralität der Leistungsbeschreibung und dem Diskriminierungsverbot (siehe dazu EG 1) folgt, dass die Leistung und die Aufgabenstellung nicht so umschrieben werden dürfen, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen. Die Präzisierung der Beschreibung der Leistung darf somit beispielsweise nicht so weit gehen, dass in der Ausschreibung, sofern nicht besondere Umstände dies rechtfertigen (vgl. § 106 Abs. 5 und 6), von vornherein Erzeugnisse eines bestimmten Unternehmers namentlich angeführt werden. Soweit nicht besondere Umstände wie die Wahrung der technischen Einheit bei der Erweiterung oder Instandhaltung von Systemen dies notwendig macht, würde

die Ausrichtung der Leistungsbeschreibung nach bestimmten Firmenerzeugnissen den Grundsatz des freien Wettbewerbes verletzen.

Zu § 105 (Erstellung eines Leistungsverzeichnisses):

Zu Abs. 2 letzter Satz ist im Zusammenhang mit Rahmenverträgen festzuhalten, dass aufgrund der Eigenart dieser Auftragsart die Positionsangaben nicht exakt festgelegt werden können. In diesem Sinne ist daher auch die Wortfolge „so genau wie möglich mengenmäßig zu bestimmen" im Zusammenhang mit Rahmenverträgen dahingehend zu verstehen, dass Mengenangaben auf Positionsebene nicht zwingend sind. Es reicht, wenn Mengengerüste in Form der zu erwartenden Leistungsgruppen festgelegt werden.

Die Erstellung eines durchdachten Leistungsverzeichnisses ist eine der wichtigen Maßnahmen eines „vorbeugenden Anti-Claim-Managements". Dies betrifft insbesondere eine möglichst realistische Massenermittlung (der öffentliche Auftraggeber sollte auch die von externen Konsulenten erstellten Leistungsverzeichnisse wenigsten stichprobenartig kritisch durchsehen) und eine zweckmäßige Gliederung des Leistungsverzeichnisses (zB keine Vermengung von zeitgebundenen und einmaligen Kosten in einer Position, keine Zusammenfassung von Leistungen mit unterschiedlicher Kostenstruktur in ein und derselben Position, Aufgliederung wenigstens in Lohn und Sonstiges, damit später bei veränderlichen Preisen die Vertragsfortschreibung für zusätzliche Leistungen gelingt). Im Leistungsverzeichnis sollte daher die Gesamtleistung so aufgegliedert werden, dass unter den einzelnen Ordnungszahlen (Positionen) nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung aufscheinen, die aufgrund von Projektunterlagen oder anderen Angaben so genau wie möglich mengenmäßig zu bestimmen sind. Leistungen, die einmalige Kosten verursachen, sollten, soweit dies branchenüblicher Preisermittlung entspricht, von solchen, die zeit- oder mengenabhängige Kosten bewirken, in getrennten Positionen erfasst werden. Im Leistungsverzeichnis sollte die Zusammenfassung von zusammengehörenden Leistungen verschiedener Art und Preisbildung in einer Position, insbesondere von Haupt- und Nebenleistungen, nur dann erfolgen, wenn der Wert einer Leistung den Wert der anderen so übersteigt, dass der getrennten Preisangabe geringe Bedeutung zukommen würde. Die Übersicht sowie die genaue Beschreibung der Leistung soll durch die Zusammenfassung nicht beeinträchtigt werden. In besonderen Fällen sollten Nebenleistungen, zB besondere Vorarbeiten oder außergewöhnliche Frachtleistungen, in eigenen Positionen (Nebenleistungen als Hauptleistungen) erfasst werden. Im Leistungsverzeichnis sollte überdies festgelegt werden, inwieweit die Preise zweckentsprechend aufzugliedern sind (zB Lohn, Sonstiges, Lieferung, Montage). Sind veränderliche Preise zu vereinbaren, so sollten die Preise jedenfalls in lohnbedingte und sonstige Preisanteile aufgegliedert werden. Einzelne Leistungen könnten nach Art, Güte, Menge, Herkunft der Roh- und Hilfsstoffe, Erfüllungsort und dergleichen auch wahlweise in gesonderten Positionen ausgeschrieben werden (Wahlpositionen). Auch diese Leistungen sollten in der vorgesehenen Menge dem Wettbewerb unterzogen und bei der Feststellung der Gesamtpreise für bestimmte ausgeschriebene Ausführungsvarianten berücksichtigt werden.

Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so ist auf diese gemäß Abs. 3 Bedacht zu nehmen. Wird von geeigneten Leitlinien abgewichen, so ist dies vom öffentlichen Auftraggeber intern mit den dafür maßgeblichen Gründen zu dokumentieren.

Zu § 106 (Technische Spezifikationen):

§ 106 setzt Art. 42 der RL 2014/24/EU um.

Allgemein wird einleitend zu dieser Bestimmung auf die Judikatur des EuGH (vgl. Rs C-45/87, C-359/93) verwiesen.

Zu den Normen bzw. Spezifikationen wird auf die Definitionen in § 2 Z 16, Z 25, Z 36 und Z 37 verwiesen.

Abs. 1 ist als eine besondere Ausformulierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzgrundsatzes zu verstehen. Die Gewährleistung des gleichen Zuganges zum Verfahren für alle Bewerber und Bieter bedeutet aber nicht, dass der öffentliche Auftraggeber den technischen Standard so (niederschwellig) festlegen muss, dass alle theoretisch interessierten Unternehmer einen Zugang zum Verfahren haben können müssen. Das Niveau der technischen Spezifikationen ist vom öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich frei wählbar und frei festsetzbar; eine Grenze wird lediglich vom Diskriminierungsverbot gezogen, wenn etwa nur ein Unternehmer oder eine spezifische Gruppe von Unternehmern ein bestimmtes Niveau (leichter) erfüllen kann. Vgl. dazu auch EG 74 der RL 2014/24/EU: „*Die von öffentlichen Beschaffern erstellten technischen Spezifikationen müssen es erlauben, das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb zu öffnen und Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. Zu diesem Zweck sollte es möglich sein, Angebote einzureichen, die die Diversität der technischen Lösungen,*

Normen und technischen Spezifikationen auf dem Markt widerspiegeln, einschließlich solcher, die auf der Grundlage von Leistungskriterien im Zusammenhang mit dem Lebenszyklus und der Nachhaltigkeit des Produktionsprozesses der Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen erstellt wurden. Folglich sollten technische Spezifikationen so abgefasst sein, dass eine künstliche Einengung des Wettbewerbs vermieden wird, zu der es kommen könnte, wenn Anforderungen festgelegt würden, die einen bestimmten Wirtschaftsteilnehmer begünstigen, indem auf wesentliche Merkmale der von dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer gewöhnlich angebotenen Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen abgestellt wird. Die Formulierung technischer Spezifikationen in Form von Funktions- und Leistungsanforderungen erlaubt es in der Regel, dieses Ziel bestmöglich zu erreichen. Funktions- und Leistungsanforderungen sind auch ein geeignetes Mittel, um im öffentlichen Auftragswesen Innovationen zu fördern, und sollten möglichst breite Verwendung finden. Wird auf eine europäische Norm oder in Ermangelung einer solchen auf eine nationale Norm Bezug genommen, so sollten Angebote, die auf gleichwertigen Regelungen basieren, von öffentlichen Auftraggebern berücksichtigt werden. Es sollte Sache des Wirtschaftsteilnehmers sein, den Nachweis für die Gleichwertigkeit mit dem geforderten Gütezeichen zu erbringen. Zum Nachweis der Gleichwertigkeit sollte von den Bietern die Vorlage von Belegen verlangt werden können, deren Korrektheit von Dritten bestätigt wurde. Es sollten jedoch auch andere geeignete Nachweise, wie etwa eine technische Dokumentation des Herstellers, zugelassen sein, wenn der betreffende Wirtschaftsteilnehmer keinen Zugang zu entsprechenden Bescheinigungen oder Prüfberichten oder keine Möglichkeit hat, diese fristgerecht zu beschaffen, sofern er auf diesem Weg nachweist, dass die Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen die in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Bedingungen für die Auftragsausführung genannten Anforderungen und Kriterien erfüllen.“

Die Leistungsbeschreibung mittels Leistungs- oder Funktionsanforderungen bietet sich an, wenn der öffentliche Auftraggeber lediglich das zu realisierende Ziel exakt definieren kann, die Wege zu dessen Realisierung jedoch nicht kennt oder von Unternehmern innovative Lösungsmöglichkeiten angeboten bekommen möchte. Hervorzuheben ist, dass jede Bezugnahme auf Normen mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen ist. Zu Leistungs- und Funktionsanforderungen vgl. auch § 104 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 3 lit. a der RL 2014/24/EU, in welchem weiter ausgeführt wird: „[…] *in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, einschließlich Umweltmerkmalen, sofern die Parameter hinreichend genau sind, um den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand zu vermitteln und den öffentlichen Auftraggebern die Erteilung des Zuschlags zu ermöglichen;* […]“.

Die Vorschreibung einer bestimmten Produktionsmethode wird durch diese Bestimmung in bestimmten Grenzen für zulässig erklärt (vgl. dazu auch die Definition der Technischen Spezifikationen in § 2 Z 37: „[…] *Produktionsprozesse und –methoden* […]“). So kann etwa aufgrund dieser Bestimmung beim Einkauf der Ware „Strom“ vorgeschrieben werden, dass der nachgefragte Strom auf bestimmte Weise produziert wird (erneuerbare Energieträger).

Bei Ausschreibungen ist künftig auch Art. 25 der Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. Nr. L 119 vom 4.5.2016 S. 1, zu beachten. Gemäß Art. 25 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung hat der Verantwortliche unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um die Datenschutzgrundsätze wirksam umzusetzen und die notwendigen Garantien in die Verarbeitung aufzunehmen, um den Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung zu genügen und die Rechte der betroffenen Personen zu schützen. Laut Erwägungsgrund 78 der Datenschutz-Grundverordnung sollte der Verantwortliche interne Strategien festlegen und Maßnahmen ergreifen, die insbesondere den Grundsätzen des Datenschutzes durch Technik (data protection by design) und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen (data protection by default) Genüge tun (etwa Minimierung der Verarbeitung personenbezogener Daten, schnellstmögliche Pseudonymisierung personenbezogener Daten, Transparenz in Bezug auf die Funktionen und die Verarbeitung personenbezogener Daten, Möglichkeit der betroffenen Person, die Verarbeitung personenbezogener Daten zu überwachen). In Bezug auf Entwicklung, Gestaltung, Auswahl und Nutzung von Anwendungen, Diensten und Produkten sollten die Hersteller unter gebührender Berücksichtigung des Stands der Technik sicherstellen, dass die Verantwortlichen und die Verarbeiter in der Lage sind, ihren Datenschutzpflichten nachzukommen. Den Grundsätzen des Datenschutzes durch Technik und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen sollte – wie Erwägungsgrund 78 der Datenschutz-Grundverordnung ausdrücklich anmerkt – auch bei öffentlichen Ausschreibungen Rechnung getragen werden. Relevant wird dies insbesondere bei zu beschaffender Software und bei technischen Produkten sein, bei denen diesen Grundsätzen entsprechende technischen Spezifikationen vom öffentlichen Auftraggeber vorzusehen sind.

Zu § 107 (Barrierefreiheit):

§ 107 stellt eine Umsetzung von Art. 42 Abs. 1 vierter und fünfter UAbs. der RL 2014/24/EU dar.

Hingewiesen wird darauf, dass neben der vorliegenden Bestimmung hinsichtlich Barrierefreiheit auch andere einschlägige Bestimmungen in den jeweiligen Materiengesetzen bestehen, vgl. etwa Art. 32 der 15a-Vereinbarung über die Harmonisierung bautechnischer Vorschriften und die darauf beruhenden Vorschriften in den Bauordnungen der Länder (zB § 115 der Bauordnung für Wien, § 31 des Salzburger Bautechnikgesetzes 2015, § 76 Stmk. BauG; vgl. ferner auch die §§ 6 und 8 BGStG). Der Begriff der Barrierefreiheit ist unter den Begriff der Kriterien der Konzeption für alle Anforderungen einschließlich der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderung zu subsumieren. Zum unionsrechtlich auszulegenden Begriff der Barrierefreiheit allgemein vgl. etwa die RL (EU) 2016/2102 über den barrierefreien Zugang zu den Websites und mobilen Anwendungen öffentlicher Stellen, ABl. Nr. L 327 vom 02.12.2016 S. 1, sowie ferner auch § 6 Abs. 5 des Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes.

Allgemein wird in diesem Zusammenhang auf EG 3 der RL 2014/24/EU verwiesen: „*Bei der Umsetzung dieser Richtlinie sollte dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen Rechnung getragen werden, insbesondere im Zusammenhang mit der Wahl der Kommunikationsmittel, den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien und den Bedingungen für die Auftragsausführung.*“

Zu Abs. 1 ist klarzustellen, dass es unerheblich ist, ob die Nutzung der Leistung durch dritte Personen oder durch Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers vorgesehen ist.

Zu Abs. 2 Z 1 ist festzuhalten, dass zwar von einem subjektiven Beurteilungsmaßstab des öffentlichen Auftraggebers auszugehen ist aber diese Prognose in sorgfältiger Weise vorzunehmen ist. So ist etwa die Nutzung eines der Öffentlichkeit offenstehenden Gebäudes durch Menschen mit Behinderung vorhersehbar („erwartbar“), auch wenn in diesem Gebäude keine Leistungen speziell für Menschen mit Behinderung angeboten werden. Sofern daher der Leistungsgegenstand dahingehend festgelegt ist, dass der Auftraggeber davon ausgehen kann, dass eine Nutzung durch diese spezifische Personengruppe nicht zu erwarten ist (zB Renovierung einer historischen Wendeltreppe, Sanierung eines Dachstuhles usw.), greift die Regelung von Abs. 2 Z 1. Dieselben Überlegungen gelten auch bei Teilen eines Auftrages (zB Staumauer bei Kraftwerksbau).

Bei der gemäß Abs. 2 Z 2 vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung sind insbesondere die geschätzten zusätzlichen Kosten in ein Verhältnis zum geschätzten Nutzen oder den voraussichtlichen Nachteilen durch die mangelnde Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderung zu setzen. „Soweit“ die zusätzlichen Kosten (noch) verhältnismäßig sind, kann von der Verpflichtung gemäß Abs. 1 nicht abgesehen werden; das kann zum Ergebnis führen, das bestimmte Maßnahmen zur Erreichung der Barrierefreiheit zu setzen sind, da diese noch verhältnismäßig zu den Kosten sind, etwaige weitere Maßnahmen jedoch die zusätzlichen Kosten als unverhältnismäßig erscheinen lassen (vgl. zur Verhältnismäßigkeit im Vollziehungsbereich des Bundes auch § 6 Abs. 2 und 3 des Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes, BGBl. I Nr. 82/2005).

Zu § 108 (Gütezeichen):

Mit § 108 wird Art. 43 der RL 2014/24/EU umgesetzt.

Zu Gütezeichen wird in EG 75 der RL 2014/24/EU ausgeführt: „*Öffentliche Auftraggeber, die beabsichtigen, Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen mit spezifischen umweltbezogenen, sozialen oder sonstigen Merkmalen zu erwerben, sollten auf bestimmte Gütezeichen Bezug nehmen können, wie etwa das europäische Umweltzeichen, (multi)nationale Umweltzeichen oder andere Gütezeichen, sofern die Anforderungen für den Erwerb des Gütezeichens einen Bezug zum Auftragsgegenstand – wie der Beschreibung der Ware und ihrer Präsentation, einschließlich Anforderungen an die Verpackung – aufweisen. Darüber hinaus ist es von entscheidender Bedeutung, dass diese Anforderungen auf der Grundlage objektiv überprüfbarer Kriterien und unter Anwendung eines Verfahrens, an dem sich die Akteure – wie Regierungsstellen, Verbraucher, Hersteller, Vertriebsunternehmen und Umweltorganisationen – beteiligen können, definiert und angenommen werden, und dass das Gütezeichen für alle interessierten Parteien zugänglich und verfügbar ist. Es sollte klargestellt werden, dass es sich bei den Akteuren um öffentliche oder private Stellen, Unternehmen oder jede Art von Nichtregierungsorganisationen (Organisationen, die nicht Teil einer Regierung und keine konventionellen Unternehmen sind) handeln kann. Außerdem sollte klargestellt werden, dass bestimmte nationale oder Regierungsstellen oder -organisationen in die Festlegung der Anforderungen an Gütezeichen einbezogen werden können, die im Zusammenhang mit einer Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber verwendet werden können, ohne dass diese Stellen oder Organisationen ihren*

Status als dritte Parteien verlieren. Bezugnahmen auf Gütezeichen sollten nicht innovationshemmend wirken.“

Spezifische Merkmale nach Abs. 1 können insbesondere umweltbezogene oder soziale Merkmale sein (vgl. dazu auch Art. 43 Abs. 1 der RL 2014/24/EU: „[…] *Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen mit spezifischen umweltbezogenen, sozialen oder sonstigen Merkmalen* […]“. Zu den Bedingungen für die Ausführung des Auftrages vgl. § 110 Abs. 1 Z 13.

Zur Beurteilung, wann Kriterien gemäß Abs. 1 Z 1 mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, wird auf Art. 67 Abs. 3 der RL 2014/24/EU bzw. auf den Schlussteil von § 2 Z 22 lit. d verwiesen; es handelt sich dabei um den gleichen Begriff.

In Abs. 1 Z 3 wurde der Begriff „erstellt“ anstelle von „eingeführt“ wie in Art. 43 Abs. 1 lit. c der RL 2014/24/EU gewählt, in Anlehnung an die englische Sprachfassung („established“). Auch hinsichtlich der Verwaltungsbehörden (anstelle von „staatliche[n] Stellen“) wurde auf die englische Sprachfassung („government bodies“) Rückgriff genommen. Auch in Abs. 1 Z 5 wurde das Wort „decisive“ mit „ausschlaggebend“ übersetzt (vgl. insbesondere Art. 12 der RL 2014/24/EU bzw. § 10).

Aus Abs. 2 folgt, dass die einzelnen Anforderungen, die zu erfüllen sind, vom öffentlichen Auftraggeber näher konkretisiert werden müssen.

Ein anderer geeigneter Nachweis gemäß Abs. 5 kann, wie Art. 43 Abs. 1 vierter UAbs. der RL 2014/24/EU zu entnehmen ist, etwa ein technisches Dossier des Herstellers sein.

Abs. 5 kann sich sowohl auf das verlangte Gütezeichen an sich als auch auf einzelne Anforderungen des Gütezeichens, die vom öffentlichen Auftraggeber verlangt werden, beziehen; der zu bringende Nachweis bezieht sich auf die vom Bewerber bzw. Bieter zu erbringende Leistung.

Zu § 109 (Testberichte und Zertifizierungen):

Die vorliegende Bestimmung setzt Art. 44 der RL 2014/24/EU mit um.

Der öffentliche Auftraggeber kann die Vorlage eines Testberichtes bzw. einer Zertifizierung einer bestimmten (arg: „einer“) Konformitätsbewertungsstelle vom Unternehmer verlangen.

Zu den Bedingungen für die Ausführung des Auftrages (sowohl hinsichtlich Abs. 1 als auch hinsichtlich Abs. 2) vgl. § 110 Abs. 1 Z 13.

„Entsprechende“ Konformitätsbewertungsstellen im Sinne von Abs. 1 sind jene Stellen, die den gleichen Wirkungsbereich wie die Konformitätsbewertungsstelle haben, deren Testbericht bzw. Zertifizierung der öffentliche Auftraggeber vom Unternehmer verlangt. Art. 44 Abs. 1 erster UAbs. der RL 2014/24/EU spricht hier von Zertifikaten „gleichwertiger“ anderer Konformitätsbewertungsstellen; da dieser Begriff jedoch einen spezifischen Bedeutungsgehalt hat (vgl. insbesondere § 106), wurde hier ein anderer Ausdruck gewählt.

Ein anderer geeigneter Nachweis gemäß Abs. 2 kann, wie Art. 44 Abs. 2 der RL 2014/24/EU zu entnehmen ist, etwa ein technisches Dossier des Herstellers sein.

Zu § 110 (Vertragsbestimmungen):

Abs. 1 Z 22 setzt Art. 42 Abs. 1 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU um, während mit Abs. 1 Z 13 Art. 70 und mit Abs. 1 Z 26 Art. 73 der RL 2014/24/EU mit umgesetzt wird.

Abs. 1 enthält eine Aufzählung jener Punkte, für die erforderlichenfalls im Leistungsvertrag Festlegungen zu treffen sind, und erfüllt die Funktion einer „Checkliste“.

Zu Abs. 1 Z 13 ist auf die Ausführungen der Kommission in ihrer Mitteilung betreffend die Berücksichtigung sozialer Aspekte und ferner auf die Judikatur des EuGH (vgl. etwa Rs C-164/99) hinzuweisen. Auf die allgemeinen Ausführungen zu § 93 Abs. 2 wird verwiesen. Der öffentliche Auftraggeber verfügt über vielfältige Möglichkeiten, um Vertragsklauseln im sozialen Bereich festzulegen. Als Beispiel seien hier einige Zusatzbedingungen genannt, die ein öffentlicher Auftraggeber dem Auftragnehmer unter Einhaltung der oben genannten Bedingungen auferlegen könnte und die die Berücksichtigung sozialer Belange ermöglichen: die Verpflichtung, Arbeitsuchende, insbesondere Langzeitarbeitslose, einzustellen oder bei der Ausführung des Auftrags Schulungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche durchzuführen; die Verpflichtung, bei der Ausführung des Auftrags Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit zwischen Mann und Frau oder der ethnischen und rassischen Vielfalt durchzuführen; die Verpflichtung, die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeits-Organisation (IAO) bei der Ausführung des Auftrags einzuhalten, falls diese nicht bereits im nationalen Recht verankert sind; die Verpflichtung, zur Auftragsausführung eine größere Zahl von Behinderten einzustellen, als von der nationalen Gesetzgebung

des Mitgliedstaates, in dem der Auftrag ausgeführt wird oder der Auftragnehmer ansässig ist, verlangt wird.

Ähnliche Ausführungen finden sich auch in EG 98 der RL 2014/24/EU, wo es heißt: „*Es ist von entscheidender Bedeutung, dass sich Zuschlagskriterien oder Bedingungen für die Auftragsausführung, die soziale Aspekte des Produktionsprozesses betreffen, auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen beziehen. Ferner sollten sie gemäß der Richtlinie 96/71/EG in der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union angewandt werden und sollten nicht in einer Weise ausgewählt oder angewandt werden, durch die Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten oder aus Drittstaaten, die Partei des GPA oder der Freihandelsübereinkommen sind, denen die Union angehört, unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Demnach sollten Anforderungen hinsichtlich der in der Richtlinie 96/71/EG geregelten grundlegenden Arbeitsbedingungen, wie Mindestlöhne, auf dem Niveau bleiben, das durch einzelstaatliche Rechtsvorschriften oder durch Tarifverträge, die im Einklang mit dem Unionsrecht im Kontext der genannten Richtlinie angewandt werden, festgelegt wurde. Hinter Bedingungen für die Auftragsausführung könnte auch die Absicht stehen, die Umsetzung von Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben und die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben oder den Umwelt- oder Tierschutz zu begünstigen und im Kern die grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zu erfüllen und mehr benachteiligte Personen als nach nationalem Recht gefordert einzustellen.*“

Zur Auslegung der Wortfolge „in Verbindung stehen“ in Abs. 1 Z 13 wird auf § 2 Z 22 lit. d Schlussteil bzw. Art. 67 Abs. 3 der RL 2014/24/EU verwiesen. „Besondere“ Bedingungen für Arbeitsgemeinschaften sind andere bzw. zusätzliche im Vergleich zu Bedingungen für sonstige teilnehmende natürliche oder juristische Personen; diese müssen sachlich gerechtfertigt, somit objektiv begründbar, sein.

Abs. 1 Z 13 spielt ferner eine wesentliche Rolle im Zusammenhang mit dem Gebot der ökologischen Beschaffung (vgl. § 20 Abs. 5). Als Beispiele für ökologische Ausführungsbedingungen können angeführt werden: Lieferung/Verpackung von Waren in größeren Partien anstatt einzeln, Wiedergewinnung oder Wiederverwendung von Verpackungsmaterial und gebrauchten Produkten durch den Lieferanten, Lieferung von Waren in wiederverwendbaren Behältnissen, Einsammlung, Rücknahme, Recycling oder Wiederverwendung von Abfall, der während oder nach der Nutzung oder dem Verbrauch eines Produktes anfällt, durch den Lieferanten, Transport und Auslieferung von Chemikalien (zB Reinigungsprodukten) in Konzentratform und Verdünnung am Ort der Verwendung. Hinsichtlich der Frage, ob eine bestimmte umweltfreundliche Transportart für die Auslieferung von Waren gefordert werden darf, ist festzuhalten, dass dies zulässig ist, sofern dies bei dem betreffenden Auftrag nicht zu einer Diskriminierung führt.

Da die Ausführungsbedingungen des Abs. 1 Z 13 jedenfalls schon aufgrund des § 20 Abs. 1 im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts wie dem Diskriminierungsverbot stehen müssen, wird in Z 13 nicht nochmals auf dieses Erfordernis verwiesen.

Vertragsklauseln, die mit der Ausführung von Lieferaufträgen zusammenhängen, sind nicht unproblematisch, denn Klauseln, die die Anpassung der Organisation, der Struktur oder der Politik eines Unternehmens erforderlich machen würden, das in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, könnten sich als diskriminierend erweisen oder ein ungerechtfertigtes Handelshemmnis darstellen. Es wird daher zu besonderer Vorsicht bei derartigen Vertragsbestimmungen angeraten.

Zu Abs. 1 Z 21 ist anzumerken, dass in bestimmten Fällen sollte eine derartige Vergütung vorgesehen werden sollte, zB bei besonderen Ausarbeitungen der Bewerber oder Bieter wie zB besonders aufwändige Präsentationen, oder bei geistigen Dienstleistungen die Erarbeitung besonders aufwändiger Konzepte usw.; klarzustellen ist jedoch, dass der üblicherweise mit der Angebotserstellung verbundene Aufwand vom Bieter zu tragen ist.

Hinsichtlich Abs. 1 Z 26 wird auf § 366 und § 371 verwiesen; der Hinweis des öffentlichen Auftraggebers auf die verpflichtenden Kündigungsgründe des § 366 ist nur deklarativ, da die Verpflichtung zur Kündigung und Beendigung des Vertrages auch dann besteht, wenn im Leistungsvertrag nicht darauf Bezug genommen wurde.

Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so ist auf diese gemäß Abs. 2 zweiter Satz Bedacht zu nehmen. Wird von geeigneten Leitlinien abgewichen, so ist dies vom öffentlichen Auftraggeber intern mit den dafür maßgeblichen Gründen zu dokumentieren.

Zu § 111 (Besondere Vertragsbestimmungen betreffend den Zahlungsverkehr):

Die vorliegende Regelung ergänzt § 100 im Sinne des bereits oben erläuterten doppelten Ansatzes. Sie hat vor allem in jenen Vergabeverfahren Bedeutung, in denen keine Ausschreibungsunterlagen erstellt wurden (denkbar etwa bei der Direktvergabe oder bei Verfahren ohne Bekanntmachung), oder zwar Ausschreibungsunterlagen erstellt wurden, diese mangels gesondert anfechtbarer Entscheidung jedoch nicht in einem Nachprüfungsverfahren bekämpft werden konnten (Direktvergabe bzw. Direktvergabe nach vorheriger Bekanntmachung). In diesem Fall sind die gemäß der vorliegenden Bestimmung unzulässigen, den Zahlungsverkehr betreffenden Vertragsbestimmungen nichtig, das heißt vor einem ordentlichen Gericht bekämpfbar. Waren die den Zahlungsverkehr betreffenden Angaben bereits in einer Ausschreibung enthalten, und hätten diese bereits in einem Nachprüfungsverfahren angefochten werden können, so sind sie – wie alle anderen Bestimmungen der Ausschreibung auch – präkludiert und die Nichtigkeit kann nicht geltend gemacht werden (vgl. Abs. 7 Z 1). Die Nichtigkeit kann weiters nicht geltend gemacht werden, wenn die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bestimmung bereits von der zuständigen Vergabekontrollbehörde in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt wurde (Abs. 7 Z 2). Die vorliegende Bestimmung sieht eine Teilnichtigkeit vor, das heißt, der übrige Vertrag bleibt auch bei Nichtigerklärung einer grob nachteiligen Klausel betreffend den Zahlungsverkehr bestehen. Im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion ist davon auszugehen, dass bei einer Zahlungsfrist nur der die jeweilige Maximalfrist der vorliegenden Bestimmung übersteigende Teil für nichtig zu erklären ist. Im Übrigen wird auf die Erläuterungen zu § 100 verwiesen.

Zu den §§ 112 bis 124 (Ablauf einzelner Vergabeverfahren und Teilnehmer im Vergabeverfahren):

Zu den §§ 112 bis 124 allgemein (Ablauf einzelner Vergabeverfahren und Teilnehmer im Vergabeverfahren):

Der 6. Abschnitt des 3. Hauptstückes des 2. Teiles gliedert sich in vier Unterabschnitte. Der 1. Unterabschnitt regelt den Ablauf des offenen Verfahrens, des nicht offenen Verfahrens und des Verhandlungsverfahrens. Der 2. Unterabschnitt regelt den Ablauf des wettbewerblichen Dialoges. Der wettbewerbliche Dialog ist somit nicht mehr als Sonderverfahren am Ende des 2. Teiles des Gesetzes geregelt, sondern – und dies entspricht auch den nunmehr gelockerten Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 34 – als ein neben dem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung stehendes Verfahren. Der 3. Unterabschnitt regelt den Ablauf der Innovationspartnerschaft. Der 4. Unterabschnitt enthält schließlich die Teilnehmerbestimmungen für alle genannten Verfahrensarten sowie die im Falle der Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation zu beachtende Vorgangsweise.

Zu § 112 (Ablauf des offenen Verfahrens):

Abs. 1 erster Satz setzt Art. 27 Abs. 1 erster UAbs. der RL 2014/24/EU um und bestimmt das Wesen des offenen Verfahrens, wonach jeder Unternehmer innerhalb der Angebotsfrist ein Angebot einreichen kann (vgl. dazu auch schon die Definition in § 31 Abs. 2). Inhaltlich handelt es sich hierbei sowohl um eine Regelung des Ablaufes als auch um eine Regelung hinsichtlich der Teilnehmer. „Ein“ Angebot bedeutet pars pro toto, dass ein Unternehmer auch mehrere Angebote einreichen kann (zB neben der Amtsvariante auch ein Alternativangebot oder Abänderungsangebot); es muss sich somit nicht zwingend um „ein einziges“ Angebot handeln. Die Regelung, wonach dem Angebot die verlangten Informationen im Hinblick auf die Eignung beizufügen sind (vgl. Art. 27 Abs. 1 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU), schließt die Verwendung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung bzw. – im Unterschwellenbereich – einer (einfachen) Eigenerklärung nicht aus, da es sich auch dabei um einen (vorläufigen) Beleg der Eignung handelt.

Abs. 2 ermöglicht öffentlichen Auftraggebern, im offenen Verfahren zuerst die Angebote zu prüfen, bevor die Eignung (des Bieters und der bekannt gegebenen Subunternehmer) geprüft wird. Gemäß Art. 56 Abs. 2 erster UAbs. der RL 2014/24/EU hat der öffentliche Auftraggeber, wenn er von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, sicherzustellen, „*dass die Prüfung des Nichtvorliegens von Ausschlussgründe*[n] *und der Einhaltung der Eignungskriterien unparteiisch und transparent erfolgt, damit kein Auftrag an einen Bieter vergeben wird, der gemäß Artikel 57 hätte ausgeschlossen werden müssen beziehungsweise der die Eignungskriterien des öffentlichen Auftraggebers nicht einhält*“. Dies ergibt sich schon daraus, dass gemäß der Regelung des Abs. 2 nur die zeitliche Reihenfolge der Prüfung verändert werden kann; die Eignungsprüfung selbst muss dennoch in vollem Umfang durchgeführt werden.

Abs. 3 beinhaltet das Verhandlungsverbot im offenen Verfahren (vgl. dazu etwa EuGH Rs C-131/16, *Archus*). Klargestellt werden soll, dass eine im Rahmen eines offenen Verfahrens stattfindende Auktion nicht als Verhandeln im Sinne des Abs. 3 gilt.

Abs. 4 regelt die Geheimhaltungspflicht betreffend potentielle Bieter im Kontext des offenen Verfahrens.

Zu § 113 (Ablauf des nicht offenen Verfahrens):

Zu Abs. 1 ist darauf hinzuweisen, dass Unternehmer nur in jener Form (als Einzelunternehmer, als Bietergemeinschaft) ein Angebot legen dürfen, in der sie vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden (vgl. dazu auch § 141 Abs. 1 Z 9).

Abs. 2 enthält das Verhandlungsverbot für nicht offene Verfahren (vgl. dazu etwa EuGH Rs C-131/16, *Archus*). Klarzustellen ist, dass eine im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens stattfindende Auktion nicht als Verhandeln im Sinne des Abs. 2 gilt.

Abs. 3 beinhaltet implizit die Verpflichtung, dass die Namen der Bieter bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten sind (arg. alle Bieter wurden zur Angebotsabgabe aufgefordert).

Zu § 114 (Ablauf des Verhandlungsverfahrens):

§ 114 dient der Umsetzung von Art. 29 der RL 2014/24/EU, der das Verhandlungsverfahren im Vergleich zur bisherigen Rechtslage detaillierteren Regelungen unterwirft. Die Kommission begründete dies stets damit, dass der erleichterte Zugang zum Verhandlungsverfahren eine stärkere Reglementierung des Verfahrens selbst erfordere, um Verletzung der unionsrechtlichen Grundsätze hintanzuhalten. In diesem Sinne führt auch EG 45 erster UAbs. der RL 2014/24/EU aus: „*Für das Verhandlungsverfahren sollten angemessene Schutzvorschriften gelten, die die Einhaltung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz gewährleisten. Die öffentlichen Auftraggeber sollten insbesondere im Voraus die Mindestanforderungen angeben, die das Wesen der Beschaffung charakterisieren und im Verlauf der Verhandlungen nicht geändert werden sollten. Die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung sollten während des gesamten Verfahrens stabil bleiben und sollten nicht verhandelbar sein, um die Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer zu gewährleisten.* […]“

Abs. 1 dient der Umsetzung von Art. 29 Abs. 1 zweiter und dritter UAbs. der RL 2014/24/EU und enthält insbesondere die (neue) Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, in der Ausschreibung Mindestanforderungen festzulegen, die von allen Angeboten einzuhalten sind, und die in weiterer Folge auch nicht verhandelbar sind (vgl. auch Abs. 2 letzter Satz, Abs. 5 letzter Satz und Art. 29 Abs. 3 erster UAbs. der RL 2014/24/EU). Gemäß EG 45 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU handelt es sich bei den Mindestanforderungen „*um jene (insbesondere physischen, funktionellen und rechtlichen) Bedingungen und wesentlichen Merkmale* […]*, die jedes Angebot erfüllen bzw. aufweisen sollte, damit der öffentliche Auftraggeber den Auftrag im Einklang mit dem gewählten Zuschlagskriterium vergeben kann*“.

Abs. 2 unterscheidet entsprechend den Vorgaben der Richtlinie zwischen Erstangeboten, Folgeangeboten und endgültigen Angeboten (zu letzteren siehe auch Abs. 8). Das Erstangebot sowie etwaige Folgenangebote sind Gegenstand der Verhandlungen; über das endgültige Angebot darf nicht mehr verhandelt werden. Ziel der Verhandlungen ist naturgemäß die Verbesserung bzw. Optimierung des Angebotes gemäß den Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers. Das Verbot von Verhandlungen über die Zuschlagskriterien bedeutet auch, dass die vom öffentlichen Auftraggeber in der Ausschreibung festgelegte Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht verhandelbar ist und somit auch im Laufe des Verfahrens nicht mehr geändert werden darf (vgl. auch Abs. 5 letzter Satz). Abgesehen von den festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien darf jedoch über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden (vgl. auch EG 45 erster UAbs. der RL 2014/24/EU: „[…] *Ziel der Verhandlungen sollte es sein, die Angebote so zu verbessern, dass die öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzt werden, Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen einzukaufen, die genau auf ihren konkreten Bedarf zugeschnitten sind. Die Verhandlungen könne sich auf alle Merkmale der erworbenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen beziehen, darunter zum Beispiel Qualität, Mengen, Geschäftsklauseln sowie soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte, sofern sie keine Mindestanforderungen darstellen.*“) Nach Auffassung der Kommission sind auch reine Preisverhandlungen zulässig.

Abs. 3 sieht die – im Vergleich zur bisherigen Rechtslage neue – Möglichkeit vor, den Zuschlag gänzliche ohne Verhandlungen auf das Erstangebot zu erteilen. Voraussetzung dafür ist, dass sich der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung diese Möglichkeit vorbehalten hat. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Ausschreibungsunterlagen in diesem Fall ausreichend konkretisiert sein müssen, da ein Zuschlag nur auf der Basis von vergleichbaren Angeboten erfolgen kann. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass eine Verhandlungspflicht (Pflicht zur Durchführung zumindest einer Verhandlungsrunde) in all jenen Fällen besteht, in denen sich der öffentliche Auftraggeber die in Abs. 3 vorgesehene Möglichkeit des Zuschlags auf das Erstangebot nicht vorbehalten hat.

Mit Abs. 4 erster und zweiter Satz soll sichergestellt werden, dass die Anforderungen des Gleichbehandlungsgebotes und des Verbots der Diskriminierung im Verhandlungsverfahren beachtet

werden. Zu den vertraulichen Informationen vgl. § 27 sowie die dazugehörigen Erläuterungen. Der Bestimmung zum Schutz der Vertraulichkeit unterliegen nicht nur die vertraulichen Informationen von Bietern, sondern auch jene von Bewerbern, dh. von Unternehmern, die nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden. Die für die Weitergabe vertraulicher Informationen an andere Unternehmer erforderliche Zustimmung muss im Einzelfall und in Bezug auf die spezifisch zur Weitergabe bestimmte Information erteilt werden; es wäre etwa daher nicht zulässig, bereits in den Ausschreibungsunterlagen zu verlangen, dem Angebot eine pauschale Zustimmungserklärung beizulegen.

Die Regelungen des Abs. 5 stellen eine spezifische Ausformung der vergaberechtlichen Grundsätze für das Verhandlungsverfahren dar. Die in Abs. 5 erster Satz angesprochenen Änderungen der Ausschreibungsunterlagen dürfen daher nicht die Festlegung der Mindestanforderungen betreffen. Zum Verbot von Verhandlungen über Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien vgl. bereits § 114 Abs. 2 letzter Satz. Abs. 5 letzter Satz stellt klar, dass die in der Ausschreibung festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien während des Verfahrens nicht mehr geändert werden dürfen (dies ergibt sich aus Art. 29 Abs. 3 zweiter UAbs, Abs. 5 erster UAbs. dritter Satz sowie EG 45 der RL 2014/24/EU). Auch die in der Ausschreibung festgelegte Gewichtung der Zuschlagskriterien muss beibehalten werden. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass der EuGH es für zulässig erachtet hat, dass ein öffentlicher Auftraggeber erst nach Ablauf der Erstangebotsfrist die Gewichtung von (bekannt gegebenen) Zuschlagsunterkriterien festlegt (vgl. Rs C-6/15, *TNS Dimarso*). Ferner ist auf die Möglichkeit der Festlegung von Zuschlagskriterien im Wege der Festlegung einer Marge (§ 91 Abs. 7 Z 2) hinzuweisen; diese Marge kann im Laufe des Verhandlungsverfahrens näher präzisiert werden.

Abs. 6 sieht wie bisher die Möglichkeit vor, ein Verhandlungsverfahren in mehreren Phasen abzuwickeln und die Zahl der Angebote (und damit der teilnehmenden Bieter) zu reduzieren. Da es sich beim Verhandlungsverfahren um einen Verfahrenstyp handelt, der dem Auftraggeber einen gewissen Spielraum geben soll, können die vom Auftraggeber vorgenommenen Festlegungen über den Ablauf des Verhandlungsverfahrens auch in abstrakter Weise erfolgen und müssen nicht detailliert sein. So muss der öffentliche Auftraggeber lediglich angeben, ob er von der Möglichkeit Verringerung der Angebote Gebrauch machen wird (vgl. auch Art. 29 Abs. 6 letzter Satz RL 2014/24/EU); eine Festlegung auf eine bestimmte Anzahl ist nicht notwendig. Insgesamt hat der öffentliche Auftraggeber hier nach wie vor einen großen Gestaltungsspielraum (so könnte er etwa auch festlegen, dass er an die Festlegung, die Zahl der Teilnehmer zu reduzieren, nicht gebunden ist und entweder auf eine Reduktion gänzlich verzichten oder eine größere Zahl als geplant in die weiteren Verhandlungen einbeziehen kann).

Abs. 6 letzter Satz enthält die Grundregel, dass in der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens mit mehreren Bietern – bei Vorliegen einer ausreichenden Anzahl geeigneter Bieter – noch so viele Angebote vorliegen müssen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist. Wann ein Verhandlungsverfahren in die „Schlussphase“ geht, bestimmt der öffentliche Auftraggeber. Denkbar ist, dass die Schlussphase bereits relativ bald nach der Angebotsöffnung beginnt, wenn das Verhandlungsverfahren nur dazu dient, einige wenige Punkte (und nicht das gesamte Angebot) mit den Bietern zu verhandeln, und diese Verhandlungen in kurzer Zeit abgeschlossen werden. Aus dem System des Gesetzes folgt aber auch, dass – sofern aufgrund der Verringerung der Anzahl der Angebote nur ein geeigneter Bieter verbleibt – Verhandlungen mit nur einem Bieter in der Schlussphase des Verhandlungsverfahrens zulässig sind.

Art. 55 der RL 2014/24/EU enthält eine Reihe von Informations- und Mitteilungspflichten des Auftraggebers; § 114 Abs. 7 dient der Umsetzung von Art. 55 Abs. 2 lit. d. Zu den verbliebenen Bietern vgl. die Erläuterungen zu § 143. Die Informationspflicht des Abs. 7 enthält keine Ausnahme zum Schutz von öffentlichen Interessen, berechtigten Geschäftsinteressen oder zum Schutz des freien Wettbewerbs, da Art. 55 Abs. 3 RL 2014/24/EU die diesbezügliche Bestimmung auf „Angaben über die Zuschlagserteilung, den Abschluss von Rahmenvereinbarungen oder die Zulassung zu einen dynamischen Beschaffungssystem“ einschränkt. Es wird jedoch auf die Bestimmungen zum Schutz von vertraulichen Informationen in Abs. 4 verwiesen. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der öffentliche Auftraggeber nicht bloß den Bieter, der ein entsprechendes Ersuchen gestellt hat, über Verlauf und Fortschritt der Verhandlungen zu informieren hat sondern auch alle anderen verbliebenen Bieter, falls die Rückmeldung des öffentlichen Auftraggebers auch für diese relevante Informationen enthält (Grundsatz der Gleichbehandlung).

Abs. 8 enthält die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, den beabsichtigten Abschluss der Verhandlungen bekannt zu geben und eine einheitliche Frist für die Abgabe eines endgültigen Angebotes festzulegen. Die Frist muss für alle verbliebenen Bieter gleich lang sein und gemäß § 68 so bemessen sein, dass den betroffenen Unternehmern ausreichend Zeit für die Ausarbeitung des endgültigen Angebotes verbleibt. Die Mindestangebotsfrist des § 71 Abs. 2 gilt nur für das Erstangebot, nicht aber für das endgültige Angebot (vgl. Art. 29 Abs. 1 letzter UAbs. der RL 2014/24/EU). Über das endgültige Angebot darf nicht mehr verhandelt werden (vgl. Abs. 2).

Im Unterschwellenbereich kann der öffentliche Auftraggeber gemäß Abs. 9 nur mit dem Bieter des bestgereihten Angebotes verhandeln und mit den übrigen Bietern Verhandlungen nur dann führen, wenn die Verhandlungen mit dem Bieter des bestgereihten Angebotes nicht erfolgreich abgeschlossen werden. Dies ist unter zwei Voraussetzungen zulässig: er muss diese Vorgangsweise in der Ausschreibung angekündigt haben und es müssen vollständig ausgearbeitete und vergleichbare Angebote abgegeben worden sein. In diesem Fall dienen die Verhandlungen nicht einem Systemvergleich zwischen verschiedenen Ansätzen, sondern nur der Anpassung des offensichtlich besten Angebotes. Falls diese Verhandlungen nicht erfolgreich sein sollten, kann der Auftraggeber Verhandlungen mit den übrigen Bietern führen. Für diesen Fall könnte er auch die Festlegung treffen, dass er nach Scheitern der Verhandlungen mit dem Bieter des bestgereihten Angebotes mit dem Bieter des zweitgereihten Angebotes verhandelt usw. Im Oberschwellenbereich sind derartige „Kaskadenverhandlungen“ aufgrund der Regelungen der RL 2014/24/EU nicht zulässig (vgl. Art. 29 iVm Art. 66 der RL 2014/24/EU).

Abs. 10 enthält die Verpflichtung, Anzahl und Namen der Bieter bis zur Zuschlagsentscheidung geheim zu halten. Gruppenverhandlungen sind damit ausgeschlossen. Abs. 10 beinhaltet implizit auch die Verpflichtung, dass die Namen der Bieter vor Angebotsöffnung geheim zu halten sind.

Zu den §§ 115 bis 117 (Ablauf des wettbewerblichen Dialoges):

Zu den §§ 115 bis 117 (Ablauf des wettbewerblichen Dialoges) allgemein:

Die §§ 115 bis 117 dienen der Umsetzung von Art. 30 der RL 2014/24/EU.

Der mit der RL 2004/18/EG für besonders komplexe Aufträge eingeführte wettbewerbliche Dialog wird mit der RL 2014/24/EU einem deutlich breiteren Anwendungsbereich zugeführt und steht nun in allen Fällen zur Verfügung, in denen ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zulässig ist (vgl. § 43 sowie die dazugehörigen Erläuterungen). Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, wird der wettbewerbliche Dialog nicht mehr bei den Bestimmungen für besondere Verfahren, sondern im 6. Abschnitt des 3. Hauptstückes unmittelbar nach den Bestimmungen zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens geregelt; ebenso gelten die Teilnehmerbestimmungen für die zweistufigen Verfahren (vgl. § 123) auch für den wettbewerblichen Dialog. Abweichend von der bisherigen Rechtslage, wonach aufgrund der Verweistechnik nur ausgewählte Regelungen des Gesetzes für den wettbewerblichen Dialog für anwendbar erklärt wurden, gelten für den wettbewerblichen Dialog nunmehr – wie für die anderen Verfahrensarten auch – sämtliche Vorschriften des 2. Teiles (soweit sie für diesen einschlägig sind; es versteht sich von selbst, dass etwa spezifische Bestimmungen für andere Verfahrensarten oder die Regelungen zur Verwendung einer Vorinformation als Bekanntmachung der beabsichtigen Auftragsvergabe – da beim wettbewerblichen Dialog nicht zulässig – nicht in Betracht kommen).

Die §§ 115 bis 117 enthalten die für den wettbewerblichen Dialog geltenden besonderen Bestimmungen betreffend die Ausschreibung sowie Regelungen zum Ablauf des wettbewerblichen Dialoges. Zur Definition des wettbewerblichen Dialogs siehe § 31 Abs. 9, zur Wahl des wettbewerblichen Dialoges siehe § 34 sowie die jeweils dazugehörigen Erläuterungen. Die Teilnehmerbestimmungen sind in § 123 geregelt. Gemäß § 91 Abs. 5 Z 5 ist der Zuschlag beim wettbewerblichen Dialog stets dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen (vgl. Art. 30 Abs. 1 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU).

Zu § 115 (Ausschreibung des wettbewerblichen Dialoges):

§ 115 enthält jene Angaben, die in der Ausschreibung des wettbewerblichen Dialoges jedenfalls enthalten sein müssen. Während die (allgemeine) Formulierung der Bedürfnisse und Anforderungen, die vorgesehene Mindest- bzw. Höchstzahl der Teilnehmer sowie die Eignungs- und Auswahlkriterien jedenfalls bereits in der Bekanntmachung enthalten sein müssen, können die übrigen Angaben (Festlegung über eine Abwicklung in Phasen, indikativer Zeitrahmen, nähere Erläuterung der Bedürfnisse und Anforderungen, Zuschlagskriterien sowie Angaben zu etwaigen Prämien) entweder in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden. Im Sinne der Einheitlichkeit wird nunmehr auch im Kontext des wettbewerblichen Dialoges die Bezeichnung „Ausschreibungsunterlagen“ (statt wie bisher „Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen“) verwendet (vgl. dazu bereits § 2 Z 7 sowie die dazugehörigen Erläuterungen). Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang auch auf den Grundsatz des § 89 Abs. 1, wonach – auch beim wettbewerblichen Dialog – die Ausschreibungsunterlagen bereits mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung zur Verfügung zu stellen sind.

Zu § 115 Z 3 wird festgehalten, dass die Festlegung, dass die Zahl der Lösungen reduziert werden soll, lediglich ein Ziel festlegt, aber keine Verpflichtung zur Reduktion der Anzahl der Lösungen beinhaltet (so kann der öffentliche Auftraggeber etwa von einer Reduktion absehen, wenn sich herausstellt, dass er

Angebote auf Basis mehrerer Lösungen haben möchte). Gemäß Z 4 ist ein indikativer Zeitrahmen für das Verfahren, insbesondere hinsichtlich der Dauer der Dialogphase, anzugeben.

Mögliche Prämien oder Zahlungen an die Teilnehmer am Dialog sind in Art. 30 Abs. 8 der RL 2014/24/EU geregelt. § 115 Z 7 sieht vor, dass die Festlegungen des Auftraggebers über die Zahlung von Prämien den potentiellen Interessenten bereits in der Ausschreibung zur Kenntnis gebracht werden. Das Vorsehen entsprechender Zahlungen erhöht zweifelsfrei die Chance, dass sich eine ausreichende Anzahl an Interessenten auf das (mitunter sehr aufwändige) Verfahren einlässt.

Zu § 116 (Dialogphase):

Ziel der nicht weiter reglementierten Dialogphase ist es, die Lösung oder die Lösungen, die für den Auftraggeber am besten geeignet sind, zu ermitteln. Die nähere Gestaltung der Dialogphase obliegt allein dem Auftraggeber, zu beachten sind in dieser Phase des wettbewerblichen Dialoges allein die Bestimmungen des § 116 und die allgemeinen Grundsätze. In der Dialogphase besteht für den Auftraggeber die Möglichkeit, aufgrund der Erörterungen seine in der Ausschreibung festgelegten Bedürfnisse und Anforderungen anzupassen. Die in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien sowie ihre Gewichtung dürfen jedoch nicht geändert werden (vgl. dazu Art. 30 Abs. 7 der RL 2014/24/EU, wonach die Angebote anhand der „in der Auftragsbekanntmachung oder in der Beschreibung festgelegten Zuschlagskriterien“ zu beurteilen sind; zum Verbot der Änderung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung vgl. zuletzt auch EuGH in der Rs C-6/15, *TNS Dimarso*). Eine allfällige Anpassung der Bedürfnisse und Anforderungen ist allen (in der jeweiligen Phase des Dialoges noch verbliebenen) Teilnehmern am Dialog bekannt zu geben.

Die Teilnehmer am Dialog haben vor Beginn der Dialogphase ihren Lösungsvorschlag (bzw. ihre Lösungsvorschläge) vorzulegen (vgl. § 123 Abs. 8 iVm Anhang XV Z 1 lit. b: in der Aufforderung zur Teilnahme am Dialog ist der Tag anzugeben, bis zu dem die Lösungsvorschläge eingehen müssen). Eine vorgelegte Lösung kann im Laufe des Dialogs abgeändert werden; allerdings darf eine Abänderung nicht so weit gehen, dass eine gänzlich andere Lösung vorgelegt wird.

Mit Abs. 2 erster und zweiter Satz soll sichergestellt werden, dass die Anforderungen des Gleichbehandlungsgebotes und des Verbots der Diskriminierung während der Dialogphase beachtet werden. Zu den vertraulichen Informationen vgl. § 27 sowie die dazugehörigen Erläuterungen. Der Bestimmung zum Schutz der Vertraulichkeit unterliegen nicht nur die vertraulichen Informationen von Teilnehmern am Dialog, sondern auch jene von Bewerbern, dh. von Unternehmern, die nicht zur Teilnahme am Dialog (und damit zur Abgabe einer Lösung) aufgefordert wurden. Die für die Weitergabe vertraulicher Informationen an andere Unternehmer erforderliche Zustimmung muss im Einzelfall und in Bezug auf die spezifisch zur Weitergabe bestimmte Information erteilt werden; es wäre etwa daher nicht zulässig, bereits in den Ausschreibungsunterlagen zu verlangen, der vorgelegten Lösung eine pauschale Zustimmungserklärung beizulegen. Aus § 116 Abs. 2 dritter Satz ergibt sich auch, dass der Auftraggeber mit jedem Teilnehmer grundsätzlich die von ihm vorgelegte Lösung (bzw. die von ihm vorgelegten Lösungen) zu erörtern hat; eine Einbeziehung anderer Lösungen bzw. Lösungsteile ist nur unter den in Abs. 2 genannten Voraussetzungen zulässig.

Die Absicht, die Zahl der zu erörternden Lösungen gemäß Abs. 3 zu verringern, ist gemäß § 115 Z 3 in der Bekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen anzugeben (vgl. dazu auch die Erläuterungen § 115 Abs. 3). Die Nichtberücksichtigung von Lösungen gemäß Abs. 3 erfolgt gemäß Art. 30 Abs. 4 der RL 2014/24/EU aufgrund der Zuschlagskriterien. Da Zuschlagskriterien keine Ausschlusskriterien sind, kann eine derartige Entscheidung des Auftraggebers nur auf einer Einschätzung dahingehend basieren, welche Lösung(en) zur Erfüllung seiner Bedürfnisse seiner Ansicht nach nicht am besten geeignet sind. Die Nichtberücksichtigung einer Lösung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung (vgl. § 2 Z 15 lit. a sublit. ff). Aus Abs. 3 folgt, dass, falls der Auftraggeber eine Lösung in der Dialogphase nicht weiter berücksichtigt (weil sie etwa im Vergleich zu anderen Lösungsansätzen zu teuer ist), alle Unternehmer, die derartige Lösungen angeboten haben (zB Tunnellösung im Vergleich zu einer Brückenlösung), mit diesen Lösungen nicht weiter am Dialog teilnehmen können.

Abs. 4 dient der Umsetzung von Art. 55 Abs. 2 lit. d der RL 2014/24/EU (Art. 55 Abs. 2 lit. d spricht fälschlicherweise von Bietern; da in der Dialogphase noch keine Angebote vorliegen, kann es sich hierbei nur um die Teilnehmer am Dialog handeln). Verbliebene Teilnehmer sind jene Teilnehmer, die nicht rechtkräftig ausgeschlossen wurden bzw. deren Lösung gemäß Abs. 3 weiter berücksichtigt wurde (im Umkehrschluss sind daher jene Teilnehmer nicht verblieben, deren Lösung gemäß Abs. 3 nicht weiter berücksichtigt wurden und die diese gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. ff gesondert anfechtbare Entscheidung nicht angefochten haben). Die Informationspflicht des Abs. 4 enthält keine Ausnahme zum Schutz von öffentlichen Interessen, berechtigten Geschäftsinteressen oder zum Schutz des freien Wettbewerbs, da Art. 55 Abs. 3 RL 2014/24/EU die diesbezügliche Bestimmung auf „Angaben über die

Zuschlagserteilung, den Abschluss von Rahmenvereinbarungen oder die Zulassung zu einen dynamischen Beschaffungssystem“ einschränkt. Es wird jedoch auf die Bestimmungen zum Schutz von vertraulichen Informationen in Abs. 2 verwiesen. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der öffentliche Auftraggeber nicht bloß den Teilnehmer, der ein entsprechendes Ersuchen gestellt hat, über Verlauf und Fortschritt des Dialoges zu informieren hat, sondern auch alle anderen verbliebenen Teilnehmer, falls die Rückmeldung des öffentlichen Auftraggebers auch für diese relevante Informationen enthält (Grundsatz der Gleichbehandlung).

Zu Abs. 5 ist auf Folgendes hinzuweisen: Art. 30 Abs. 5 der RL 2014/24/EU sieht vor, dass der Auftraggeber den Dialog so lange fortsetzt, bis er die Lösung bzw. die Lösungen ermitteln kann, mit denen seine Bedürfnisse erfüllt werden können. Demgegenüber sieht Art. 30 Abs. 3 erster UAbs. vor, dass es Ziel des Dialogs ist, die Mittel (Lösungen) zu ermitteln, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können. Auch die in der Richtlinie explizit vorgesehene Möglichkeit, Lösungen anhand der Zuschlagskriterien zu eliminieren, kann – da es sich bei Zuschlagskriterien nicht um Ausschlusskriterien handelt, sondern um Kriterien, die schlechter oder besser erfüllt werden – nur dahingehend verstanden werden, dass der öffentliche Auftraggeber während der Dialogphase auch Lösungen, die zwar prinzipiell geeignet sind, seine Bedürfnisse zu erfüllen (aber eben schlechter als andere Lösungen), nicht weiter berücksichtigen kann. Daher soll im Zuge der Umsetzung klargestellt werden, dass der Dialog so lange fortgesetzt werden kann, bis die bestgeeigneten Lösungen oder die bestgeeignete Lösung ermittelt worden ist (sind).

Für die Zahl der letztlich zur Angebotsabgabe aufzufordernden Teilnehmer ergibt sich daraus Folgendes: Der öffentliche Auftraggeber hat mindestens drei Bewerber zur Teilnahme aufzufordern (vgl. § 123 Abs. 4). Er kann die Zahl der Lösungen während der Dialogphase reduzieren. Da auch in der Schlussphase ein echter Wettbewerb gewährleistet sein muss (so auch Art. 66 zweiter Satz der RL 2014/24/EU), sind grundsätzlich jedenfalls zwei Teilnehmer zur Angebotsabgabe aufzufordern. Etwas anderes gilt gemäß Art. 66 der RL 2014/24/EU zum einen dann, wenn keine ausreichende Anzahl von Lösungen oder geeigneten Bewerbern vorliegt. Daher ist die Einholung nur eines Angebotes jedenfalls dann zulässig, wenn ein Dialog (zulässigerweise) nur mit einem Teilnehmer geführt wurde. Zum anderen ist es aufgrund des Wortlauts des Art. 30 Abs. 5 („die Lösung bzw. die Lösungen“) auch möglich, die Zahl der zu erörternden Lösungen auf eine zu verringern, wenn zwar mehrere Lösungen prinzipiell geeignet sind, aber bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses der Dialogphase klar ist, dass nur eine Lösung als bestgeeignete Lösung in Frage kommt.

Gemäß Abs. 6 hat der öffentliche Auftraggeber den Abschluss der Dialogphase und die Grundzüge der ausgewählten Lösung oder Lösungen den verbliebenen Teilnehmern unverzüglich bekannt zu geben. Zu den verbliebenen Teilnehmern siehe bereits die Erläuterungen zu Abs. 4.

Zu § 117 (Aufforderung zur Angebotsabgabe und Vergabe des Auftrages):

Gemäß Abs. 1 hat der öffentliche Auftraggeber den oder die verbliebenen Teilnehmer zur Angebotslegung aufzufordern. Jeder Teilnehmer kann nur aufgrund der von ihm selbst vorgelegten Lösung (Lösungen) ein Angebot legen. Grundlage für die Aufforderung zur Angebotsabgabe ist die jeweilige Lösung, nicht die ursprüngliche Erläuterung der Bedürfnisse und Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers. Der öffentliche Auftraggeber kann überdies in dieser Aufforderung weitere Vorgaben für Präzisierungen bzw. Vervollständigungen der Angebote machen, um im Zuge der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Ausschreibung entsprechend den Ergebnissen der Erörterungen während der Dialogphase anzupassen. Eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen ist jedoch nur soweit zulässig, als dies nicht zu einer Änderung der wesentlichen Bestandteile der Ausschreibung führt, die den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnte (vgl. § 117 Abs. 3). Die Anpassung muss allerdings auf der Grundlage der Ergebnisse der Erörterungen erfolgen. Unzulässig wäre es demnach, im Zuge der Aufforderung zur Angebotsabgabe in die Ausschreibung Aspekte aufzunehmen, die in der Dialogphase nicht erörtert worden sind, oder Abänderungen in Richtung einer Lösung vorzunehmen, die bereits ausgeschieden bzw. nicht weiter berücksichtigt wurde.

Zur Klarstellung ist im Zusammenhang mit § 117 Abs. 3 festzuhalten, dass der wettbewerbliche Dialog ein Verfahren sui generis darstellt (vgl. dazu auch EG 31 der RL 2004/18/EG „ein flexibles Verfahren“). Daraus folgt, dass der wettbewerbliche Dialog – auch in der Phase der Angebotsabgabe und der Vergabe des Auftrages – nicht den Regeln über den Ablauf eines offenen, eines nicht offenen oder eines Verhandlungsverfahrens folgt. Die Grenzen hinsichtlich der allfälligen Änderung von Angeboten enthält Abs. 3, dh. die Änderungen auch in dieser Phase des wettbewerblichen Dialoges dürfen nicht so weit gehen, dass dies zu einer Änderung der wesentlichen Bestandteile des Angebotes oder der Ausschreibung führen würde, die den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnte.

Zu Abs. 4 ist darauf hinzuweisen, dass die in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien einschließlich ihrer bekanntgegebenen Gewichtung im Zuge des wettbewerblichen Dialoges nicht verändert werden dürfen (vgl. dazu bereits oben). Eine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ist nicht erforderlich, wenn der Zuschlag an den Unternehmer erteilt werden soll, der nach Durchführung der Dialogphase als einziger zur Angebotslegung aufgefordert worden ist (vgl. § 143 Abs. 2 Z 1).

Abs. 5 regelt die Möglichkeit, nach Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes noch bestimmte geringfügige Änderungen im ausgewählten Angebot vorzunehmen. Bei den im Angebot enthaltenen Zusagen kann es sich beispielsweise um finanzielle Zusagen handeln.

Zu den §§ 118 bis 121 (Ablauf der Innovationspartnerschaft):

Zu den §§ 118 bis 121 (Ablauf der Innovationspartnerschaft) allgemein:

Die §§ 118 bis 121 dienen der Umsetzung von Art. 31 der RL 2014/24/EU.

Die Innovationspartnerschaft wurde mit der RL 2014/24/EU gänzlich neu eingeführt und ist ein Spezialverfahren mit dem Ziel der Entwicklung einer innovativen Ware, Bau- oder Dienstleistung sowie dem anschließenden Erwerb der entwickelten Waren bzw. Leistungen. Die Besonderheit der Innovationspartnerschaft liegt darin, dass auch Verfahrensabschnitte nach Zuschlagserteilung näheren Regelungen unterworfen sind.

Die Innovationspartnerschaft kann in drei grobe Verfahrensabschnitte gegliedert werden: Der erste Abschnitt stellt die Phase vor Zuschlagserteilung dar und dient der Auswahl des Partners bzw. der Partner für die F&E-Phase. Dieser Abschnitt beruht auf dem Verhandlungsverfahren (vgl. § 120) und endet mit dem Zuschlag. Den zweiten Abschnitt (und somit bereits nach Zuschlagserteilung) bildet die Forschungs- und Entwicklungsphase; hier wird die innovative Leistung entwickelt. Dieser „F&E-Abschnitt“ kann – entsprechend dem Forschungs- und Entwicklungsprozess – wiederum in einzelne Phasen strukturiert werden (vgl. § 121 Abs. 2). Zuletzt kann – in einem dritten Abschnitt – bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen die entwickelte Ware, Bau- oder Dienstleistung vom öffentlichen Auftraggeber erworben werden (Erwerbsphase, vgl. § 121 Abs. 5). Wenngleich das Ziel der Innovationspartnerschaft grundsätzlich immer auch den Erwerb der entwickelten Leistung umfasst, muss die Partnerschaft jedoch nicht immer alle drei Verfahrensabschnitte umfassen. Zum einen unterliegt der Erwerb der entwickelten Leistung bestimmten Voraussetzungen (siehe dazu näher die Ausführungen zu § 118 Abs. 1 und § 121 Abs. 5); zum anderen kann der öffentliche Auftraggeber am Ende jeder Phase – während oder am Ende des „F&E-Abschnittes“ – entscheiden, die Innovationspartnerschaft zu beenden (sofern er dies in der Ausschreibung festgelegt hat, vgl. § 121 Abs. 2).

Wie für den wettbewerblichen Dialog gelten für die Innovationspartnerschaft sämtliche Vorschriften des 2. Teiles (vgl. dazu auch die obigen Ausführungen zu den §§ 115 bis 117 allgemein). Die §§ 118 bis 121 enthalten die für die Innovationspartnerschaft geltenden besonderen Bestimmungen betreffend Ziel, Ausschreibung und Ablauf des Verfahrens. Zur Definition der Innovationspartnerschaft siehe § 31 Abs. 10, zur Wahl der Innovationspartnerschaft siehe § 41 sowie die jeweils dazugehörigen Erläuterungen. § 18 enthält eine Spezialbestimmung zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes. Die Teilnehmerbestimmungen sind in § 123 geregelt. Gemäß § 91 Abs. 5 Z 6 ist der Zuschlag bei der Innovationspartnerschaft stets dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen (vgl. Art. 31 Abs. 1 vierter UAbs. der RL 2014/24/EU).

Zu § 118 (Ziel der Innovationspartnerschaft):

Abs. 1 definiert das Ziel der Innovationspartnerschaft, das neben der Entwicklung einer innovativen Ware, Bau- oder Dienstleistung auch deren anschließenden Erwerb durch den öffentlichen Auftraggeber umfasst. Der Erwerb der entwickelten Leistung – ohne Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens – ist allerdings nur unter der Voraussetzung zulässig, dass das vereinbarte Leistungsniveau und die vereinbarte Kostenobergrenze eingehalten werden (vgl. dazu näher die Erläuterungen zu § 121 Abs. 5). Aus § 121 Abs. 2 dritter Satz und Abs. 5 erster Satz („darf“) ergibt sich, dass der öffentliche Auftraggeber umgekehrt aber auch bei Einhaltung des Leistungsniveaus und der Kostenobergrenze nicht zum Erwerb der Leistung verpflichtet ist; der Auftraggeber kann sich jedoch gegebenenfalls selbst in der Ausschreibung dazu verpflichten (etwa wenn absehbar ist, dass ohne einer derartigen Verpflichtung keine oder zu wenig geeignete Unternehmer an der Innovationspartnerschaft interessiert wären). Die Wortfolge „den Partnern“ in Abs. 1 erfasst totum pro parte auch den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber die Innovationspartnerschaft nur mit einem Partner eingegangen ist und somit auch nur mit diesem Leistungsniveau und Kostenobergrenze vereinbart hat.

Abs. 2 dient der Umsetzung von Art. 31 Abs. 7 letzter Satz und regelt, dass der geschätzte Wert der Waren, Bau- oder Dienstleistungen in Bezug auf die Entwicklungskosten nicht unverhältnismäßig hoch

sein darf; mit anderen Worten: der (geschätzte) Wert der Leistung muss in einer angemessenen Relation zum Wert der Entwicklungsleistung stehen.

Zu § 119 (Ausschreibung der Innovationspartnerschaft):

§ 119 enthält die besonderen, für die Innovationspartnerschaft geltenden Bestimmungen in Bezug auf die Ausschreibung (die horizontal geltenden Regelungen finden sich in den §§ 88ff).

Abs. 1 normiert, dass eine innovative Ware, Bau- oder Dienstleistung nachgefragt werden muss, die nicht bereits auf dem Markt verfügbar ist. Wenn der Bedarf des öffentlichen Auftraggebers durch eine bereits auf dem Markt verfügbare Leistung befriedigt werden kann, so ist das Verfahren der Innovationspartnerschaft nicht zulässig (vgl. auch § 41). Wie im normalen Verhandlungsverfahren sind auch bei einer Innovationspartnerschaft (nicht verhandelbare, vgl. § 120 Abs. 2 iVm § 114 Abs. 2 letzter Satz und Abs. 5 letzter Satz) Mindestanforderungen in der Ausschreibung festzulegen.

Es darauf hinzuweisen, dass der öffentliche Auftraggeber auch andere als die in Abs. 2 genannten Auswahlkriterien festlegen kann. Eine zu starke Fokussierung der Auswahlkriterien auf ein hohes Ausmaß an Fähigkeiten auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung sowie die Ausarbeitung und Umsetzung innovativer Lösungen könnte nämlich dazu führen, dass überwiegend große bzw. im Forschungsbereich etablierte Bewerber zur Teilnahme zugelassen werden und kleine bzw. junge innovative Unternehmen dadurch benachteiligt werden. Um möglichst viele innovative Lösungen zu erhalten, könnte auch eine hohe Anzahl an Bewerbern zur Teilnahme zugelassen werden (die dann im Laufe des Verhandlungsverfahrens reduziert wird).

Gemäß Abs. 3 hat der öffentliche Auftraggeber in der Ausschreibung anzugeben, ob die Innovationspartnerschaft mit einem Partner oder mit mehreren Partnern gebildet werden soll. Der Auftraggeber hat dabei die zum Zeitpunkt der Ausschreibung geplante Vorgangsweise anzugeben (arg: „gebildet werden soll“); es folgt daraus keine Verpflichtung, die Innovationspartnerschaft auch tatsächlich mit mehreren Partnern abzuschließen. Der öffentliche Auftraggeber muss auch nicht angeben, mit wie vielen Partnern er die Partnerschaft abzuschließen beabsichtigt (dh. es ist keine zahlenmäßige Angabe erforderlich). Detaillierte Festlegungen müssen erst im Vertrag erfolgen (dh. nach Durchführung des Verhandlungsverfahrens, aber vor Beginn der Entwicklungsphase).

Gemäß Abs. 4 hat der öffentliche Auftraggeber in der Ausschreibung Festlegungen betreffend die Rechte des geistigen Eigentums der Partner zu treffen. Es sind dabei Regelungen für die Frage zu treffen, was mit den im Rahmen der Innovationspartnerschaft entstehenden Immaterialgüterrechten passieren soll. Sollen sie zB ausschließlich beim Partner verbleiben, sollen sie dem öffentlichen Auftraggeber übertragen werden oder sollen sie geteilt nutzbar sein (diese Frage wird nicht zuletzt auch davon abhängig sein, wann die Partnerschaft beendet wird und ob ein anschließender Erwerb der entwickelten Leistung erfolgt). Die Frage, wie die Rechte des geistigen Eigentums entstehen und wem sie dabei zufallen, ist in den einschlägigen Gesetzen (zum Urheber-, Marken- und Patentrecht) geregelt. Die Bestimmung des Abs. 4 zielt auch nicht darauf ab, wie mit Informationen der Bieter im Rahmen der Verhandlungsphase umzugehen ist; hier gilt die Regel des § 114 Abs. 4 (vgl. § 120 Abs. 2).

Im Zusammenhang mit der Ausschreibung der Innovationspartnerschaft wird auf EG 49 der RL 2014/24/EU hingewiesen, wonach die Innovationspartnerschaft „*so strukturiert sein* [sollte]*, dass sie die erforderliche Marktnachfrage („Market Pull“) bewirken kann, die die Entwicklung einer innovativen Lösung anstößt, ohne jedoch zu einer Marktabschottung zu führen. Die öffentlichen Auftraggeber sollte daher die Innovationspartnerschaft nicht in einer Weise nutzen, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird. In bestimmten Fällen könnten solche Effekte durch die Gründung von Innovationspartnerschaften mit mehreren Partnern vermieden werden.*“

Zu § 120 (Ablauf der Verhandlungen):

Gemäß § 120 hat der öffentliche Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchzuführen. Es gelten daher die für das Verhandlungsverfahren geltenden Bestimmungen (zB bezüglich Fristen oder Teilnehmer im Verfahren). Für den Ablauf des Verfahrens gilt § 114 (einschließlich des dort normierten Verbotes der Änderung von Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien) mit den in § 120 Abs. 2 angeführten Abweichungen: Gemäß Abs. 2 Z 1 steht die Möglichkeit, den Zuschlag ohne weitere Verhandlungen bereits auf das Erstangebot zu erteilen, bei der Innovationspartnerschaft nicht zur Verfügung (dies ergibt sich bereits aus dem Wesen der Innovationspartnerschaft, vgl. aber auch Art. 31 der RL 2014/24/EU, der eine Art. 29 Abs. 4 entsprechende Bestimmung nicht enthält). Gemäß Abs. 2 Z 2 steht es dem öffentlichen Auftraggeber frei, in der Schlussphase des Verhandlungsverfahrens mit nur einem Bieter zu verhandeln. Vgl. dazu im Gegensatz die Bestimmungen für das „normale“ Verhandlungsverfahren, wonach in der Schlussphase des Verfahrens mit mehreren Bietern, sofern eine ausreichende Anzahl von geeigneten Bietern verbleibt,

noch so viele Angebote vorliegen müssen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist (vgl. § 114 Abs. 6 letzter Satz und die dazugehörigen Erläuterungen sowie Art 66 der RL 2014/24/EU, der für die Innovationspartnerschaft nicht gilt). Gemäß Abs. 2 Z 3 kann der öffentliche Auftraggeber bei der Innovationspartnerschaft mehrere erfolgreiche Angebote gemäß den Zuschlagkriterien auswählen. Eine derartige Zuschlagserteilung auf mehrere Angebote betrifft den Fall einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern. Aus der Bestimmung des § 120 Abs. 2 Z 3 ergibt sich auch, dass, soweit die übrigen Bestimmungen des BVergG 2017 sich auf „den erfolgreichen Bieter“ oder auf „das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot“ beziehen, im Zusammenhang mit der Innovationspartnerschaft – pars pro toto – immer alle erfolgreichen Bieter bzw. alle ausgewählten Angebote von diesen Bestimmungen umfasst sind.

Zu § 121 (Durchführung der Innovationspartnerschaft):

Bei der Durchführung einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern haben die Partner gemäß Abs. 1 getrennte Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten durchzuführen (vgl. auch Art. 31 Abs. 1 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU). Die Unternehmer arbeiten daher nicht zusammen, sondern führen parallele Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten durch. Sie können dabei entweder (im Wettbewerb) an der Befriedigung der(selben) Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers forschen; sie können aber auch jeweils ein unterschiedliches Problem bzw. ein unterschiedliches Stadium ein und desselben Projekts bearbeiten. Im letzteren Fall stehen die Partner nicht miteinander im Wettbewerb, sondern ergänzen sich („Puzzle“-Modell). Da Art. 31 der RL 2014/24/EU diesbezüglich keine Einschränkung trifft, sind gemäß § 121 sowohl das „Wettbewerbs“-Modell als auch das „Puzzle“-Modell zulässig. Unzulässig ist lediglich eine Zusammenarbeit, dh. das gemeinsame Forschen mehrerer Partner (eine solche wäre nur im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft möglich; diese wäre nach der Terminologie des Gesetzes jedoch wiederum nur ein Partner).

Gemäß Abs. 2 ist die Partnerschaft entsprechend dem Forschungs- und Innovationsprozess in aufeinander folgende Phasen zu strukturieren, wobei für jede Phase Zwischenziele sowie eine entsprechende angemessene Vergütung festzulegen sind. Am Ende jeder Phase kann der Auftraggeber entscheiden, ob er die Innovationspartnerschaft beendet oder die Zahl der Partner durch die Kündigung einzelner Verträge reduziert; beides [arg: „jeweils“] jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der öffentliche Auftraggeber in der Ausschreibung darauf hingewiesen hat und festgelegt hat, unter welchen Umständen von dieser Möglichkeit jeweils Gebraucht gemacht wird. Da es sich hierbei um Festlegungen in der Ausschreibung handelt, kann es sich nur um grobe Festlegungen handeln. Detaillierte Regelungen sind in den Vertrag bzw. – bei mehreren Partnern – in die Verträge über den Abschluss der Innovationspartnerschaft aufzunehmen. Als in der Ausschreibung anzugebende Beendigungsgründe kommen zB ein Mangel bzw. Wegfall der budgetären Bedeckung oder eine absehbare Kostenentwicklung, die den vereinbarten Kostengesamtrahmen sprengt, in Betracht. Es wird darauf hingewiesen, dass bei diesen Festlegungen in der Ausschreibung bzw. in den Verträgen die Grundsätze des § 20 zu beachten sind; bei der Festlegung der Voraussetzungen für die Reduktion der Partner durch Kündigung einzelner Verträge ist insbesondere auch der Gleichheitsgrundsatz zu beachten.

Gemäß Abs. 3 muss die Struktur der Innovationspartnerschaft, insbesondere Dauer und Wert der einzelnen Phasen, dem Innovationsgrad der vorgeschlagenen Lösung und der Abfolge der notwendigen Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten Rechnung tragen.

Abs. 4 enthält eine Bestimmung zum Schutz der Vertraulichkeit im Fall einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern. Zu den vertraulichen Informationen vgl. § 27 sowie die dazugehörigen Erläuterungen. Die für die Weitergabe vorgeschlagener Lösungen oder anderer vertraulicher Informationen an andere Unternehmer erforderliche Zustimmung muss im Einzelfall und in Bezug auf die spezifisch zur Weitergabe bestimmte Information erteilt werden; es wäre etwa daher nicht zulässig, bereits in den Ausschreibungsunterlagen zu verlangen, dem Angebot eine pauschale Zustimmungserklärung beizulegen. Die Bestimmung des Abs. 4 gilt auch für die Weitergabe von bloßen Lösungsteilen. Es wird in diesem Zusammenhang auf § 119 Abs. 4 verwiesen, wonach der öffentliche Auftraggeber in der Ausschreibung Festlegungen betreffend die Rechte des geistigen Eigentums zu treffen hat (vgl. dazu auch die dortigen Erläuterungen).

Abs. 5 regelt die Voraussetzungen für den Erwerb der während der F&E-Phase entwickelten Ware, Bau- oder Dienstleistung. Wenn das zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Partner (bzw. den Partnern) vereinbarte Leistungsniveau unter- bzw. die vereinbarte Kostenobergrenze überschritten werden, muss die Innovationspartnerschaft spätestens nach Abschluss der F&E-Phase beendet werden; ein allfälliger Erwerb der Leistung darf nur nach Durchführung eines erneuten Vergabeverfahrens erfolgen. Maßstab für die Einhaltung des Leistungsniveaus und der Kostenobergrenze ist die Vereinbarung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Teilnehmer bzw. den Teilnehmern der

Innovationspartnerschaft. Um das Scheitern einer Innovationspartnerschaft durch Überschreitung der Kostenobergrenze zu vermeiden, empfiehlt es sich daher, bei der Festlegung der Kostenobergrenze sorgfältig vorzugehen. Im Vertrag zum Abschluss der Innovationspartnerschaft kann auch eine Anpassungsklausel vorgesehen werden, welche Art und Umfang der Anpassungsmöglichkeiten sowie die Voraussetzungen für eine Anpassung der Kostenobergrenze definiert. Denkbar wäre auch, statt einem ziffernmäßig bestimmten Betrag eine klar nachvollziehbare Berechnungsmethode zur Ermittlung der Kostenobergrenze festzulegen (etwa nach den angefallenen und anerkannten Entwicklungskosten mit einem vorab vereinbarten Zuschlag). Umgekehrt besteht aber auch bei Erreichen des Leistungsniveaus und Einhalten der Kostenobergrenze keine Verpflichtung zum anschließenden Erwerb der Leistung (vgl. dazu bereits die Erläuterungen zu § 118 Abs. 1).

Abs. 5 enthält darüber hinaus eine Regelung für den Fall, dass nach Abschluss der F&E-Phase noch mehrere Partner an der Innovationspartnerschaft beteiligt sind: Der Auftraggeber kann entweder die Lösung eines Partners für den Erwerb auswählen; für diese Auswahl sind in den Verträgen objektive und nichtdiskriminierende Kriterien festzulegen. Es besteht daneben aber auch die Möglichkeit des „multiple sourcing“, dh. des Erwerbs der entwickelten Leistung von mehreren Partnern (etwa weil mehrere entwickelte Lösungen für den Auftraggeber für unterschiedliche Fallkonstellation von Interesse sind). Voraussetzung für ein derartiges „multiple sourcing“ ist, dass der Auftraggeber sich in den Ausschreibungsunterlagen diese Möglichkeit vorbehalten hat; auch hier sind entsprechende objektive und nichtdiskriminierende Auswahlkriterien für den Fall festzulegen, dass noch eine Auswahlentscheidung zu treffen ist (etwa weil aus drei Lösungen die zwei besten ausgewählt werden). Wie im Fall des § 121 Abs. 2 gilt auch hier, dass die Ausschreibung nur grobe Angaben enthalten muss; eine detaillierte Festlegung der Kriterien ist in den Verträgen zum Abschluss der Innovationspartnerschaft zu treffen. Dies ermöglicht eine Berücksichtigung sämtlicher erst im Laufe des Verhandlungsverfahrens festgelegten Bedingungen der Innovationspartnerschaft. Da das eigentliche Vergabeverfahren bereits mit dem Zuschlag, dh. vor Beginn der F&E-Phase beendet wird, besteht für die Frage der Auswahl des Partners für die Erwerbsphase daher kein vergabespezifischer Rechtsschutz. Es greift der allgemeine Zivilrechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten.

Zu § 122 (Teilnehmer im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung):

Diese Bestimmung regelt Anzahl und Auswahl der Teilnehmer im nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung.

Abs. 3 regelt die Mindestanzahl der aufzufordernden Unternehmer, wobei zwischen nicht offenem Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung (mindestens drei), Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich (mindestens drei, bei Existenz einer hinreichenden Anzahl geeigneter Unternehmer und sofern nicht die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann oder äußerst dringliche, zwingende Gründe vorliegen) und Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich (mindestens drei, außer es liegen sachliche Gründe für eine geringere Anzahl vor) unterschieden wird. Der Verweis auf „äußerst dringliche, zwingende Gründe“ in Abs. 3 zweiter Satz ist im Sinne der §§ 35 Abs. 1 Z 4, 36 Abs. 1 Z 4 und 37 Abs. 1 Z 4 zu verstehen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass Unternehmer nur in jener Form (als Einzelunternehmer oder Bietergemeinschaft) ein Angebot legen dürfen, in der sie vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden (vgl. dazu die Regelung des § 141 Abs. 1 Z 9).

Zu § 123 (Teilnehmer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, beim wettbewerblichen Dialog und bei Innovationspartnerschaften):

§ 123 enthält die Teilnehmerbestimmungen für alle zweistufigen Vergabeverfahren.

Gemäß Abs. 1 hat der Teilnahmeantrag grundsätzlich (vgl. auch die Möglichkeiten des § 80 Abs. 5 und 6) entweder die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Nachweise oder eine entsprechende Eigenerklärung (vgl. § 80 Abs. 2) zu enthalten. Aus dieser Bestimmung ergibt sich auch, dass im zweistufigen Verfahren, wenn sich der Unternehmer zum Nachweis seiner Eignung auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützt (vgl. § 86), die entsprechenden Nachweise (bzw. Eigenerklärungen) dieser „erforderlichen Subunternehmer“ nach Maßgabe des § 80 ebenfalls bereits dem Teilnahmeantrag beizufügen sind.

Abs. 2 stellt klar, dass nur Unternehmer zur Abgabe eines Angebotes bzw. – im Fall des wettbewerblichen Dialoges – einer Lösung aufgefordert werden dürfen, die geeignet sind und vor Ablauf der Teilnahmefrist einen Teilnahmeantrag eingereicht haben. Im Oberschwellenbereich darf daher ein

Unternehmer, der keinen Teilnahmeantrag gestellt hat oder dessen Teilnahmeantrag verspätet eingelangt ist, nicht in das Vergabeverfahren miteinbezogen werden (anders im Unterschwellenbereich, vgl. Abs. 7 zweiter Satz).

Abs. 4 dient der Umsetzung von Art. 65 Abs. 2 erster und zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU und regelt die Mindestanzahl der aufzufordernden Unternehmer. Wie bisher bleibt es dem Auftraggeber überlassen, ob er die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer nach oben hin begrenzen möchte. Es liegt daher im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, ob er von der Möglichkeit der Festlegung einer Höchstzahl Gebrauch macht oder nicht. Die Zahl der Unternehmer, die zur Angebotslegung aufgefordert werden, hat aber jedenfalls so groß zu sein, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist; sie ist in der Bekanntmachung bzw. in der Aufforderung zur Interessensbestätigung anzugeben.

Zu den Auswahlkriterien siehe bereits § 2 Z 22 lit. a sowie die dazugehörigen Erläuterungen. So müssen Auswahlkriterien insbesondere nicht gewichtet, sondern lediglich in der Reihenfolge ihrer Bedeutung angegeben werden.

Abs. 6 dient u.a. der Umsetzung von Art. 55 Abs. 2 lit. a und 3 der RL 2014/24/EU.

Abs. 7 stellt klar, dass der öffentliche Auftraggeber das Verfahren mit den geeigneten Bewerbern fortführen kann, auch wenn die Zahl der eingelangten Teilnahmeanträge von geeigneten Bewerbern unter der gemäß Abs. 4 festgelegten Mindestanzahl liegt (vgl. Art. 65 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU sowie zuvor schon der EuGH in der Rs C-138/08, *Hochtief*). Geeignete Bewerber gemäß dieser Bestimmung sind jene Unternehmer, die befugt, zuverlässig und leistungsfähig sind und rechtzeitig einen Teilnahmeantrag gestellt haben. Eine Einbeziehung zusätzlicher (geeigneter) Unternehmer, die nicht rechtzeitig einen Teilnahmeantrag gestellt haben, ist nur im Unterschwellenbereich zulässig; im Oberschwellenbereich ist dies durch Art. 65 Abs. 2 dritter UAbs. letzter Satz der RL 2014/24/EU ausdrücklich ausgeschlossen.

Abs. 8 dient der Umsetzung von Art. 54 der RL 2014/24/EU. Trotz der allgemeinen Formulierung „bei Verhandlungsverfahren“ in Art. 54 Abs. 1 erster UAbs. gilt diese Bestimmung nur für zweistufige Verfahren; dies ergibt sich aus dem englischen Wortlaut, der nur von „competitive procedures with negotiation“ und nicht auch von „negotiated procedures“ spricht. Die Umsetzung von Art. 54 findet sich daher nur in § 123 Abs. 8, nicht aber in § 122, der (ua.) das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung regelt. Die in die Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme am Dialog aufzunehmenden Angaben sind in Anhang XV Z 1 angeführt (vgl. Art. 54 iVm Anhang IX der RL 2014/24/EU).

Es ist darauf hinzuweisen, dass Unternehmer nur in jener Form (als Einzelunternehmer oder Bietergemeinschaft) ein Angebot legen dürfen, in der sie vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden (vgl. dazu die Regelung des § 141 Abs. 1 Z 9).

Zu § 124 (Interessensbestätigung im Fall einer Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation):

Diese Bestimmung regelt die Aufforderung zur Interessensbestätigung für den Fall, dass die Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe eines Auftrages mittels einer Vorinformation erfolgt. Nicht geregelt ist die Frage, ob mit der Interessensbestätigung gleich auch der Teilnahmeantrag abgegeben werden muss (bzw. ob die Interessensbestätigung selbst einen Teilnahmeantrag darstellt, sofern sie alle hiefür erforderlichen Informationen enthält). Eine gleichzeitige Abgabe von Interessensbestätigung und Teilnahmeantrag wäre wohl in der Regel sinnvoll, müsste aber vom öffentlichen Auftraggeber festgelegt werden; in diesem Fall müssten auch die für Teilnahmeanträge geltenden Fristenregelungen eingehalten werden. Die in die Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzunehmenden Angaben sind in Anhang XV Z 3 angeführt (vgl. Art. 54 iVm Anhang IX der RL 2014/24/EU).

Zu § 125 (Allgemeine Bestimmungen):

Der Grundsatz des Abs. 1 gilt für alle Vergabeverfahren. Der Bieter hat sich jedenfalls bei der Erstellung seines Angebotes an die Vorgaben der Ausschreibungsunterlage zu halten. Ausnahmen dazu stellen lediglich das Alternativangebot und das Abänderungsangebot dar (vgl. dazu die §§ 96 und 97).

Hinsichtlich Abs. 4 und 5 wird auf die Ausführungen zu den §§ 96 und 97 verwiesen.

Abs. 6 enthält eine lex imperfecta, da keine unmittelbare Konsequenz aus einer Verletzung der Mitteilungspflicht folgt. Eine nicht umgehende diesbezügliche Mitteilung wird jedoch als Obliegenheitsverletzung anzusehen sein, die bei einer allfälligen Nachprüfung vor den Vergabekontrollbehörden von diesen zu bewerten sein wird.

Die vom Bieter gemäß Abs. 7 letzter Satz „gesondert abzugebende Erklärung“ kann entweder in einem besonders bezeichneten Teil des Angebotes oder in einem gesonderten Dokument zum Angebot

abgegeben werden. Damit soll gegenüber dem Auftraggeber die Transparenz und Erkennbarkeit derartiger Erklärungen sichergestellt werden.

In diesem Kontext ist darauf hinzuweisen, dass gemäß Art. 45 Abs. 1 letzter Satz der RL 2014/24/EU Alternativ- und Variantenangebote mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Dies muss jedoch im Gesetz nicht explizit geregelt werden, denn diese Anforderung folgt zwangsläufig daraus, dass ein Alternativ- und Variantenangebot ein „Angebot" ist und somit auch den allgemeinen Anforderungen an Angebote entsprechen muss.

Zu § 126 (Form der Angebote):

§ 107 enthält die Regelung über die Form der Angebote. Die vorgeschriebene Form gemäß Abs. 1 kann die Papierform oder die elektronische Form sein (vgl. Abs. 3).

Der öffentliche Auftraggeber hat insbesondere Festlegungen betreffend die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Abgabe elektronischer Angebote zu treffen, wobei zu beachten ist, dass in bestimmten Vergabeverfahren die Abgabe elektronischer Angebote zwingend gefordert ist; vgl. dazu insbes. Abs. 2 und § 48 zur elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren. Der öffentliche Auftraggeber muss sich insbes. überlegen, ob er auch „Mischformen" zulassen will, dh. ob etwa die Abgabe von Angeboten in elektronischer Form neben Papierangeboten zulässig sein soll. Will er dies nicht, hat er entsprechende Festlegungen zu treffen. Falls Angebotsbestandteile nicht elektronisch übermittelt werden können, hat der öffentliche Auftraggeber überdies festzulegen, wie diese zu übermitteln sind.

In den Fällen des Abs. 2 erster Satz sind jedenfalls elektronische Angebote abzugeben. Die Ausnahmebestimmungen des § 48 sind in diesen Fällen nicht anwendbar, da aufgrund der Anforderungen an die Verfahren selbst („vollelektronisch") deren Durchführung nicht in Frage kommt, falls eine elektronische Kommunikation nicht möglich ist. Die Wortfolge „[i]m Übrigen" erfasst die in den vorangehenden Sätzen nicht erfassten Fälle.

„Eigenständige Bestandteile" gemäß Abs. 5 sind bei Angeboten in Papier separate, lose eingereichte Angebotsbestandteile, bei elektronischen Angeboten eigenständige, nicht mit dem Angebotshauptteil verbundene Dateien.

Angebote in Papierform müssen gemäß Abs. 6 so ausgefertigt sein, dass Veränderungen bemerkbar oder nachweisbar wären; bei Papier ist an Veränderungen wie Verwischen, Löschen der Schrift oÄ zu denken. Durch die Sonderregelung des Abs. 6 allein für Papierangebote sollen aufwendige Beweisverfahren über den Zeitpunkt von Korrekturen vermieden werden. Die Beurteilung des Zeitpunktes von Korrekturen muss dementsprechend aus dem Angebot selbst möglich sein. Dadurch soll der öffentliche Auftraggeber vor dem Vorwurf einer möglichen Manipulation des Angebotes nach Angebotsöffnung geschützt werden. Daher ist etwa ein in der Ausschreibung vorgesehenes Verbot der Verwendung von Korrekturlack ohne Datumsangabe und bestätigender Unterschrift des Bieters zulässig. Für elektronische Verfahren bestehen eigene Regeln bzgl. der Unverfälschbarkeit (vgl. die §§ 48 und 49).

Zu § 127 (Inhalt der Angebote):

Mit Abs. 1 Z 2 wird Art. 71 Abs. 2 und 4 der RL 2014/24/EU umgesetzt.

Durch Abs. 1 Z 2 soll bereits in der Angebotsphase eine vollständige Transparenz hinsichtlich der an der Auftragsausführung mitwirkenden Unternehmer sichergestellt werden. Der Bieter hat alle Teile des Auftrages, die er an Subunternehmer vergeben will, im Angebot bekannt zu geben.

Die Verpflichtung zur Bekanntgabe aller Subunternehmer folgt bereits unmittelbar aus dem Gesetz und nicht aus einer im Gesetz vorgeschriebenen Festlegung in der Ausschreibung. Betroffen von der Verpflichtung sind sowohl erforderliche Subunternehmer (das sind Unternehmer, die für die Eignung des Bieters zwingend erforderlich sind) wie auch nicht erforderliche Subunternehmer (deren Eignung für den Bieter nicht unerlässlich ist). Damit soll dem öffentlichen Auftraggeber ein umfassendes Bild gegeben werden, welche Unternehmer im Rahmen der Ausführung des Auftrages zum Einsatz kommen sollen. Während die Unterlassung der Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern das Ausscheiden des betroffenen Angebotes zur Folge hat (vgl. § 141 Abs. 1 Z 2), führt die Unterlassung der Nennung von nicht erforderlichen Subunternehmern im Angebot dazu, dass deren Einsatz dem Regime des § 363 Abs. 1 unterliegt.

Den Bestimmungen des § 98 Abs. 2 korrespondiert die grundsätzliche Verpflichtung von Abs. 1 Z 2, im Angebot alle Subunternehmer anzugeben (wiederum mit dem Vorbehalt, dass erforderliche Subunternehmer jedenfalls im Angebot bekannt zu geben sind). Sofern aus sachlichen Gründen durch den öffentlichen Auftraggeber die Einschränkung auf die Bekanntgabe nur der wesentlichen Subunternehmer erfolgte, betrifft die Offenlegungspflicht nur ebendiese. Der Bieter hat hinsichtlich aller Subunternehmer zu spezifizieren, hinsichtlich welcher Leistungsteile die namhaft gemachten Unternehmer eingesetzt

werden sollen. Hinsichtlich der Art des Nachweises der tatsächlichen Verfügbarkeit von Kapazitäten ist auf die Rechtsprechung des EuGH zu verweisen (vgl. dazu insbesondere Rs C-176/98, *Holst Italia*, Rz 28ff, Rs C-324/14, *Partner*, Rz 33, Rs C-387/14, *Esaprojekt*,, Rz 47 mwN der Judikatur), wonach alle Beweismittel zulässig sind, sofern sie die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf die entsprechenden Ressourcen belegen (wie etwa durch eine vertragliche Zusage oder Option; vgl. dazu Art. 63 Abs. 1 erster UAbs. der RL 2014/24/EU).

Die Möglichkeit, die Eignung durch Abgabe einer Eigenerklärung zu belegen, erstreckt sich auch auf den Fall, in dem sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung auf einen Subunternehmer stützt. Der Bieter muss daher allfällige – den Subunternehmer betreffende – Eignungsnachweise nicht gleich mit dem Angebot vorlegen; es ist vielmehr ausreichend, wenn er sie auf Aufforderung beibringen kann (Abs. 1 Z 2). Die Eigenerklärung bzw. die Nachweise über die Eignung der Subunternehmer sind – wie bisher – dem öffentlichen Auftraggeber im Wege des Bieters vorzulegen.

Gemäß Abs. 1 Z 4 sind erforderlichenfalls bei veränderlichen Preisen Regeln und Voraussetzungen festzulegen, die eine einwandfreie Preisumrechnung ermöglichen. Diese Angaben sind im Angebot aber nur dann erforderlich, wenn kein Index-gebundener Preis verwendet wird.

Mit Abs. 1 Z 7 wird pauschal auf die Aufzählung der dem Angebot beigeschlossenen sowie gesondert eingereichten Unterlagen abgestellt. Darunter sind jedenfalls auch allenfalls vorgelegte Nachweise hinsichtlich der Eignung zu verstehen. Gesondert eingereichte Unterlagen können wie bisher etwa Proben oder Muster sein.

Zu § 128 (Besondere Bestimmungen über den Inhalt der Angebote bei funktionaler Leistungsbeschreibung):

Die vorliegende Bestimmung beinhaltet besondere Bestimmungen über den Inhalt eines Angebotes bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung. Die Bestimmung normiert die Anforderungen, welche die Angebote aus Gründen der geforderten Vergleichbarkeit erfüllen müssen. Darin kommt zum Ausdruck, dass die funktionale Leistungsbeschreibung von den Bietern unter Umständen Planungsleistungen (Entwurf bzw. Ausführungsunterlagen) und die Ausarbeitung wesentlicher Teile der Angebotsunterlagen verlangt, um ein Angebot legen zu können. Soweit in bestimmten Phasen eines Verhandlungsverfahrens noch keine vollständig ausgearbeiteten Angebote verlangt werden, sind die vorliegenden Bestimmungen nicht maßgeblich.

Im Kontext des wettbewerblichen Dialoges ist zu Abs. 5 festzuhalten, dass nach der Dialogphase bereits vollständig ausgearbeitete Angebote gelegt werden müssen, da diese ihrerseits gemäß § 117 Abs. 3 nur mehr klargestellt, präzisiert, verbessert bzw. ergänzt werden können. Für solche Angebote gelten die Abs. 1 bis 4, Abs. 5 kann in dieser Konstellation somit keine Anwendung finden. Da in der Dialogphase „Lösungen“ vorgelegt und diskutiert werden, gilt die vorliegende Bestimmung in dieser nicht, da sich diese Bestimmung explizit nur auf Angebote bezieht.

Zu § 129 (Einreichen der Angebote):

Bei Angeboten in Papierform ist darauf zu achten, dass bei bestimmten Verfahren bzw. in bestimmten Verfahrensstadien dem öffentlichen Auftraggeber der Name des Bieters und der Inhalt des Angebotes nicht zugänglich sein dürfen. Das Einreichen des Angebotes hat daher so zu erfolgen, dass allfällige Vertraulichkeitserfordernisse gewahrt sind. Dies kann bei Papierangeboten etwa durch Verwendung von Umschlägen erfolgen.

Zu § 130 (Vergütung für die Ausarbeitung der Angebote):

Insbesondere die funktionale Leistungsbeschreibung (jedoch nicht automatisch jede funktionale Leistungsbeschreibung) verlangt von den Bietern (vgl. § 128) die Übernahme von aufwändigen Vorarbeiten, um ein Angebot erstellen zu können; Aufwendungen, die bei konstruktiver Leistungsbeschreibung dem öffentlichen Auftraggeber erwachsen. Als besondere Ausarbeitungen können etwa aufwändige Detailkonzepte (insbesondere bei geistigen Dienstleistungen) und eigens erstellte Muster bzw. Prototypen genannt werden.

Zu § 131 (Zuschlagsfrist):

Abs. 1 regelt Beginn und Länge der Zuschlagsfrist. Im Sinne des Grundsatzes, dass die Zuschlagsfrist kurz zu halten ist, wird die maximale Dauer derselben mit sieben Monate begrenzt, wobei aus zwingenden Gründen eine längere Zuschlagsfrist ausnahmsweise festgelegt werden kann (die entsprechenden Gründe wären zu dokumentieren, vgl. § 49). Abs. 1 letzter Satz enthält eine Rückfallsregelung falls der Auftraggeber keine Zuschlagsfrist festgelegt hat.

Abs. 2 enthält eine Klarstellung dahingehend, dass ein Bieter während der Zuschlagsfrist sein Angebot weder verändern noch zurückziehen darf. Der zweite Satz ermöglicht, dass öffentlicher Auftraggeber und

Bieter übereinkommen, die Bindungswirkung des Angebotes zu verlängern. Dies wird insbesondere in den Fällen in Betracht kommen, in denen ein öffentlicher Auftraggeber aus gerechtfertigten Gründen die Prüfung der Angebote innerhalb der Zuschlagsfrist noch nicht abgeschlossen hat. Aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung folgt, dass der öffentliche Auftraggeber alle im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter zur Erstreckung der Bindungswirkung ihres jeweiligen Angebotes ersuchen muss und nicht bloß einzelne Bieter darum ersuchen kann. Umgekehrt kann aber auch ein Bieter von sich aus dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber die Bindungswirkung seines Angebotes erstrecken. § 145 Abs. 1 zweiter Satz wird durch § 131 nicht berührt: auch wenn der öffentliche Auftraggeber den Bieter nicht um eine Erstreckung der Bindungswirkung ersucht hat, kann der Vertrag durch Zuschlagserteilung nach Ablauf der Zuschlagsfrist zustande kommen, wenn der Bieter erklärt, dass er den Auftrag annimmt.

Der öffentliche Auftraggeber wird bei Bemessung der angemessenen Nachfrist gemäß Abs. 3 zur Beibringung der Anerkennung, Gleichhaltung oder Bestätigung die Stillhaltefrist gemäß § 144 Abs. 1 und ein allfälliges bereits anhängiges Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen haben. Eine Verlängerung der Zuschlagsfrist unter gleichzeitiger Fristsetzung für die Beibringung der genannten Bescheinigungen kommt bei besonders dringlichen Verfahren nicht in Betracht und ist deshalb auszuschließen.

Das Verfahren gemäß § 21 Abs. 1 ist rechtzeitig – jedenfalls vor Ablauf der Angebotsfrist – einzuleiten. Die rechtzeitige Einleitung des Verfahrens gemäß Abs. 3 ist insofern von Bedeutung, als nur ein Unternehmer, der eine entsprechende Anzeige vor Ablauf der Angebotsfrist erstattet hat, die Setzung einer Nachfrist gemäß dieser Bestimmung beantragen kann.

In Abs. 4 wird eine Fortlaufshemmung vorgesehen, damit dem öffentlichen Auftraggeber nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens die erforderliche Zeit für die Erteilung des Zuschlages verbleibt.

Zu § 132 (Entgegennahme der Angebote):

Im Sinne der Dokumentationspflichten gemäß § 49 hat der Auftraggeber gemäß Abs. 1 den Zeitpunkt des Einganges des Angebotes eines Bieters zu dokumentieren. Bei Papierangeboten kann dies etwa dadurch erfolgen, dass die Stelle, bei der die Angebote einzureichen sind, auf dem verschlossenen Umschlag Datum und Uhrzeit des Einganges vermerkt. Bei elektronischen Angeboten kann dies durch ein entsprechendes Protokoll oder durch einen Zeitstempel (vgl. § 2 Z 46) erfolgen. Damit soll dokumentiert werden, ob ein Angebot zeitgerecht oder verspätet eingelangt ist.

Abs. 2 bis 4 sind Schutzvorschriften zugunsten des freien und lauteren Wettbewerbes.

Zu § 133 (Öffnung der Angebote):

Abs. 1 erster Satz hält für alle Arten von Vergabeverfahren fest, dass die Öffnung der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist erfolgen darf. Anders als bisher ist die Öffnung der Angebote nicht mehr „unmittelbar“ nach Ablauf der Angebotsfrist vorgeschrieben.

Beim offenen und nicht offenen Verfahren ist nach Abs. 1 eine kommissionelle Öffnung vorgesehen, beim Verhandlungsverfahren ist hingegen keine formalisierte Angebotsöffnung erforderlich. Für das Verhandlungsverfahren ist zur Gewährleistung des ungestörten Wettbewerbes im Zuge der weiteren Verhandlungen mit den Bietern vorgesehen, dass das Ergebnis der Angebotsöffnung geheim zu halten ist (dies bezieht sich auf die Öffnung der Erstangebote und aller nachfolgenden Angebote im Rahmen der Verhandlungsrunden).

Abs. 2 schreibt vor der Angebotsöffnung zwei Prüfschritte vor: Prüfung des zeitgerechten Einlangens und Prüfung der Unversehrtheit (kein Zugriff bzw. keine Öffnung). Manche elektronische Vergabesysteme lassen eine verspätete Angebotsabgabe von vornherein nicht zu. In diesem Fall sind alle eingelangten Angebote „fristgerecht“ und ein diesbezüglicher eigenständiger Prüfschritt erübrigt sich unter Hinweis auf die „Architektur“ des Vergabesystems. Durch den letzten Satz wird sichergestellt, dass der Auftraggeber seiner Benachrichtigungspflicht gemäß § 141 Abs. 3 in Verbindung mit § 141 Abs. 1 Z 6 bei verspätet eingelangten Angeboten nachkommen kann, falls die Identität des Bieters nicht ohne Öffnung der Angebote eruiert werden kann. Die dazu erforderliche allfällige Öffnung eines verspätet eingelangten Angebotes ändert nichts daran, dass solche Angebote nicht weiter zu behandeln sind.

Abs. 3 zweiter Satz dient der Verhinderung von Manipulationsmöglichkeiten bei Angeboten in Papier. In Bezug auf elektronische Angebote vgl. § 49 Abs. 2.

Abs. 4 sieht im Gegensatz zu bisher keine Verpflichtung zur Durchführung einer formalen öffentlichen Angebotsöffnung beim offenen oder nicht offenen Verfahren mehr vor. An ihre Stelle tritt eine freiwillige öffentliche Angebotsöffnung. In diesem Fall hat der Auftraggeber den Bietern eine Teilnahmemöglichkeit zu bieten. Dies kann zB durch Einladung zur öffentlichen Sitzung oder durch Gewährleistung einer sonstigen Teilnahmemöglichkeit (zB elektronisch via Skype) erfolgen. Anders als bisher soll der allfälligen Verlesung im Rahmen der (freiwilligen) öffentlichen Sitzung jedoch keine entscheidende

Bedeutung mehr zukommen. Diese Funktion übernimmt das Angebotsöffnungsprotokoll gemäß Abs. 5, das jedem Bieter (auch ohne diesbezüglichen Antrag) zu übermitteln bzw. bereitzustellen ist. Aus diesem Grund sollen allfällige Fehler bei einer Verlesung der Angebotsabgaben nicht mehr jene Bedeutung haben, die sie bislang hatten. Allfällige Rügen der Bieter könnten zwar im Rahmen der Verlesung vorgebracht werden, entscheidend ist aber ein allfälliger Einspruch gegen das Angebotsöffnungsprotokoll.

Abs. 5 legt die zwingenden Inhalte des Angebotsöffnungsprotokolls fest, das zwingend jedem Bieter zu übermitteln bzw. bereitzustellen ist. Auf die Dokumentationspflicht gemäß § 49 Abs. 2 wird hingewiesen.

Abs. 6 enthält im Hinblick auf allfällige Vergabekontrollverfahren eine spezifische Aufbewahrungspflicht.

Zu § 134 (Allgemeine Bestimmungen):

§ 134 soll die fachgerechte Prüfung der Angebote gewährleisten. Besonders hervorzuheben ist, dass einerseits allenfalls beizuziehende Sachverständige keine gerichtlich beeideten Sachverständige sein müssen, sondern auch sachverständige bzw. fachkundige Personen sein können (zB aus anderen Dienststellen des Auftraggebers) und dass andererseits diese Personen unbefangen und von den Bietern unabhängig sein müssen (vgl. dazu auch § 26).

Zu § 135 (Vorgehen bei der Prüfung):

§ 135 legt fest, in welcher Art und Weise und nach welchen Kriterien die Prüfung der Angebote zu erfolgen hat.

Aus dem Einleitungssatz des Abs. 2 folgt, dass die Prüfung im Hinblick auf die in Z 1 bis 5 genannten Aspekte nur bei den für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommenden Angeboten zu erfolgen hat. Zweck des Abs. 2 ist es herauszufinden, ob ein Angebot für den Zuschlag in Betracht kommt. Sobald feststeht, dass dies nicht der Fall ist, ist eine weitere Prüfung nicht mehr erforderlich. Ist daher ein Angebot unvollständig (dies sollte im Zuge der Angebotsöffnung bereits festgestellt werden, vgl. § 133 Abs. 3 erster Satz), so kann jede weitere Prüfung des Angebotes unterbleiben. Falls sich bei der Prüfung herausstellt, dass die Angemessenheit der Preise nicht vorliegen könnte, gilt § 137 für die weitere Vorgangsweise. Hinsichtlich rechnerisch fehlerhafter Angebote gilt § 138 Abs. 7. Im Kontext des Abs. 2 Z 2 ist klarzustellen, dass sich die Eignungsprüfung betreffend Subunternehmer darauf bezieht, ob der Subunternehmer die Eignungskriterien für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil erfüllt (vgl. § 98 Abs. 3).

Zu § 136 (Zweifelhafte Preisangaben):

§ 136 regelt die Vorgangsweise falls ein Angebot zweifelhafte Preisangaben enthält. Die Regelung des Abs. 1 betreffend Einheitspreise ist auch vor dem Hintergrund der 2%-Klausel des § 138 Abs. 7 zu sehen. Es handelt sich nicht um eine lex specialis zur letztgenannten Bestimmung, dh. auch hinsichtlich der Einheitspreise gilt – sofern dies ausdrücklich festgelegt wurde – die Rechenfehlerregelung

Zu § 137 (Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung):

§ 137 dient dem Schutz des Auftraggebers (zB vor spekulativen Angeboten) und soll zugleich auch einen fairen Wettbewerb gewährleisten. Wie der VwGH in seinem Erkenntnis vom 29. März 2006, 2003/04/0181, festgehalten hat, handelt es sich bei der vertieften Angebotsprüfung um eine Plausibilitätsprüfung, bei der nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur – grob – geprüft werden muss, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. Zu betonen ist ferner, dass nach dem System der RL und des BVergG die Prüfung der Preisangemessenheit im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich stattzufinden hat (vgl. dazu auch EuGH verbundene Rs C-147/06 und C-148/06, *SECAP*) und keine Einschränkung der Prüfmöglichkeit des Auftraggebers (zB auf sogenannte „wesentliche Positionen“) besteht (siehe dazu insbesondere auch EuGH Rs C-568/13, *Data Medical Services*). § 137 regelt die Vorgangsweise des Auftraggebers, falls dieser zur Auffassung kommt, dass angebotene Preise (vgl. dazu § 2 Z 26) ungewöhnlich niedrig sind. Weder die RL noch das BVergG definieren den Begriff eines „ungewöhnlich niedrigen Angebots“. Es ist daher Sache des Auftraggebers festzulegen (entweder rein intern oder im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen), wie die Ungewöhnlichkeitsschwelle für ein „ungewöhnlich niedriges Angebot“ zu errechnen bzw. wo sie wertmäßig anzusetzen ist (so auch EuGH Rs C-285/99 und C-286/99, *Lombardini und Mantovani*, Rs C- 568/13, *Data Medical Service*). Dies könnte etwa durch Festlegung eines maximalen Differenzprozentsatzes (zB 10%) im Vergleich zum zweitgereihten Bieter (beim Angebotspreis) oder zum zweitbilligsten Positions-, Pauschal- oder Regiepreis oder durch Festlegung eines maximalen Differenzprozentsatzes (zB 15%) zum Mittelwert der entsprechenden Preise erfolgen.

Unter „alternativ angebotenen“ Leistungen gemäß Abs. 1 sind sowohl Alternativ- wie auch Abänderungsangebote zu verstehen (Variantenangebote fallen unter das Konzept der „ausgeschriebenen“ Leistung). Bei der Prüfung der Angebotspreise können allgemein anerkannte Leitlinien, standardisierte Kalkulationshilfen und wissenschaftliche Publikationen für die Feststellung herangezogen werden, welche Bandbreite an Preisen für die ausgeschriebenen Leistungen angemessen ist.

Abs. 2 regelt jene Umstände, die den Auftraggeber zur Aufklärung und zur vertieften Angebotsprüfung verpflichten.

Abs. 3 beinhaltet die bei einer vertieften Angebotsprüfung anzulegenden Maßstäbe.

Abs. 3 Z 1 verweist im Kontext der Prüfung der Nachvollziehbarkeit der Personalkosten demonstrativ auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge (die – falls sie nicht ohnehin bereits im Angebot offen gelegt wurden – der Auftraggeber im Rahmen der Aufklärung vom Unternehmer identifizieren lassen kann; vgl. dazu auch die verschiedenen, online verfügbaren Kollektivvertragsdatenbanken). Dies stellt eine flankierende Maßnahme zur leichteren Aufdeckung von Lohn- und Sozialdumping dar.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass bei der vertieften Angebotsprüfung des Bieters keine Verpflichtung zur Nachprüfung der Preise allenfalls bereits namhaft gemachter Subunternehmer besteht.

Zur weiteren Vorgangsweise des Auftraggebers bei nicht erklär- oder nachvollziehbaren Preisen vgl. § 138 und insbesondere dessen Abs. 5.

Zu § 138 (Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote):

Falls im Zuge der Angebotsprüfung – hier ist zur Klarstellung zu wiederholen, dass der Begriff „Angebot“ als Überbegriff auch Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote erfasst – relevante Angebotsmängel festgestellt werden die nicht ohnehin den sofortigen Ausschluss des Bieters (siehe § 78) bzw. das Ausscheiden des Angebotes (siehe § 141) zur Folge haben, hat der Auftraggeber gemäß Abs. 1 vom Bieter eine Aufklärung betreffend den Angebotsmangel zu verlangen. Auch hier hat die Aufklärung entweder schriftlich oder mündlich (abhängig von den zulässigen Kommunikationswegen und dem Aufklärungsinhalt; vgl. § 48) zu erfolgen und sie ist entsprechend zu dokumentieren. Die weitere Vorgangsweise des Auftraggebers hat unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens des Bieters (inklusive allfällig vorgelegter weiterer Nachweise) zu erfolgen. Zu betonen ist, dass diese Aufklärungspflicht des Auftraggebers sowohl im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich besteht.

Abs. 2 betont nochmals, dass in der Nachfolge eines Aufklärungsprozesses (vgl. dazu § 139) die grundlegenden Anforderungen an das Vergabeverfahren nicht verletzt werden dürfen. Auch darf im offenen oder nicht offenen Verfahren die Aufklärung nicht dazu genutzt werden, ein Angebot zu „optimieren“ („verkappte“ Verhandlungen).

Nach Abs. 3 hat der Auftraggeber nicht erforderliche Subunternehmer abzulehnen, falls sich bei deren Prüfung Mängel ergeben haben, die nicht durch eine Aufklärung behoben werden können. Diese Bestimmung ist im Kontext des § 98 zu sehen (vgl. dazu die entsprechenden Ausführungen). Diese Pflicht zur „Ablehnung“ kann sich nur auf nicht für die Eignung erforderliche Subunternehmer beziehen, die im Angebot des Bieters bekannt gegeben wurden. Zur Vorgangsweise bei erforderlichen Subunternehmern vgl. § 141 Abs. 1 Z 2. Die weitere Vorgangsweise hängt vom Verfahrensstadium und der Art des durchgeführten Verfahrens ab: so könnte der Auftraggeber zB – soweit dies im konkreten Verfahrensstadium zulässig und möglich ist (vgl. etwa im Verhandlungsverfahren, ausgenommen nach dem „last and final offer“) – den Bieter auffordern, einen Ersatz für den abgelehnten Unternehmer namhaft zu machen; der Bieter hätte sodann zu entscheiden, ob er einen Ersatz nominieren möchte, oder den betreffenden Leistungsteil selbst „übernimmt“. Ist eine derartige Vorgangsweise aber nicht möglich (zB Ablehnung eines nicht erforderlichen Subunternehmers im offenen oder nicht offenen Verfahren) oder will der Bieter (falls es noch möglich und zulässig wäre) keinen Ersatz benennen, so könnte ein „neuer“ Unternehmer nur gemäß § 363 in die Auftragsausführung eingebunden werden. Das Angebot des Bieters verbleibt jedoch im Wettbewerb.

Abs. 4 ermöglicht etwa dem Auftraggeber unleserliche Angebote auszuscheiden.

Abs. 5 regelt in Verbindung mit § 137 und § 141 Abs. 1 Z 3 die Vorgangsweise des Auftraggebers bei Angeboten mit ungewöhnlich niedrigen Preisen. Die nach Abs. 5 zwingend erforderliche Aufklärung (vgl. dazu auch EuGH Rs C-599/10, *SAG ELV Slovensko u.a.*) soll dem Bieter binnen angemessener, vom Auftraggeber festzusetzender Frist die Möglichkeit zur Erklärung bieten, warum ein angebotener Preis betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist (in diesem Kontext ist auch auf die Sonderregelung des Abs. 6 für den Oberschwellenbereich hinzuweisen). Diese Aufklärung hat entweder schriftlich oder mündlich (abhängig von den zulässigen Kommunikationswegen und dem Aufklärungsinhalt; vgl. § 48) zu erfolgen und ist entsprechend zu dokumentieren. Die anschließende Prüfung durch den Auftraggeber hat unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens des Bieters zu erfolgen. Wie der EuGH (siehe

Rs C-568/13, *Data Medical Service*) betont hat, hat die Aufklärung in kontradiktorischer Weise zu erfolgen und der Auftraggeber muss alle durch den Bieter im Rahmen der Aufklärung vorgebrachten Argumente berücksichtigen. Nach Art. 69 Abs. 2 der RL 2014/24/EU hat der Auftraggeber bei der Prüfung daher insbesondere folgende Erklärungen des Bieters zu berücksichtigen: die Wirtschaftlichkeit des Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen oder außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die Einhaltung der in § 93 genannten rechtlichen Bestimmungen, die Einhaltung aller Verpflichtungen, die den Bieter bei einer Heranziehung von Subunternehmern treffen, sowie die Möglichkeit einer staatlichen Beihilfe an den Bieter. Zu betonen ist jedoch, dass ein derartiges Vorbringen vom Bieter auch entsprechend zu belegen ist. Der Auftraggeber hat ein Angebot jedenfalls auszuscheiden, wenn die Angebotsprüfung ergibt, dass der Bieter bei der Angebotserstellung die in Österreich geltenden zwingenden arbeits-, sozial- und umweltrechtlichen Vorschriften (siehe dazu § 93) nicht berücksichtigt hat (zB Kalkulation der Personalkosten unter einem kollektivvertraglich festgelegten Mindestlohn). Da Abs. 5 betont, dass das „gesamte Vorbringen“ des Bieters zu berücksichtigen ist, wird ohne inhaltliche Abweichung zur RL von der expliziten Aufzählung der Beispiele im BVergG selbst Abstand genommen.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass bei der vertieften Angebotsprüfung des Bieters keine Verpflichtung zur Nachprüfung der Preise allenfalls bereits namhaft gemachter Subunternehmer besteht.

Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind in die Dokumentation über die Prüfung der Angebote aufzunehmen. Aufgrund § 48 Abs. 1 kann der Auftraggeber bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich auch nur eine mündliche Aufklärung verlangen. Dies befreit ihn aber nicht von der Dokumentationspflicht.

Die auf den Oberschwellenbereich beschränkte Regelung des Abs. 6 betrifft ausschließlich Angebote, die aufgrund einer staatlichen Beihilfe einen ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis aufweisen.

Zu Abs. 7 ist auf die Regelung des § 91 Abs. 9 und die Ausführungen dazu hinzuweisen.

Zu § 139 (Aufklärungen und Erörterungen):

Abs. 1 stellt für offene oder nicht offene Verfahren einen strengen Maßstab auf: Aufklärungen dienen der Einholung von Auskünften damit Unklarheiten, die im Rahmen der Angebotsprüfung beim Auftraggeber entstanden sind, bereinigt werden können. Aufklärungen dürfen nicht die Konsequenz haben, ein Angebot inhaltlich zu ändern (siehe dazu etwa EuGH Rs C-599/10, *SAG ELV Slovensko u.a.*, Rs C-324/14, Partner).

Abs. 2 ist insbesondere im Licht der Judikatur des EuGH zu sehen, wonach Angebote in einzelnen Punkten berichtigt oder ergänzt werden können, insbesondere wegen einer offensichtlich gebotenen bloßen Klarstellung (vgl. Rs C-336/12, *Manova*, Rs C-324/14, *Partner*, Rs C-131/16, *Archus*). Derartige Erörterungen und daraus folgende Änderungen geringen Umfanges dürfen aber nicht auf die Änderung wesentlicher Elemente des Angebotes oder die Vorlage eines neuen Angebotes hinauslaufen (vgl. dazu etwa EuGH Rs C-199/15, *Ciclat*).

Abs. 3 regelt die mögliche Art und Weise von Aufklärungen und Erörterungen und die damit verbundene Dokumentationspflicht. Zu Z 2 ist insbesondere auf § 2 Z 31 hinzuweisen.

Zu § 140 (Dokumentation der Angebotsprüfung):

§ 140 regelt die Dokumentation (ergänzend zu § 49) und Auskunftserteilung im Zusammenhang mit der Angebotsprüfung. Aus Abs. 2 folgt jedoch nicht, dass Unternehmen jederzeit und ohne entsprechende Ankündigung die Einsichtnahme in die entsprechenden Unterlagen des Auftraggebers gewährt werden muss und der Auftraggeber entsprechende Maßnahmen dafür zu treffen hätte. Das Erfordernis einer vorherigen Terminvereinbarung oder die zeitliche Begrenzung der Einsichtnahme (etwa auf die Amtsstunden) ist daher zulässig.

Zu § 141 (Ausscheiden von Angeboten):

Abs. 1 regelt die Tatbestände bei deren Vorliegen Angebote aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden sind.

Z 2 verweist auf die fehlende Eignung des Bieters. Diese liegt nicht vor, wenn Ausschlussgründe (siehe § 78) verwirklicht sind, die erforderliche Leistungsfähigkeit oder Befugnis fehlt oder die berufliche Zuverlässigkeit nicht gegeben ist.

Zu Z 3 ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass durch die Wortfolge „nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises“ auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise (siehe § 137 Abs. 3 Z 2) erfasst ist, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen.

Als nicht ausschreibungskonform im Sinne der Z 7 sind insbesondere solche Angebote anzusehen, bei denen die technischen Spezifikationen gemäß § 106 nicht erfüllt sind. Diese Angebote sind sofort gemäß Z 7 auszuscheiden und es hat eine Verständigung nach Abs. 3 zu erfolgen (vgl. dazu auch die Ausführungen zu Abs. 3 im Kontext des § 106). Zum Ausscheiden aufgrund nicht erfolgter Mängelbehebung (Z 7) wird auch auf die Erläuterungen zum Vadium (zu § 2 Z 32) verwiesen. Als unbehebbare Mängel sind nach ständiger Rechtsprechung solche Mängel zu qualifizieren, deren Behebung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen können. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert und damit der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt würde (vgl. für viele VwGH vom 5. Oktober 2016, Ra 2015/04/0002, und etwa EuGH Rs C-87/94, *Kommission gegen Belgien*, Rs C-324/14, *Partner*). Durch die Formulierung des letzten Halbsatzes in der Z 7 wird klargestellt, dass sich der letzte Halbsatz nur auf fehlerhafte oder unvollständige Angebote bezieht.

Zu Z 8 wird auf die Ausführungen zu § 91 Abs. 9 und § 138 Abs. 7 verwiesen.

Z 9 ermöglicht im nicht offenen Verfahren, im wettbewerblichen Dialog und im Verhandlungsverfahren (daher somit auch in einer Innovationspartnerschaft) das Ausscheiden von Angeboten von Unternehmern, die nicht zur Angebotslegung aufgefordert worden sind (vgl. dazu etwa auch § 113 Abs. 1 und die Erläuterungen dazu, wonach neu gebildete Arbeitsgemeinschaften nicht als jene Unternehmer anzusehen sind, die zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden).

Z 10 sieht vor, dass Angebote von jenen Bietern auszuscheiden sind, die nachweislich Interessen haben, die die Ausführung des Auftrages beeinträchtigen können. Damit sind jene Fälle angesprochen, bei welchen der Bieter Interessen hat, die die Ausführung des Auftrages zu beeinträchtigen geeignet sind. Als Beispiel zu nennen ist etwa die Ausschreibung der Kontrolle einer Baustelle, wenn der Bieter zugleich Leiter der gegenständlichen Baustelle ist (Selbstkontrolle).

Z 11 bildet den Ausscheidenstatbestand falls der Bieter das berufliche Anerkennungsregime (vgl. dazu § 21 Abs. 1 und die Ausführungen dazu sowie § 131 Abs. 3) nicht erfolgreich absolviert hat. Durch lit. c wird klargestellt, dass eine unterbliebene oder verspätete Antragstellung zum Ausscheiden des Angebotes führt. Es kommt somit darauf an, dass der Antrag vor Ablauf der Angebotsfrist gestellt wurde, nicht darauf, ob der Nachweis der rechtzeitigen Antragstellung vor Ablauf der Angebotsfrist beigebracht worden ist. Die unterbliebene Beibringung des Nachweises ist somit ein verbesserungsfähiger Mangel, die unterbliebene oder verspätete Antragstellung hingegen nicht.

Wenn die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen „lediglich“ von der Erfüllung gesetzlich normierter Voraussetzungen und nicht von einer behördlichen Entscheidung abhängt, besteht keine Verpflichtung zum Ausscheiden des Angebotes gemäß Z 11.

Gemäß Abs. 2 kann der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen im Zusammenhang mit der Angebotsprüfung zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Dies stellt bloß eine Möglichkeit zum Ausscheiden dar, die es dem Auftraggeber ermöglichen soll, Angebote weiterhin zu prüfen, obwohl der Bieter (aus welchen Gründen immer) Aufklärungen unterlassen oder nicht nachvollziehbar begründet hat. Klarzustellen ist, dass Abs. 2 jedenfalls nicht von der Ausscheidenspflicht gemäß Abs. 1 dispensieren kann. Hinzuweisen ist ferner auf § 78 Abs. 1 Z 10, der einen Ausschlussgrund bezüglich der Nachweise für die Eignung darstellt. Abs. 2 erster Satz bezieht sich hingegen ausschließlich auf angebotsbezogene Aufklärungen (vgl. § 139). Abs. 2 letzter Satz beinhaltet eine Spezialregelung im Kontext der beruflichen Anerkennung (vgl. § 21 Abs. 1): Bleibt die Aufklärung aus oder kann der Unternehmer nicht nachvollziehbar darlegen, dass er die Voraussetzungen des § 373a Abs. 1 GewO 1994 erfüllt, dann kann der Auftraggeber den Unternehmer gemäß § 141 Abs. 2 ausscheiden.

Um die Bekämpfbarkeit des Ausscheidens zu gewährleisten, sieht das BVergG – wie schon bisher – eine Verständigungspflicht vor. Die Regelung des Abs. 3 enthält hingegen keine Vorgabe für den Auftraggeber, wann er diese Entscheidung zu treffen hat bzw. wie er den zeitlichen Ablauf der Angebotsprüfung zu gestalten hat. Je nach Leistungsgegenstand bzw. Art und Ablauf der Angebotsprüfung kann die Entscheidung über das Ausscheiden schon während der Angebotsprüfung aber auch erst in unmittelbarem zeitlichen Konnex mit der Zuschlagsentscheidung getroffen werden. Das Gesetz enthält auch ansonsten keine Aussage über den zeitlichen Ablauf der Angebotsprüfung und damit über den Zeitpunkt des Ausscheidens, es kann somit auch sein, dass die Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung gleichzeitig mit der Zuschlagsentscheidung erfolgt.

Die Verständigung hat den Ausscheidensgrund zu beinhalten (inklusive der Darlegung der Begründung für dessen Heranziehung). Dazu gehört im Fall des Abs. 1 Z 7 (ausschreibungswidrige Angebote wegen Nichterfüllung der technischen Spezifikationen gemäß § 106 Abs. 3 und 4) auch die Angabe der Gründe

für die Entscheidung des Auftraggebers, dass keine Gleichwertigkeit vorliegt oder dass die Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen nicht den Leistungs- und Funktionsanforderungen des Auftraggebers entsprechen (vgl. dazu auch Art. 55 Abs. 2 lit. b der RL 2014/24/EU).

Für den Fall, dass die Zeitspanne zwischen der Verständigung vom Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlags- bzw. der Widerrufsentscheidung kürzer ist als die Anfechtungsfristen im Nachprüfungsverfahren, wird auf die Sonderregelung im Rechtsschutzteil verwiesen (siehe § 342 Abs. 2 sowie die Erläuterungen dazu).

Zu § 142 (Wahl des Angebotes für den Zuschlag):

Zu den Voraussetzungen für die Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes oder des Angebotes mit dem niedrigsten Preis siehe § 91 Abs. 4 bis 7 und die Erläuterungen dazu.

Zu § 143 (Mitteilung der Zuschlagsentscheidung):

Mit der vorliegenden Bestimmung werden Art. 2a und 2b der RMRL sowie Art. 55 Abs. 2 und 3 der RL 2014/24/EU mit umgesetzt. Gemäß Art. 2a haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass gegen eine Zuschlagsentscheidung innerhalb bestimmter Fristen ein wirksames Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden kann; Art. 2b sieht von dieser Stillhaltefrist bestimmte, taxative Ausnahmen vor.

Da das Ausscheiden gesondert anfechtbar ist, ist es nicht notwendig, alle Bieter von der Zuschlagsentscheidung zu verständigen. Die Verständigungspflicht bezieht sich demgemäß nur mehr auf die noch im Vergabeverfahren „verbliebenen“ Bieter. „Verbliebene“ Bieter sind die Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw. deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig geworden ist (Art. 2a Abs. 2 zweiter UAbs. der RMRL spricht von einem „endgültig[en]“ Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Nicht „verblieben“ sind weiters jene Bieter, die im Verhandlungsverfahren nicht weiter berücksichtigt worden sind, denen dies gemäß § 114 Abs. 6 mitgeteilt wurde und die diese gesondert anfechtbare Entscheidung (vgl. § 2 Z 15 lit. a sublit. dd und ee) nicht angefochten haben.

Zu beachten ist, dass die Regelung zur Folge hat, dass die Stillhaltefrist und die Nachprüfungsfrist für die einzelnen Bieter zu unterschiedlichen Zeitpunkten zu laufen beginnen können. Aus Zweckmäßigkeitsgründen empfiehlt es sich für den öffentlichen Auftraggeber aber jedenfalls, die Zuschlagsentscheidungen den Bietern möglichst gleichzeitig bekannt zu geben, da sich für ihn andernfalls die Stillhaltefrist verlängert.

Es ist vorgesehen, dass der öffentliche Auftraggeber den betreffenden Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist (die Fristberechnung ergibt sich aus § 144) und die Gründe für die Ablehnung ihrer Angebote bereits mit der Zuschlagsentscheidung mitteilen muss. Daneben sind auch noch der Gesamtpreis und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Sofern aus der Mitteilung die vom Gesetz geforderten Informationen (zumindest implizit) entnommen werden können, erfordert die vorliegende Bestimmung keine individualisierten Mitteilungen hinsichtlich der Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebotes. Durch die Regelung ist gewährleistet, dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt. Die Zuschlagsentscheidung ist die „letzte“ gesondert anfechtbare Entscheidung.

Die Regelung, die organisationsinterne Zuschlagsentscheidung einer Bekanntgabe zu unterwerfen, ist im Lichte des Urteiles des EuGH in der Rs C-81/98, *Alcatel ua. („Ökopunkte“)*, zu sehen. Von der grundsätzlichen Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bestehen einige in Abs. 2 taxativ aufgezählte Ausnahmen. Da gemäß den §§ 46 Abs. 1 und 47 Abs. 1 die Regelung des § 143 für Direktvergaben nicht anwendbar ist, besteht bei Direktvergaben ebenfalls keine Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wurden die Fälle, in denen die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung unterbleiben kann, ziffernmäßig aufgelistet.

Die unionsrechtliche Zulässigkeit dieser Ausnahmeregelung (Nicht-Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung) ergibt sich einerseits aus dem Text der Richtlinie, aber auch aus dem Urteil des EuGH in der Rs C-81/98. In den Rz 38 und 40 des zitierten Urteiles hält der Gerichtshof fest, dass ein „systematischer“ Entzug der Zuschlagsentscheidung von den Maßnahmen der RMRL nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht steht. In Ausnahmefällen ist es daher bei Vorliegen sachlicher Gründe durchaus zulässig, die Zuschlagsentscheidung nicht bekannt zu geben. In der Richtlinie selbst sind bestimmte Tatbestände vorgesehen, in denen ein Verhandlungsverfahren auch mit nur einem einzigen Unternehmer abgewickelt werden kann. In diesen Fällen wäre es logisch nicht nachvollziehbar, warum dem einzigen, am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmer die Zuschlagsentscheidung bekannt zu

geben wäre, da ohnehin nur dieser für die Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Ebenfalls sachlich nicht nachvollziehbar wäre die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und das Zuwarten des öffentlichen Auftraggebers in Fällen von äußerster Dringlichkeit (zB Beschaffen von Medikamenten bei Ausbruch einer Seuche), in denen auch nach der RL 2014/24/EU die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gerechtfertigt ist. Ein weiterer Grund für den Entfall der Verpflichtung zur Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung ist das Einlangen bloß eines Angebotes in einem Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung (hier gelten analoge Erwägungen wie bei einem Verfahren, das nur mit einem Unternehmer durchgeführt wurde).

Aus unionsrechtlicher Sicht ist ferner zu bemerken, dass die Aussagen des Gerichtshofes, ebenso wie auch die Richtlinien, allein den Oberschwellenbereich betreffen. Aus verfassungsrechtlichen Gründen (Sachlichkeitsgebot) wurde jedoch das unionsrechtliche Regime grundsätzlich auch auf den Unterschwellenbereich erstreckt. Ebenso wie im Oberschwellenbereich existieren jedoch auch hier Ausnahmen von der Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Diese betreffen einerseits jene Tatbestände, für die auch im Oberschwellenbereich eine Ausnahme vorgesehen ist, andererseits aber auch Fälle, in denen eine Bekanntgabe aus gleichen Gründen (Verfahren allein mit einem Unternehmer) nicht sachgerecht bzw. auch unökonomisch wäre.

Sofern die Mitteilungspflicht gemäß § 143 nicht besteht, existiert auch keine Stillhaltefrist gemäß § 144 Abs. 1, die zwingend zu beachten wäre.

Gemäß Abs. 2 Z 1 besteht keine Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, wenn der Zuschlag dem einzigen oder dem einzigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter erteilt werden soll. Es macht somit keinen Unterschied, ob ein Vergabeverfahren überhaupt nur mit einem Teilnehmer durchgeführt wird oder ob nur ein Bieter im Vergabeverfahren verbleibt. Davon sind etwa Verhandlungsverfahren erfasst, die nur mit einem Unternehmer durchgeführt werden, oder auch Rahmenvereinbarungen, bei welchen nur ein Unternehmer Partei der Rahmenvereinbarung ist.

Abs. 2 Z 2 enthält diejenigen Ausnahmetatbestände, die nicht vollumfänglich durch Abs. 2 Z 1 erfasst werden. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass gemäß Art. 2b lit. a der RMRL von der Wahrung der Stillhaltefrist und damit von der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung immer dann abgesehen werden kann, wenn ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt werden kann. Die in Abs. 2 Z 2 erfassten Fälle sind von dieser Ausnahmebestimmung erfasst und damit unionsrechtlich zulässig.

Abs. 2 Z 3 sieht vor, dass eine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung dann unterbleiben kann, wenn eine Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems vergeben werden soll. Es kommt also nicht darauf an, ob die Leistung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb vergeben wird. Dies ist aufgrund des Art. 2b lit. c erster UAbs. der RMRL unionsrechtlich zulässig. Hinzuweisen ist allerdings auf den folgenden Unterabsatz dieser Bestimmung, dem zufolge dann, wenn von dieser Ausnahmebestimmung Gebrauch gemacht wird, eine Unwirksamkeit des derart abgeschlossenen Vertrages – bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen – vorzusehen ist. Abs. 2 Z 3 ist daher im Zusammenhang mit den Feststellungskompetenzen des BVwG gemäß § 334 Abs. 3 Z 5 (in Verbindung mit Z 6 und 7) zu sehen.

Zu § 144 (Stillhaltefrist und Zuschlagserteilung):

Die RMRL erfordert keine ausnahmslose absolute Nichtigkeit, sondern spricht davon, dass ein Vertrag in bestimmten Fällen zwar grundsätzlich für unwirksam erklärt werden muss, aber an die Stelle der Unwirksamkeit auch die Verhängung sogenannter „alternativer Sanktionen“ treten kann (vgl. Art. 2d Abs. 2 zweiter UAbs. der RMRL). Dieser von der RMRL eingeräumte Gestaltungsspielraum soll aufgrund von Sachlichkeitserwägungen in differenzierter Form umgesetzt werden:

1. Die Einhaltung der Stillhaltefrist gemäß Abs. 1 sowie die Wahrung des Suspensiveffektes gemäß § 350 Abs. 5 Z 1 stellen Verpflichtungen dar, die ausnahmslos zu beachten sind. Es scheint zum einen wenig zweckmäßig, derartige Verstöße in einem gesonderten gerichtlichen Verfahren feststellen zu lassen und die rechtlichen Folgen – nämlich die Nichtigkeit des Vertrages – von einer entsprechenden Feststellung abhängig zu machen. Zum anderen sind weder der öffentliche Auftraggeber noch der Zuschlagsempfänger bei derartigen Verstößen in einem solchen Ausmaß schützenswert, dass die absolute Nichtigkeit als Rechtsfolge überschießend wäre. Schließlich wäre es aus der Sicht der nicht zum Zug gekommenen Bieter nur schwer verständlich, wieso sie bei einer unbestreitbaren Rechtsverletzung erst ein gesondertes Rechtsschutzverfahren einleiten müssen, um ihre rechtlichen Interessen zu wahren. Das Konzept der absoluten Nichtigkeit wird daher für den Fall der Missachtung der Stillhaltefrist (ebenso wie für den Fall der Missachtung des Suspensiveffektes) beibehalten (Abs. 1 erster Satz bzw. § 351 Abs. 2).

2. Anders stellt sich die Lage bei einer Verletzung der Pflicht zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung dar. Da von dieser Verpflichtung Ausnahmen bestehen, kann die Frage, ob die Mitteilung rechtmäßiger- oder rechtswidrigerweise unterblieben ist, umstritten sein. Es ist daher zweckmäßig, diese Frage in einem gerichtlichen Verfahren klären zu lassen und erst an eine diesbezügliche Feststellung die Rechtsfolge der „Vernichtung“ (bzw. der Aufhebung) anzuknüpfen (siehe dazu § 356). Durch die vorliegende Bestimmung wird daher für den Fall eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung vom Konzept der absoluten Nichtigkeit abgegangen. Dies ist unionsrechtlich zulässig und begegnet auch innerstaatlich keinen Bedenken, da auch das Konzept der Aufhebung als Folge einer entsprechenden Feststellung einer Vergabekontrollbehörde den Vorgaben eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung trägt.

Für den Beginn der Stillhaltefrist enthält Abs. 1 eine differenzierte Regelung: Sofern die Übermittlung bzw. Bereitstellung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung elektronisch erfolgt, beginnt der Fristenlauf mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Mitteilung. Sofern die Übermittlung brieflich erfolgt, beginnt der Fristenlauf mit der Absendung der Mitteilung. Der Tag des fristauslösenden Ereignisses wird bei der Fristberechnung nicht mitgezählt (vgl. Art. 2a Abs. 2 der RMRL und § 67).

Abs. 1 erster Satz sieht vor, dass der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen darf. Die Länge der Stillhaltefrist wird in Umsetzung von Art. 2a Abs. 2 der RMRL in den folgenden Sätzen geregelt. Bei einer Übermittlung bzw. Bereitstellung der Zuschlagsentscheidung auf elektronischem Weg beträgt die Frist 10 Tage. Bei einer Übermittlung über den Postweg oder einen anderen geeigneten Weg beträgt die Frist 15 Tage.

Wann von der Mitteilung bzw. Bereitstellung einer Zuschlagsentscheidung ausgegangen werden kann, ist unter Rückgriff auf die Definition des § 2 Z 49 zu beurteilen. Gemäß dieser Definition handelt es sich bei der Zuschlagsentscheidung um die an Bieter übermittelte bzw. für diese bereitgestellte nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Dies stellt somit den Mindestinhalt einer Zuschlagsentscheidung im Sinne des Gesetzes dar. Sofern daher die in Abs. 2 zweiter Satz enthaltenen weiteren Vorgaben (zB Gründe für die Ablehnung des Angebotes, Vorteile des erfolgreichen Angebotes) nicht (oder nicht ausreichend) in der Zuschlagsentscheidung enthalten sind, kann dies zur Anfechtbarkeit der (somit rechtswidrigen) Zuschlagsentscheidung führen, ändert aber nichts daran, dass eine Zuschlagsentscheidung an sich vorliegt, die auch den Beginn der Stillhaltefrist gemäß Abs. 1 auslöst.

Während Abs. 1 primär Fragen im Zusammenhang mit der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung regelt, betrifft Abs. 2 die Mitteilung der Zuschlagserteilung (somit des abgeschlossenen Vertrages). Durch Abs. 2 wird dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt, den im Vergabeverfahren zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung (des Vertragsabschlusses) verbliebenen Bietern mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt wurde. Ob der öffentliche Auftraggeber von der ihm durch Abs. 2 eingeräumten Möglichkeit Gebrauch macht oder nicht, liegt in seinem freien Ermessen. Die Bedeutung dieser Regelung ergibt sich aus § 356 Abs. 7, der – in Umsetzung des Art. 2f Abs. 1 der RMRL – die Frist regelt, innerhalb der ein Feststellungsantrag gemäß § 353 Abs. 1 Z 2 bis 4 einzubringen ist, um eine Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages durch das BVwG zu bewirken. Diese Frist kann von grundsätzlich 6 Monaten auf 30 Tage reduziert werden, wenn der öffentliche Auftraggeber (unter anderem) den verbliebenen Bietern mitteilt, wem der Zuschlag erteilt wurde. Diese Möglichkeit, den im Vergabeverfahren zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung verbliebenen Bietern den Zuschlagsempfänger mitzuteilen, ist somit Voraussetzung für die Fristverkürzung und wird deshalb im Zusammenhang mit der Zuschlagserteilung ausdrücklich vorgesehen. Eine Verpflichtung zur Mitteilung des Zuschlagsempfängers wird dadurch nicht normiert. Da der Vertrag gemäß § 145 der Schriftform bedarf, liegt es am öffentlichen Auftraggeber, den Zeitpunkt der Zuschlagserteilung auch entsprechend zu dokumentieren. Allfällige Unklarheiten im Zusammenhang mit der Bestimmung dieses Zeitpunktes gehen deshalb zu seinen Lasten. Wenn der öffentliche Auftraggeber von der eingeräumten Möglichkeit keinen Gebrauch macht, bleibt es für Feststellungsanträge gemäß § 353 Abs. 1 Z 2 bis 4, die auf die Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages abzielen, bei der grundsätzlichen, sechsmonatigen Frist des § 356 Abs. 7 erster Satz. Art. 2f Abs. 1 lit. a zweiter Gedankenstrich der RMRL sieht vor, dass eine entsprechende Mitteilung eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Art. 55 Abs. 2 der RL 2014/24/EU (vorbehaltlich des Art. 55 Abs. 3 der RL) enthält. Der Umsetzung dieser Vorgabe dient Abs. 2 zweiter Satz.

Zu § 145 (Zeitpunkt und Form des Vertragsabschlusses):

Hinzuweisen ist auf die Regelung in § 131 Abs. 2, wonach ein Bieter die Bindungswirkung über den Ablauf der Zuschlagsfrist hinaus verlängern kann. Da die vorliegende Bestimmung gemäß § 46 Abs. 1 bei einer Direktvergabe nicht gilt, kann in diesem Fall das Vertragsverhältnis auch mündlich zustande kommen. Es gelten daher bei Direktvergaben die allgemeinen Regeln des Zivilrechts. Unabhängig davon

kann der öffentliche Auftraggeber zB intern bestimmte formale Vorgangsweisen auch bei Direktvergaben vorschreiben.

Hinsichtlich der Notwendigkeit einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw. eines qualifizierten elektronischen Siegels, sofern die Auftragsbestätigung in elektronischer Form erfolgt bzw. zu erfolgen hat, wird auf § 48 Abs. 12 verwiesen.

Zu § 146 (Allgemeine Bestimmungen):

Diese Bestimmung legt fest, dass ein Vergabeverfahren ausschließlich auf zwei Weisen beendet werden kann: durch Zuschlagserteilung oder durch Widerruf. Hinzuweisen ist auch auf die Grundsatzbestimmung in § 20 Abs. 4 zweiter Satz, wonach ein öffentlicher Auftraggeber nicht verpflichtet ist, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden.

Zu § 147 (Vergabevermerk):

Mit dieser Bestimmung wird Art. 84 Abs. 1 und 3 der RL 2014/24/EU umgesetzt. Zu Abs. 1 Z 10 ist anzumerken, dass mit dieser Bestimmung auch Art. 41 dritter UAbs. Rechnung getragen wird (vgl. dazu auch schon § 25 Abs. 1 letzter Satz). Die Formulierung „allenfalls getroffene Maßnahmen" ist darauf zurückzuführen, dass es zwar vorarbeitende Unternehmen gegeben haben kann aber diese nicht notwendiger Weise auch in weiterer Folge am Vergabeverfahren teilgenommen haben. In diesem Fall erübrigen sich diesbezügliche Maßnahmen seitens des Auftraggebers zur Verhinderung einer Wettbewerbsverzerrung (und entsprechende Dokumentationspflichten im Vergabevermerk).

Statt einer doppelten Nennung bestimmter Informationen im Vergabevermerk kann gemäß Abs. 3 auf die Bekanntgabe Bezug genommen werden.

Der Vergabevermerk oder dessen wesentlicher Inhalt sind dem Bundeskanzler in jenen Fällen zu übermitteln, in welchen die Kommission eine dementsprechende Anfrage stellt (vgl. auch Art. 84 Abs. 3 der RL 2014/24/EU).

Gemäß Abs. 5 kann im gesamten Unterschwellenbereich von der Erstellung eines Vergabevermerkes oder eines Vermerkes über den Widerruf eines Vergabeverfahrens abgesehen werden, wenn die relevanten Informationen ohne großen Aufwand aus der Vergabedokumentation ersichtlich sind. Die Neuregelung dient der weiteren Vereinfachung des im Unterschwellenbereich geltenden Vergaberegimes und soll unnötige Transaktionskosten für die öffentlichen Auftraggeber und vergebenden Stellen vermeiden.

Zu § 148 (Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens vor Ablauf der Angebotsfrist):

Abs. 1 regelt jenen Fall, in dem widerrufen werden muss. Abs. 2 enthält jene Fälle, in denen der öffentliche Auftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen kann.

Abs. 1 umschreibt den Fall der Änderung der Ausschreibungsgrundlagen. Es handelt sich um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, von denen der öffentliche Auftraggeber aber nicht Kenntnis hatte (zB erst nachträglich zur Kenntnis gelangte mangelnde budgetäre Bedeckung; die Angebotspreise liegen trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz; eine Vorfrage wurde rechtskräftig anders entschieden). Auch ein rechtswidriges Zuschlagskriterium kann unter den Tatbestand des Abs. 1 fallen, da durch eine entsprechende Entscheidung einer Vergabekontrollbehörde oder des EuGH nachträglich ein Umstand bekannt wird (nämlich der Umstand, dass ein bestimmtes Kriterium rechtswidrig ist), der die Ausschreibung zumindest in dieser Form ausgeschlossen hätte.

Ein Widerruf des Vergabeverfahrens ist nunmehr in jedem Fall zulässig, wenn sachliche Gründe dies rechtfertigen. Abs. 2 erstreckt sich auf jene Konstellationen, in denen nachträglich (dh. nach der Ausschreibung) sonstige wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen vorliegen. Im Hinblick auf die einschlägige ständige Judikatur des EuGH (Rs C-27/98, *Metalmeccanica*, C-92/00, *Hospital Ingenieure*, C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy*, und C-440/13, *Croce Amica One*) ist darauf hinzuweisen, dass an die Bestimmung kein strenger Maßstab anzulegen ist, denn nach dem EuGH ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. (Der EuGH hat in der Rs C-244/02 etwa ausgesprochen, dass aus den vergaberechtlichen Richtlinien „*nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie implizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten, auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass schwerwiegende Gründe angeführt würden.*" Weiters hat der EuGH ausgeführt, … „*dass ein Auftraggeber, der beschließe, die Ausschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu widerrufen, den Bewerbern und Bietern zwar die Gründe für seine Entscheidung mitteilen müsse, dass er danach aber nicht verpflichtet sei, das Vergabeverfahren zu Ende zu führen.*") Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der öffentliche Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa aufgrund neuer Technologien

notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert (Extremfall: alle Bieter schließen sich zu einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft zusammen), kein oder nur ein Teilnahmeantrag einlangt usw. Ein Widerruf ist etwa auch bei festgestellten generell überhöhten Preisen zulässig, wenn der öffentliche Auftraggeber etwa Preisabsprachen vermutet oder wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln (zB unvorhersehbare Verknappung von Ressourcen). Damit ist es dem öffentlichen Auftraggeber insbesondere möglich, im Wege einer neuerlichen Ausschreibung vermuteten Preisabsprachen zu begegnen. In jenen Fällen in denen die Mitteilung über die Widerrufsentscheidung (uU kurz) vor Ablauf der Bewerbungs- oder Angebotsfrist erfolgte und im darauf folgenden Nachprüfungsverfahren die Widerrufsentscheidung für nichtig erklärt wurde, kann ein (nochmaliger) Widerruf sachlich gerechtfertigt sein, wenn aufgrund der Widerrufsentscheidung Unternehmer es unterlassen haben, Angebote zu legen bzw. auszuarbeiten oder Unternehmer keine Teilnahmeanträge eingereicht haben (zur Vermeidung von aus ihrer Sicht frustrierten Aufwendungen) und der öffentliche Auftraggeber deshalb einen zu geringen bzw. eingeschränkten wirtschaftlichen Wettbewerb befürchtet.

Hinzuweisen ist aber auch darauf, dass die entsprechenden Bestimmungen auch dem Schutz der Bieter dienen. Jeder Widerruf eines Vergabeverfahrens ist geeignet, beim Bieter „vergebliche“ Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des Widerrufes eines Vergabeverfahrens an bestimmte – wenn auch nicht allzu strenge – Voraussetzungen soll dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Gründe gemäß Abs. 1 und 2 auch dann vorliegen können, wenn diese durch den öffentlichen Auftraggeber selbst schuldhaft (zB grob fahrlässig) verursacht wurden (vgl. dazu auch die Fallkonstellation im Verfahren C-244/02). In diesem Fall ist der öffentliche Auftraggeber unter Umständen zum Widerruf verpflichtet, wird aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechts schadenersatzpflichtig.

Zu § 149 (Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist):

Zu den Widerrufstatbeständen des Abs. 1 Z 1 und 2 sowie des Abs. 2 Z 3 siehe die Erläuterungen zu § 148.

Zu § 150 (Mitteilung der Widerrufsentscheidung, Stillhaltefrist, Unwirksamkeit des Widerrufes):

Der EuGH hat in der Rs C-15/04, *Koppensteiner* (unter Verweis auf seine Entscheidung in der Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure*) klar zum Ausdruck gebracht, dass die Entscheidung über den Widerruf der Ausschreibung zu den Entscheidungen gehört, für die ein Nachprüfungsverfahren eingeführt werden muss und die – im Fall der Rechtswidrigkeit – aufhebbar sein müssen.

Ähnlich wie beim Zuschlag gibt der öffentliche Auftraggeber zuerst bekannt, dass er beabsichtigt, das Verfahren zu widerrufen, wobei er an diese Entscheidung nicht gebunden ist. Da die Widerrufsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt, hat der öffentliche Auftraggeber die Gründe, aus denen er beabsichtigt, das Verfahren zu widerrufen, mitzuteilen, damit die Bieter über die für ihre Entscheidung über einen allfälligen Nachprüfungsantrag notwendigen Informationen verfügen. Hinsichtlich der Mitteilung der Widerrufsentscheidung ist auf die entsprechenden Ausführungen zu § 144 zu verweisen.

Die Art der Bekanntgabe richtet sich danach, ob dem öffentlichen Auftraggeber die Bieter oder Bewerber bekannt sind. In Abs. 1 ist daher für die einzelnen Widerrufstatbestände jeweils festgelegt, wem die Widerrufsentscheidung bekannt zu geben ist. Bei einem Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist ist die Widerrufsentscheidung wie die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens bekannt zu machen. Die Verständigungspflicht an die allenfalls bekannten Bieter, Bewerber und Unternehmer, die eine Interessenbestätigung übermittelt haben, ist eine zusätzliche Verständigung. Der Beginn der Stillhaltefrist richtet sich nach dem Zeitpunkt der Bekanntmachung gemäß Abs. 2 erster Satz. Die Mitteilung an bekannte Unternehmer kann etwa durch Bereitstellung der entsprechenden Information auf einer Vergabeplattform erfolgen.

Falls kein Angebot eingelangt ist und ein Verfahren gemäß § 149 Abs. 1 Z 3 zwingend zu widerrufen ist, ist eine Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung nicht angebracht. Abs. 3 sieht eine entsprechende Ausnahme von der Verpflichtung zur Mitteilung der Widerrufsentscheidung vor. In diesem Fall existiert auch keine Stillhaltefrist. Gleiches gilt, falls kein Bieter im Vergabeverfahren verblieben ist.

Abs. 5 sieht eine „Durchbrechung“ der Stillhaltefrist vor, wenn eine Beschaffung aus äußerst dringlichen, zwingenden Gründen erforderlich ist (denkbar wäre etwa, dass bei Gefahr im Verzug eine Beschaffung in einem Ausmaß vorgenommen wird, das zur Überbrückung der Frist, bis über die Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung entschieden wurde, erforderlich ist – etwa die Beschaffung von Auftausalz bei drohender Straßenglätte). Auch wird klargestellt, dass sich das Verbot der Öffnung bereits eingelangter

Angebote ausschließlich auf Angebote im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Verfahren bezieht und nicht auf Angebote in einem neuen (parallel eingeleiteten) Verfahren betreffend dringliche Beschaffungen.

Der VfGH hielt in seinem Erkenntnis VfSlg. 17.867/2006 fest, dass seiner Auffassung nach die Aussagen des EuGH in den Rs C-92/00, *HI Hospital Ingenieure*, und C-15/04, *Koppensteiner*, „*nicht auf Vergaben im Unterschwellenbereich übertragen werden können, da das Gemeinschaftsrecht, insbesondere auch die Rechtsmittel-Richtlinie, keine Anordnungen für den Unterschwellenbereich trifft. Zwar gelten allgemeine gemeinschaftliche Grundsätze, wie etwa das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG, auch für den Unterschwellenbereich, doch ist die Frage der Anfechtbarkeit der Entscheidung des Auftraggebers, eine Ausschreibung zu widerrufen, nicht von diesen allgemeinen Grundsätzen erfasst. … Wie bereits in diesen Erkenntnissen* [Anmerkung: VfSlg. 16.027/2000 und 16.445/2002] *zum Ausdruck kam, ist der Gesetzgeber nicht gehalten, für Vergaben im Unterschwellenbereich einen gleich umfänglichen Rechtsschutz wie in Fällen des Oberschwellenbereichs zu gewähren. Wenn der ….. Landesgesetzgeber daher den Rechtsschutz beim Widerruf der Ausschreibung auf Feststellung und Schadenersatz beschränkt und keine Nachprüfung zulässt, so ist dies für den Oberschwellenbereich auf Grund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unbeachtlich. Im Unterschwellenbereich ist die gesetzliche Regelung hingegen wirksam, begegnet aber keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.*“

In diesem Sinn muss daher gemäß Abs. 7 der öffentliche Auftraggeber im Unterschwellenbereich das Verfahren gemäß den Abs. 1 bis 6 nicht einhalten, sondern kann – ohne Bekanntmachung oder Mitteilung einer bekämpfbaren Widerrufsentscheidung und ohne Abwarten einer Stillhaltefrist – unmittelbar den Widerruf erklären und das Vergabeverfahren dadurch beenden. Die Entscheidung über die Vorgangsweise obliegt dem freien Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Aus dem Wortlaut der betreffenden Bestimmungen ergibt sich aber, dass ein öffentlicher Auftraggeber – ohne dazu verpflichtet zu sein – das Verfahren der Abs. 1 bis 6 auch im Unterschwellenbereich einhalten und eine gesondert anfechtbare Widerrufsentscheidung erlassen kann. Dies kann etwa dann sinnvoll sein, wenn das Vorliegen eines sachlichen Grundes im Sinne des § 148 fraglich ist und der öffentliche Auftraggeber die Gefahr möglicher Schadenersatzansprüche hintanhalten möchte. Wird nämlich im Unterschwellenbereich der Widerruf unmittelbar erklärt, so kann ein Bieter die Feststellung beantragen, dass die Erklärung des Widerrufs rechtswidrig war, etwa weil kein sachlicher Grund für einen Widerruf vorlag. Wird hingegen vor der Erklärung des Widerrufs eine gesondert anfechtbare Widerrufsentscheidung erlassen, so muss diese angefochten werden, da ansonsten ein Feststellungsantrag gemäß § 354 Abs. 4 unzulässig wäre. Der öffentliche Auftraggeber hat die im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer, soweit dies möglich ist, unverzüglich zu verständigen. Letzteres („soweit dies möglich ist“) stellt auf den Fall ab, dass dem öffentlichen Auftraggeber der Kreis der verbliebenen Unternehmer bekannt ist (zB nach Abschluss der Auswahl im zweistufigen Verfahren). Ist die Verständigung aller im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer nicht möglich (zB im Fall des Widerrufes vor Ablauf der Angebotsfrist im offenen Verfahren), so hat der öffentliche Auftraggeber die Widerrufserklärung bekannt zu machen.

Die getroffene Regelung ändert zwar nichts daran, dass die Widerrufsentscheidung grundsätzlich eine gesondert anfechtbare Entscheidung ist, allerdings werden die Fälle, in denen eine solche Widerrufsentscheidung getroffen werden muss, eingeschränkt. Wenn der öffentliche Auftraggeber ohne vorherige Widerrufsentscheidung unmittelbar den Widerruf des Vergabeverfahrens erklärt, dann kommt ein Nachprüfungsverfahren per se nicht mehr in Frage, da sich das Verfahren damit in der Phase nach Erklärung des Widerrufs befindet. Für den öffentlichen Auftraggeber bedeutet dies, dass er seine Absicht (nämlich entweder eine anfechtbare Widerrufsentscheidung zu erlassen oder den Widerruf zu erklären) hinreichend klar zum Ausdruck bringen muss. Wenn sich der öffentliche Auftraggeber für die Erlassung einer Widerrufsentscheidung entscheidet, dann richtet sich der Rechtsschutz nach den entsprechenden Regelungen (des 4. Teiles des BVergG 2017 bzw. den entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen). Die für das Verfahren der Nachprüfung einer Widerrufsentscheidung maßgeblichen Regelungen bleiben somit unberührt.

Die Widerrufserklärung ist gewissermaßen das Gegenstück zur Zuschlagserteilung; es ist die Erklärung, mit der das Vergabeverfahren beendet wird und die Bieter aus ihrer Bindung entlassen werden.

Durch Abs. 9 soll die Situation, dass der öffentliche Auftraggeber ein Verfahren zur Vergabe eines Auftrages weder durch Zuschlag noch durch Widerruf beendet, sondern einfach keine Akte mehr setzt, einer vergaberechtlichen Sanktion unterworfen werden. Da es bei einem derartigen „Aussitzen“ keine außenwirksame Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers gibt, an die angeknüpft werden könnte, ist eine besondere Feststellungskompetenz der Vergabekontrollbehörden vorgesehen. Voraussetzung für eine derartige Feststellung ist zum einen, dass eine erhebliche Überschreitung der Zuschlagsfrist vorliegt. Bei der Beurteilung, ob eine „erhebliche“ Überschreitung der Zuschlagsfrist vorliegt, hat die Vergabekontrollbehörde auf die konkreten Umstände des Einzelfalles Bedacht zu nehmen, insbesondere

daher auf die Anzahl der vom öffentlichen Auftraggeber zu prüfenden Angebote, die Komplexität der vom öffentlichen Auftraggeber vorzunehmenden Angebotsprüfungen usw. Weiters ist Voraussetzung, dass der Bieter (der den Feststellungsantrag stellt) den öffentlichen Auftraggeber förmlich um Fortführung des Verfahrens ersucht hat und der öffentliche Auftraggeber diesem Ersuchen nicht entsprochen hat. Schließlich ist zu prüfen, ob der öffentliche Auftraggeber das Verfahren nach Ablauf der Zuschlagsfrist in angemessener Weise fortgeführt hat. Wenn der öffentliche Auftraggeber bei einer großen Anzahl von Bietern bereits viele Bieter ausgeschieden oder die verbliebenen Bieter wiederum um eine Erstreckung der Bindungswirkung gemäß § 131 Abs. 2 ersucht haben, so sind das Indizien dafür, dass der öffentliche Auftraggeber das Verfahren auch nach Ablauf der Zuschlagsfrist in angemessener Weise fortführt.

Bei Vorliegen eines (rechtskräftigen) Feststellungsbescheides ist ex lege von einer Widerrufserklärung auszugehen; der Antragsteller kann daher Schadenersatzansprüche geltend machen. Eine Aufhebbarkeit ist nicht denkbar, da keine „Entscheidung“ des öffentlichen Auftraggebers vorliegt, die aufgehoben werden könnte. (Siehe dazu auch die entsprechende Sonderregelung im Rechtsschutzteil in § 353 Abs. 2.)

Zu § 151 (Besondere Dienstleistungsaufträge):

Mit § 151 werden Art. 75 und 76 der RL 2014/24/EU umgesetzt.

Die besonderen Dienstleistungen (vgl. dazu Art. 74 bis 77 der Richtlinie 2014/24/EU zu sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen) ersetzen die bisher im BVergG 2006 bestehende Unterscheidung zwischen prioritären und nicht prioritären Dienstleistungen. Alle Dienstleistungen, die nicht unter die in Anhang XVI genannten CPV-Codes fallen, unterliegen dem „Vollregime“ für Dienstleistungen gemäß den sonstigen Regelungen des BVergG 2017, während auf die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen nur die in Abs. 1 genannten Bestimmungen und der vorliegende Abschnitt anwendbar sind. Die Richtlinie regelt in diesem Bereich kein bestimmtes Verfahren, sondern sieht nur rudimentäre Regeln vor; insbesondere die primärrechtlichen Vorgaben der Transparenz und der Gleichbehandlung sollen aber jedenfalls Beachtung finden. Um diese von der Richtlinie eingeräumte Freiheit in der Verfahrensgestaltung so weit wie möglich auch innerstaatlich zur Geltung kommen zu lassen, beschränken sich die Regelungen zu den besonderen Dienstleistungsaufträgen auf die jedenfalls notwendigen Regelungen, die insbesondere im Hinblick auf den Rechtsschutz von Bedeutung sind. Dazu kann auf EG 114 der Richtlinie 2014/24/EU verwiesen werden, in welchem ausgeführt wird, dass bestimmte Dienstleistungskategorien aufgrund ihrer Natur lediglich eine begrenzte grenzüberschreitende Dimension hätten. Nach dem Erwägungsgrund gelte dies insbesondere für die sogenannten personenbezogenen Dienstleistungen. Solche Dienstleistungen mit einem unter dem unionsrechtlich fixierten Schwellenwert liegenden Auftragswert wären „in der Regel“ für Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte vorlägen, die das Gegenteil vermuten ließen, wie etwa eine Finanzierung grenzüberschreitender Projekte durch die Union. Zu betonen ist jedoch, dass die Frage, ob ein „eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse“ vorliegt oder nicht, in jedem Einzelfall an Hand der vom EuGH entwickelten Kriterien zu beurteilen ist (vgl. dazu etwa EuGH Rs C-507/03, *Kommission gegen Irland*, C-412/04, *Kommission gegen Italien*, C-147/06, *SECAP*, C-388/12, *Commune di Ancona*, verb. Rs C-25/14 und C-26/14, *UNIS*, C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions,* verb. Rs C-458/14 und C-67/15, *Promoimpresa*, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni Srl*, und C-298/15, *UAB „Borta“*).

Für die Wahl bzw. eigenständige Gestaltung des Vergabeverfahrens wird somit eine Einzelfallbetrachtung notwendig sein. In diesem Zusammenhang kann auf die insofern weiterhin einschlägige Judikatur des EuGH zu nicht prioritären Dienstleistungen verwiesen werden (vgl. etwa EuGH Rs C-507/03, *Kommission gegen Irland*, C-226/09, *Kommission gegen Irland*, und C-95/10, *Strong Segurança*).

Hingewiesen wird darauf, dass der Katalog der Dienstleistungen in Anhang XVI sehr heterogen ist: es sind verschiedenste Dienstleistungen erfasst, die nicht alle ohne weiteres als „soziale“ Dienstleistungen bezeichnet werden können. Es werden neben rein personenbezogenen Dienstleistungen wie etwa der Gruppe der Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens auch nicht rein personenbezogene Dienstleistungen erfasst (vgl. dazu etwa die CPV-Codes 92122000-2 Verleih von Filmen, 92130000-1 Filmvorführungen, 92512100-4 Archivzerstörung, 92700000-8 Dienstleistungen von Internet-Cafés, 79954000-6 Organisation von Parties, 79955000-3 Organisation von Modenschauen, 79956000-0 Organisation von Messen und Ausstellungen, 55250000-7 Vermietung von möblierten Unterkünften für Kurzaufenthalte, 55523100-3 Auslieferung von Schulmahlzeiten, 75211300-1 Militärhilfe an das Ausland, 79723000-8 Abfallanalyse, 50116510-9 Reifenrunderneuerung, 71550000-8 Schmiedearbeiten usw.). Bei der Vergabe der besonderen Dienstleistungsaufträge kann der öffentliche Auftraggeber jedenfalls personenbezogene Qualitätskriterien in das Vergabeverfahren einfließen lassen, insbesondere

bei der Festlegung des Leistungsgegenstandes, bei den Eignungskriterien, den Zuschlagskriterien und im Rahmen der Ausführungsbedingungen.

Die Verweise in Abs. 1 erfassen die notwendigen Bestimmungen. Zu den Verweisen auf die §§ 100 und 111 wird angemerkt, dass die Sonderbestimmungen des Art. 4 der Zahlungsverzugsrichtlinie undifferenziert für alle „Geschäftsvorgänge mit einer öffentlichen Stelle als Schuldner" gelten (vgl. dazu auch Art. 2 Z 2 der RL 2011/7/EU: „*jede*[r] *öffentliche*[…] *Auftraggeber … unabhängig vom Gegenstand oder Wert des Auftrags*"), sodass sie auch für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen umzusetzen sind.

Abs. 2 erster Satz hebt den Grundsatz hervor, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens zur Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen grundsätzlich frei ist. Dem öffentlichen Auftraggeber steht es daher auch frei, einen im BVergG vorgesehenen Verfahrenstypus zu wählen; dies hat dann zur Folge, dass die entsprechenden Regelungen für diesen Verfahrenstypus, insbesondere daher auch die gesondert anfechtbaren Entscheidungen (vgl. dazu auch § 2 Z 15 lit. a sublit. ii), zur Anwendung gelangen. Umgekehrt folgt aus diesem Konzept aber auch, dass es nicht erforderlich ist, die Anwendbarkeit der sonst im BVergG vorgesehenen Verfahrenstypen in Abs. 1 explizit anzuordnen.

Art. 76 Abs. 2 der RL 2014/24/EU sieht unter anderem vor, dass die öffentlichen Auftraggeber die „Vollständigkeit der Dienstleistungen sicherstellen"; die englische Sprachfassung dieser Bestimmung spricht in diesem Zusammenhang – abgesehen davon, dass die angeführten Aspekte Optionen des öffentlichen Auftraggebers sein sollen (arg. „may take into account") – von „comprehensiveness of the services", was im Sinne eines umfassenden Angebotes zu verstehen ist, weshalb in Abs. 2 die Formulierung „Umfang des Leistungsangebotes" gewählt wird.

Dem Verweis in Abs. 3 auf § 37 Abs. 1 (Tatbestände betreffend die zulässige Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bei Dienstleistungsaufträgen) kommt sowohl im Hinblick auf die Bekanntmachung als auch auf die Zahl der zu beteiligenden Unternehmer Bedeutung zu, wobei hinsichtlich der Zahl der zu beteiligenden Unternehmer jene Tatbestände des § 37 Abs. 1 zu beachten sind, bei welchen nur ein Unternehmer die betreffende Dienstleistung erbringen kann. Eine Beteiligung mehrerer Unternehmer ist aber nach dem Wortlaut die Grundregel für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich (arg. „sofern nicht").

Die Festlegung in Abs. 4, wonach im Unterschwellenbereich besondere Dienstleistungsaufträge „grundsätzlich" in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern zu vergeben sind, gebietet eine Einzelfallbetrachtung (arg. „grundsätzlich") ob einerseits eine vorherige Bekanntmachung geboten ist und andererseits ob ein einziger oder mehrere Unternehmer in das Vergabeverfahren einzubeziehen sind. Im Rahmen dieser Betrachtung ist nicht nur der Leistungsgegenstand von Relevanz (insbesondere welcher „Markt" wird angesprochen, welcher potentielle Bieterkreis existiert) sondern es kann etwa auch berücksichtigt werden, ob die Transaktionskosten im Verhältnis zum konkreten Beschaffungswert verhältnismäßig wären. Sofern die Kosten für die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes im Verhältnis zum geschätzten Beschaffungswert wirtschaftlich nicht vertretbar wären, käme etwa die Durchführung eines Verfahrens mit nur einem Unternehmer in Betracht. Hinsichtlich einer allfälligen erforderlichen Transparenz verweist Abs. 4 insbesondere auf den unionsrechtlich zu beachtenden Beurteilungsmaßstab. Von einer Bekanntmachung kann abgesehen werden, sofern im Hinblick auf die spezifischen Merkmale des besonderen Dienstleistungsauftrages kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht. Zu den Kriterien für die Beurteilung eines „eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses" vgl. die ständige Rechtsprechung des EuGH (siehe dazu schon oben die Hinweise und § 64 Abs. 5): danach kann dieses ua. angesichts eines gewissen Volumens des Auftrages in Verbindung mit dessen technischen Merkmalen oder dem Leistungsort vorliegen. Es ist auch das Interesse von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmern an der Teilnahme am Verfahren zur Vergabe dieses Auftrages zu berücksichtigen, sofern sich erweist, dass dieses Interesse real und nicht fiktiv ist. Ferner kann eine vorherige Bekanntmachung unterbleiben, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 37 Abs. 1 vorliegen. Als Ausnahme vom Grundsätzlichen sind die Voraussetzungen jedoch restriktiv auszulegen.

Aufgrund der im Bereich der besonderen Dienstleistungsaufträge bestehenden höheren Wertschwelle (derzeit 750 000 Euro, vgl. § 12 Abs. 1 Z 2) soll die Anwendbarkeit des Verfahrens der Direktvergabe und der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bis zu höheren geschätzten Auftragswerten (100 000 Euro respektive 150 000 Euro) grundsätzlich (unter Beachtung der primärrechtlichen Vorgaben) gemäß Abs. 5 zulässig sein.

Abschließend wird noch darauf hingewiesen, dass die Organisation der Erbringung von besonderen Dienstleistungen auch in Formen erfolgen kann, die nicht dem BVergG 2017 unterliegen (vgl. dazu die Ausführungen zu § 1).

Zu § 152 (Partizipatorischen Organisationen vorbehaltene Dienstleistungsaufträge):

§ 152 soll Art. 77 der RL 2014/24/EU umsetzen.

Die Dienstleistungen, die partizipatorischen Organisationen vorbehalten werden können und in Anhang XVII angeführt sind, bilden eine Untergruppe der besonderen Dienstleistungen in Anhang XVI; auch aus diesem Grund gelten für die Dienstleistungen in Anhang XVII die Verfahrensregeln des § 151.

Eine Besonderheit der besonderen Dienstleistungen ergibt sich aus der Möglichkeit, bestimmte Dienstleistungen den eben genannten partizipatorischen Organisation vorbehalten zu können. Diese sind Rechtsträger, deren Ziel die Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe ist, die ihre Gewinne für diese Ziele reinvestieren, Gewinnausschüttungen unter partizipatorischen Überlegungen ausschütten und die partizipatorisch organisiert sind. Das Konzept der partizipatorischen Organisation stammt (wie oben dargelegt) aus dem Unionsrecht und ist daher auch nach diesem auszulegen.

Bei der Interpretation des Begriffes der Gemeinwohlaufgabe kann auf den Bedeutungsgehalt von „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben“ gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 lit. a Rückgriff genommen werden.

Die Laufzeit solcher vorbehaltenen Aufträge darf drei Jahre nicht überschreiten. Unmittelbar (nach einer „gedanklichen Sekunde“) aneinander anschließende dreijährige Verträge über die gleiche Dienstleistung mit dem gleichen Auftragnehmer sind nach Abs. 4 zulässig; spätestens zum Zeitpunkt des Beginns der Leistungserbringung aufgrund des nachfolgenden Vertrages muss die Drei-Jahres-Frist verstrichen sein. Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig klarzustellen, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung des Verstreichens der Drei-Jahres-Frist relevant ist.

Die Einschränkung gemäß Abs. 4 erstreckt sich darüber hinaus nur auf Aufträge, die nach dem vorliegenden Paragraphen vergeben wurden; sofern also ein Auftragnehmer einen Auftrag im Rahmen eines Vergabeverfahrens, in welchem keine Reservierung zugunsten partizipatorischer Organisationen stattgefunden hat, erhalten hat, ist er von einem nachfolgenden Verfahren innerhalb der Frist von drei Jahren nicht auszuschließen.

Das Verbot der Vergabe eines Auftrages über die gleiche Dienstleistung an die selbe partizipatorische Organisation als Auftragnehmer für einen Zeitraum von drei Jahren gilt auch für territorial gestaffelte Lose; es empfiehlt sich in derartigen Fällen daher unter Umständen, die Lose für mehrere bzw. alle betroffenen Gebiete gleichzeitig zu vergeben, um bereits zum Zug gekommene partizipatorische Organisationen nicht von den Verfahren bezüglich der anderen Gebiete von vornherein auszuschließen.

Zu den §§ 153 bis 155 (Bestimmungen für den Abschluss von Rahmenvereinbarungen und die Vergabe von Aufträgen aufgrund von Rahmenvereinbarungen):

Die Regeln über Rahmenvereinbarungen setzen Art. 33, Art. 55 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 sowie Art. 35 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 4 und 5 der RL 2014/24/EU um.

Die Rahmenvereinbarung wurde durch das BVergG 2002 als neues Instrument der Beschaffung eingeführt. Dadurch sollte zB ermöglicht werden, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, Leistungen von sich schnell entwickelnden bzw. verändernden Märkten zu den besten jeweils aktuellen Bedingungen zu beziehen. EG 59 der RL 2014/24/EU stellt zur Verwendung von Rahmenvereinbarungen fest: „*Unionsweit zeichnet sich auf den öffentlichen Beschaffungsmärkten ein starker Trend zur Zusammenführung der Nachfrage der öffentlichen Beschaffer ab, wobei das Ziel darin besteht, Größenvorteile, unter anderem eine Senkung der Preise und der Transaktionskosten, zu erzielen und das Beschaffungsmanagement zu verbessern und zu professionalisieren. Dies kann erreicht werden durch Sammelbeschaffungen einer größeren Zahl öffentlicher Auftraggeber oder durch Sammelbeschaffungen, bei denen über einen längeren Zeitraum hinweg ein bestimmtes Auftragsvolumen oder ein bestimmter Auftragswert erreicht wird. Die Zusammenführung und Zentralisierung von Beschaffungen sollte jedoch sorgfältig überwacht werden, um eine übermäßige Konzentration der Kaufkraft und geheime Absprachen zu verhindern und Transparenz und Wettbewerb sowie die Möglichkeiten des Marktzugangs für KMU aufrechtzuerhalten.*“ In diesem Sinn ist grundsätzlich zu betonen, dass in der Rahmenvereinbarung aus Gründen der Transparenz die Bedingungen für die Abrufe aus dieser Rahmenvereinbarung hinreichend genau festgelegt werden müssen. Diese Verpflichtung bezieht sich insbesondere auch auf die Größenordnung der Einzelabrufe aus der Rahmenvereinbarung. Letztgenannte Information ist nicht zuletzt auch deswegen ausschlaggebend, weil sich der Kreis der Interessenten für den Abschluss der Rahmenvereinbarung signifikant durch die Abrufmodalitäten (Menge, Zeit, Ort usw.) ändern kann.

Zur Definition der Rahmenvereinbarung siehe § 31 Abs. 7; zur Beurteilung, wann zulässigerweise auf eine Rahmenvereinbarung zurückgegriffen werden kann, siehe § 39.

Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass die Bezeichnung des Verfahrens als Rahmenvereinbarung im „klassischen Bereich“ und im Sektorenbereich zwar ident ist, dass für dieses Instrument jedoch unterschiedliche Regeln für den jeweiligen Bereich bestehen, auch wenn die Definitionen nunmehr übereinstimmend sind (vgl. § 31 Abs. 7 und § 203 Abs. 7).

Gemäß Art. 33 Abs. 1 der RL 2014/24/EU können öffentliche Auftraggeber „*Rahmenvereinbarungen abschließen, sofern sie die in dieser Richtlinie genannten Verfahren anwenden*“. Sofern daher die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind, ist nach der Richtlinie auch der Abschluss von Rahmenvereinbarungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig. Daher richtet sich die Zulässigkeit der Verfahren zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes, dh. somit nach den §§ 34 bis 37 bzw. nach § 44 Abs. 1.

Die Bestimmung der Partei bzw. der Parteien der Rahmenvereinbarung erfolgt nach Durchführung eines „regulären“, allerdings fiktiven Vergabeverfahrens gemäß den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes für die Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens (mit oder ohne vorherige Bekanntmachung). Die Zulässigkeit der Wahl des jeweiligen Verfahrens zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen zur Zulässigkeit der Wahl bestimmter Verfahrensarten im Ober- bzw. Unterschwellenbereich. Das Vergabeverfahren ist insofern fiktiv, als kein Zuschlag erfolgt, sondern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird; eine Vergabe eines Auftrages erfolgt erst in weiterer Folge. Zu betonen ist, dass die Rahmenvereinbarung den öffentlichen Auftraggeber nicht bindet, die von der Rahmenvereinbarung erfassten Leistungen oder Leistungsgruppen jedenfalls von den Parteien der Rahmenvereinbarung für die Dauer derselben zu beziehen (arg. „ohne Abnahmeverpflichtung“ in § 31 Abs. 7).

Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen aufgrund von Rahmenvereinbarungen kann der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb, nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb und teilweise ohne und teilweise mit erneutem Aufruf zum Wettbewerb vergeben, wobei die Wahl von den Festlegungen der Bedingungen für die Vergabe des Auftrages abhängig ist. Die Vergabe kann auch unter Verwendung von elektronischen Katalogen erfolgen.

Wie bereits erwähnt, erfolgt die Bestimmung der Partei bzw. der Parteien nach Durchführung eines „regulären“, allerdings fiktiven Vergabeverfahrens gemäß den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes für die Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung erfolgt gemäß den Festlegungen des öffentlichen Auftraggebers mit jenem Unternehmer, der das am besten bewertete Angebot gelegt hat (bzw. mit jenen Unternehmern, die die am besten bewerteten Angebote gelegt haben). Durch die in § 154 Abs. 2 bewusst offen gehaltene Wortwahl („am besten bewertete Angebot“) wird weder das Zuschlagsprinzip „technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot“ noch das Prinzip „Angebot mit dem niedrigsten Preis“ (vgl. § 91 Abs. 4) festgelegt. Die Wahl des Zuschlagsprinzips obliegt – im Rahmen des § 91 Abs. 4 bis 7 – allein dem öffentlichen Auftraggeber. Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass das vor dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung durchgeführte fiktive Vergabeverfahren (ohne Zuschlagserteilung) von einer – im Sektorenbereich gängigen – Präqualifikation anhand von Eignungs- oder Auswahlkriterien zu unterscheiden ist. Bei einer Rahmenvereinbarung werden nur jene Bieter Partei der Rahmenvereinbarung, die anhand des Zuschlagskriteriums bzw. der Zuschlagskriterien die vorläufig am besten bewerteten Angebote gelegt haben.

Die (standardmäßige) Laufzeit von Rahmenvereinbarungen darf, sofern dies ausnahmsweise nicht sachlich gerechtfertigt werden kann, vier Jahre nicht überschreiten. Das Erfordernis der Sachlichkeit (vgl. auch § 20 Abs. 1) wird beispielsweise dann beeinträchtigt bzw. verletzt, wenn ohne entsprechende Rechtfertigung die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung unverhältnismäßig lang festgesetzt wird. Eine vier Jahre übersteigende Laufzeit wäre etwa dann sachlich gerechtfertigt, wenn nur aufgrund der längeren Laufzeit ein effektiver Wettbewerb garantiert werden könnte (zB wenn die Ausführung der auf der Rahmenvereinbarung basierenden Aufträge Vorleistungen und Investitionen der Unternehmer erfordert, deren Amortisation länger als vier Jahre benötigt). Zu beachten ist jedenfalls, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer vier Jahre übersteigenden Laufzeit einen Ausnahmefall darstellt, dessen Inanspruchnahme restriktiv zu handhaben ist. Jedenfalls unzulässig ist der Abschluss einer unbefristeten Rahmenvereinbarung, da eine solche nicht gerechtfertigt ist und darüber hinaus bereits aus dem Gesetzeswortlaut klar ist, dass eine „längere Laufzeit“ als vier Jahre dennoch eine bestimmte, im Einzelfall sachlich zu rechtfertigende Laufzeit sein muss.

In EG 62 der RL 2014/24/EU wird zur Laufzeit im Zusammenhang mit einer Rahmenvereinbarung ausgeführt: „Ebenso sollte klargestellt werden, dass zwar auf einer Rahmenvereinbarung beruhende Aufträge vor Ablauf der Laufzeit der Rahmenvereinbarung selbst zu vergeben sind, die Laufzeit der einzelnen auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge jedoch nicht der Laufzeit jener Rahmenvereinbarung entsprechen muss, sondern gegebenenfalls kürzer oder länger sein kann. Insbesondere sollte es zulässig sein, bei der Festlegung der Länge einzelner auf einer Rahmenvereinbarung beruhender Aufträge Faktoren zu berücksichtigen wie beispielsweise die für ihre Durchführung erforderliche Zeit, eine vorgesehene Wartung von Ausrüstung mit einer erwarteten Nutzungsdauer von mehr als vier Jahren oder eine für die Auftragsausführung erforderliche umfassende Mitarbeiterschulung. Es sollte ferner klargestellt werden, dass in Ausnahmefällen auch bei Rahmenvereinbarungen selbst eine Laufzeit von mehr als vier Jahren zulässig sein sollte. Solche Fälle, die – insbesondere mit dem Gegenstand der Rahmenvereinbarung – hinreichend zu begründen sind, können beispielsweise auftreten, wenn Wirtschaftsteilnehmer Ausrüstung benötigen, deren Amortisierungszeitraum mehr als vier Jahre beträgt und die während der gesamten Laufzeit der Rahmenvereinbarung jederzeit verfügbar sein muss.“

Zum Begriffsinhalt von der Wortfolge „keine wesentlichen Änderungen“ in § 155 Abs. 1 ist darauf hinzuweisen, dass damit nicht die „unwesentliche Änderung“ im Sinn des § 365 gemeint ist. Der Maßstab für die Beurteilung der (un)zulässigen Änderung ergibt sich vielmehr aus der Rahmenvereinbarung selbst und ist konkret in Bezug auf diese zu beurteilen. Zu achten ist vor allem auf die Gleichbehandlung der Unternehmer und die Transparenz (vgl. dazu auch § 20 Abs. 1). Da eine Rahmenvereinbarung ein Instrument der Auftragsvergabe darstellt, in dem die Bedingungen für die konkrete Leistungserbringung erst nachträglich fixiert oder nachträglich modifiziert werden können, kommt § 155 Abs. 1 als spezieller Ausformulierung des Diskriminierungsverbotes für diesen Bereich besondere Bedeutung zu. „Wesentliche“ Änderungen der Bedingungen einer Rahmenvereinbarung wären etwa Änderungen des Leistungsgegenstandes, die wesentlich andere Angebote (für den Abschluss der Rahmenvereinbarung) oder einen stark veränderten Bewerber- oder Bieterkreis (für den Abschluss der Rahmenvereinbarung) zur Folge gehabt hätten. Keine wesentlichen Änderungen sind etwa „Technologiesprünge“ (zB Abruf der neuesten Computergeneration). Hinzuweisen ist in diesem Kontext auch auf das Erkenntnis des VwGH vom 18. März 2015, 2012/04/0070: Darin stellte der Verwaltungsgerichtshof fest, dass ein unzulässiger Abruf aus einer Rahmenvereinbarung vorlag, da wesentlich von den in Aussicht genommenen Abrufmengen abgewichen wurde, welche als Kalkulationsgrundlagen bekannt gegeben worden waren; auch erlaube eine jährliche Lieferung für eine bestimmte Standortkategorie eine langfristige Planung im Gegensatz zur in den Rahmenvereinbarungsbedingungen verlangten flexiblen Belieferung einer Vielzahl von Standorten. Diese unterschiedlichen Anforderungen würden „einen zumindest stark veränderten Bieterkreis im Vergleich zur Rahmenvereinbarung“ ergeben, weshalb von einer wesentlichen Änderung auszugehen sei.

Aus § 155 Abs. 2 zweiter Satz folgt, dass, sofern eine Rahmenvereinbarung für mehrere öffentliche Auftraggeber abgeschlossen werden soll, alle aus der Rahmenvereinbarung abrufberechtigten öffentlichen Auftraggeber festzulegen sind. Nach Ansicht der Kommission bildet die Rahmenvereinbarung ein sowohl auf Auftraggeber- wie auch auf Auftragnehmerseite „geschlossenes System“. Ausschließlich jene öffentlichen Auftraggeber und jene Unternehmer, die von Beginn an Parteien der Rahmenvereinbarung waren, können daraus Leistungen abrufen. Neu ist die Möglichkeit, die abrufberechtigten öffentlichen Auftraggeber generisch zu bestimmen, EG 60 der Richtlinie 2014/24/EU führt dazu aus: „*Das Instrument der Rahmenvereinbarungen findet breite Anwendung und wird europaweit als eine effiziente Beschaffungsmethode angesehen. Daher sollte daran weitgehend festgehalten werden. Bestimmte Aspekte bedürfen jedoch der Präzisierung, insbesondere, dass Rahmenvereinbarungen nicht durch öffentliche Auftraggeber in Anspruch genommen werden sollten, die in diesen nicht genannt sind. Zu diesem Zweck sollten die öffentlichen Auftraggeber, die von Anfang an Partei einer bestimmten Rahmenvereinbarung sind, eindeutig angegeben werden, entweder namentlich oder durch andere Mittel, wie beispielsweise eine Bezugnahme auf eine bestimmte Kategorie von öffentlichen Auftraggebern innerhalb eines klar abgegrenzten geografischen Gebiets, so dass die betreffenden öffentlichen Auftraggeber ohne Weiteres und eindeutig identifiziert werden können. Außerdem sollten nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung keine neuen Wirtschaftsteilnehmer aufgenommen werden können. Dies bedeutet beispielsweise, dass eine zentrale Beschaffungsstelle, die ein Gesamtverzeichnis öffentlicher Auftraggeber oder ihrer Kategorien – wie lokaler Gebietskörperschaften in einem bestimmten geografischen Gebiet – verwendet, die auf Rahmenvereinbarungen zurückgreifen können, die die zentrale Beschaffungsstelle geschlossen hat, dabei dafür sorgen sollte, dass nicht nur die Identität des betreffenden öffentlichen Auftraggebers nachprüfbar ist, sondern auch der Zeitpunkt, ab dem dieser öffentliche Auftraggeber die von der zentralen Beschaffungsstelle geschlossene Rahmenvereinbarung nutzen kann, da durch diesen Zeitpunkt bestimmt wird, welche konkreten Rahmenvereinbarungen dieser öffentliche Auftraggeber*

nutzen darf.“ Die Möglichkeit die Abrufberechtigten in eindeutig identifizierbarer Weise (und nicht namentlich) anzugeben, entbindet den Auftraggeber (bzw. die für ihn handelnde zentrale Beschaffungsstelle) aber nicht, ein nachvollziehbares Mengengerüst für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes zu erstellen.

§ 155 Abs. 3 regelt die Vergabe von Aufträgen bei Rahmenvereinbarungen mit einem einzigen Unternehmer. Sofern in der Rahmenvereinbarung selbst alle erforderlichen Bedingungen für die Auftragsvergabe festgelegt wurden, kann der öffentliche Auftraggeber unmittelbar aus der Rahmenvereinbarung die konkret benötigte Leistung abrufen und den Zuschlag erteilen. In diesem Fall erfolgt der Zuschlag auf jenes Angebot, das der Unternehmer für den Abschluss der Rahmenvereinbarung gelegt hat. Es besteht hierbei keine Möglichkeit, das Angebot durch den Unternehmer modifizieren zu lassen. Der unmittelbare Abruf seitens des öffentlichen Auftraggebers ist grundsätzlich jedoch nur in einem angemessenen, sachlich gerechtfertigten zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss der Rahmenvereinbarung zulässig. Dies folgt insbesondere aus dem Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbes (vgl. § 20 Abs. 1) und dem Verbot der künstlichen Einschränkung des Wettbewerbes (vgl. § 20 Abs. 9), die – bei sich ändernden Rahmenbedingungen – es dem öffentlichen Auftraggeber verwehren, während der (gesamten) Laufzeit der Rahmenvereinbarung die Leistungen stets auf der Basis der ursprünglichen, zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Angebote abzurufen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit, eine „missbräuchliche“ Verwendung der Rahmenvereinbarung dadurch zu vermeiden, dass in der Rahmenvereinbarung eine Preisanpassungsklausel (mit Bindung an objektive Indices) aufgenommen wird. Der „angemessene zeitliche Zusammenhang“ ergibt sich aus einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalles und hängt nicht zuletzt auch vom Auftragsgegenstand ab. Bei Leistungen mit einer ständigen Preisfluktuation (vgl. Rohölprodukte) wird dieser Zeitraum kürzer anzusetzen sein, als bei Leistungen mit stabileren Preisen.

Zu betonen ist, dass der öffentliche Auftraggeber – obwohl die Bedingungen für einen unmittelbaren Abruf aus der Rahmenvereinbarung gemäß § 155 Abs. 3 Z 1 vorliegen würden – auch die Möglichkeit hat, den Unternehmer gemäß § 155 Abs. 3 Z 2 aufzufordern, sein ursprüngliches Angebot „zu verbessern, zu vervollständigen oder abzuändern“.

Zu den Bedingungen für die Vergabe eines Auftrages, die nach § 155 Abs. 5 festgelegt sein müssen, zählen auch die Zuschlagskriterien.

Die „Konsultation“ im Sinne des § 155 Abs. 7 Z 1 ist vom öffentlichen Auftraggeber zu dokumentieren (wesentlicher Vorgang im Sinne des § 49 Abs. 1). Gegebenenfalls – insbesondere bei einer größeren Zahl von Parteien – ist die Konsultation als formalisierter Prozess zu gestalten, um dem Transparenzgrundsatz zu entsprechen.

Nicht alle Parteien einer Rahmenvereinbarung müssen Angebote in Form von elektronischen Katalogen gemäß § 155 Abs. 8 abgegeben haben; das bedeutet, dass ein Mischsystem mit „normalen“ Angeboten einerseits und solchen in Form von elektronischen Katalogen andererseits zulässig ist (arg. „dieser Parteien“). Der öffentliche Auftraggeber kann aber die ausschließliche Verwendung von elektronischen Katalogen vorschreiben; tut er dies nicht und kommt es zu dem genannten Mischsystem, läuft der erneute Aufruf zum Wettbewerb teilweise nach Abs. 6 und 7 (hinsichtlich der „normalen“ Angebote) und teilweise gemäß Abs. 8 und 9 (hinsichtlich der Angebote in Form von elektronischen Katalogen) ab. Hat der öffentliche Auftraggeber zur Verwendung von elektronischen Katalogen in der Ausschreibung keine Aussage getroffen, so ist die Verwendung von elektronischen Katalogen unzulässig (vgl. § 102 und die diesbezüglichen Ausführungen).

Der öffentliche Auftraggeber hat bei Bemessung der Frist gemäß dem zweiten Satz von § 155 Abs. 9 zu berücksichtigen, dass er einen angemessenen Zeitraum zwischen der Mitteilung gemäß dem ersten Satz und dem Zeitpunkt der tatsächlichen Erhebung der Informationen aus den elektronischen Katalogen der Parteien einräumen muss, der es den Parteien auch tatsächlich erlaubt, ihren elektronischen Katalog zu aktualisieren.

Eine stillschweigende Zustimmung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers gemäß § 155 Abs. 9 ist nicht möglich; wird die Zustimmung von diesem nicht erteilt, so liegt kein Angebot vor, da keine entsprechende Willenserklärung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers vorliegt (vgl. dazu die Definition des Angebotes in § 2 Z 3).

Zu den §§ 156 bis 159 (Bestimmungen betreffend die Durchführung von elektronischen Auktionen):

Die vorliegenden Bestimmungen setzen Art. 35 und Anhang VI der RL 2014/24/EU um.

Die Beschaffung im Wege einer elektronischen Auktion eignet sich vor allem bei atomistisch strukturierten Märkten und hat den Vorteil, dass der öffentliche Auftraggeber in kürzester Zeit ohne großen Aufwand eine Vielzahl von Unternehmern im wirtschaftlichen Wettbewerb gegeneinander antreten lassen kann.

Bei der elektronischen Auktion handelt es sich nicht um einen vollständigen Verfahrenstypus, sondern um einen Teil des Vergabeverfahrens (Ermittlung des Bestangebotes). Daher ist auch nicht zu regeln, welche Bestimmungen für eine elektronische Auktion anwendbar sind. Dies richtet sich nämlich danach, welches Verfahren vor einer elektronischen Auktion durchgeführt wurde. Die vorliegenden Bestimmungen zur elektronischen Auktion beinhalten daher nur mehr die für diese maßgeblichen Sonderbestimmungen.

Aus dem Regelungsmodell für elektronische Auktionen ergibt sich auch, dass für eine elektronische Auktion keine eigene Bekanntmachung vorzunehmen ist, vielmehr ist in der Bekanntmachung über das der elektronischen Auktion zugrunde liegende Verfahren gemäß § 50 Abs. 4 ein Hinweis darauf aufzunehmen, dass der Auftrag im Wege einer elektronischen Auktion vergeben werden soll.

Zum Anwendungsbereich von elektronischen Auktionen wird in EG 67 der RL 2014/24/EU ausgeführt: *„Es sollte klargestellt werden, dass elektronische Auktionen typischerweise nicht geeignet sind für bestimmte öffentliche Bauaufträge und bestimmte öffentliche Dienstleistungsaufträge, die geistige Leistungen wie beispielsweise die Planung von Bauleistungen zum Gegenstand haben, denn nur die Elemente, die sich für die automatische Bewertung auf elektronischem Wege – ohne jegliche Intervention oder Begutachtung durch den öffentlichen Auftraggeber – eignen, namentlich quantifizierbare Elemente, die sich in Zahlen oder Prozentsätzen ausdrücken lassen, können Gegenstand elektronischer Auktionen sein. Es sollte darüber hinaus jedoch verdeutlicht werden, dass elektronische Auktionen in einem Vergabeverfahren für den Kauf eines Rechts an einem bestimmten geistigen Eigentum genutzt werden können. Es sollte außerdem daran erinnert werden, dass es öffentlichen Auftraggebern zwar freigestellt bleibt, die Zahl der Bewerber oder Bieter zu reduzieren, solange die Auktion noch nicht begonnen hat, es jedoch nicht zulässig ist, die Zahl der an einer elektronischen Auktion teilnehmenden Bieter weiter zu reduzieren, nachdem die Auktion begonnen hat.“*

Der festgelegte Inhalt der Auktionsordnung (§ 156 Abs. 3) ist ein Mindestinhalt, dh. der öffentliche Auftraggeber kann darüber hinausgehende Festlegungen treffen. Zu dem in § 156 Abs. 3 Z 4 verwendeten Begriff der „Obergrenzen“ ist auszuführen, dass auch die Angabe einer maximalen Marge, innerhalb der die der Auktion unterliegenden Angebotsteile während der Auktion in zulässiger Weise verändert werden dürfen, denkbar ist. Den vielfältigen Verständigungspflichten (zB gemäß § 157 Abs. 1, 4 und 7) könnte der öffentliche Auftraggeber zB dadurch nachkommen, dass er direkt die von den Entscheidungen betroffenen Unternehmer elektronisch verständigt, oder die Entscheidungen auf einer bekannt gegeben Internetseite – anonymisiert (vgl. § 157 Abs. 2) – bekannt macht. Aus der Stellung der elektronischen Auktion im Vergabeverfahren ergibt sich, dass die im vorangehenden Vergabeverfahren eingereichten Angebote vor der Durchführung der Auktion einer ersten Angebotsbewertung zu unterziehen sind (§ 156 Abs. 4).

Zum Ausscheiden von Angeboten (§ 156 Abs. 5) vgl. § 141 und Art. 35 Abs. 5 zweiter bis vierter UAbs. der RL 2014/24/EU: „*Ein Angebot gilt als zulässig, wenn es von einem Bieter eingereicht wurde, der nicht nach Artikel 57 ausgeschlossen wurde und der die Eignungskriterien erfüllt, und dessen Angebot in Übereinstimmung mit den technischen Spezifikationen eingereicht wurde, ohne nicht ordnungsgemäß oder unannehmbar zu sein. Insbesondere Angebote, die nicht den Auftragsunterlagen entsprechen, die nicht fristgerecht eingegangen sind, die nachweislich auf geheimen Absprachen oder Korruption beruhen oder die nach Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers ungewöhnlich niedrig sind, werden als unregelmäßig angesehen. Insbesondere Angebote von Bietern, die nicht über die erforderlichen Qualifikationen verfügen, und Angebote, deren Preis das vor Einleitung des Vergabeverfahrens festgelegte und schriftlich dokumentierte Budget des öffentlichen Auftraggebers übersteigt, werden als inakzeptabel angesehen. Ein Angebot gilt als ungeeignet, wenn es irrelevant für den Auftrag ist, das heißt ohne wesentliche Abänderung den in den Auftragsunterlagen genannten Bedürfnissen und Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers offensichtlich nicht entsprechen kann. Ein Teilnahmeantrag gilt als ungeeignet, wenn der Wirtschaftsteilnehmer gemäß Artikel 57 ausgeschlossen wird oder ausgeschlossen werden kann, oder wenn er die vom öffentlichen Auftraggeber gemäß Artikel 58 genannten Eignungskriterien nicht erfüllt.*“

§ 157 beinhaltet die konkreten Vorgaben für die Durchführung einer elektronischen Auktion. Unter einer Auktionsphase gemäß § 157 Abs. 3 Z 3 ist etwa eine Runde zur Abgabe von Angeboten zu verstehen. Zum Abbruch der Auktion aus sachlichen Gründen (§ 157 Abs. 4 Z 4 sowie Abs. 7) wird auf die Erläuterungen zu den allgemeinen Bestimmungen über die Gründe für den Widerruf verwiesen. Um den

nicht erfolgreichen Bietern die Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob die Bekanntgabe des erfolgreichen Bieters – die als Zuschlagsentscheidung gilt – bekämpft werden soll, sind auch die Gründe für die Ablehnung ihres jeweiligen Angebotes mitzuteilen.

Es ist auch klarzustellen, dass die in § 157 Abs. 3 Z 1 bis 3 genannten Beendigungsgründe nicht exklusiv sind, sondern vom öffentlichen Auftraggeber auch in Kombination eingesetzt werden können.

§ 158 und § 159 enthalten die Regelungen über die zwei Grundtypen der Auktion. Zu den §§ 158 Abs. 2 und § 159 Abs. 2 ist hinzuzufügen, dass durch diese Bestimmungen klargestellt wird, dass zB neben dem Preis auch die Preisentwicklung (etwa als Grafik) bekannt gegeben werden könnte.

Im Zusammenhang mit der sonstigen elektronischen Auktion (§ 159) ist auf folgenden Aspekt besonders hinzuweisen: Bei dieser Auktionsform werden neben dem Preis auch andere Elemente des Angebotes der Auktion unterworfen. Damit dies (im Wege der Auktionssoftware) möglich ist, ist es unabdingbare Voraussetzung, dass die nicht preislichen Elemente, die der Auktion unterzogen werden sollen, kategorisierbar sein müssen, dh. sie müssen einer Messung und einer Zuordnung von (numerischen) Werten bzw. einer Monetarisierung zugänglich sein. Daher ist im Gesetz vorgesehen, dass jene mathematische Formel, die für die Reihung der Angebote maßgeblich ist, anzugeben ist. Dadurch wird erreicht, dass die Angebotsbewertung automatisch (durch die Auktionssoftware) erfolgt. Ein Eingreifen des öffentlichen Auftraggebers in diesen Prozess darf somit nicht möglich sein.

Zu den §§ 160 bis 162 (Bestimmungen über das Einrichten und den Betrieb eines und die Vergabe von Aufträgen aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems):

Mit dem vorliegenden Abschnitt werden die Art. 34 und Art. 36 Abs. 6 der RL 2014/24/EU umgesetzt.

Wie sich bereits der Definition des § 31 Abs. 8 entnehmen lässt, handelt es sich beim dynamischen Beschaffungssystem um ein vollelektronisches Vergabeverfahren. Es darf daher nur auf elektronischem Weg eingerichtet und betrieben werden; sämtliche Verständigungen haben auf elektronischem Weg zu erfolgen. Zulässig ist die Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems nur für die Beschaffung von Leistungen, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmale den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers genügen (sog. „off-the-shelf-Produkte“).

Die (potentiell unbeschränkte) Laufzeit eines dynamischen Beschaffungssystems stellt im Vergleich zur Rahmenvereinbarung ein geringeres wettbewerbspolitisches Problem dar, da das dynamische Beschaffungssystem im Gegensatz zur Rahmenvereinbarung während seiner gesamten Laufzeit für alle Unternehmer offen steht. Es steht einem Unternehmer jederzeit frei, um eine Teilnahme anzusuchen. Wenn ein geeigneter Unternehmer einen Teilnahmeantrag gestellt hat und vom öffentlichen Auftraggeber für geeignet befunden wird, ist er vom öffentlichen Auftraggeber zuzulassen.

Der Abschluss eines dynamischen Beschaffungssystems folgt den allgemeinen Regelungen des BVergG 2017 über die Durchführung eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung. Wie soeben ausgeführt, sind während der Laufzeit des dynamischen Beschaffungssystems alle als geeignet qualifizierten Unternehmer zur Teilnahme am System zuzulassen. Zur Teilnahme vgl. auch § 123. Zur Umstellung von einer Vorschaltung des nicht offenen anstelle des offenen Verfahrens führt EG 63 der RL 2014/24/EU Folgendes aus: „*Im Lichte der bisherigen Erfahrungen gilt es ferner, die Vorschriften für dynamische Beschaffungssysteme anzupassen, um es den öffentlichen Auftraggebern zu erlauben, die Möglichkeiten, die dieses Instrument bietet, in vollem Umfang zu nutzen. Die betreffenden Systeme müssen vereinfacht werden, indem sie insbesondere in Form eines nichtoffenen Verfahrens betrieben werden; die Notwendigkeit der Einreichung unverbindlicher Angebote, die sich als eine der größten Belastungen bei dynamischen Beschaffungssystemen erwiesen hat, würde damit entfallen. So sollte jeder Wirtschaftsteilnehmer, der einen Teilnahmeantrag stellt und die Eignungskriterien erfüllt, zur Teilnahme an Vergabeverfahren zugelassen werden, die mittels des dynamischen Beschaffungssystems durchgeführt werden, befristet auf die Gültigkeitsdauer des Systems. Diese Beschaffungsmethode ermöglicht es dem öffentlichen Auftraggeber, eine besonders breite Palette von Angeboten einzuholen und damit sicherzustellen, dass die öffentlichen Gelder im Rahmen eines breiten Wettbewerbs in Bezug auf marktübliche oder gebrauchsfertige Waren, Bauleistungen oder Dienstleistungen, die allgemein auf dem Markt verfügbar sind, optimal eingesetzt werden.*“

Ein neuer Aspekt ist die Möglichkeit der Unterteilung des dynamischen Beschaffungssystems in Kategorien von Leistungen (vgl. § 161 Abs. 2 Z 3 und § 162 Abs. 3). Art. 34 Abs. 1 der RL 2014/24/EU führt zu diesen Kategorien weiter aus: „*Diese Merkmale können eine Bezugnahme auf den höchstzulässigen Umfang späterer konkreter Aufträge oder auf ein spezifisches geografisches Gebiet, in dem später konkrete Aufträge auszuführen sind, enthalten.*“ Wie EG 66 der RL 2014/24/EU zu entnehmen ist, soll mit der Unterteilung in Kategorien die Beteiligung von KMUs an dynamischen Beschaffungssystemen gefördert werden: „*Um die Möglichkeiten für KMU zur Teilnahme an einem*

großen dynamischen Beschaffungssystem zu fördern, beispielsweise an einem System, das von einer zentralen Beschaffungsstelle betrieben wird, sollte der betreffende öffentliche Auftraggeber für das System objektiv definierte Kategorien von Waren, Bauleistungen oder Dienstleistungen formulieren können. Solche Kategorien sollten unter Bezugnahme auf objektive Faktoren definiert werden, wie beispielsweise den höchstens zulässigen Umfang konkreter Aufträge, die innerhalb der betreffenden Kategorie vergeben werden sollen, oder ein spezifisches geografisches Gebiet, in dem konkrete Aufträge auszuführen sind. Wird ein dynamisches Beschaffungssystem in Kategorien unterteilt, so sollte der öffentliche Auftraggeber Eignungskriterien anwenden, die im Verhältnis zu den wesentlichen Merkmalen der betreffenden Kategorie stehen.“

Der elektronische Katalog, der dem Teilnahmeantrag gemäß § 161 Abs. 2 Z 5 beizufügen ist, ist ein sogenannter „leerer“ Katalog ohne Inhalte (vgl. dazu auch die Ausführungen zu § 102); die Befüllung erfolgt erst in der nachfolgenden Angebotsphase.

Die in § 70 vorgeschriebene Teilnahmeantragsfrist von 30 Tagen (auch) für das dynamische Beschaffungssystem gilt nur für Teilnahmeanträge bei der erstmaligen Einrichtung des dynamischen Beschaffungssystems (im Zuge dessen ja auch bereits Aufträge gemäß § 162 vergeben werden können, vgl. § 161 Abs. 1). Sobald das dynamische Beschaffungssystem eingerichtet wurde, gilt diese Frist gemäß § 161 Abs. 3 nicht mehr.

§ 161 Abs. 4 gilt sowohl bei der erstmaligen Einrichtung des dynamischen Beschaffungssystems – als lex specialis zu § 123 Abs. 6 ist beim dynamischen Beschaffungssystem keine Beschränkung der Teilnehmerzahl zulässig – als auch während des Betriebes des dynamischen Beschaffungssystems.

Da grundsätzlich die weiteren Bestimmungen des BVergG 2017 auch beim dynamischen Beschaffungssystem – soweit anwendbar – auch hier gelten, sind hinsichtlich der Eignung im Zusammenhang auch die §§ 80 Abs. 1 und 4 bis 7 während der gesamten Gültigkeitsdauer des dynamischen Beschaffungssystems anwendbar (§ 80 Abs. 3 betrifft die Vergabe von Aufträgen und ist somit im Kontext von § 162 einschlägig).

Wie bereits in den Erläuterungen zu § 64 ausgeführt, ist ein Widerruf eines dynamischen Beschaffungssystems, mit dem das Verfahren zur Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems beendet wird, von der Einstellung bzw. Beendigung eines bereits eingerichteten dynamischen Beschaffungssystems zu unterscheiden.

Bei der Vergabe von Aufträgen aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems ist § 162 zu beachten. Die Vergabe eines Einzelauftrages erfolgt aufgrund einer gesonderten Aufforderung zur Angebotsabgabe, der wiederum eine vereinfachte Bekanntmachung voranzugehen hat. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe ergeht nur mehr an die im System zugelassenen Teilnehmer am dynamischen Beschaffungssystem (uU eingeschränkt auf jene Teilnehmer, die für eine bestimmte Kategorie zugelassen sind).

Die Aufforderung an die zugelassenen Teilnehmer gemäß § 162 Abs. 3 hat selbstverständlich elektronisch zu erfolgen (vgl. § 160 Abs. 2). Im Zusammenhang mit dieser Bestimmung ist auch klarzustellen, dass eine Verkürzung der Angebotsfrist gemäß § 73 hier nicht zulässig ist, da gemäß § 73 Z 2 nur eine maximale Verkürzung auf zehn Tage zulässig ist. Eine explizite Umsetzung von Art. 28 Abs. 3 der RL 2014/24/EU (vgl. den Verweis in Art. 34 Abs. 2 lit. b dritter Satz leg. cit.) erübrigt sich somit.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß § 162 Abs. 5 kann auch in der Aufforderung bestehen, einen (zuvor eingereichten) elektronischen Katalog zu „befüllen“ oder diesen zu aktualisieren. Ebenso kann in diesem Verfahrensstadium eine elektronische Auktion gemäß den §§ 156 bis 159 durchgeführt werden.

Zu den §§ 163 bis 165 (Bestimmungen über Wettbewerbe):

Mit dem vorliegenden Abschnitt werden die Art. 80 bis 82 der RL 2014/24/EU umgesetzt.

Die Definition der verschiedenen Wettbewerbsarten findet sich in § 32, während im vorliegenden Abschnitt die Regeln zur Durchführung von Wettbewerben festgelegt werden. Dabei sollen nur die in § 163 festgelegten wesentlichen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten sowie die Bestimmungen des vorliegenden Abschnittes. Die Teilnahme am Wettbewerb und die Durchführung von Wettbewerben orientieren sich an den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung. Wird im Anschluss an einen Realisierungswettbewerb ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages gemäß § 37 Abs. 1 Z 7 durchgeführt, dann richtet sich ein solches Verfahren nach den dafür maßgeblichen Bestimmungen und nicht nach diesem Abschnitt.

Bei einer Verständigung der Unternehmer gemäß § 164 Abs. 5 auf elektronischem Wege durch den öffentlichen Auftraggeber ist sowohl eine Übermittlung als auch eine Bereitstellung denkbar (vgl. § 48 Abs. 4).

Als Grundlage für die Ausarbeitung einer Wettbewerbsordnung gemäß § 165 Abs. 3 könnte zB für Architekturwettbewerbe die Wettbewerbsordnung Architektur, für Ingenieursleistungen die Wettbewerbsordnung für das Ingenieurswesen dienen. Klarzustellen ist, dass § 165 Abs. 6 lediglich statuiert, dass die Wettbewerbsarbeiten anonym vorgelegt werden müssen. Erachtet das Preisgericht eine Aufklärung für notwendig, endet notwendigerweise das Gebot der Anonymität (so auch die explizite Anordnung im siebten Satz des § 165 Abs. 6).

Die Bestimmung des § 165 Abs. 5, wonach nicht nur (wie bisher) das Preisgericht, sondern nunmehr auch der öffentliche Auftraggeber erst nach Ablauf der Frist für deren Vorlage vom Inhalt der Wettbewerbsarbeiten (das sind insbesondere Pläne oder Entwürfe) Kenntnis erhalten dürfen, ergibt sich aus der Vorgabe des Anhanges IV lit. b der RL 2014/24/EU (arg. „niemand"); eine abweichende Behandlung von elektronischen und Papierverfahren wäre im vorliegenden Kontext auch nicht sachgerecht.

Bei elektronischer Dokumentation der Rangfolge gemäß § 165 Abs. 6 ist § 49 Abs. 2 zu beachten. Die internen Beratungen des Preisgerichtes zur Auswahl wie auch die Kommunikation zwischen öffentlichem Auftraggeber und Preisgericht sind als „interne" Kommunikation anzusehen, die nicht den Regeln des § 48 hinsichtlich der elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren unterliegen; nur soweit eine Kommunikation mit einem Unternehmer stattfindet, ist § 48 anwendbar (zB Mitteilung der Ergebnisse der Auswahl).

Zu den §§ 166 bis 169 (Persönlicher Geltungsbereich):

§ 166 erklärt für Vergabeverfahren von Sektorenauftraggebern die – im Vergleich zum so genannten klassischen Regime des 2. Teiles des Gesetzes – vereinfachten Regelungen des 3. Teiles des Gesetzes für anwendbar.

Die §§ 167 bis 169 regeln den persönlichen Anwendungsbereich im Sektorenbereich. Das Gesetz erfasst in Umsetzung der RL 2014/25/EU öffentliche Auftraggeber, öffentliche Unternehmen und private Auftraggeber sofern diese eine Sektorentätigkeit (vgl. dazu die §§ 170 bis 175) ausüben. Private Sektorenauftraggeber unterliegen überdies nur dann dem Gesetz, wenn sie die Sektorentätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben (letztere werden in § 169 Abs. 2 definiert; Rechte, die in einem in Anhang XVIII genannten Verfahren erteilt werden, stellen keine besonderen oder ausschließlichen Rechte dar).

§ 167 setzt Art. 3 der RL 2014/25/EU um. Zum Verständnis des öffentlichen Sektorenauftraggebers (§ 167) wird auf die Ausführungen zu § 4 Abs. 1 verwiesen.

§ 168 setzt Art. 4 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der RL 2014/25/EU um. § 168 Abs. 2 enthält die Definition des öffentlichen Unternehmens.

§ 169 setzt Art. 4 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 der RL 2014/25/EU um. Da Rechtsträger, bei denen es sich weder um öffentliche Sektorenauftraggeber noch um öffentliche Unternehmen handelt, dem BVergG nur insoweit unterliegen, als sie eine oder mehrere Sektorentätigkeiten aufgrund besonderer oder ausschließlicher Rechte ausüben, kommt der Definition dieser Rechte in Abs. 2 besondere Bedeutung zu (vgl. dazu schon Rs C-302/94, *British Telecommunications*). Ausschließliche Rechte vermitteln einem bestimmten Unternehmen das Recht, eine Sektorentätigkeit in einem bestimmten Gebiet auszuüben, besondere Rechte hingegen räumen eine derartige Berechtigung mehreren Unternehmen ein. Besondere oder ausschließliche Rechte müssen von der (innerstaatlich) dafür zuständigen Behörde im Wege von „Rechts- oder Verwaltungsvorschriften" gewährt werden. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die deutsche Sprachfassung der Richtlinie 2014/25/EU sprachlich verengt ist: Wie ein Vergleich mit anderen Sprachfassungen belegt (vgl. englisch: „rights granted … by way of any legislative, regulatory or administrative provision"; französisch: „des droits accordés … au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative"; italienisch: „diritti concessi … mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa") kann die Gewährung derartiger Rechte auch mittels jeglicher sonstiger Verwaltungsmaßnahme, dh. auch durch Bescheid, erfolgen. Hingegen sind Rechte, die aufgrund objektiver Kriterien in einem angemessen transparenten Verfahren gewährt wurden, keine „besonderen oder ausschließlichen Rechte" im Sinne des Abs. 2 (zB Erteilung von Bewilligungen in einem Zulassungsverfahren). Hinsichtlich der „Angemessenheit" der dabei zu beachtenden Transparenz ist auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu verweisen. Der in Abs. 2 verwiesene Anhang XVIII listet jene Verfahren auf, die den Kriterien des letzten Satzes entsprechen.

Zu den §§ 170 bis 176 (Sektorentätigkeiten) allgemein:

Die §§ 170 bis 175 enthalten die Umschreibung der Sektorentätigkeiten. Die Regelungen des Sektorenbereiches sind leges specialis im Verhältnis zum sogenannten klassischen Bereich; ein öffentlicher Auftraggeber, der eine Sektorentätigkeit ausübt, unterliegt hinsichtlich der Beschaffungen für diese Sektorentätigkeiten grundsätzlich (zur Ausnahme vgl. § 3 Abs. 5 bis 7) nur den Regelungen des 3. Teiles dieses Bundesgesetzes.

§ 176 regelt, welche Vorschriften Anwendung finden, wenn ein Vergabeverfahren der Durchführung mehrerer Sektorentätigkeiten dient. Letzteres ist insbesondere dann von Relevanz, wenn eine der dabei involvierten Sektorentätigkeiten nicht mehr dem Gesetz unterliegt (vgl. dazu § 178 bzw. § 184).

Der EuGH hat zum Geltungsbereich der Sektorenrichtlinie wie folgt Stellung genommen: „[D]*ie Anwendbarkeit der Richtlinie 93/38* [hängt] *von der Tätigkeit, die der betreffende Auftraggeber ausübt, und von den Beziehungen zwischen dieser Tätigkeit und dem Auftrag, den er plant,* [ab]. *Wenn der Auftraggeber eine der Tätigkeiten* […] *der Richtlinie 93/38 ausübt und* […] *in Ausübung einer solchen Tätigkeit die Vergabe eines Dienstleistungs-, Bau- oder Lieferauftrags oder die Durchführung eines Wettbewerbs beabsichtigt, sind die Bestimmungen dieser Richtlinie auf diesen Auftrag oder Wettbewerb anwendbar*." (EuGH verb. Rs C-462/03 und C-463/03, *Strabag AG und Kostmann GmbH gegen ÖBB*, Rz 37). Diese Aussagen gelten gleichermaßen für die Richtlinie 2014/25/EU. Überdies unterliegen dem Sektorenregime ausschließlich jene Aufträge von Sektorenauftraggebern die im Zusammenhang mit und zum Zweck der Durchführung von Sektorentätigkeiten vergeben werden; die im Zuge des Urteiles C-44/96, *Mannesmann*, entwickelte „Infektionstheorie" kommt im Sektorenbereich nicht zur Anwendung (so auch EuGH Rs C-393/06, *Aigner*).

Zu § 170 (Gas, Wärme und Elektrizität):

Mit der vorliegenden Bestimmung werden die Art. 7 bis 9 der RL 2014/25/EU mit umgesetzt.

§ 170 regelt die Sektorentätigkeiten im Bereich von Gas, Wärme und Elektrizität. Die Abs. 2 und 4 enthalten Ausnahmen für Nebentätigkeiten von Eigenerzeugern. Diese Ausnahmen gelten nicht für öffentliche Auftraggeber als Sektorenauftraggeber (§ 164). Für öffentliche Auftraggeber, die Tätigkeiten im Sinne der Abs. 2 oder 4 ausüben, gelten daher weiter die vereinfachten Regelungen des 3. Teiles – und nicht die strengeren Bestimmungen des „klassischen" 2. Teiles – des Gesetzes. Öffentliche Unternehmen (§ 165) und private Auftraggeber (§ 166), die die Voraussetzungen des Abs. 2 oder 4 erfüllen, unterliegen hingegen gar nicht dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes.

Die Erzeugung von Gas im Wege der Förderung von Gas fällt unter § 174.

Der Begriff der „Einspeisung" wird in Abs. 5 für die Zwecke des § 10 näher definiert. EG 23 der RL 2014/25/EU hält dazu fest: „*Ohne den Anwendungsbereich dieser Richtlinie in irgendeiner Weise zu erweitern, sollte klargestellt werden, dass der in dieser Richtlinie verwendete Begriff ‚Einspeisung von Elektrizität' die Erzeugung von Elektrizität und den Groß- und Einzelhandel damit umfasst.*"

Zu § 171 (Wasser):

Mit dem vorliegenden Paragraphen werden die Art. 7 und 10 der RL 2014/25/EU umgesetzt.

Diese Bestimmung regelt die Sektorentätigkeiten im Bereich Wasser. Zu Abs. 2 und 4 vgl. die Erläuterungen zu § 170 Abs. 2 und 5. Abs. 3 dehnt den Anwendungsbereich des Gesetzes über die eigentliche Sektorentätigkeit hinaus aus.

Zu § 172 (Verkehrsleistungen):

Mit § 172 wird Art. 11 der RL 2014/25/EU umgesetzt.

§ 172 regelt die Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs. Zu den ausgenommenen Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn vgl. § 178 Abs. 1 Z 18 (s. auch § 9 Abs. 1 Z 18) und die dazugehörigen Erläuterungen. Eine Untergrundbahn (U-Bahn) kann eine Eisenbahn oder ein automatisches System sein; eine Eisenbahn ist als Verkehrsdienst auf der Schiene anzusehen.

Zu § 173 (Postdienste):

Mit dieser Bestimmung wird Art. 13 der RL 2014/25/EU umgesetzt.

Sektorentätigkeiten sind nach dieser Bestimmung die Bereitstellung von Postdiensten (Abs. 2) und von sonstigen Diensten (Abs. 3). Postdienste umfassen sowohl Dienstleistungen, die gemäß der RL 97/67/EG Universaldienstleistungen darstellen, als auch Dienstleistungen, die keine solchen Universaldienstleistungen darstellen. Eine „Postsendung" im Sinne des Abs. 2 ist eine adressierte Sendung in der endgültigen Form, in der sie befördert wird, ungeachtet ihres Gewichtes. Neben

Briefsendungen handelt es sich dabei zB um Bücher, Kataloge, Zeitungen und Zeitschriften sowie um Postpakete, die Waren mit oder ohne Handelswert enthalten. Die sonstigen Dienste gemäß Abs. 3 sind nur als Sektorentätigkeit erfasst, wenn sie von einer Einrichtung erbracht werden, die auch Postdienste im Sinne des Abs. 2 erbringt, und die Erbringung dieser Postdienste nicht auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist.

Wie Art. 13 Abs. 2 lit. c sublit. i der RL 2014/25/EU entnommen werden kann, gehört zu den Managementdiensten für Postversandstellen gemäß Abs. 3 Z 1 beispielsweise das „Mailroom Management".

Zu § 174 (Förderung von Erdöl und Gas und Exploration oder Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen):

§ 174 setzt Art. 14 der RL 2014/25/EU um.

Der Begriff der „Exploration" ist gleichbedeutend mit dem bisher verwendeten Begriff des „Aufsuchens"; es handelt sich nur um eine andere Übersetzung (vgl. auch Art. 7 der RL 2004/17/EG und Art. 14 der RL 2014/25/EU jeweils in der englischen Sprachfassung, die beide von „exploring" sprechen).

Zur Änderung des Anwendungsbereiches vgl. EG 25 der RL 2014/25/EU: „*Es ist angezeigt, Beschaffungen zum Zwecke der Exploration von Erdöl- und Erdgasvorkommen auszuschließen, da dieser Sektor nach allgemeiner Einschätzung einem so starken Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, dass die durch die einschlägigen Unionsvergabevorschriften bewirkte Beschaffungsdisziplin nicht mehr erforderlich ist. Da die Gewinnung von Erdöl und Erdgas weiterhin in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt, könnte es erforderlich sein, zwischen Exploration und Gewinnung zu unterscheiden. Dabei sollte der Begriff „Exploration" die Tätigkeiten umfassen, die durchgeführt werden, um festzustellen, ob Erdöl und Erdgas in einem bestimmten Gebiet vorhanden ist, und wenn dies der Fall ist, ob es gewerblich nutzbar ist, während der Begriff „Gewinnung" die „Erzeugung" von Erdöl und Erdgas abdecken sollte. Gemäß der etablierten Praxis in Fusionsfällen sollte der Begriff „Erzeugung" so verstanden werden, dass er auch die „Entwicklung" umfasst, d. h. die Errichtung einer angemessenen Infrastruktur für die künftige Erzeugung (Ölplattformen, Rohrleitungen, Terminalanlagen usw.).*"

Zu § 175 (Häfen und Flughäfen):

§ 175 setzt Art. 12 der RL 2014/25/EU um.

Die Bestimmung definiert die Sektorentätigkeiten im Bereich Häfen und Flughäfen. Der Bau und der Betrieb eines Hotels an einem Flughafen ist zB keine Tätigkeit zum Zweck des Betriebes eines Flughafens und somit kein Sektorenauftrag.

Zu § 176 (Vergabeverfahren, die mehrere Sektorentätigkeiten betreffen):

Durch § 176 wird Art. 6 Abs. 1 und 2 der RL 2014/25/EU umgesetzt.

Diese Bestimmung enthält Abgrenzungsregelungen bei einem Zusammentreffen mehrerer Sektorentätigkeiten; zur Abgrenzung bei einem Zusammentreffen mit Beschaffungen, die anderen Regelungen (wie etwa dem 2. Teil des BVergG 2017) unterliegen und zur Auslegung des Begriffes „Hauptgegenstand" in Z 2 vgl. § 3 und die Erläuterungen dazu.

Art. 6 Abs. 2 der RL 2014/25/EU unterscheidet sich in der deutschen Sprachfassung von der Formulierung im inhaltlich entsprechenden Art. 9 Abs. 1 erster UAbs. der RL 2004/17/EG. Da die englische Sprachfassung jedoch keine Abweichungen aufweist, wurde der bisherige Wortlaut beibehalten. („*A contract which is intended to cover several activities shall be subject to the rules applicable to the activity for which it is principally intended.*")

In diesem Zusammenhang wird auf das allgemeine Umgehungsverbot des § 193 Abs. 9 verwiesen, welches auch beinhaltet, dass die Wahl zwischen der Durchführung eines Vergabeverfahrens oder der Durchführung getrennter Vergabeverfahren nicht in der Absicht erfolgen darf, den Vertrag oder die Verträge vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes auszunehmen (vgl. dazu auch Art. 6 Abs. 1 dritter UAbs. der RL 2014/25/EU).

Zu § 177 (Auftragsarten):

Durch § 177 werden Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Z 2, 4 und 5 sowie Art. 5 Abs. 1 und 2 der RL 2014/25/EU umgesetzt.

Es wird auf die Erläuterungen zu den §§ 5 bis 8 verwiesen.

Zu den §§ 178 bis 184 (Ausnahmen und Freistellungen vom Geltungsbereich):

Die §§ 178, 179, 181 und 183 enthalten Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes. Diese Ausnahmebestimmungen sind gemäß der ständigen Judikatur des EuGH (vgl. etwa Rs C-318/94,

Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rs C-275/08, *Kommission gegen Deutschland*, Rs C-615/10, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, Rs C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, Rs C-553/15, *Undis Servizi*) jedenfalls eng und im Einklang mit dem Unionsrecht auszulegen; die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf die Bestimmung berufen will. Ausnahmetatbestände, welche die Anwendung des Unionsrechts ausschließen, sind insbesondere vor dem Hintergrund der dadurch bewirkten Einschränkung der Grundfreiheiten eng auszulegen. Der Ausschluss unionsrechtlicher Verpflichtungen muss daher durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt und geeignet sein, das gewünschte Ergebnis herbeizuführen, sowie die gelindeste Maßnahme im Hinblick auf die Zielerreichung darstellen. Die Ausnahmetatbestände sind taxativ (sie können daher auch – ausgenommen durch die Judikatur des EuGH – nicht ergänzt werden; vgl. dazu etwa Rs C-107/98, *Teckal*, C-412/04, *Kommission gegen Italien*) und nicht analogiefähig (vgl. etwa Rs C-340/04, *Carbotermo*).

Zu § 178 (Ausgenommene Vergabeverfahren):

§ 178 enthält den Katalog der vom BVergG ausgenommenen Vergabeverfahren und setzt Art. 1 Abs. 6, 18 bis 24, 27, 32, 55 Abs. 1 und 2 sowie 57 Abs. 4 der RL 2014/25/EU um. § 178 Abs. 1 Z 28 bis 30 enthalten die Ausnahmeregelungen betreffend die derzeit für Österreich geltenden Freistellungsakte der Kommission: zu Z 28 vgl. die Freistellungsentscheidung der Kommission 2008/585/EG, zu Z 29 vgl. den Freistellungsbeschluss 2010/142/EU und den Durchführungsbeschluss 2014/184/EU idF des Durchführungsbeschlusses 2017/131/EU (zu letzterem siehe ferner Rs T-463/14, *Österreichische Post AG gegen Kommission*), zu Z 30 vgl. den Durchführungsbeschluss (EU) 2017/132.

Zu den in Abs. 1 Z 1 bis 20, 22 und 31 angeführten Ausnahmetatbeständen wird auf die entsprechenden Ausführungen zu § 9 Abs. 1 Z 1 bis 20, 22 und 27 verwiesen. Zu Z 14 (Ausnahme von Finanzdienstleistungen) ist hinzuzufügen, dass anders als im klassischen Bereich im Sektorenbereich die Dienstleistungen der Zentralbanken nicht unter die Ausnahmebestimmung fallen da diese im Sektorenbereich nicht relevant sein können (und demzufolge auch in der RL nicht erwähnt werden). Zu Z 20 (Ausnahme für Ausstrahlungszeit und Sendungen) ist klarzustellen, dass im Gegensatz zum klassischen Bereich Dienstleistungsaufträge über den Erwerb, die Entwicklung, Produktion oder Koproduktion von Sendematerial von der Ausnahme nicht erfasst sind.

Zu Z 21: Die Regelung ergeht in Umsetzung des Art. 55 Abs. 2 erster UAbs. der RL 2014/25/EU. Sie nimmt die Beschaffungen von Liefer- oder Dienstleistungen von einer zentralen Beschaffungsstelle im Wege des sog. Großhändlermodells“ (vgl. § 2 Z 48 lit. a) vom Anwendungsbereich des Gesetzes aus. Zur Definition der „zentralen Beschaffungsstelle“ vgl. § 2 Z 47. Im Sektorenbereich ist darauf hinzuweisen, dass die zentrale Beschaffungsstelle sowohl ein öffentlicher Auftraggeber wie auch ein Sektorenauftraggeber sein kann (arg. „Auftraggeber“), der zentrale Beschaffungstätigkeiten entfaltet. Es ist daher möglich und zulässig, dass Sektorenauftraggeber gemäß den §§ 168 und 169 neben ihren Sektorentätigkeiten auch zentrale Beschaffungsfunktionen wahrnehmen. Ob die zentrale Beschaffungsstelle bei der Entfaltung ihrer zentralen Beschaffungstätigkeit für die Sektorenauftraggeber die Regelungen des „klassischen“ Bereiches oder die Regelungen für den Sektorenbereich befolgt hat, ist im Kontext der Z 21 irrelevant. Dies folgt aus dem unionsrechtlichen Konzept, dass für die Inanspruchnahme der Ausnahme es nicht entscheidend ist, ob ein „strengeres Regime“ (dh. jenes für den klassischen Bereich) beachtet wurde. Der Wortlaut stellt klar, dass die Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen von einer zentralen Beschaffungsstelle nur dann vom BVergG ausgenommen ist, wenn diese Waren oder Dienstleistungen von der zentralen Beschaffungsstelle spezifisch zum Zweck des „Weiterverkaufs“ an andere Sektorenauftraggeber beschafft wurden (und damit eine zentrale Beschaffungstätigkeit entfaltet wurde). Wie schon bisher ist unter den gleichen Bedingungen auch der Erwerb von Liefer- oder Dienstleistungen von „ausländischen“ (EU/EWR) zentralen Beschaffungsstellen im Sinne der RL 2014/25/EU von der Ausnahme erfasst (vgl. dazu auch die weiteren Regelungen in § 180 Abs. 2). In diesem Fall müssen sich die Sektorenauftraggeber lediglich vergewissern, dass es sich tatsächlich um eine zentrale Beschaffungsstelle handelt.

Zu Z 23: Z 23 setzt die Regelung des Art. 55 Abs. 4 der RL 2014/25/EU um. Es handelt sich um das Pendant zur Regelung der Z 21 für den Fall des Vollmachts- bzw. Vermittlermodells (vgl. dazu § 2 Z 48 lit. b), nämlich um die Freistellung der Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle mit dem Dienstleistungsauftrag, zentrale Beschaffungstätigkeiten – gegebenenfalls gekoppelt mit Nebenbeschaffungstätigkeiten – für den beauftragenden Sektorenauftraggeber zu entfalten. Wie auch bei der Ausnahme gemäß Z 21 ist hervorzuheben, dass die zentrale Beschaffungsstelle ein Auftraggeber sein muss, dh. sowohl ein öffentlicher Auftraggeber wie auch ein Sektorenauftraggeber sein kann. Die Beauftragung allein mit der Erbringung von Nebenbeschaffungstätigkeiten fällt hingegen nicht unter die Ausnahme der Z 23. EG 79 der RL 2014/25/EU führt in diesem Zusammenhang aus: „*Auftraggebern*

sollte es gestattet sein, einen Dienstleistungsauftrag über die Ausübung zentralisierter Beschaffungstätigkeiten an eine zentrale Beschaffungsstelle ohne Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren zu vergeben. Ferner sollte es gestattet sein, dass derartige Dienstleistungsaufträge auch die Ausübung von Nebenbeschaffungstätigkeiten umfassen. Solche Dienstleistungsaufträge für die Ausübung von Nebenbeschaffungstätigkeiten sollten, wenn sie nicht durch eine zentrale Beschaffungsstelle im Zusammenhang mit deren Ausübung zentraler Beschaffungstätigkeiten für den betreffenden Auftraggeber ausgeführt werden, im Einklang mit dieser Richtlinie vergeben werden. Es sei ebenfalls daran erinnert, dass diese Richtlinie nicht gelten sollte, wenn zentrale Beschaffungstätigkeiten oder Nebenbeschaffungstätigkeiten auf andere Weise als durch einen entgeltlichen Vertrag ausgeführt werden, der eine Beschaffung im Sinne dieser Richtlinie darstellt.“ Wie schon bisher ist unter den gleichen Bedingungen sowohl die Beauftragung „inländischer“ wie auch „ausländischer“ (EU/EWR) zentraler Beschaffungsstellen mit den oben genannten Dienstleistungen von der Ausnahme erfasst.

Zu Z 24: Diese Regelung setzt Art. 2 Z 12 zweiter UAbs. letzter Satz und Art. 18 der RL 2014/25/EU um und enthält den bereits bisher existierenden Ausnahmetatbestand hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen zum Zweck der Weiterveräußerung oder der Vermietung an Dritte. Hinzuweisen ist darauf, dass diese Ausnahmeregelung nicht bloß auf Warenlieferungen sondern auch auf Dienstleistungs- und Bauaufträge anwendbar ist. Dies folgt aus der systematischen Einordnung des Art. 18 in Abschnitt 2 von Kapitel III der Richtlinie („Sachlicher Anwendungsbereich“ – „Ausgeschlossene Aufträge und Wettbewerbe“) und der breiten, nicht weiter differenzierenden Konzeption des Art. 18 Abs. 2 (arg. „Waren und Tätigkeiten“). Im Zusammenhang mit zentralen Beschaffungsstellen ist darauf hinzuweisen, dass diese Z 24 nur dann nützen könnten, wenn sie selbst Sektorenauftraggeber sind (und somit selbst eine Sektorentätigkeit entfalten). Da die Durchführung einer zentralen Beschaffungstätigkeit für Sektorenauftraggeber eine Sektorentätigkeit darstellt (vgl. Art. 2 Z 12 der RL 2014/25/EU), erklärt der letzte Teil der Z 24 die Ausnahme im Kontext der zentralen Beschaffung für nicht anwendbar. Auf die Pflicht zur Bekanntgabe der unter die Ausnahme fallenden Kategorien von Leistungen gemäß Abs. 2 wird hingewiesen.

Zu Z 25: Z 25 setzt Art. 19 der RL 2014/25/EU um und enthält zwei Ausnahmetatbestände. Einerseits gelten gemäß Z 25 die Sektorenregelungen nicht für die Beschaffung von Leistungen, die nicht der Durchführung einer Sektorentätigkeit dienen. Da jedoch öffentliche Auftraggeber außerhalb der Sektorentätigkeiten die Bestimmungen des klassischen Teiles zu beachten haben, schränkt Z 25 diese Ausnahme auf Sektorenauftraggeber gemäß den §§ 168 oder 169 ein. Andererseits enthält Z 25 die unveränderte Ausnahme hinsichtlich der Entfaltung von Sektorentätigkeiten in Ländern, die nicht Vertragspartei des EWR-Abkommens sind; dieser Ausnahmetatbestand kann von allen Sektorenauftraggebern in Anspruch genommen werden. Auf die Pflicht zur Bekanntgabe der unter die Ausnahme fallenden Tätigkeiten gemäß Abs. 2 wird hingewiesen.

Zu Z 26 und 27: Durch diese Ziffern wird Art. 23 der RL 2014/25/EU umgesetzt. Die Ausnahmen betreffen einerseits Lieferaufträge betreffend Wasser für Sektorenauftraggeber, die Trinkwassernetze bereitstellen bzw. betreiben oder Trinkwasser in diese Netze einspeisen und andererseits Energie- oder Brennstofflieferungen für Sektorenauftraggeber im Bereich Gas, Wärme und Elektrizität oder für Sektorenauftraggeber im Bereich der Förderung von Erdöl oder Gas bzw. der Exploration oder Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen.

Zu § 179 (Ausgenommene öffentlich-öffentliche Verhältnisse):

§ 179 setzt Art. 28 der RL 2014/25/EU um, auf die entsprechenden Ausführungen zu § 10 wird verwiesen.

Zu § 180 (Gemeinsame grenzüberschreitende Auftragsvergabe mehrerer Sektorenauftraggeber):

§ 180 setzt Art. 57 der RL 2014/25/EU um, auf die entsprechenden Ausführungen zu § 11 wird verwiesen.

Zu § 181 (Aufträge an verbundene bzw. gemeinsame Unternehmen):

§ 181 setzt Art. 29 bis 31 der RL 2014/25/EU um (vgl. dazu auch EG 39 bis 41 der RL). Zur Definition des „verbundenen Unternehmens“ siehe § 2 Z 40 und die diesbezüglichen Ausführungen.

Hintergrund der Ausnahme ist, dass Sektorenauftraggeber oft als eine Wirtschaftsgruppe („Konzern“) organisiert sind, wobei die Konzernmitglieder oft spezialisierte Aufgaben im Konzern wahrnehmen sollen. Sofern die Verbindung zwischen diesen Rechtsträgern eine bestimmte Qualität aufweist („verbundenes“ bzw. „gemeinsames“ Unternehmen) und weiters gewährleistet ist, dass die Leistungen primär nicht am Markt angeboten sondern für den eigenen Konzern erbracht werden, sollen Leistungsvergaben nicht den Sektorenregelungen unterworfen sein.

Die Ausnahme gilt für jedwede Art von Aufträgen.

Abs. 1 nimmt Auftragsvergaben eines Sektorenauftraggebers an ein mit ihm verbundenes Unternehmen und Auftragsvergaben eines gemeinsamen Unternehmens mehrerer Sektorenauftraggeber an ein mit einer seiner Muttergesellschaften verbundenes Unternehmen vom Anwendungsbereich des Gesetzes aus. Aufgrund der nicht weiter differenzierenden Formulierung des Gesetzes werden von der Ausnahme auch jene Fälle erfasst, in denen die zu beauftragenden Unternehmen ihren Sitz nicht im Inland haben.

Abs. 2 enthält die zwingenden Mindestumsätze, die in den letzten drei Jahren erzielt worden sein müssen, damit die Ausnahmeregelung zum Tragen kommen kann. Anders als bisher sind für die Berechnung der Umsatzgrenzen „alle“ für den Sektorenauftraggeber oder andere mit ihm verbundene Unternehmer erbrachten Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen und nicht mehr bloß die einschlägigen, für den Sektorenauftraggeber oder andere mit ihm verbundene Unternehmer erbrachten Bau-, Liefer- bzw. Dienstleistungen heranzuziehen sind (vgl. dazu die diversen Sprachfassungen von Art. 29 Abs. 4 der RL 2014/25/EU). Abs. 3 enthält eine Regelung betreffend sog. „Newcomer“, das sind Unternehmen, die noch nicht die von Abs. 2 vorgesehene Zeit von drei Jahren existieren.

Abs. 4 enthält eine Ausnahme für Vergaben an ein gemeinsames Unternehmen, das mehrere Sektorenauftraggeber ausschließlich zur Durchführung von Sektorentätigkeiten gebildet haben (Vergabe von den Muttergesellschaften an die Tochtergesellschaft), sowie für Vergaben von einem solchen gemeinsamen Unternehmen an einen Sektorenauftraggeber, der an diesem Unternehmen beteiligt ist (Vergabe von der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaften). Für die Ausnahme gemäß Abs. 4 ist die Erreichung bestimmter Umsatzziele nicht erforderlich. Durch diese Bestimmung sollen Vergaben innerhalb eines Joint Venture vom Vergaberegime ausgenommen werden. Auch im Kontext des Abs. 4 ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund des nicht differenzierenden Wortlautes der Regelungen die Ausnahmen auch jene Fälle erfassen, in denen die zu beauftragenden Rechtsträger (im Fall der Z 1 ein Sektorenauftraggeber, im Fall der Z 2 ein gemeinsames Unternehmen) ihren Sitz nicht im Inland haben.

Abs. 5 enthält Berichtspflichten betreffend die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung.

Zu § 182 (Kauf von Straßenfahrzeugen durch Betreiber von öffentlichen Personenverkehrsdiensten):

§ 182 setzt Art. 3 lit. b der RL 2009/33/EG (sog. „clean car“ – Richtlinie) um, auf die entsprechenden Ausführungen zu § 4 Abs. 4 wird hingewiesen.

Zu § 183 (Verpflichtungen für Sektorenauftraggeber im Bereich der Förderung von Erdöl oder Gas):

§ 183 setzt die für Österreich einschlägigen Bestimmungen von Art. 33 der RL 2014/25/EU um.

Hintergrund dieser Sonderbestimmung ist die Freistellungsentscheidung 2002/205/EG mit der die Nutzung geographisch abgegrenzter Gebiete zum Zweck der Suche nach oder der Förderung von Erdöl oder Gas in Österreich von der Anwendung der Sektorenregelungen freigestellt wurde. Sektorenauftraggeber, die die Sektorentätigkeit „Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zum Zweck der Förderung von Erdöl oder Gas“ (vgl. § 174 erster Fall) in Österreich ausüben, sind nunmehr ex lege von der Anwendung der Sektorenregelungen entbunden. Unabhängig von der erwähnten Freistellungsentscheidung blieben die (freigestellten) Sektorenauftraggeber verpflichtet, die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze bei der Vergabe von Aufträgen zu wahren. Abs. 1 schreibt diese Verpflichtung zur Einhaltung der unionsrechtlichen Grundsätze im Rahmen des BVergG fort, Abs. 2 enthält eine Spezialregelung hinsichtlich der Bekanntgabe der (freigestellten) Aufträge.

Zu § 184 (Freistellung vom Anwendungsbereich):

§ 184 setzt Art. 34 und 35 der RL 2014/24/EU um (vgl. dazu auch die EG 43 bis 50 der RL) und regelt das neue Freistellungsverfahren. Hinsichtlich der Durchführungsmodalitäten betreffend das Freistellungsverfahren wird ferner auf den Durchführungsbeschluss (EU) 2016/1804 der Kommission verwiesen. Klarzustellen ist ferner, dass alle zum Inkrafttretenszeitpunkt des Gesetzes (vgl. § 377 Abs. 1) bestehenden Freistellungsakte der Kommission gemäß den Freistellungsregimen der RL 2004/17/EG bzw. 93/38/EWG weiterhin gültig sind (vgl. dazu auch EG 43 der RL 2014/25/EU).

Abs. 1 enthält kumulativ jene Voraussetzungen die erfüllt sein müssen, damit bestimmte Vergabeverfahren im Sektorenbereich von der Anwendung der Sektorenregelungen ausgenommen („freigestellt“) sind. Z 1 setzt dafür voraus, dass eine Sektorentätigkeit (als solche oder ein Teilbereich der derselben) in Österreich (im gesamten Bundesgebiet oder in einem geografisch abgegrenzten Teil desselben) auf einem Markt mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist (Wettbewerbssituation „de jure und de facto“). Der Text der Z 1 lehnt sich an den bisherigen Wortlaut des BVergG 2006 (vgl. dessen § 179) an, da der englische Originaltext der diesbezüglichen unionsrechtlichen Grundlagen (vgl. Art. 30 RL 2004/17/EG bzw. Art. 34 der RL 2014/25/EU) unverändert geblieben ist. Wie Art. 34 der RL 2014/25/EU explizit betont, ist die gemäß dem Freistellungsverfahren erfolgende

(wettbewerbliche) Bewertung unvorgreiflich einer allfälligen Anwendung des unionsrechtlichen Wettbewerbsrechts (vgl. Art. 101ff AEUV). Es handelt sich um getrennte Verfahren nach unterschiedlichen (teilweise überschneidenden) Kriterien (zum Erfordernis einer getrennten Beurteilung eines Sachverhaltes nach wettbewerbsrechtlichen und vergaberechtlichen Gesichtspunkten vgl. schon EuGH Rs C-271/08, *Kommission gegen Deutschland*). Die vergaberechtliche Bewertung erfolgt unter Berücksichtigung des Marktes für die fraglichen Tätigkeiten und des geographisch abgegrenzten Bezugsmarktes im Sinne des Abs. 3.

Z 2 stellt klar, dass das Freistellungsverfahren ein antragsbedürftiges Verfahren ist (zu den Anträgen vgl. Abs. 4 und 5). Der Antrag begrenzt somit das äußerst mögliche Ausmaß einer Freistellung. Er hat daher insbesondere jene Sektorentätigkeiten und jenes geographische Gebiet zu bezeichnen, hinsichtlich der die Freistellung begehrt wird.

Nach Z 3 ist Voraussetzung für die Freistellung entweder eine fristgerechte Erlassung eines Durchführungsrechtsaktes durch die Kommission mit dem eine Sektorentätigkeit freigestellt wird oder der Fristablauf für die Erlassung eines solchen Durchführungsrechtsaktes. Zu den von der Kommission im Verfahren einzuhaltenden Fristen für die Erlassung eines Durchführungsrechtsaktes ist auf Anhang IV der RL 2014/25/EU zu verweisen. Danach hat die Kommission den Durchführungsrechtsakt innerhalb von 90 Arbeitstagen zu erlassen, wenn der freie Zugang zu einem bestimmten Markt gemäß § 184 Abs. 2 Z 1 als gegeben angesehen wird. In allen anderen Fällen beträgt die Frist zur Erlassung des Durchführungsrechtsaktes 130 Arbeitstage. Die genannten Fristen verlängern sich um 15 Arbeitstage, falls dem Freistellungsantrag keine mit Gründen und Belegen versehene Stellungnahme einer für die betreffende Sektorentätigkeit zuständigen unabhängigen Behörde (zB eines Regulators) beigefügt ist, in der die Bedingungen für die mögliche Anwendbarkeit von Art. 34 Abs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU auf die betreffende Tätigkeit gemäß den Maßstäben von § 184 Abs. 2 und 3 gründlich geprüft worden ist. Die Fristen beginnen am ersten Arbeitstag nach dem Tag des Einganges des Freistellungsantrages (vgl. Abs. 4 oder 5) bei der Kommission oder, bei Unvollständigkeit der mit dem Antrag übermittelten Informationen, am Arbeitstag nach Eingang der vollständigen Informationen. Die Fristen (90 bzw. 130 Arbeitstage) können von der Kommission mit Zustimmung des antragstellenden Mitgliedstaates oder des antragstellenden Sektorenauftraggebers verlängert werden. Die Kommission kann verlangen, dass der betreffende Mitgliedstaat, der betreffende Sektorenauftraggeber, die unabhängige nationale Behörde oder eine andere zuständige nationale Behörde innerhalb einer angemessenen Frist alle erforderlichen Informationen bereitstellt oder übermittelte Informationen ergänzt oder erläutert. Im Fall verspäteter oder unvollständiger Antworten werden die die Kommission betreffenden Fristen unterbrochen (für die Dauer vom Ende der im Informationsverlangen festgesetzten Frist bis zum Eingang der vollständigen und korrekten Informationen bei der Kommission). Falls die genannten Fristen für die Erlassung eines Durchführungsrechtsaktes seitens der Kommission nicht eingehalten werden, hat die Kommission eine entsprechende Bekanntmachung darüber zu publizieren; in diesem Fall gilt ex lege die Sektorentätigkeit gemäß den Angaben im Freistellungsantrag als freigestellt (vgl. dazu auch Art. 35 Abs. 3 zweiter UAbs. lit. b der RL 2014/25/EU).

Abs. 2 regelt, wann der Zugang zu einem Markt als frei angesehen wird, das heißt, dass keine Zugangsbeschränkungen in Bezug auf die im Antrag bezeichnete Sektorentätigkeit bestehen. Abs. 2 Z1 enthält die gesetzliche Vermutung eines freien Marktzuganges, wenn die in Anhang XIX genannten Liberalisierungsrechtsakte der Union in Österreich korrekt umgesetzt wurden und auch tatsächlich angewendet werden. Abs. 2 Z 2 enthält den Auffangtatbestand zu Abs. 2 Z 1: falls die Liberalisierungsrechtsakte nicht umgesetzt oder nicht angewendet werden (zB auch weil keine derartigen Rechtsakte der Union existieren), ist mit geeigneten Unterlagen der Nachweis zu erbringen, dass der (Markt-)Zugang rechtlich und faktisch frei ist. Dabei wird von der Kommission insbesondere berücksichtigt, ob zB der Anwendungsbereich von unionsrechtlichen Liberalisierungsvorschriften innerstaatlich auf Situationen erstreckt wurde, die nicht in den Anwendungsbereich eines derartigen Rechtsaktes fallen (zB indem die RL 94/22/EG auf den Kohlesektor oder die RL 2012/34/EU auf Fahrgastdienste auf nationaler Ebene angewendet wird).

Abs. 3 enthält die Beurteilungskriterien hinsichtlich des zweiten Kriteriums für die Freistellung, die Frage, ob eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Die Bewertung, ob ein bestimmter Sektor oder Teile davon unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, erfolgt hinsichtlich des relevanten geografischen Marktes, dh. des spezifischen örtlichen Bereiches, in dem die Tätigkeit oder die betreffenden Teile davon von den jeweiligen Unternehmern durchgeführt werden. Da der Begriff des relevanten geografischen Markts entscheidend für die Bewertung ist, ist er auf der Grundlage der im Unionsrecht bestehenden Begriffe definiert. Es ist darauf hinzuweisen, dass der relevante geografische Markt nicht notwendigerweise mit dem Bundesgebiet übereinstimmt. Deshalb können die Durchführungsrechtsakte eine Freistellung auf Teile des Bundesgebietes beschränken.

Abs. 4 regelt die Antragstellung durch den Mitgliedstaat (im Falle Österreichs hat die Antragstellung durch den Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft zu erfolgen). Hat die für die betreffende Sektorentätigkeit zuständige unabhängige Behörde (das heißt, die jeweils zuständige Regulierungsbehörde) eine begründete Stellungnahme (vorzugsweise: jüngeren Datums) abgegeben, ob die Tätigkeit auf einem Markt mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, so ist diese Stellungnahme dem Antrag beizufügen. Ein Freistellungsantrag hat die in Anhang I des Durchführungsbeschlusses (EU) 2016/1804 genannten Angaben zu enthalten; er ist an ein zu diesem Zweck eingerichtetes elektronisches Postfach der Kommission zu übermitteln („GROW-ART-34@ec.europa.eu“). Ausnahmsweise können diese Anträge gemäß Art. 1 Abs. 4 des Durchführungsbeschlusses (EU) 2016/1804 auch brieflich übermittelt werden (Adresse: Europäische Kommission, Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und KMU, Direktion G: Binnenmarkt der öffentlichen Verwaltungen, B-1049 Brüssel). Diese (und allenfalls aktualisierte) Informationen sind auch unter der Webadresse „http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/exempt-markets_en“ verfügbar.

Abs. 5 regelt die Antragstellung durch einen die betreffende Sektorentätigkeit ausübenden Sektorenauftraggeber. Wenn ein Sektorenauftraggeber daher der Ansicht ist, dass eine (von ihm ausgeübte) Sektorentätigkeit ganz oder teilweise auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, so kann er – unabhängig von einer Antragstellung durch den Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft – eine entsprechende Freistellung bei der Kommission beantragen. Auch ein derartiger Freistellungsantrag hat die in Anhang I des Durchführungsbeschlusses (EU) 2016/1804 genannten Angaben zu enthalten; er ist an das zu diesem Zweck eingerichtete elektronische Postfach der Kommission zu übermitteln („GROW-ART-34@ec.europa.eu“; siehe dazu schon oben die Ausführungen zu Abs. 4). Ausnahmsweise können diese Anträge gemäß Art. 1 Abs. 4 des Durchführungsbeschlusses (EU) 2016/1804 auch brieflich übermittelt werden (Adresse: Europäische Kommission, Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und KMU, Direktion G: Binnenmarkt der öffentlichen Verwaltungen, B-1049 Brüssel). Diese (und allenfalls aktualisierte) Informationen sind auch unter der Webadresse „http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/exempt-markets_en“ verfügbar. Falls etwaige Unterlagen dem Antrag nicht beigefügt sind, hat der Bundesminister alle sachdienlichen Informationen und insbesondere auch eine begründete Stellungnahme der jeweils zuständigen Regulierungsbehörde (vorzugsweise: jüngeren Datums) über den Marktzugang und die Wettbewerbssituation hinsichtlich der im Antrag genannten Sektorentätigkeit zur Verfügung zu stellen.

Abs. 6 erster Satz enthält die Möglichkeit, Freistellungsanträge im laufenden Verfahren auch hinsichtlich wesentlicher Punkte abzuändern. In diesem Fall fängt die für die Annahme des Durchführungsrechtsaktes in Anhang IV Z 1 der RL 2014/25/EU festgelegte Frist – vgl. dazu die Ausführungen zu Abs. 1 Z 3 – neu zu laufen an, es sei denn, zwischen der Kommission und dem Antragsteller gemäß Abs. 4 oder 5 wird eine kürzere Frist vereinbart. Abs. 6 zweiter Satz regelt die Vorgangsweise hinsichtlich Nachfolgeanträge betreffend dieselbe Sektorentätigkeit die vor Ablauf der Frist gemäß Abs. 1 Z 3 bei der Kommission einlangen: diese Anträge gelten nicht als Neuanträge und sind von der Kommission im Rahmen des ursprünglichen Antrages zu bearbeiten. Daraus folgt, dass keine Verlängerung der Frist gemäß Abs. 1 Z 3 betreffend den Erstantrag erfolgt. Da sich Abs. 6 zweiter Satz (ebenso wie Art. 35 Abs. 5 der RL 2014/25/EU) ausdrücklich nur auf Nachfolgeanträge betreffend „dieselbe Tätigkeit“ bezieht, gilt die Regelung auch für Nachfolgeanträge betreffend dieselbe Tätigkeit aber hinsichtlich eines anderen geographischen Gebietes.

Gemäß Abs. 7 hat der Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft einen Durchführungsrechtsakt oder die Bekanntmachung über die nicht fristgerechte Erlassung desselben unverzüglich im Bundesgesetzblatt kundzumachen.

Zu den §§ 185 bis 192 (Schwellenwerte, Berechnung des geschätzten Leistungswertes):

Vgl. dazu die Erläuterungen zum 4. Abschnitt des 1. Hauptstückes des 2. Teiles (§§ 12 bis 19). Mit den §§ 185 bis 191 werden die Art. 15 und 16 der RL 2014/25/EU umgesetzt. Der Schwellenwert für besondere Dienstleistungsaufträge (vgl. § 312 iVm Anhang XVI) liegt im Sektorenbereich bei 1 Million Euro.

Zu den §§ 193 bis 202 (Grundsätze des Vergabeverfahrens und allgemeine Bestimmungen):

Vgl. dazu die Erläuterungen zum 5. Abschnitt des 1. Hauptstückes des 2. Teiles (§§ 20 bis 30). Mit § 193 werden Art. 6 Abs. 1 dritter UAbs, 36 Abs. 1, 43, 51 Abs. 2 dritter UAbs. und 97 Abs. 2 lit. a der RL 2014/25/EU umgesetzt. § 194 setzt Art. 37 und Art. 97 Abs. 2 lit. b dieser Richtlinie mit um. § 195 setzt Art. 56 der Richtlinie mit um, während § 196 eine Umsetzung von Art. 38 und § 197 eine Umsetzung von Art. 58 darstellt. Mit § 198 wird Art. 59 der Richtlinie umgesetzt. § 199 setzt Art. 42 der

Richtlinie um. Art. 39 der Richtlinie wird mit § 200 Abs. 2 und 3 entsprochen, während Art. 65 mit § 201 umgesetzt wird. Schließlich stellt § 202 die Umsetzung von Art. 41 Abs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU dar.

Zu den §§ 203 und 204 (Arten und Wahl der Vergabeverfahren):

Vgl. dazu die Erläuterungen zu den §§ 31 und 32.

Sämtliche Verfahrensarten des „klassischen" Vergaberechtes für öffentliche Auftraggeber (somit auch der wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft) stehen nunmehr auch für Sektorenauftraggeber zur Verfügung.

Wie im 2. Teil des Gesetzes lassen sich die für eine bestimmte Verfahrensart jeweils besonders zu beachtenden Bestimmungen in drei Kategorien unterteilen: Die §§ 203 und 204 beinhalten die jeweilige grundsätzliche Definition, in den §§ 205 bis 216 finden sich die Voraussetzungen, unter denen auf einen bestimmten Verfahrenstypus zurückgegriffen werden kann, und die §§ 279 bis 291 enthalten nähere Bestimmungen zum Ablauf und zu den Teilnehmern der einzelnen Verfahrensarten; die Regelungen über die Rahmenvereinbarung, die elektronische Auktion, das dynamische Beschaffungssystem und die Wettbewerbe finden sich schließlich in den §§ 314ff. Die Direktvergabe und die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung sollen weiterhin zentral an einer Stelle mit einer Verweisbestimmung geregelt werden.

Zu § 205 (Wahl des offenen Verfahrens, des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung, des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und des wettbewerblichen Dialoges):

Wie bisher können Sektorenauftraggeber im Oberschwellenbereich frei zwischen dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und dem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen. Darüber hinaus steht nunmehr auch der wettbewerbliche Dialog als Standardverfahren zur Verfügung (vgl. Art. 48 der RL 2014/25/EU, der diesbezüglich keine Einschränkung des Anwendungsbereiches vorsieht; anders bei der Innovationspartnerschaft, für deren Inanspruchnahme die Beschaffung einer nicht am Markt verfügbaren innovativen Leistung inhärente Voraussetzung ist). Zur noch größeren Wahlfreiheit im Unterschwellenbereich siehe § 212.

Zu § 206 (Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung):

Mit dieser Bestimmung wird Art. 50 der RL 2014/25/EU umgesetzt. In den in dieser Bestimmung taxativ aufgezählten Fällen kann der Sektorenauftraggeber ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchführen. Vgl. dazu die Erläuterungen zu den §§ 35 bis 37.

Ergänzend ist zu Abs. 1 Z 1 darauf hinzuweisen, dass Art. 50 lit. a der RL 2014/25/EU lediglich von Verhandlungsverfahren (mit vorheriger Bekanntmachung) spricht. Da es sich hierbei aber offenbar um einen Übersetzungsfehler handelt (vgl. die englische Fassung: „a procedure with a prior call for competition") und im Übrigen auch keine sachliche Rechtfertigung für eine derartige – im Vergleich zum klassischen Bereich engere – Einschränkung besteht, soll der Tatbestand der Z 1 für alle Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gelten.

Abs. 1 Z 6 (zusätzliche Lieferungen) enthält abweichend von § 36 Abs. 1 Z 8 keine 3-Jahres-Grenze. Ebenso sieht Abs. 1 Z 7 (Wiederholung gleichartiger Bau- oder Dienstleistungen) – anders als die §§ 35 Abs. 1 Z 5 lit. f und 37 Abs. 1 Z 6 lit. f – keine 3-Jahresfrist für die Vergabe des neuen Auftrages vor.

Der Tatbestand des Abs. 1 Z 9 regelt den Fall des Kaufes zu einem besonders günstigen Preis aufgrund außerordentlicher Umstände („bargain purchase", „Sonderangebot", „Schnäppchen"). Aufgrund der restriktiven Formulierung der Tatbestandsvoraussetzungen („besonders günstige Gelegenheit", „sehr kurzer Zeitraum", „erheblich unter den marktüblichen Preisen") ist klargestellt, dass ein wirtschaftlicher Parallelwettbewerb unter diesen Voraussetzungen nicht stattfinden kann und deshalb die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmer zulässig ist.

Zu § 207 (Wahl der elektronischen Auktion):

Vgl. dazu die Erläuterungen zu § 38. Mit der vorliegenden Bestimmung wird Art. 53 Abs. 1 und 2 der RL 2014/25/EU mit umgesetzt. Aufgrund der Neuregelung der Rahmenvereinbarung im Sektorenbereich (vgl. dazu die §§ 314 bis 316) ist eine elektronische Auktion nunmehr auch bei der Vergabe eines Auftrages aufgrund einer Rahmenvereinbarung zulässig.

Zu § 208 (Abschluss von Rahmenvereinbarungen und Vergabe von Aufträgen aufgrund einer Rahmenvereinbarung):

Vgl. dazu die Erläuterungen zu § 39. Anders als bisher regelt die Bestimmung des § 208 nun wie im klassischen Bereich nur die Voraussetzungen für die Wahl der Rahmenvereinbarung (im

Oberschwellenbereich); für den Unterschwellenbereich siehe § 215. Das Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung ist in § 315 näher geregelt, die Vergabe eines Auftrages aufgrund einer Rahmenvereinbarung in § 316.

Zu § 209 (Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems und Vergabe von Aufträgen auf Grund eines dynamischen Beschaffungssystems):

Die Verfahrensart des dynamischen Beschaffungssystems ist in den §§ 321 bis 323 näher geregelt. Zulässig ist die Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems im Oberschwellenbereich nur nach Durchführung eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ohne Zuschlagserteilung.

Zu § 210 (Wahl der Innovationspartnerschaft):

Das Verfahren der Innovationspartnerschaft ist für jene Fälle vorgesehen, in denen ein Bedarf nach einer innovativen Leistung besteht, der nicht durch den Erwerb von bereits auf dem Markt verfügbaren Waren, Bau- oder Dienstleistungen befriedigt werden kann. Zum Verfahrensablauf sowie zu den Teilnehmern bei Innovationspartnerschaften siehe die §§ 285 bis 288 sowie 290.

Zu § 211 (Wahl des Wettbewerbes):

Diese Regelung normiert die freie Wahl des Sektorenauftraggebers zwischen dem offenen und dem nicht offenen Wettbewerb (im Oberschwellenbereich; für den Unterschwellenbereich siehe § 216).

Zu den §§ 212 bis 216 (Wahl der Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich):

Der Unterschwellenbereich enthält abweichend vom 3. Abschnitt des 2. Hauptstückes des 2. Teiles in § 212 eine allgemeine Grundregel für die Wahl der Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Er normiert die freie Wahl zwischen den in § 203 vorgesehenen Vergabeverfahrenstypen für Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich (mit Ausnahme der Direktvergabe und der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung, die nur unter den in den §§ 213 und 214 genannten Voraussetzungen gewählt werden dürfen). Freie Wahl des Verfahrens bedeutet, dass die Bestimmungen, die die Wahl eines Verfahrens im Oberschwellenbereich an bestimmte Voraussetzungen knüpfen, nicht anwendbar sind. Freie Wahl zwischen den vorgesehenen Verfahrensarten bedeutet aber nicht, dass völlige Formfreiheit besteht; der Sektorenauftraggeber kann eine Auftragsvergabe daher nicht völlig losgelöst von formalen Vorgaben vergeben, er hat sich vielmehr für eines der in § 203 vorgesehenen Verfahren zu entscheiden und dieses Verfahren dann nach den dafür vorgesehenen Bestimmungen für den Sektorenbereich durchzuführen. Aus der Anordnung des ersten Satzes ergibt sich auch die Zulässigkeit des dynamischen Beschaffungssystems, des wettbewerblichen Dialoges sowie der Innovationspartnerschaft, da diese Verfahren in § 203 als Verfahren zur Vergabe von Aufträgen genannt sind.

Eine Einschränkung der freien Wahl ergibt sich aus der Grundsatzbestimmung des zweiten Satzes, wonach ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ist, soweit dies aufgrund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint. Die Formulierung des zweiten Satzes, durch das dem primärrechtlich gebotenen Transparenzgebot entsprochen werden soll, lehnt sich an das Urteil des EuGH in der Rs C-324/98, *Telaustria*, Rz 62 an (vgl. dazu ferner EuGH Rs C-231/03, *CONAME*, sowie die diesbezüglichen Erläuterungen zu § 46). Zur Klarstellung legt der dritte Satz fest, dass insbesondere bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich (vgl. dazu die Tatbestände in § 206) von einer Bekanntmachung Abstand genommen werden kann. Durch den Ausdruck „insbesondere“ wird ferner verdeutlicht, dass von einer Bekanntmachung auch in anderen Fällen abgesehen werden kann. Die Gründe für die Wahl eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sind gemäß § 218 zu dokumentieren. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Regelung des § 356 Abs. 3.

Zu den §§ 213 und 214 vgl. die Erläuterungen zu den §§ 46 und 47. Die Regelungen der Direktvergabe und der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung entsprechen jenen des klassischen Bereiches; um der Besonderheit des Sektorenbereiches Rechnung zu tragen, wurden die Schwellenwerte im Vergleich zum klassischen Bereich jedoch höher angesetzt.

Gemäß § 215 hat der Sektorenauftraggeber im Unterschwellenbereich neben den auch im Oberschwellenbereich zulässigen Verfahrensarten die zusätzliche Möglichkeit, eine Rahmenvereinbarung im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und (ohne Bindung an spezifische im Gesetz gelistete Tatbestände) im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung abzuschließen. Die zulässige Nutzung dieser zusätzlichen Möglichkeiten steht lediglich unter dem unionsrechtlichen Transparenzvorbehalt: sofern im Hinblick auf die spezifischen Merkmale der Rahmenvereinbarung ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, ist zum Abschluss der Rahmenvereinbarung ein Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zwingend erforderlich. Die Beurteilung des „eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses“ hat im Einzelfall anhand der vom EuGH entwickelten Kriterien zu erfolgen (vgl. dazu etwa EuGH Rs C-507/03, *Kommission gegen Irland*, C-412/04, *Kommission gegen*

Italien, C-147/06, *SECAP*, C-388/12, *Commune di Ancona*, verb. Rs C-25/14 und C-26/14, *UNIS*, C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions,* verb. Rs C-458/14 und C-67/15, *Promoimpresa*, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni Srl*, und C-298/15, *UAB „Borta"*): heranzuziehen sind insbesondere der Wertumfang der Rahmenvereinbarung, technische Merkmale der Leistung(en) die Gegenstand der Rahmenvereinbarung sind, Leistungsort und (reales) Interesse von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmern an der Teilnahme am Verfahren. Die Gründe für die Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sind gemäß § 218 zu dokumentieren. Für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung und die Vergabe eines Auftrages aufgrund einer Rahmenvereinbarung gelten – auch im Unterschwellenbereich – die §§ 315 und 316.

§ 216 sieht für den Unterschwellenbereich – ebenso wie § 45 für den klassischen Bereich – zusätzlich zum offenen und nicht offenen Wettbewerb auch den geladenen Wettbewerb vor.

Zu den §§ 217 und 218 (Wege der Informationsübermittlung, Dokumentation):

Vgl. dazu die Erläuterungen zum 1. Abschnitt des 3. Hauptstückes des 2. Teiles (§§ 48 und 49). Mit § 217 werden Art. 40, Art. 54 Abs. 2 und Abs. 3 lit. b, Art. 55 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 2 der RL 2014/25/EU und mit § 218 wird Art. 100 Abs. 2 dieser Richtlinie umgesetzt.

Zu den §§ 219 bis 237 (Bekanntmachungen):

Vgl. dazu die Erläuterungen zum 2. Abschnitt des 3. Hauptstückes des 2. Teiles (§§ 50 bis 66). Den Regeln über die Vorinformation in den genannten Paragraphen entsprechen die Bestimmungen über die regelmäßige nichtverbindliche Bekanntmachung. Ebenso wird auf die Abweichung in den §§ 231 Abs. 5, 232 Abs. 4 und 237 Abs. 4 hingewiesen, wonach bei Dienstleistungsaufträgen auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung die Angaben zu Art und Menge der Dienstleistungen auf näher genannte Angaben beschränkt werden können.

Zusätzlich besteht für Sektorenauftraggeber weiterhin die Möglichkeit, eine Bekanntmachung im Wege einer Bekanntmachung über das Bestehen eines Prüfsystems vorzunehmen (zum Prüfsystem vgl. § 256).

Es wird darauf hingewiesen, dass eine gebündelte Bekanntgabe auf Unionsebene gemäß § 231 Abs. 2 bei einer Auftragsvergabe im Rahmen eines Prüfsystems nicht zulässig ist, da es dazu in der RL 2014/25/EU keine Regelung gibt.

§ 219 soll die Art. 52 Abs. 4 und 8, 53 Abs. 4, 54 Abs. 3, 55 Abs. 1, 68 Abs. 2, 69, 80 Abs. 2 und 96 Abs. 1 der RL 2014/25/EU mit umsetzen. § 220 setzt die Art. 71 Abs. 6 und 96 Abs. 3 dieser RL mit um. § 225 stellt eine Umsetzung der Art. 44 Abs. 4 lit. c, 68 Abs. 1 sowie 71 Abs. 1, 2 und 5 der RL dar. Mit § 226 werden Art. 44 Abs. 4 lit. a, 67 und 72 Abs. 3 der RL umgesetzt. § 228 Abs. 1 setzt Art. 68 Abs. 1 der RL um. § 229 Abs. 6 setzt Art. 72 Abs. 1 und 2 der RL um. Mit § 231 werden die Art. 52 Abs. 8, 68 Abs. 2, 70, 92 Abs. 2 sowie 96 Abs. 1 und 2 der RL mit umgesetzt.

Zu den §§ 238 bis 247 (Fristen):

Wie bisher ist der 3. Abschnitt des 3. Hauptstückes des 3. Teiles in drei Unterabschnitte unterteilt: der 1. Unterabschnitt enthält die allgemeinen Bestimmungen, die für Ober- und Unterschwellenbereich gleichermaßen gelten; der 2. Unterabschnitt enthält die Regelungen der RL 2014/25/EU betreffend die Mindestfristen sowie deren Verlängerung bzw. Verkürzung im Oberschwellenbereich; der 3. Unterabschnitt enthält eine besondere Regelung für den Unterschwellenbereich.

Zu den §§ 238 bis 240 vgl. die Erläuterungen zu den §§ 67, 68 und 69 Abs. 2. Zur Verlängerung von Fristen im Fall eines Serverausfalles vgl. § 217 Abs. 8. Mit § 239 wird Art. 66 Abs. 1, mit § 240 wird Art. 76 Abs. 4 der RL 2014/25/EU umgesetzt.

Die Regelung des § 241 setzt Art. 73 Abs. 2 der RL 2014/25/EU um und gilt – anders als im klassischen Bereich, vgl. dort § 69 Abs. 1 – nur im Oberschwellenbereich. Vgl. im Übrigen die Erläuterungen zu § 69 Abs. 1. Abweichend von § 69 Abs. 1 sieht die Regelung des § 241 eine Fristverkürzung auf vier Tage nur für das beschleunigte offene Verfahren vor, da im Sektorenbereich kein beschleunigtes Verhandlungsverfahren vorgesehen ist.

Die in § 242 geregelte Teilnahmeantragsfrist von 15 Tagen im Oberschwellenbereich ergibt sich aus den Art. 46 Abs. 1 zweiter UAbs., 47 Abs. 1 zweiter UAbs., 48 Abs. 1 zweiter UAbs., 49 Abs. 1 vierter UAbs. und 52 Abs. 2 zweiter UAbs. lit. a der RL 2014/25/EU. Nach dem Wortlaut der RL 2014/25/EU darf die Frist „*grundsätzlich* […] *nicht weniger als 30 Tage* […] *und auf keinen Fall weniger als 15 Tage*" betragen, allerdings ohne nähere Anhaltspunkte, wann welche dieser Fristen gelten soll. Im Lichte des ohnehin geltenden Grundsatzes der Angemessenheit von Fristen wird als Mindestfrist daher hier die kürzere Frist von 15 Tagen umgesetzt. Da gemäß § 287 Abs. 1 bei der Innovationspartnerschaft ein Verhandlungsverfahren durchzuführen ist, gilt die hier normierte 15-Tagesfrist auch für die Innovationspartnerschaft. Beim dynamischen Beschaffungssystem gilt die 15-Tagesfrist nur für

Teilnahmeanträge iZm der erstmaligen Einrichtung des dynamischen Beschaffungssystems; sobald das System eingerichtet wurde, gilt diese Frist nicht mehr (vgl. Art. 52 Abs. 2 zweiter UAbs. lit. a letzter Satz der RL 2014/25/EU sowie § 322 Abs. 3).

§ 243 enthält die in der RL 2014/25/EU enthaltenen Angebotsfristen für den Oberschwellenbereich. Die Abs. 1 und 5 setzen Art. 45 Abs. 1 zweiter UAbs. und 4 um, Abs. 2 setzt die Art. 46 Abs. 2 zweiter und dritter UAbs. und 47 Abs. 2 zweiter und dritter UAbs. um, Abs. 3 setzt Art. 52 Abs. 2 zweiter UAbs. lit. b um, Abs. 4 setzt Art. 73 Abs. 1 dritter und vierter UAbs. mit um und Abs. 6 setzt Art. 66 Abs. 2 um. Abs. 1 regelt die Angebotsfrist im offenen Verfahren, wobei hier das System – ebenso wie im klassischen Bereich – insofern umgekehrt ist, als in Österreich als Grundsatz die (nach der RL) verkürzte Angebotsfrist gilt, die bei nicht elektronisch durchgeführten Vergabeverfahren gemäß § 243 Abs. 5 um fünf Tage zu verlängern ist (anders Art. 45 Abs. 1 zweiter UAbs. der RL 2014/25/EU, der als Grundsatz eine Frist von 35 Tagen vorsieht, die bei Akzeptanz von elektronischen Angeboten gemäß Art. 45 Abs. 4 um fünf Tage verkürzt werden kann). Abs. 2 sieht wie bisher vor, dass die Angebotsfrist im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung einvernehmlich zwischen dem Auftraggeber und den ausgewählten Bewerbern festgelegt werden kann. Kommt eine einvernehmliche Festlegung nicht zustande, hat der Auftraggeber eine zumindest zehntägige Angebotsfrist vorzusehen. Hinzuweisen ist darauf, dass eine einvernehmlich festgelegte Angebotsfrist auch kürzer als zehn Tage sein kann. Zu Abs. 4 ist darauf hinzuweisen, dass § 246 nur für das offene Verfahren gilt, da nur dort eine Fristverkürzung wegen Dringlichkeit vorgesehen ist; die 10-Tages-Frist im Falle der nicht einvernehmlichen Festlegung im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung muss daher jedenfalls verlängert werden, wenn die Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zu Verfügung gestellt werden. Vgl. im Übrigen die Erläuterungen zu § 71.

Mit § 244 wird Art. 66 Abs. 3 der RL 2014/25/EU umgesetzt. Vgl. die Erläuterungen zu § 72.

Mit den §§ 245 und 246 wird Art. 45 Abs. 2 und 3 der RL 2014/25/EU umgesetzt. § 245 regelt die Verkürzung der Angebotsfrist im offenen Verfahren bei Vorliegen einer regelmäßigen nichtverbindlichen Bekanntmachung. Um die Fristverkürzung in Anspruch nehmen zu können, muss die regelmäßige nichtverbindliche Bekanntmachung die angeführten Vorgaben zeitlicher und inhaltlicher Art erfüllen. § 246 regelt die Verkürzung der Angebotsfrist im offenen Verfahren bei Dringlichkeit. Vgl. hierzu auch die Erläuterungen zu § 74.

Um den Gestaltungsspielraum des Sektorenauftraggebers im Unterschwellenbereich beizubehalten, werden in § 247 keine spezifischen Fristen festgelegt, sondern nur die allgemeinen Bestimmungen der §§ 238 bis 240 für maßgeblich erklärt.

Zu den §§ 248 bis 258 (Eignung der Unternehmer):

Die Bestimmungen des 3. Teiles über die Eignung bzw. die Eignungsprüfung sehen für Sektorenauftraggeber Vereinfachungen gegenüber den für öffentliche Auftraggeber im Sinne des 2. Teiles maßgeblichen Vorschriften vor; im Wesentlichen wird aber auf die Erläuterungen zum 4. Abschnitt des 3. Hauptstückes des 2. Teiles verwiesen.

Zu § 248 wird festgehalten, dass für die Sektorenauftraggeber – auch öffentliche Sektorenauftraggeber – keine Einschränkung hinsichtlich der Nachweise besteht, die potentiell zum Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (Eignung) vom Unternehmer verlangt werden können.

Gemäß § 248 Abs. 1 gilt grundsätzlich, dass Sektorenauftraggeber objektive Eignungskriterien festzulegen haben. § 248 Abs. 2 legt die Verpflichtung des Sektorenauftraggebers fest, nicht geeignete Unternehmer vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Hingewiesen wird hinsichtlich der Ausschlussgründe darauf, dass strafrechtliche Verurteilungen des Unternehmers bzw. der in § 249 Abs. 1 genannten Personen von allen Sektorenauftraggebern zu berücksichtigen sind, der betroffene Unternehmer somit auszuschließen ist. Bei den übrigen Ausschlussgründen sind nur öffentliche Sektorenauftraggeber zum Ausschluss des Unternehmers verpflichtet, sofern ein solcher Ausschlussgrund vorliegt; Sektorenauftraggeber gemäß den §§ 168 und 169 können die entsprechenden Ausschlussgründe in der Ausschreibung festlegen. Wenn der private Sektorenauftraggeber oder das öffentliche Unternehmen daher die Anwendung eines solchen Ausschlussgrundes festlegt, hat er auch die damit in Zusammenhang stehenden Regeln zu beachten.

Die Möglichkeit, ein Prüfsystem einzurichten und somit ein „Präqualifikationsverfahren“ vorzusehen, ist eine weitere Erleichterung für Sektorenauftraggeber gegenüber den Regelungen des für öffentliche Auftraggeber geltenden 2. Teiles. Der Vorteil der Einrichtung eines Prüfsystems liegt darin, dass der Sektorenauftraggeber das Prüfsystem für eine Bekanntmachung nützen kann. In diesem Fall ist bei nicht offenen und Verhandlungsverfahren die erste Phase, das sog. „short-listing“, insofern einfacher gestaltet,

als der Sektorenauftraggeber die Auswahl der Teilnehmer an derartigen Verfahren (ohne erneute Bekanntmachung) nur unter den sich im Rahmen des Prüfsystems qualifizierten Unternehmern vornehmen kann. Erfolgt die Bekanntmachung im Wege einer Bekanntmachung über das Bestehen eines Prüfsystems, erfolgt die Prüfung und Auswahl der Unternehmer gemäß § 256.

Zum Begriff der „Funktionsweise“ des Prüfsystems gemäß § 256 Abs. 2 wird auf Art. 77 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/25/EU verwiesen, welcher beispielhaft „die Aufnahme in das System, die regelmäßige Aktualisierung etwaiger Qualifizierungen und die Dauer der Aufrechterhaltung des Systems“ aufzählt.

§ 248 Abs. 1 stellt eine Umsetzung von Art. 78 Abs. 1 der RL 2014/25/EU dar. Mit § 249 wird Art. 80 Abs. 1 der RL umgesetzt. § 251 setzt die Art. 37 Abs. 2 sowie 80 Abs. 2 und 3 der RL um. Art. 80 Abs. 2 und 3 der RL werden auch durch die §§ 252 Abs. 1, 253 und 256 mit umgesetzt. § 256 setzt die Art. 75 Abs. 4 bis 6, 78 Abs. 2, 77, 79 Abs. 1 sowie 80 Abs. 1 und 3 der RL um. Mit § 258 wird Art. 81 Abs. 1 und 2 der RL umgesetzt.

Zu § 253 Abs. 1 und 2 ist hinzuzufügen, dass die Festlegung von Nachweisen bezüglich des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen bei öffentlichen Unternehmen bzw. privaten Sektorenauftraggebern nur insoweit erforderlich ist, als Ausschlussgründe anwendbar sind (zwingend § 249 Abs. 1) bzw. als anwendbar festgelegt wurden (alle übrigen Ausschlussgründe). Öffentliche Sektorenauftraggeber haben hingegen die entsprechenden Nachweise für alle im Gesetz genannten Ausschlussgründe festzulegen. Ferner ist zu beachten, dass gemäß den allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 193 Abs. 1) die Vergabe nur an „geeignete“ Unternehmer erfolgen darf. Um die Eignung zu prüfen, haben die Sektorenauftraggeber jedenfalls entsprechende Nachweise festzulegen.

Zu den §§ 259 bis 278 (Die Ausschreibung):

Vgl. dazu die Erläuterungen zum 5. Abschnitt des 3. Hauptstückes des 2. Teiles (§§ 88 bis 111).

Zu § 269 wird darauf hingewiesen, dass dies die dem § 100 entsprechende Regelung für den Sektorenbereich ist. Art. 4 der RL 2011/7/EU erfasst lediglich öffentliche Auftraggeber als Sektorenauftraggeber (vgl. Art. 2 Z 2 der Richtlinie), öffentliche Unternehmen und private Sektorenauftraggeber fallen hingegen unter den allgemeinen Art. 3 der genannten Richtlinie. Aufgrund von Sachlichkeitserwägungen sollen die Regelungen im Sektorenteil jedoch für alle Sektorenauftraggeber gelten. Insbesondere führt die Aufnahme auch der öffentlichen Unternehmen (die eine Sektorentätigkeit ausüben) und der privaten Sektorenauftraggeber in den § 269 dazu, dass ein Verstoß gegen die Bestimmungen des § 269 durch diese Auftraggeber – ebenso wie bei öffentlichen (Sektoren)Auftraggebern – der Präklusion unterliegt. Der unterschiedlichen Behandlung von öffentlichen Sektorenauftraggebern einerseits und öffentlichen Unternehmen und privaten Sektorenauftraggebern andererseits durch die RL 2011/7/EU wird weiters mit den Abs. 2 Z 2 und 3 Rechnung getragen, wonach öffentliche Unternehmen als Sektorenauftraggeber gemäß § 168 und private Sektorenauftraggeber gemäß § 169 jedenfalls und ohne weitere Begründung eine Zahlungsfrist bis zu 60 Tage festlegen können. Differenziert wird auch bei der zulässigen Höhe des Verzugszinssatzes. Während für öffentliche Sektorenauftraggeber die Sonderregelung des Abs. 5 gilt, wonach der gesetzliche Zinssatz durch Vereinbarung nicht unterschritten werden darf (vgl. Art. 4 Abs. 1 iVm Art. 2 Z 5 und 6 der RL 2011/7/EU), gilt für öffentliche Unternehmen und private Sektorenauftraggeber die allgemeine (mit dem UGB gleichlautende) Regel des Abs. 1, wonach vom gesetzlichen Zinssatz abgewichen werden darf, solange dies nicht grob nachteilig für den Unternehmer ist. Ein gänzlicher Ausschluss von Verzugszinsen ist jedoch auch für Sektorenauftraggeber gemäß den §§ 168 und 169 jedenfalls unzulässig (vgl. § 459 Abs. 4 UGB).

Abweichend zum 2. Teil ist auch, dass die Bestimmungen zur Barrierefreiheit gemäß § 275 und die Vorgaben für Gütezeichen gemäß § 276 Abs. 1 Z 1 bis 5 nur für den Oberschwellenbereich gelten. Für Gütezeichen bedeutet dies, dass ein Gütezeichen im Unterschwellenbereich verlangt werden kann, auch wenn es nicht alle Voraussetzungen gemäß § 276 Abs. 1 Z 1 bis 5 erfüllt; auch in diesem Kontext ist jedoch eine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung von Unternehmern (vgl. § 193 Abs. 1 und 9) unzulässig.

Mit § 260 wird Art. 73 Abs. 1 der RL 2014/25/EU umgesetzt. § 262 setzt die Art. 37 Abs. 2, 48 Abs. 1 dritter UAbs., 49 Abs. 1 vierter UAbs., 60 Abs. 1, 82 und 87 der Richtlinie um. § 263 setzt Art. 83 und Anhang XV der Richtlinie mit um (siehe auch § 265). Art. 36 Abs. 2 und Anhang XIV der Richtlinie werden mit § 264 umgesetzt. § 266 ist eine Umsetzung von Art. 64 der Richtlinie. § 268 setzt Teile von Art. 79 und Art. 88 Abs. 2 der Richtlinie um. Art. 54 der Richtlinie wird teilweise durch § 271 umgesetzt. § 274 setzt Art. 60 Abs. 2 bis 6 der Richtlinie um. Die Umsetzung von Art. 60 Abs. 1 vierter und fünfter UAbs. der Richtlinie findet sich in § 275, während Art. 61 und 62 ihre Umsetzung in den §§ 276 und 277 finden.

Zu den §§ 279 bis 291 (Ablauf einzelner Vergabeverfahren und Teilnehmer in diesen Vergabeverfahren):

Die Gliederung dieses Abschnittes entspricht jener des 6. Abschnittes des 3. Hauptstückes des 2. Teiles (vgl. die Erläuterungen zu den §§ 112 bis 124). Da nach dem System der RL 2014/25/EU alle im Bereich des „klassischen Vergaberechts“ zur Verfügung stehenden Vergabeverfahren nunmehr auch für Sektorenauftraggeber zur Verfügung stehen, enthalten die §§ 279 bis 291 nunmehr auch Bestimmungen über den Ablauf des wettbewerblichen Dialoges sowie der Innovationspartnerschaft.

Zu den §§ 279 und 280 vgl. die Erläuterungen zu den §§ 112 und 113. Mit § 279 Abs. 2 wird Art. 76 Abs. 7 erster UAbs. der RL 2014/25/EU umgesetzt.

Hinzuweisen ist darauf, dass die Bestimmungen zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens in § 281 weitgehend an die Regelungen des klassischen Teiles angeglichen wurden, um Unklarheiten sowie Diskrepanzen zwischen dem Verhandlungsverfahren im klassischen Bereich und dem Sektorenbereich einerseits sowie zwischen dem Verhandlungsverfahren und der Innovationspartnerschaft (vgl. hierzu die detaillierten Regelungen des Art. 49 der RL 2014/25/EU) innerhalb des Sektorenbereiches andererseits zu vermeiden. Im Übrigen ergeben sich die Anforderungen an das Verhandlungsverfahren aus der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des AEUV (vgl. dazu etwa Rs C-298/15, *Borta*, Rz 62 bis 72). Abweichungen zum klassischen Teil finden sich in § 281 Abs. 6 letzter Satz (Möglichkeit des Sektorenauftraggebers, in der Schlussphase des Verhandlungsverfahrens ohne weitere Einschränkung auch nur mit einem Bieter zu verhandeln, da die RL 2014/25/EU kein Pendant zu Art. 66 der RL 2014/24/EU enthält) und Abs. 9 (Zulässigkeit von Kaskadenverhandlungen auch im Oberschwellenbereich). Vgl. im Übrigen die Erläuterungen zu § 114.

Zu den §§ 282 bis 284 vgl. die Erläuterungen zu den §§ 115 bis 117. Die Regelungen zum Ablauf des wettbewerblichen Dialoges setzen Art. 48 der RL 2014/25/EU um. Sie entsprechen den Bestimmungen der §§ 115 bis 117 mit einer Abweichung in § 283 Abs. 5 zweiter Satz. Letzterer enthält die Möglichkeit des Sektorenauftraggebers, in der Schlussphase den Dialog ohne weitere Einschränkung auf einen Teilnehmer (und somit eine Lösung) zu reduzieren; unionsrechtlich ist dies zulässig, da die RL 2014/25/EU kein Pendant zu Art. 66 der RL 2014/24/EU enthält.

Zu den §§ 285 bis 288 vgl. die Erläuterungen zu den §§ 118 bis 121. Die Regelungen zum Ablauf der Innovationspartnerschaft setzen Art. 49 der RL 2014/25/EU um. Sie entsprechen großteils den Bestimmungen der §§ 118 bis 121. Abweichungen ergeben sich in § 287 Abs. 2 aufgrund der (im Vergleich zum klassischen Teil) leicht unterschiedlichen Regelungen im verwiesenen § 281. So wird in § 287 Abs. 2 Z 2 die Möglichkeit von Kaskadenverhandlungen im Oberschwellenbereich ausgeschlossen (da diese Möglichkeit in Art. 49 der RL 2014/25/EU nicht vorgesehen ist); umgekehrt fehlt eine § 120 Abs. 2 Z 2 entsprechende Regelung, da es dem Sektorenauftraggeber gemäß § 281 Abs. 6 letzter Satz bereits freisteht, in der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens auch mit nur einem Bieter zu verhandeln.

§ 289 regelt Anzahl und Auswahl der Teilnehmer im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Bei der Mindestzahl von drei aufzufordernden Unternehmern in Abs. 3 handelt es sich lediglich um eine „Soll-Bestimmung“; gibt es etwa keine hinreichende Anzahl geeigneter Unternehmen (zB bei engen Märkten), kann die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden oder liegen äußerst dringliche, zwingende Gründe vor, so gilt diese Mindestzahl nicht. Dass die festgelegte Anzahl einen echten Wettbewerb gewährleisten muss, ergibt sich aus Art. 78 Abs. 2 letzter Satz der RL 2014/25/EU. Es ist darauf hinzuweisen, dass Unternehmer nur in jener Form (als Einzelunternehmer oder Bietergemeinschaft) ein Angebot legen dürfen, in der sie vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden (vgl. dazu die Regelung des § 302 Abs. 1 Z 6).

§ 290 regelt die Teilnahmebestimmungen für alle zweistufigen Vergabeverfahren. Die Abs. 1 und 2 entsprechen der Regelung des § 123 Abs. 1 und 2 für öffentliche Auftraggeber; auf die diesbezüglichen Erläuterungen wird verwiesen. Abs. 3 dient insbesondere der Umsetzung von Art. 78 Abs. 2 der RL 2014/25/EU und statuiert, dass die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer anhand der Auswahlkriterien zu erfolgen hat, wobei die Kriterien allen interessierten Unternehmern zugänglich sein müssen. Art. 78 Abs. 2 der RL 2014/25/EU spricht von einem angemessenem „Gleichgewicht“ bzw. von „an appropriate balance“ zwischen den Merkmalen des Vergabeverfahrens und den notwendigen Ressourcen für die Durchführung des Vergabeverfahrens. Der unveränderte englische Begriff wurde in der Art. 54 Abs. 3 der RL 2004/17/EG zutreffender mit „angemessenes Verhältnis“ übersetzt; dieser Begriff soll daher in Abs. 3 zweiter Satz beibehalten werden. Zu den Auswahlkriterien vgl. auch § 2 Z 22 lit. a sowie die dazugehörigen Erläuterungen. So müssen Auswahlkriterien insbesondere nicht gewichtet, sondern lediglich in der Reihenfolg ihrer Bedeutung angegeben werden. Mit Abs. 4 wird Art. 76 Abs. 3

der RL 2014/25/EU umgesetzt. Die Abs. 3 und 4 sind auch für die Auswahl der Teilnehmer aus dem Kreis derer, die sich im Rahmen eines Prüfsystems qualifiziert haben, maßgeblich (vgl. § 256 Abs. 10 letzter Satz).

§ 290 Abs. 5 legt die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer mit mindestens drei fest; da es sich hierbei um eine „Soll-Bestimmung“ handelt, sind Abweichungen (dh. die Festlegung einer geringeren Anzahl von aufzufordernden Unternehmern) aus sachlichen Gründen möglich. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten (vgl. Art. 78 Abs. 2 der RL 2014/25/EU). Abs. 6 dient ua. der Umsetzung von Art. 75 Abs. 2 lit. a und 3 der RL 2014/25/EU. Abs. 7 stellt klar, dass der Sektorenauftraggeber das Verfahren mit den geeigneten Bewerbern fortführen kann, auch wenn die Zahl der eingelangten Teilnahmeanträge von geeigneten Bewerbern unter der gemäß Abs. 5 festgelegten Mindestzahl liegt. Geeignete Bewerber gemäß dieser Bestimmung sind jene Unternehmer, die befugt, zuverlässig und leistungsfähig sind und rechtzeitig einen Teilnahmeantrag gestellt haben. Eine Einbeziehung zusätzlicher (geeigneter) Unternehmer, die nicht rechtzeitig einen Teilnahmeantrag gestellt haben, ist nur im Unterschwellenbereich zulässig. Im Oberschwellenbereich ist eine Einbeziehung zusätzlicher Unternehmer im Lichte von Art. 46 Abs. 2 erster UAbs. erster Satz, Art. 47 Abs. 2 erster UAbs. erster Satz, Art. 48 Abs. 1 dritter UAbs. erster Satz und Art. 49 Abs. 1 vierter UAbs. zweiter Satz der RL 2014/25/EU nicht zulässig. Abs. 8 dient der Umsetzung von Art. 74 Abs. 1 erster UAbs. und Abs. 2 der RL 2014/25/EU. Die in die Aufforderung des Sektorenauftraggebers zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme am Dialog aufzunehmenden Angaben sind in Anhang XV Z 2 angeführt (vgl. Art. 74 Abs. 2 iVm Anhang XIII der RL 2014/25/EU). Es ist darauf hinzuweisen, dass Unternehmer nur in jener Form (als Einzelunternehmer oder Bietergemeinschaft) ein Angebot legen dürfen, in der sie vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden (vgl. dazu die Regelung des § 302 Abs. 1 Z 6).

§ 291 dient der Umsetzung der Art. 44 Abs. 4 zweiter UAbs. und 74 Abs. 1 erster UAbs. und Abs. 2 der RL 2014/25/EU und regelt die Aufforderung zur Interessensbestätigung für den Fall, dass die Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe eines Auftrages mittels einer regelmäßigen nichtverbindlichen Bekanntmachung erfolgt. Vgl. dazu auch die Erläuterungen zu § 124.

Zu den §§ 292 bis 297 (Das Angebot):

Vgl. dazu die Erläuterungen zum 7. Abschnitt des 3. Hauptstückes des 2. Teiles (§§ 125 bis 131).

Die Vorgaben für den Inhalt eines Angebotes bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung in § 295 sind gegenüber den analogen Bestimmungen in § 128 erheblich reduziert.

Die Regelungen über die Zuschlagsfrist in § 297 entsprechen im Wesentlichen denjenigen des klassischen Bereiches in § 131 mit Ausnahme der Länge der Zuschlagsfrist, falls keine Festlegung in der Ausschreibung erfolgt. In diesem Fall wird die Länge der Zuschlagsfrist mit zwei Monaten festgesetzt.

Mit § 294 Abs. 1 Z 2 wird Art. 88 Abs. 2 und 4 der RL 2014/25/EU mit umgesetzt.

Zu den §§ 298 bis 303 (Öffnung und Prüfung der Angebote, Ausscheiden von Angeboten):

Art. 84 der RL 2014/25/EU wird mit den §§ 300 und 301 umgesetzt (vgl. dazu grundsätzlich auch die Ausführungen zu den §§ 137 und 138 wobei zu beachten ist, dass insbesondere die Regelungen des § 300 weniger detailliert sind als jene des § 137). § 303 setzt Art. 85 der Richtlinie um.

Anders als bei einem Vergabeverfahren eines öffentlichen Auftraggebers – siehe die Vorgaben des § 133 – ist bei einem Vergabeverfahren durch einen Sektorenauftraggeber keine formalisierte Angebotsöffnung erforderlich (siehe § 298 Abs. 5). Auch darüber hinaus ist die Regelung dieses Abschnittes weniger formal als jene im 2. Teil dieses Bundesgesetzes; so fehlen hier die Bestimmungen der §§ 139 und 140 zu Aufklärungen und Erörterungen bzw. zur Dokumentation der Angebotsprüfung.

§ 302 Abs. 1 entspricht im Wesentlichen der Bestimmung des § 141 Abs. 1 für öffentliche Auftraggeber; nicht übernommen wurden aus § 141 Abs. 1 die Z 4, 5 und 8, da der 3. Teil für Sektorenauftraggeber keine entsprechenden Regelungen enthält. Hinzuweisen ist allerdings auf § 302 Abs. 2, wonach dem Sektorenauftraggeber die Möglichkeit eingeräumt wird („kann“), Unternehmer, die verlangte Aufklärungen nicht erbracht haben, auszuscheiden. Darüber hinaus steht es dem Sektorenauftraggeber frei, weitere Ausscheidungsgründe in den Ausschreibungsunterlagen zu normieren, bei Vorliegen eines solchen Ausscheidungsgrundes kann mit einer Ausscheidung gemäß § 302 Abs. 1 Z 5 (den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote) vorgegangen werden.

Zu § 302 Abs. 1 Z 1 wird hinsichtlich der Sektorenauftraggeber gemäß den §§ 168 und 169 angemerkt, dass ein Ausschluss voraussetzt, dass diese Sektorenauftraggeber die Ausschlussgründe gemäß § 249 Abs. 2 für anwendbar erklärt haben.

Zu § 303 ist darauf hinzuweisen, dass Abs. 4 im Gegensatz zu Abs. 3 eine Verpflichtung zum Ausscheiden enthält. Abs. 4 berührt nicht den zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehenden Liberalisierungsgrad gegenüber Drittländern aufgrund des GPA.

Zu den §§ 304 bis 307 (Der Zuschlag):

Vgl. dazu die Erläuterungen zum 3. Unterabschnitt des 8. Abschnittes des 3. Hauptstückes des 2. Teiles (§§ 142 bis 145). Mit § 305 Abs. 1 wird Art. 75 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 der RL 2014/25/EU mit umgesetzt.

Zu den §§ 308 bis 311 (Beendigung des Vergabeverfahrens):

Vgl. dazu die Erläuterungen zum 9. Abschnitt des 3. Hauptstückes des 2. Teiles (§§ 146 bis 150).

Die Dokumentationspflichten für Sektorenauftraggeber in § 309 sind gegenüber den Dokumentationspflichten für öffentliche Auftraggeber (siehe § 147) erheblich reduziert. § 309 dient der Umsetzung des Art. 100 Abs. 1 und 3 der RL 2014/25/EU. Der in § 309 Abs. 1 Z 1 enthaltene Begriff „Prüfung“ erstreckt sich auch auf die Prüfung im Rahmen eines Prüfsystems.

Zu § 310: Anders als in den Regelungen der §§ 148 und 149 für öffentliche Auftraggeber wird für Sektorenauftraggeber lediglich bestimmt, dass diese eine Ausschreibung aus sachlichen Gründen widerrufen können. Zur Beurteilung, wann ein derartiger sachlicher Grund vorliegt, wird auf die Tatbestände der §§ 148 und 149 und die Erläuterungen dazu verwiesen.

Die Regelung des § 311 lehnt sich an die analoge Bestimmung für öffentliche Auftraggeber in § 150 an. Da für Sektorenauftraggeber keine detaillierte Auflistung der Tatbestände, die einen Widerruf ermöglichen, besteht, sind auch die Bekanntgabeverpflichtungen hinsichtlich der Widerrufsentscheidung einfacher geregelt.

Zu den §§ 312 bis 326 (Bestimmungen über besondere Aufträge und für besondere Verfahren):

Vgl. dazu die Erläuterungen zum 4. Hauptstück des 2. Teiles (§§ 151 bis 165).

Abweichend von den Bestimmungen im 2. Teil ist die Regelung über den Abschluss von Rahmenvereinbarungen und die Vergabe von Aufträgen aufgrund von Rahmenvereinbarungen (vgl. die §§ 314 bis 316). Wie bisher soll die Regelung nur die notwendigen gesetzlichen Vorgaben erfassen. Auch im Sektorenbereich ist der erneute Aufruf zum Wettbewerb möglich, dieser ist jedoch nicht so detailliert geregelt wie im klassischen Teil (und dort von der Richtlinie 2014/24/EU vorgegeben, vgl. Art. 33 dieser Richtlinie). Hinzuweisen ist darauf, dass die Regelungen der §§ 314 bis 316 auch für den Unterschwellenbereich gelten.

Mit den §§ 312 und 313 werden die Art. 90 bis 94 der RL 2014/25/EU mit umgesetzt. Die §§ 314 bis 316 sollen die Art. 51 sowie 54 Abs. 4 und 5 der RL umsetzen. Die §§ 317 bis 320 stellen eine Mitumsetzung von Art. 53 und Anhang VII der RL dar. Mit den §§ 321 bis 323 werden die Art. 52 und 54 Abs. 6 der RL umgesetzt. Die §§ 324 bis 326 setzen die Art. 97 und 98 der RL um.

Zum 4. Teil (Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht):

Der 4. Teil enthält die insbesondere für die Umsetzung der unionsrechtlichen Anforderungen zentralen gesetzlichen Regelungen eines Rechtsschutzverfahrens in Vergabeangelegenheiten. Die Abfolge der Gliederungsebenen entspricht der Systematik des BVergG 2006.

Der Rechtsschutzteil übernimmt im Kern das mit dem BVergG 2002 eingeführte und durch das BVergG 2006 fortgeführte System. Insbesondere wird die Unterscheidung in gesondert und bloß „verbunden“ (nicht-gesondert) anfechtbare Entscheidungen (diese Regelung erfolgt im materiellen Teil in § 2 Z 15) aufrechterhalten und werden Fristen für die Anfechtung festgelegt und wird die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen von der vorherigen Erlangung einer Feststellung abhängig gemacht. Die Änderungen ergeben sich aus der Notwendigkeit der Anpassung an die Vorgaben der neuen Vergaberichtlinien (Die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG [RMRL] bzw. die Richtlinie 92/13/EWG [Sektoren-RMRL] wurden nicht geändert: Art. 46 und 47 der RL 2014/23/EU enthalten lediglich eine Erstreckung des Geltungsbereiches auf Konzessionsvergaben und Zitatanpassungen.) und an verschiedene Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH. Es wird sohin weitgehend das bisher geltende Rechtsschutzsystem im Vergaberecht fortgeführt.

Neu sind Regelungen zur Verfahrenshilfe, die die erforderlichen Abweichungen vom Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, normieren.

Eine wesentliche Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage ergibt sich durch die Vereinheitlichung der Fristen im Nachprüfungsverfahren auf zehn Tage im Oberschwellen- wie auch im Unterschwellenbereich. Weiters kommt es aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben zu Änderungen der Passivlegitimation im Rechtsschutzverfahren. Wenn im 4. Teil vom „Auftraggeber“ die Rede ist, meint

dies im Falle der gemeinsamen Auftragsvergabe gemäß § 22 bzw. § 195 den bzw. die in der gemeinsamen Ausschreibung angeführten Auftraggeber, da diese Parteien im Rechtsschutzverfahren sein sollen; im Feststellungsverfahren sind es alle an der Auftragsvergabe beteiligten Auftraggeber.

Weiters werden in Folge der Entscheidung des EuGH vom 26. November 2015, Rs C-166/14, *MedEval*, die Fristen im Feststellungsverfahren angepasst.

Die verfassungsrechtlich gebotene Erstreckung des vergabespezifischen Rechtsschutzes auf den Unterschwellenbereich (vgl. VfSlg. 16.027/2000) hat zur Folge, dass auch im Unterschwellenbereich die Beschreitung des Zivilrechtsweges wie bisher unzulässig ist. Daher kann vor Zuschlagserteilung eine rechtswidrige Vergabeentscheidung auch im Unterschwellenbereich nur durch Antrag auf Nichtigerklärung und auf einstweilige Verfügung an das BVwG, nicht jedoch durch Klage vor dem Zivilgericht verhindert werden. Ebenso gilt im Unterschwellenbereich das vergaberechtliche Sonderschadenersatzrecht. Schadenersatzklagen bedürfen daher auch im Unterschwellenbereich der vorherigen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung durch das BVwG.

Zu § 327 (Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes):

Mit dieser Bestimmung soll für den Bereich der Bundesvollziehung weiterhin von der Ermächtigung des Art. 130 Abs. 2 Z 2 B-VG Gebrauch gemacht werden, wonach durch Bundes- oder Landesgesetz sonstige Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens vorgesehen werden können. Die Zuständigkeit des BVwG besteht nur hinsichtlich jener Auftraggeber, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG).

Gegen die Entscheidung des BVwG kann (ordentliche oder außerordentliche) Revision beim VwGH erhoben werden (Art. 133 Abs. 1 Z 1 B-VG). Eine solche Revision bewirkt im Allgemeinen keine Verzögerung des zugrunde liegenden Vergabeverfahrens, da ihr grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt (§ 30 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 – VwGG, BGBl. Nr. 10/1985).

Zu § 328 (Senatszuständigkeit und –zusammensetzung):

Das BVwG soll in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens grundsätzlich durch Senate entscheiden. Abs. 1 enthält eine Aufzählung von Angelegenheiten, in denen abweichend von diesem Grundsatz die Entscheidung durch einen Einzelrichter erfolgen kann. Die gemäß § 9 des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes – BVwGG, BGBl. I Nr. 10/2013, dem Vorsitzenden obliegenden Aufgaben bleiben von der vorliegenden Bestimmung unberührt.

Hinsichtlich der Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist darauf hinzuweisen, dass Entscheidungen über diese Anträge nicht die Rechtssache an sich erledigen und deshalb in Form eines Beschlusses erfolgen sollen (vgl. § 31 Abs. 1 VwGVG). Abs. 2 regelt die Senatszusammensetzung. Wie bisher soll der Senat aus einem Berufsrichter und zwei fachkundigen Laienrichtern bestehen.

Zu § 329 (Fachkundige Laienrichter):

Die Bestimmung entspricht dem geltenden § 293 BVergG 2006. Die Bestellung aller Laienrichter obliegt gemäß § 12 Abs. 3 BVwGG dem Bundeskanzler.

Zu § 330 (Aufgabe des Vorsitzenden):

Die Regelung entspricht – von terminologischen Anpassungen abgesehen – dem bisherigen § 294 BVergG 2006. Die gemäß § 9 BVwGG dem Vorsitzenden obliegenden Aufgaben bleiben von der vorliegenden Bestimmung unberührt. Grundsätzlich sind den fachkundigen Laienrichtern alle entscheidungsrelevanten Dokumente zu übermitteln. Aufgrund des Umfanges gewisser Dokumente bzw. des Umfanges der Unterlagen eines Nachprüfungs- bzw. Feststellungsverfahrens an sich kann es jedoch in gewissen Fällen untunlich sein, alle entscheidungsrelevanten Dokumente zu übermitteln, da dies zu einem unverhältnismäßigen verwaltungstechnischen Aufwand beim BVwG führen würde (Einscannen und Übermittlung von umfangreichen Ordnern oder postalische Übermittlung von Ordnerkopien, da eine Übermittlung per E-Mail aufgrund technischer Vorkehrungen wie zB einer Postfachbeschränkung nicht möglich ist). In diesen Fällen müssen die entscheidungsrelevanten Dokumente für die fachkundigen Laienrichter lediglich bereitgehalten werden (dh. Bereithaltung zur Einsichtnahme beim BVwG oder durch Bereitstellung eines Zuganges zum elektronischen Akt des BVwG [derzeit eVA+]). Der Bereithaltung ist auch dann der Vorzug zu geben, wenn im Rahmen der Durchführung eines Verfahrens beim BVwG hochsensible (zB klassifizierte) Informationen den fachkundigen Laienrichtern zur Kenntnis gebracht werden müssen. Die Tatsache, dass alle Verfahrensunterlagen von den fachkundigen Laienrichtern grundsätzlich vertraulich zu behandeln sind (wegen Geschäfts- oder Berufsgeheimnissen, Informationen über Kalkulationen, Preise usw.) rechtfertigt für sich aber noch keine Ausnahme vom oben genannten Grundsatz der Übermittlung.

Zu § 331 (Unvereinbarkeit):

§ 331 enthält die Unvereinbarkeitsregelungen hinsichtlich der fachkundigen Laienrichter und entspricht dem geltenden § 295 BVergG 2006. Die Regelungen betreffend die Unvereinbarkeiten der Mitglieder des BVwG finden sich bereits in Art. 134 Abs. 5 B-VG.

Zu § 332 (Ausschluss fachkundiger Laienrichter und Ablehnung durch die Parteien):

Die fachkundigen Laienrichter sollen in jenen Verfahren ex lege von der Mitwirkung an einer Entscheidung ausgeschlossen sein, in welchen eine Auftragsvergabe jener Institution überprüft wird, die sie entsendet hat oder auf deren Vorschlag die Bestellung zum fachkundigen Laienrichter erfolgt ist. Auch das Ablehnungsrecht des Abs. 2 entspricht dem geltenden Recht und ergänzt insoweit die Befangenheitsregelung des § 6 VwGVG.

Zu § 333 (Anzuwendendes Verfahrensrecht):

Gemäß § 17 VwGVG sind nur auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG das AVG und andere verfahrensrechtliche Bestimmungen im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht anzuwenden. Insofern ist es erforderlich, eine analoge Regelung betreffend die subsidiäre Anwendung der genannten Bestimmungen des AVG auch für das Verfahren vor dem BVwG in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens vorzusehen. Dabei ist hinsichtlich des Fristenlaufes klarzustellen, dass nach den Regelungen des AVG der Tag des fristauslösenden Ereignisses nicht zur Frist zählt. Dieses Verständnis setzen die Fristen des Rechtsschutzteiles voraus. Auch nach der Verordnung (EWG, EURATOM) Nr. 1182/71 gilt diese Regel (vgl. die §§ 67 und 238).

Zu § 334 (Zuständigkeit):

Die Zuständigkeiten des BVwG werden beibehalten. Terminologisch wird weiterhin zwischen dem Nachprüfungsverfahren (vor der Zuschlagserteilung) und dem Feststellungsverfahren (nach Beendigung des Vergabeverfahrens) unterschieden. Die Aufzählung der Sonderzuständigkeiten des BVwG ist abschließend. Unberührt bleiben die aus dem VwGVG erfließenden Kompetenzen, etwa verfahrensrechtliche Entscheidungen zu treffen, zB über eine Wiederaufnahme des Verfahrens oder über einen Kostenersatz zu entscheiden. Ebenso ist das BVwG dazu zuständig, mit den in § 335 verfügten Abweichungen nach Maßgabe der Bestimmungen des VwGVG über Verfahrenshilfeanträge betreffend Feststellungsanträge zu entscheiden. Im zweiten Satz des Abs. 1 wird ausdrücklich angeordnet, dass sämtliche Anträge unmittelbar beim BVwG einzubringen sind, da die Regelungen der §§ 12 und 20 VwGVG für Verfahren in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens nicht einschlägig sind.

Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die Möglichkeit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch schon vor (und daher unabhängig von) der Stellung eines Antrages auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung bestehen (vgl. EuGH vom 19. September 1996, Rs C-236/95, *Kommission/Griechenland*, und vom 15. Mai 2003, Rs C-214/00, *Kommission/Spanien*). Die Regelung für die Erlassung einstweiliger Verfügungen ist daher wie schon bisher von jener für das Nachprüfungsverfahren getrennt.

Die in Abs. 2 geregelte Befassung zur Nachprüfung ist nur bis zum Zeitpunkt des erfolgten Zuschlages bzw. Widerrufes zulässig und entspricht den unionsrechtlichen Vorgaben aufgrund der RMRL und der Sektoren-RMRL.

Das BVergG 2017 hält an der durch das BVergG 2002 eingeführten und durch das BVergG 2006 fortgeführten Unterscheidung zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen fest. Nach diesem Konzept können nur die gesondert anfechtbaren Entscheidungen mit einem eigenständigen Nachprüfungsantrag angefochten und für nichtig erklärt werden; die Rechtswidrigkeit der jeweils vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen ist im Wege der Anfechtung der jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung geltend zu machen und hat allenfalls zur Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung zu führen. Eine zusätzliche ausdrückliche Anfechtung oder Nichtigerklärung der nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen ist in diesem System nicht zulässig.

Beschwerden an die Verwaltungsgerichte müssen Beschwerdepunkte grundsätzlich nicht enthalten (vgl. zB VwGH vom 17. Dezember 2014, Ro 2014/03/0066). Vielmehr hat sich das Verwaltungsgericht nach dem Konzept des VwGVG sowohl mit den Beschwerdegründen als auch mit dem Begehren auseinanderzusetzen. Demgegenüber soll jedoch die Prüfungsbefugnis des BVwG im Vergabeverfahren auf die jeweils geltend gemachte Verletzung in bestimmten Rechten (Beschwerdepunkte) beschränkt sein (siehe dazu Abs. 2 Z 2). Der Antragsteller ist nach § 344 Abs. 1 Z 5 daher verpflichtet zu präzisieren, in welchen Rechten er sich als verletzt erachtet. Andere als die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten kann das BVwG somit nicht aufgreifen. Dies berührt jedoch nicht die Frage der amtswegigen Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes.

Die Feststellungskompetenzen des BVwG nach Zuschlagserteilung werden in Abs. 3 abschließend angeführt und entsprechen jenen des § 312 Abs. 3 BVergG 2006. Sie setzen die Vorgaben der RMRL und Sektoren-RMRL um:

Nach Abs. 3 Z 1 hat das BVwG im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Auf Antrag des Auftraggebers kann das BVwG gemäß Abs. 3 Z 2 weiters feststellen, ob auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen der Antragsteller keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Einer derartigen Feststellung kommt besondere Bedeutung für einen allfälligen Schadenersatzprozess zu. Sie dient insbesondere auch der Entlastung der ordentlichen Gerichte in Vergabeangelegenheiten.

Das Vorliegen einer „echten Chance“ wird vom BVwG danach zu beurteilen sein, ob der Antragsteller in den engeren Auswahlkreis hinsichtlich der Auftragsvergabe gekommen wäre. Aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles wird zu entscheiden sein, ob eine echte Chance, dh. eine konkrete Möglichkeit der Zuschlagserteilung vorgelegen ist. In der Praxis hat es sich erwiesen, dass eine negative Feststellung (zB ob jemand den Zuschlag keinesfalls erhalten hätte) einfacher zu treffen ist als eine positive Feststellung, die oft aufwendige Sachverständigengutachten erfordert. Im Interesse der Effektivität des Rechtsschutzes soll daher das BVwG auf Antrag zur Feststellung zuständig sein, ob der Antragsteller keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages hatte. Der Terminus „echte Chance“ entstammt der Terminologie der Sektoren-RMRL.

Aus Gründen der Einfachheit soll in Abs. 3 Z 2 und Abs. 4 Z 2 lediglich von den „entsprechenden Bestimmungen“ gesprochen werden; darunter sind die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, der hierzu ergangenen Verordnungen oder des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts zu verstehen, hinsichtlich derer ein Verstoß behauptet wird und Gegenstand eines Verfahrens gemäß Abs. 3 Z 1 bzw. Abs. 4 Z 1 ist.

Die Abs. 3 Z 3 bis 5 enthalten die gemäß Art. 2d Abs. 1 lit. a bis c der RMRL und der Sektoren-RMRL vorzusehenden Kompetenzen der Vergabekontrollbehörde. Gemäß diesen unionsrechtlichen Vorgaben müssen folgende Fälle grundsätzlich eine Unwirksamkeit des Vertrages nach sich ziehen:

1. Unzulässige Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung: Dies wird durch Abs. 3 Z 3 umgesetzt. Durch den Wortlaut wird ua. auch die Fallkonstellation eines offenkundig unzulässigen Zuschlages direkt an einen Unternehmer erfasst, ohne dass andere Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt waren. Im Rahmen der Z 3 ist festzustellen, ob „ein Vergabeverfahren“ rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde. Wenn daher statt des gewählten Verfahrens (zB Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung) ein anderes Verfahren ohne Bekanntmachung (zB ein nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung) zulässig gewesen wäre, so wurde nicht im Sinne der Z 3 ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt.

2. Verstoß gegen Art. 2a Abs. 2 der RMRL und der Sektoren-RMRL: Die genannten Bestimmungen sehen vor, dass der Auftraggeber im Anschluss an die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung eine Stillhaltefrist einzuhalten hat, in der der Zuschlag nicht erteilt werden darf. Aus Gründen der Klarheit werden in den RL die materiell darin zum Ausdruck kommenden Verstöße (Unterbleiben der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, wodurch überhaupt keine Stillhaltefrist ausgelöst wird, sowie Missachtung der Stillhaltefrist) getrennt ausgewiesen. Die Unwirksamkeit als Folge des erstgenannten Verstoßes (Unterbleiben der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung) wird durch Abs. 3 Z 4 umgesetzt. Zur Frage, wann von einer Zuschlagserteilung ohne Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung auszugehen ist, ist auf die Definition des § 2 Z 49 zu verweisen, wonach es sich bei der Zuschlagsentscheidung um die an Bieter übermittelte bzw. für diese bereitgestellte nicht verbindliche Absichtserklärung handelt, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Wenn daher die in § 143 Abs. 1 zweiter Satz bzw. § 305 Abs. 1 zweiter Satz enthaltenen Vorgaben in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nicht (oder nicht ausreichend) enthalten sind, kann dies zur Anfechtbarkeit der (rechtswidrigen) Zuschlagsentscheidung führen, begründet aber keinen Anwendungsfall des Abs. 3 Z 4.

Die Missachtung der Stillhaltefrist hat wie bisher ex lege die absolute Nichtigkeit zur Folge (vgl. die §§ 144 Abs. 1, 151 Abs. 7, 154 Abs. 4, 306 Abs. 1, 312 Abs. 7 und 315 Abs. 2); eine entsprechende Feststellungskompetenz der Vergabekontrollbehörde muss daher nicht vorgesehen werden.

3. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 3 der RMRL und der Sektoren-RMRL: Die genannten Bestimmungen sehen vor, dass der Auftraggeber nach einem Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung den Vertrag so lange nicht abschließen darf, bis die Nachprüfungsstelle ihre Entscheidung (in der Hauptsache oder

über eine vorläufige Maßnahme) getroffen hat. Da die Missachtung des Suspensiveffektes (eines Antrages auf einstweilige Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlages begehrt wird) wie bisher die Nichtigkeit zur Folge hat (vgl. § 351 Abs. 2), muss eine entsprechende Feststellungskompetenz der Vergabekontrollbehörde nicht vorgesehen werden.

4. Wird der Zuschlag aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems unter Verletzung der jeweils einschlägigen Bestimmungen für den Abruf aus einer Rahmenvereinbarung bzw. eines dynamischen Beschaffungssystems erteilt, so kann die Rechtswidrigkeit des Zuschlages festgestellt werden (Abs. 3 Z 5).

Zu den Z 6 und 7: Nach den Bestimmungen der RMRL und der Sektoren-RMRL muss nicht nur über die Unwirksamkeit selbst, sondern auch über den Zeitpunkt ihres Eintretens abgesprochen werden. Weiters besteht nach der RMRL und der Sektoren-RMRL die Möglichkeit – trotz des Vorliegens eines (im Regelfall) die Unwirksamkeit des Vertrages nach sich ziehenden Verstoßes – von der Unwirksamkeit abzusehen und stattdessen sogenannte „alternative Sanktionen“ zu verhängen. Aus diesem Grund soll das BVwG wie bisher Verträge unter bestimmten Voraussetzungen für nichtig erklären können sowie – wenn von der Nichtigerklärung abgesehen wird – Sanktionen verhängen.

Abs. 3 Z 6 und 7 enthalten Kompetenzen, die nicht selbständig, sondern nur in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 ausgeübt werden können. Die näheren Regelungen hinsichtlich der Ausübung dieser Kompetenzen finden sich in § 356 Abs. 2 bis 10.

Analog zur Kompetenz des BVwG, Verträge bei Vorliegen bestimmter Verstöße ex tunc für nichtig zu erklären, soll es gemäß Abs. 4 Z 4 gleichermaßen die Kompetenz haben, einen Widerruf für unwirksam zu erklären; dies dann, wenn es festgestellt hat, dass der Widerruf wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder wenn es festgestellt hat, dass der Widerruf rechtswidrigerweise ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung erklärt worden ist.

Abs. 5 enthält wie schon bisher eine Feststellungskompetenz des BVwG für jene Fälle, in denen der Auftraggeber ein Vergabeverfahren nicht ordnungsgemäß beendet, sondern „offen“ lässt.

Zu § 335 (Verfahrenshilfe):

Die Regelungen zur Verfahrenshilfe sind aufgrund der Einführung des § 8a VwGVG in Folge der Rechtsprechung des VfGH (VfSlg. 19.989/2015) erforderlich. Ein Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe soll nur für die Einbringung eines Feststellungsantrages zulässig sein. Dies deshalb, da die Gewährung von Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages (sowie eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) denkunmöglich erscheint: Nur wirtschaftlich leistungsfähige Unternehmen sollen an einem Vergabeverfahren teilnehmen. Unternehmen, denen diese Bonität fehlt, sind entweder gemäß den §§ 78 Abs. 1 bzw. 249 Abs. 2 zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen bzw. ist ihr Angebot auszuscheiden (§ 141 Abs. 1 Z 2 bzw. § 302 Abs. 1 Z 2). Der EuGH hat diese Sichtweise in mehreren Urteilen bestätigt (vgl. zB EuGH Rs C-61/14, *Orizzonte Salute*, Rz 64). Es wäre daher ein Widerspruch, einem mittellosen Unternehmen Verfahrenshilfe zu gewähren, obwohl dieses aufgrund des Mangels an wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nicht in die Situation kommen kann, den Auftrag (auch nur theoretisch) zu bekommen. Der Antragsteller würde mit dem Nachweis seiner Mittellosigkeit geradezu belegen, dass er im Vergabeverfahren auszuschließen bzw. sein Angebot auszuscheiden ist. In einem Feststellungsverfahren kann sich die Situation denkmöglich hingegen anders gestalten: In diesem Fall könnte der Antragsteller während des Vergabeverfahrens noch leistungsfähig gewesen sein und in weiterer Folge aber diese Leistungsfähigkeit zu einem späteren Zeitpunkt – zu dem die Einleitung eines Feststellungsverfahrens noch möglich war – verloren haben. Für diese äußerst selten zu erwartenden Fälle ist es erforderlich, entsprechende Abweichungen vom sonst geltenden § 8a VwGVG, und zwar hinsichtlich dessen Abs. 1, 3, 4, 6 und 7 zu treffen.

Zu § 336 (Auskunftspflicht):

Die Auskunftspflicht entspricht im Wesentlichen jener des geltenden § 313 BVergG 2006. Die Verpflichtung zur Auskunft gilt ungeachtet aller Verpflichtungen der Auftraggeber oder der vergebenden Stellen zur Wahrung der Vertraulichkeit oder Geheimhaltung (vgl. dazu auch EuGH Rs C-450/06, *Varec*, Rz 53). Unterlagen sind in geordneter Weise vorzulegen: dies bedeutet, dass insbesondere bei Vorlage von umfangreichen Akten die einzelnen Unterlagen (zB chronologisch) geordnet vorzulegen, nachvollziehbar zu benennen und in einem Inhaltsverzeichnis (zum Zweck der Übersichtlichkeit und schnellen Eruierung der Vollständigkeit) aufzulisten sind.

Die Bestimmung erfasst auch die Auskunft bzw. Vorlage im Hinblick auf einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe, vgl. § 8a Abs. 6 erster Satz VwGVG. Hinzuweisen ist darauf, dass eine Verletzung der Auskunftspflicht eine Verwaltungsübertretung gemäß § 376 begründet.

Zu § 337 (Akteneinsicht):

Da die Regelung des § 21 VwGVG im Zusammenhang mit Rechtsschutzverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unzureichend ist (so wird etwa der Situation von schutzwürdigen Interessen von beteiligten Unternehmern nicht Rechnung getragen), wird eine entsprechende Bestimmung für die Akteneinsicht geschaffen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch auf den Bereich der Rechtsschutzverfahren gemäß BVergGVS 2012 hinzuweisen. Wie der EuGH in der Rs C-450/06, *Varec*, betonte, würde die praktische Wirksamkeit der Richtlinienbestimmungen betreffend den Schutz von vertraulichen Informationen ernsthaft gefährdet werden, „*wenn im Rahmen der Klage gegen eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags alle dieses Vergabeverfahren betreffenden Angaben dem Kläger, ja sogar anderen Personen, wie etwa Streithelfern, uneingeschränkt zur Verfügung gestellt werden müssten. In einem solchen Fall würde schon durch die Erhebung einer Klage der Zugang zu Informationen eröffnet, die dazu verwendet werden könnten, den Wettbewerb zu verfälschen oder den legitimen geschäftlichen Interessen von Wirtschaftsteilnehmern zu schaden, die sich an der betreffenden Ausschreibung beteiligt haben. Eine solche Möglichkeit könnte Wirtschaftsteilnehmer sogar dazu verleiten, Klagen allein mit dem Ziel zu erheben, Zugang zu den Geschäftsgeheimnissen ihrer Wettbewerber zu erhalten*“ (Rz 39/40). Vor diesem Hintergrund hob der Gerichtshof hervor, dass „*die Nachprüfungsinstanz über sämtliche Informationen verfügen können* [muss]*, die erforderlich sind, um in voller Kenntnis der Umstände entscheiden zu können, also auch über vertrauliche Informationen und Geschäftsgeheimnisse*“ (Rz 53). Der EuGH betonte, dass „*die Nachprüfungsinstanz im Rahmen einer Klage im Bereich des öffentlichen Auftragswesens entscheiden können* [muss]*, dass die in der ein Vergabeverfahren betreffenden Akte enthaltenen Angaben nicht an die Parteien und deren Anwälte weitergegeben werden, wenn dies erforderlich ist, um den vom Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Schutz des lauteren Wettbewerbs und der legitimen Interessen der Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen*“ (Rz 43).

Das BVwG muss im Ergebnis abwägen, ob es die Unterlagen tatsächlich von der Akteneinsicht ausnimmt, vgl. VfSlg. 19.996/2015.

§ 337 lehnt sich an den bisherigen § 314 BVergG 2006 an, wird jedoch geringfügig neu formuliert und verdeutlicht, welche der Parteien bzw. Beteiligten welche Interessenslagen geltend machen können. So soll sich nur der Auftraggeber auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses berufen können, nicht jedoch sonstige Parteien und Beteiligte.

Bei einer elektronischen Vorlage von Unterlagen an das BVwG ist seitens der vorlegenden Parteien und Beteiligten zu gewährleisten, dass eine allfällige elektronische Markierung von Unterlagen oder Bestandteilen von Unterlagen, die von der Akteneinsicht ausgenommen werden sollen, vom BVwG ohne weiteres erkennbar ist.

Zu § 338 (Zustellungen):

Gegenüber dem geltenden § 315 BVergG 2006 entfällt die Zustellung per Faxgerät. Unter elektronischer Adresse ist auch die Übermittlung mittels elektronischen Rechtsverkehrs zu verstehen.

§ 338 enthält folgende Abweichungen vom Zustellgesetz – ZustG, BGBl. Nr. 200/1982: Zum einen wird ein Vorrang der elektronischen Zustellung unmittelbar von der Vergabekontrollbehörde an die Partei vorgesehen, wenn das BVwG Kenntnis von einer elektronischen Zustelladresse der Partei hat oder sie dem BVwG von einer Partei zu diesem Zweck (Zustellung im Rechtsschutzverfahren) bekannt gegeben wurde. Dieser Vorrang ist erforderlich, da im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zum einen sehr kurze Entscheidungsfristen für die Vergabekontrollbehörde bestehen und daher eine rasche Zustellung geboten ist. Zum anderen knüpft § 350 Abs. 5 an die Übermittlung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung an den Auftraggeber bestimmte Rechtsfolgen (zB Verbot der Zuschlagserteilung bei sonstiger absoluter Nichtigkeit), was ebenfalls eine rasche Übermittlung erforderlich macht. Abweichend von der Definition der elektronischen Zustelladresse in § 2 Z 5 ZustG kommt es dabei nicht darauf an, dass diese Adresse der Vergabekontrollbehörde vom Empfänger im anhängigen Verfahren bekannt gegeben worden ist, sondern geht es um die Bekanntgabe an das BVwG. Allerdings muss es sich dabei um die im Zuge des konkreten Vergabeverfahrens bekannt gegebene elektronische Adresse handeln.

Die abweichende Festlegung hinsichtlich der Bekanntgabe der elektronischen Zustelladresse ändert nichts daran, dass es sich um eine Zustellung nach § 37 ZustG handelt. Wann ein Dokument als zugestellt gilt, richtet sich somit nach § 37 Abs. 1 zweiter und dritter Satz ZustG. Hat das BVwG keine Kenntnis von einer elektronischen Adresse einer Partei oder kann an die bekannt gegebene elektronische Adresse faktisch nicht zugestellt werden (zB Störung des Servers), ist mangels einer diesbezüglich abweichenden Regelung nach dem 2. Abschnitt des Zustellgesetzes (physische Zustellung) zuzustellen.

Zu § 339 (Mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht):

Die Regelung über die Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung entspricht jener des § 316 BVergG 2006. Die Regelung, dass die mündliche Verhandlung bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung entfallen kann, wurde in Abs. 1 Z 2 aufgenommen und damit die Regelung des bisherigen § 330 Abs. 1 BVergG 2006 an die systematisch richtige Stelle verschoben.

Die gegenüber § 24 VwGVG Abs. 3 kürzere Frist von einer Woche zur Stellung eines Antrages auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch den Auftraggeber bzw. etwaige Antragsgegner rechtfertigt sich aus dem Erfordernis einer möglichst raschen Entscheidung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens. Im Übrigen ist auf die Bestimmungen des § 24 Abs. 4 und 5 VwGVG hinzuweisen, die weitere Regelungen betreffend die mündliche Verhandlung enthalten.

Das BVwG ist auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 1 oder bei Fehlen eines Parteiantrages nicht gehindert, eine Verhandlung durchzuführen; bei Ausübung des dem BVwG damit eingeräumten Ermessens ist aber auf die Anforderungen des Art. 6 EMRK Bedacht zu nehmen. Darüber hinaus sind bei der Ausübung dieses Ermessens selbstverständlich auch die unionsrechtlichen Anforderungen zu berücksichtigen, insbesondere Art. 47 der Grundrechtecharta.

Durch den Einleitungssatz des Abs. 1 ist klargestellt, dass auch im Falle der Zurückweisung eines Antrages die Verhandlung nur entfallen darf, wenn dem Art. 6 EMRK nicht entgegensteht.

Eine Verhandlung ist nicht nur in Nachprüfungs-, sondern auch in Feststellungsverfahren durchzuführen.

In Abs. 1 Z 3 wird der Entfall der Verhandlung auch dann vorgesehen, wenn aufgrund der Aktenlage ersichtlich ist, dass der Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag abzuweisen ist. Dies ist auf die Rechtsprechung des EGMR zurückzuführen, wonach Art. 6 EMRK eine öffentliche Verhandlung vor dem Tribunal erster und letzter Instanz dann nicht zwingend fordert, wenn keine Ermittlungen durchgeführt werden müssen und es sich nur um Rechtsfragen geringer Schwierigkeit handelt (EGMR vom 1. Juni 2004, *Valova, Slezak und Slezak*, Appl. 44.925/98).

Das Recht, eine Verhandlung zu beantragen, kommt den jeweiligen Parteien des Verfahrens zu (Abs. 2); „Antragsteller“ ist derjenige, der den verfahrenseinleitenden Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag gestellt hat. „Antragsgegner“ sind der Auftraggeber und jene Unternehmer (Bewerber oder Bieter), die durch die beantragte Entscheidung in ihren rechtlichen Interessen negativ betroffen wären. Den Parteien – einschließlich des Antragstellers – steht es frei, eine Verhandlung zu beantragen oder einen solchen Antrag zu unterlassen. Der erste Satz des Abs. 2 ist daher nicht dahin zu verstehen, dass der Antragsteller jedenfalls eine Verhandlung beantragen muss, sondern bedeutet nur, dass – wenn ein solcher Antrag gestellt wird – er schon im Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag enthalten sein muss und daher später nicht mehr gesondert gestellt werden kann.

Zu § 340 (Gebühren):

Die Regelung entspricht dem bisherigen § 318 BVergG 2006. Zur unionsrechtlichen Zulässigkeit eines Gebührensystems vgl. etwa EuGH Rs C-61/14, *Orizzonte Salute*.

Bei der Gebühr nach § 340 handelt es sich um eine besondere Eingabegebühr ähnlich den Eingabegebühren in Verfahren vor dem VwGH und VfGH; es ist eine ausschließliche Bundesabgabe nach § 8 Z 2 des Finanzausgleichsgesetzes 2017 – FAG 2017, BGBl. I Nr. 116/2016.

Die Gebühr nach § 340 ist auch dann zu entrichten, wenn sich der – auf eine der genannten Bestimmungen gestützte – Antrag in weiterer Folge als unzulässig erweist oder wenn er in weiterer Folge zurückgezogen wird; es handelt sich um eine Pauschalgebühr, die den durchschnittlichen Aufwand der Geschäftsbehandlung abdecken soll, sodass es sachlich gerechtfertigt ist, auch in diesen Fällen – in denen der Aufwand vielleicht etwas geringer ist – eine Gebührenpflicht vorzusehen.

Nach dem Wortlaut des Abs. 1 Z 1 sollen die Gebühren nicht die beim BVwG entstehenden Kosten zur Gänze abdecken, sondern die Gebühren sind so festzusetzen, dass ein ausgewogenes Verhältnis des durch den Antrag bewirkten Verfahrensaufwandes mit dem für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen erzielt wird.

Die durch Verordnung der Bundesregierung festzusetzenden Gebührensätze sind nach objektiven Merkmalen zu staffeln. Einzelne mögliche Merkmale, die für eine Abstufung herangezogen werden können, werden im Gesetz demonstrativ genannt: Auftragsgegenstand, Verfahrensart, Art der gesondert anfechtbaren Entscheidung, Verfahren im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich. Zu diesen Merkmalen ist anzumerken, dass Anträge im Zusammenhang mit Bauaufträgen zumindest im Regelfall einen komplexeren Verfahrensgegenstand nach sich ziehen als dies bei Lieferungen oder Dienstleistungen der Fall ist, wobei geistige Dienstleistungen wiederum als komplexer anzusehen sind als „sonstige“ Dienstleistungen. Weiters kann man bei einer Durchschnittsbetrachtung davon ausgehen, dass

sogenannte beschränkte Verfahren mit weniger Teilnehmern und daher weniger umfangreichen Unterlagen einen geringeren Verfahrensaufwand mit sich bringen als offene Verfahren. Schließlich ist zu beachten, dass der Nutzen eines Rechtsschutzverfahrens bei einem Verfahren im Oberschwellenbereich (aufgrund der regelmäßig höheren Gewinne bzw. Deckungsbeiträge) für den Antragsteller größer ist als bei einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Die Ermächtigung zur Festsetzung der Gebührensätze beinhaltet auch eine Ermächtigung zur Abänderung der Gebührensätze, wenn eine Änderung objektiver Merkmale dies geboten erscheinen lässt (vgl. etwa VfSlg. 19.914/2014 mwN, wonach eine Differenzierung zulässig ist).

Neben einer Änderung der Gebührensätze aufgrund einer Änderung der zugrunde liegenden Parameter ist eine jährliche Änderung der Gebührensätze aufgrund der Änderung der Indexzahl des Verbraucherpreisindex 2015 vorgesehen, die vom Bundeskanzler im Bundesgesetzblatt zu verlautbaren ist (Z 2).

Abs. 1 Z 3 enthält die zulässigen Zahlungsformen.

In Abs. 1 finden sich weiters Sonderregelungen zur Gebührenhöhe für einen Antrag auf einstweilige Verfügung (Z 4), für eine wiederholte Antragstellung (Z 5), für die Vergabe eines Loses im Unterschwellenbereich (Z 6) und für die Antragszurückziehung vor Durchführung einer mündlichen Verhandlung (Z 7).

Abs. 1 Z 7 sieht eine Reduktion der Gebührenschuld bei Antragsrückziehung in Bezug auf die „festgesetzte Gebühr“ oder die „gemäß Z 5 reduzierte Gebühr“ vor. Durch die Einbeziehung der Z 5 wird die Reduktion bei Antragszurückziehung auch auf die Fälle der wiederholten Antragstellung (und der dadurch gemäß Z 5 reduzierten Gebührensätze) erstreckt. Die Zurückziehung eines Antrages erfolgt „vor Durchführung einer mündlichen Verhandlung“, wenn die Zurückziehung vor dem tatsächlichen Beginn der mündlichen Verhandlung beim BVwG eingelangt ist.

Zu § 341 (Gebührenersatz):

Die Regelung über den Gebührenersatz übernimmt grundsätzlich die Inhalte des § 319 BVergG 2006 und wird um eine Klarstellung ergänzt. § 341 überträgt wie bisher dem BVwG die Kompetenz, über den Ersatz der Gebühren zu entscheiden. Es wird ausdrücklich geregelt, dass ein Gebührenersatz auch dann zu erfolgen hat, wenn der Antragsteller während eines anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber die bekämpfte Entscheidung beseitigt.

Im Falle der erfolgreichen Gegenantragstellung des Auftraggebers im Rahmen eines Feststellungsverfahrens iSd § 334 Abs. 3 Z 2 bzw. Abs. 4 Z 2 ist der Antragsteller nicht als obsiegend im Sinne des Abs. 1 anzusehen. In diesen Fällen hat das BVwG den Feststellungsantrag abzuweisen. Ein Gebührenersatz an den Antragsteller kommt daher in dieser Konstellation nicht in Betracht.

Unbeschadet der bestehenden Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung eigenständig (unabhängig von der Stellung eines Nachprüfungsantrages) zu beantragen, ist in Abs. 2 geregelt, dass ein Ersatz der Gebühr nur dann zu erfolgen hat, wenn dem Hauptantrag stattgegeben oder wenn der Antragsteller während des Verfahrens klaglos gestellt wird (vgl. VwGH vom 17. September 2014, 2013/04/0082) und die einstweilige Verfügung entweder gewährt wurde bzw. im Falle der Klaglosstellung vor Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu gewähren gewesen wäre oder bloß aufgrund einer Interessenabwägung abgewiesen wurde bzw. im Falle der Klaglosstellung vor Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen gewesen wäre. Der Antragsgegner soll nicht gezwungen sein, die Kosten zu tragen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der behauptete Sicherungsanspruch des Antragstellers nicht berechtigt war. Mit dieser Klarstellung in Abs. 2 wird der Rechtsprechung des VwGH Rechnung getragen (vgl. VwGH vom 21. Dezember 2016, Ra 2016/04/0045).

Zu § 342 (Einleitung des Verfahrens):

Die Antragsvoraussetzungen entsprechen der bisherigen Rechtslage. Das Nachprüfungsverfahren dient – wie bisher – der Durchsetzung subjektiver Rechte der Bewerber und Bieter im Vergabeverfahren, nicht der Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens. Dies wird daraus deutlich, dass das Nachprüfungsverfahren nur auf Antrag eines Unternehmers eingeleitet werden kann und die Prüfungsbefugnis sich darauf beschränkt, ob die in den Beschwerdepunkten geltend gemachte Verletzung von Rechten des Unternehmers vorliegt.

Das – in Übereinstimmung mit der RMRL und der Sektoren-RMRL – als Voraussetzung der Antragslegitimation geforderte Interesse am Vertragsabschluss setzt in der Regel die Beteiligung am Vergabeverfahren (durch Abgabe eines Teilnahmeantrages bzw. Angebotes, Vorlage einer Lösung, Vorlage von Wettbewerbsarbeiten, Antrag auf Aufnahme in das Prüfsystem etc.) voraus. Dies gilt aber nicht ausnahmslos: so setzt nach Auffassung des EuGH die Anfechtung diskriminierender Bedingungen

in einer Ausschreibung durch einen Unternehmer, der diese Bedingungen nicht erfüllt, nicht voraus, dass dieser Unternehmer vorher ein (aussichtsloses) Angebot gelegt hat (EuGH Rs C-230/02, *Grossmann Air Service*). Gleiches muss auch gelten, wenn ein Unternehmer, der dem Verfahren nicht beigezogen wurde, die Wahl eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung anfechten will. Die Antragslegitimation ist daher nicht auf „Bieter" oder „Bewerber" im technischen Sinn beschränkt. Wie sich außerdem aus § 21 Abs. 2 bzw. § 194 Abs. 2 ergibt, sind Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte und daher auch im Nachprüfungsverfahren antragslegitimiert.

Nach der Rechtsprechung des EuGH in den Rs C-100/12, *Fastweb,* und C-689/13, *PFE,* kommt auch einem auszuscheidenden (aber noch nicht ausgeschiedenen) Bieter Antragslegitimation zu, wenn er das Ausscheiden eines Mitkonkurrenten im selben Vergabeverfahren geltend macht. Dieser Grundsatz ist nach dem Urteil des EuGH in der Rs C-355/15, *Caverion*, aber nicht auf Fälle anzuwenden, in denen der Antragsteller bereits rechtskräftig vom Auftraggeber ausgeschieden worden ist und in einem weiteren Rechtszug auch das Ausscheiden der verbliebenen Konkurrenten durchsetzen möchte.

Der Begriff „Vergabeverfahren" ist in einem weiten Sinn zu verstehen und umfasst insbesondere auch Wettbewerbe, Rahmenvereinbarungen und Prüfsysteme (vgl. dazu § 1 und die dazugehörigen Erläuterungen). Werden daher in einem Verfahren etwa keine Angebote abgegeben (wie etwa im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Prüfsystems), so reicht es für die Antragslegitimation aus, dass der betreffende Unternehmer sein Interesse durch Beteiligung am betreffenden Verfahrensabschnitt kundgetan hat oder – soweit das nicht möglich ist – in anderer Weise plausibel macht.

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens muss jedoch immer eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers sein (vgl. dazu § 2 Z 15 und die dazugehörigen Erläuterungen). Nicht dem Rechtsschutz zugänglich sind daher Handlungen, die sich vor Einleitung des Vergabeverfahrens bzw. ausschließlich im Rahmen der internen Überlegungen des Auftraggebers zutragen (vgl. dazu EuGH Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 35, Rs C-391/15, *Marina del Mediterráneo*, Rz 29; vgl. ferner § 2 Z 15 „nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen").

Zur Vermeidung von Rechtsschutzlücken räumt Abs. 2 auch einem ausgeschiedenen Bieter die Möglichkeit ein, die Zuschlagsentscheidung bzw. die Widerrufsentscheidung anzufechten, wenn die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung vor Ablauf der für die Anfechtung des Ausscheidens vorgesehenen Frist erfolgt. Der ausgeschiedene Bieter kann diesfalls das Ausscheiden seines Angebotes in einem – nur einmal zu vergebührenden – Antrag mit der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung anfechten. Der Fristenlauf beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Zuschlags- bzw. Widerrufsentscheidung (bei letzterer in gewissen Fällen auch mit dem Zeitpunkt der Verfügbarkeit der Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung).

Hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung von Anträgen im Bereich der Nachprüfung ist § 22 VwGVG nicht einschlägig. § 342 Abs. 3 normiert daher ausdrücklich, dass Nachprüfungsanträgen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Hingegen kommt einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in bestimmten Fällen eine aufschiebende Wirkung zu (vgl. dazu § 350 Abs. 5).

Das Rechtsschutzsystem des BVergG 2017 schließt es – wie schon bisher – nicht aus, dass mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers anfechten (auch wenn es sich um die Zuschlagsentscheidung handelt). In diesem Fall ist allerdings das BVwG zumindest grundsätzlich verpflichtet, die Verfahren zu verbinden (Abs. 4). Diese Regelung lehnt sich an § 39 Abs. 2a AVG an. Damit wird eine der Vereinfachung dienende verfahrensökonomische Lösung getroffen.

Zu § 343 (Fristen für Nachprüfungsanträge):

Das System der Präklusionsfristen wird beibehalten. Die bisherigen – zwischen dem Unter- und Oberschwellenbereich differenzierenden – Fristen werden aufgegeben und es werden stattdessen einheitliche Anfechtungsfristen normiert. Bei den Antragsfristen handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen, deren Berechnung nach den §§ 32 f. AVG (iVm § 333) zu erfolgen hat.

Die Notwendigkeit der Vereinheitlichung der Fristen im Ober- und Unterschwellenbereich wurde insbesondere vor dem Hintergrund einer Entscheidung des UVS Tirol vom 14. März 2013 (UVS-2012/K4/2499-12) notwendig: Die Entscheidung betraf einen Fall, in dem unzulässiger Weise ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich durchgeführt wurde (Direktvergabe), obwohl offensichtlich ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich durchzuführen gewesen wäre. Dennoch galten nach Auffassung der Nachprüfungsinstanz die (verkürzten) Fristen für ein Verfahren im Unterschwellenbereich, da sich nach Auffassung des UVS die Fristen alleine danach richten würden, welches Verfahren tatsächlich gewählt wurde. Da dies nach Auffassung der Kommission jedoch einen

Verstoß gegen die RMRL bedeutet (Verstoß gegen Art. 2c der RMRL, der eine Mindestfrist von 10 Tagen vorsieht), wurden die Fristen für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages vereinheitlicht (und folglich auch die Stillhaltefristen im materiellen Teil angepasst).

Um den unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz ausreichend Rechnung zu tragen, wird im Regelfall eine Frist von 10 Tagen vorgesehen. Nur wenn die angefochtene Entscheidung weder auf elektronischem Weg übermittelt bzw. bereitgestellt worden ist, verlängert sich die Frist auf 15 Tage.

Die Nachprüfungsfrist bei Durchführung einer Direktvergabe gemäß den §§ 46 bzw. 213 beginnt gemäß Abs. 2 mit dem Zeitpunkt, zu dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung (das ist die Wahl des Verfahrens) Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung fällt unter das Regime gemäß Abs. 1.

Eine Sonderregelung enthält Abs. 3 für Nachprüfungsanträge betreffend die Ausschreibung (zur Definition der Ausschreibung vgl. § 2 Z 7), da hier ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung bzw. Übermittlung/Bereitstellung in der Praxis häufig dazu führen würde, dass bei der (üblicherweise erst gegen Ende der Angebotsfrist stattfindenden) Angebotserstellung entdeckte Probleme im Zusammenhang mit den Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen von den Unternehmern wegen der zwischenzeitig eingetretenen Präklusion nicht mehr releviert werden könnten. Daher wird in § 343 Abs. 3 keine Frist, die ab einem bestimmten Zeitpunkt zu laufen beginnt, normiert, sondern ein Endzeitpunkt, bis zu dem eine bestimmte Handlung spätestens gesetzt werden muss. Vorgesehen wird daher, dass ein Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibung bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten in einem einstufigen Verfahren, der Teilnahmeantragsfrist oder der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten in einem zweistufigen Verfahren eingebracht werden kann. Da die Mindestfrist von 10 Tagen nicht unterschritten werden darf, kommt diese Ausweitung erst dann in Betracht, sofern „diese Frist“ – gemeint sind damit die im ersten Halbsatz angeführten Fristen, nämlich die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten bzw. die Teilnahmeantragsfrist – zumindest 18 Tage beträgt. Beträgt die Regelantragsfrist aufgrund einer Übermittlung auf nicht-elektronischem Weg (etwa brieflichem Weg) 15 Tage, kommt eine Ausweitung erst bei einer Angebotsfrist bzw. einer Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten bzw. einer Teilnahmeantragsfrist von zumindest 23 Tagen in Betracht. Wenn die in Abs. 3 normierten Bedingungen nicht erfüllt werden (also etwa die Angebotsfrist nur 17 Tage oder weniger beträgt), dann kommt es zu keiner Fristverlängerung; maßgeblich sind dann allein die Antragsfristen gemäß Abs. 1. Festzuhalten ist, dass die Ausschreibung (bzw. ihre Bestandteile) grundsätzlich auch in einem zweistufigen Verfahren bereits zu Beginn des Verfahrens vorliegen und zur Verfügung zu stellen sind (vgl. dazu die §§ 89 bzw. 260). Die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung endet in zweistufigen Verfahren daher nunmehr bereits 7 Tage vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist und beginnt nicht noch einmal neu mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu laufen.

Bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ist nur die Bekanntmachung gesondert anfechtbar. Die genauere Kenntnis der von Abs. 3 umfassten Ausschreibungs- bzw. Wettbewerbsunterlagen ist dafür nicht notwendig (bzw. sind solche nicht vorhanden), sodass Abs. 3 auf Direktvergaben mit vorheriger Bekanntmachung nicht anwendbar ist.

Die Regelung des Abs. 3 (anders als dessen Abs. 1) normiert keine Frist im Sinne des AVG, sondern legt lediglich einen Endzeitpunkt fest, bis zu dem eine bestimmte Verfahrenshandlung spätestens gesetzt werden muss (vgl. die diesbezügliche Diskussion in der Lehre bei *Hengstschläger/Leeb*, AVG I (2. Ausgabe 2014) § 32 Rz 1). Damit sind insbesondere die Regelungen des § 33 AVG auf diese Bestimmung nicht anzuwenden. Grundsätzlich gilt daher, dass das BVwG gemäß § 13 Abs. 5 AVG nur während der Amtsstunden verpflichtet ist, schriftliche Anbringen entgegenzunehmen oder Empfangsgeräte empfangsbereit zu halten. Für elektronische Anbringen gelten jedoch Sonderregelungen: Elektronische Anbringen außerhalb der Amtsstunden gelten nach der Judikatur des VwGH nur dann erst als am nächsten Tag eingebracht, wenn diese Wirkung im Internet bekanntgemacht wurde (vgl. § 13 Abs. 2 AVG; zB auf der Homepage des BVwG). Stehen hingegen empfangsbereite Geräte zur Verfügung und erfolgte keine entsprechende Bekanntmachung, gelten elektronische Anbringen als am Tag der tatsächlichen Übermittlung eingebracht (vgl. zB VwGH vom 14. Oktober 2015, Ra 2015/17/0039).

Die Versäumung der Frist führt zur endgültigen Präklusion, die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung (und die ihr vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen) können in weiterer Folge nicht mehr angefochten werden; sie werden gewissermaßen „bestandskräftig“. Es ist dem BVwG auch verwehrt, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen.

Solche Präklusionsfristen sind auch aus unionsrechtlicher Sicht zulässig (vgl. insb. EuGH Rs C-470/99, *Universale Bau*, Rs C-538/13, *eVigilo Ltd*, Rs C-391/15, *Marina del Mediterráneo*). Im Falle einer allfälligen Versäumung einer Frist – zB wegen irreführenden Verhaltens eines Auftraggebers gegenüber dem potentiellen Antragsteller (vgl. den der Entscheidung des EuGH Rs C-327/00, *Santex*, zu Grunde liegenden Sachverhalt) – besteht die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Die Antragsfrist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können; dabei ist davon auszugehen, dass in jenen Fällen, in denen die Entscheidung bekannt zu machen ist, der Unternehmer jedenfalls die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat und die Antragsfrist daher mit der Bekanntmachung zu laufen beginnt. Solange die Möglichkeit einer Kenntnisnahme nicht besteht – insbesondere weil eine Entscheidung nicht bekannt gegeben wird – beginnt die Frist nicht zu laufen.

In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtsprechung des EuGH (vgl. dazu Rs C-406/08, *Uniplex,* Rs C-538/13, *eVigilo Ltd*) hinzuweisen, wonach es für die Auslösung des Fristenlaufes nicht genügt, dass ein Bewerber oder Bieter erfährt, dass seine Bewerbung oder sein Angebot zurückgewiesen worden ist. Solche Informationen genügen für einen Bewerber oder Bieter nicht, um gegebenenfalls einen anfechtbaren Rechtsverstoß erkennen zu können. Ein betroffener Bewerber oder Bieter kann sich erst dann darüber klar werden, ob etwa ein Verstoß gegen die anwendbaren Vorschriften vorliegt und die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens angebracht ist, nachdem er von den Gründen in Kenntnis gesetzt worden ist, aus denen seine Bewerbung oder sein Angebot in dem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages abgelehnt wurde (Rz 30 f. des Urteiles Rs C-406/08, *Uniplex*).

Hingegen muss es etwa bei der Anfechtung der Wahl des Vergabeverfahrens genügen, wenn der Antragsteller von der Wahl der entsprechenden Verfahrensart Kenntnis erlangt hat. Es bedarf hier nicht der Kenntnis genauerer „Gründe“, wie dies bei einer Ausscheidensentscheidung der Fall ist. Für die Bekämpfung des Ausscheidens eines Angebotes ist eine Begründung nämlich Voraussetzung dafür, dass das Gegenteil (etwa die Erfüllung aller Eignungskriterien) bewiesen werden kann. Eine Verfahrensart wählt der Auftraggeber hingegen deshalb, weil er der Meinung ist, dass die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen; dies braucht er nicht (näher) zu begründen. Der Maßstab, der an das „Kennenkönnen“ gesetzt wird, ist also je nach Art der gesondert anfechtbaren Entscheidung ein anderer.

Zu § 344 (Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages):

Die Regelung entspricht im Wesentlichen – mit Ausnahme des Abs. 3 – dem bisherigen § 322 BVergG 2006.

Zu Abs. 1:

Z 1: Wie bisher ist das betreffende Vergabeverfahren so genau wie möglich zu bezeichnen und die gesondert anfechtbare Entscheidung zu nennen. Bei der Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung soll jedoch kein übertrieben strenger Maßstab angelegt werden (so schon VwGH vom 30. Juni 2004, 2004/04/0028). Die Formulierung der Z 1 trägt dieser Auffassung Rechnung.

Z 2: Die Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers wird um die Bezeichnung der vergebenden Stelle ergänzt, soweit eine solche tätig wurde und diese dem Antragsteller bekannt ist.

Die Verwendung des Singular im Zusammenhang mit dem Begriff „Auftraggeber“ steht im Falle der gemeinsamen Vergabe gemäß den §§ 11, 22, 180 bzw. § 195 pars pro toto für den bzw. die in der gemeinsamen Ausschreibung angeführten Auftraggeber, da diese Parteien im Rechtsschutzverfahren sind. Der Nachprüfungsantrag hat daher den Angaben in der Ausschreibung entsprechend den bzw. die Auftraggeber anzuführen, mangels Angaben in der Ausschreibung jedoch alle an der gemeinsamen Beschaffung beteiligten Auftraggeber. Falls bei einer gemeinsamen Beschaffung aufgrund der dem Antragsteller zur Verfügung stehenden Informationen nicht alle Auftraggeber im Antrag angeführt worden sind, wäre der Antrag nicht zurückzuweisen, sondern es wäre ein Verbesserungsauftrag zu erteilen.

Z 3: Die Pflicht, bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung den für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieter zu bezeichnen, resultiert daraus, dass dieser Bieter jedenfalls persönlich von der Verfahrenseinleitung zu verständigen ist (§ 345 Abs. 4); damit soll vermieden werden, dass das BVwG schon zur Verständigung dieses Bieters Ermittlungen anstellen muss. Da dieser Bieter in der Zuschlagsentscheidung zu bezeichnen ist, ist es für den Antragsteller kein Aufwand, ihn im Nachprüfungsantrag zu benennen. Für den Fall, dass der Zuschlag an mehrere Bieter erteilt werden soll (vgl. dazu die Regelungen zur Innovationspartnerschaft) wären alle in Aussicht genommenen Bieter im Antrag zu bezeichnen.

Z 5: Es sind weiterhin die Rechte, in denen der Antragsteller verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkte) zu bezeichnen, sowie die Gründe anzugeben, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt. Eine terminologische Anpassung erfolgte nach dem Vorbild des § 28 VwGG.

Durch das Wort „jedenfalls“ im einleitenden Satz des Abs. 2 wird klargestellt, dass die nachfolgende Aufzählung der Gründe für die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages nicht abschließend ist. Unzulässig ist ein Nachprüfungsantrag insbesondere auch bei Fehlen der in § 342 Abs. 1 umschriebenen Antragsvoraussetzungen oder wenn einem Verbesserungsauftrag nach § 13 Abs. 3 AVG nicht nachgekommen wurde.

Ein zulässiger Nachprüfungsantrag kann sich ausschließlich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richten und nur deren Nichtigerklärung beantragt werden; die Nichtigerklärung nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen kann nicht beantragt werden, und zwar auch nicht gemeinsam mit einem Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung. Dies galt schon aufgrund der bisherigen Rechtslage und wird dadurch verdeutlicht, dass Abs. 1 Z 1 und Z 6 ausdrücklich so formuliert sind, dass im Nachprüfungsantrag (nur) die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung zu bezeichnen ist. Soll im Wege der Anfechtung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung die Rechtswidrigkeit einer vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung geltend gemacht werden, hat dies im Rahmen der Beschwerdepunkte zu erfolgen.

Abs. 3 enthält eine neue Regelung: Wird ein Nachprüfungsantrag nach Zuschlagserteilung oder nach dem Widerruf des Vergabeverfahrens gestellt, dann ist dieser in einen Feststellungsantrag umzudeuten, wenn der Antragsteller von der Zuschlagserteilung bzw. vom Widerruf nicht wissen konnte und der Antrag innerhalb der Frist für die Stellung eines Feststellungsantrages (§ 354 Abs. 2) eingebracht wurde. Damit soll es etwa in Fällen, in denen ein Antragsteller zwar von (der Wahl) einer Direktvergabe erfahren hat, diesem jedoch nicht bekannt ist, dass der Zuschlag bereits erteilt wurde, nicht notwendig sein, einen erneuten Antrag beim BVwG zu stellen. Das Bundesverwaltungsgericht kann den Antragsteller dazu aufzufordern, ein Feststellungsbegehren gemäß § 353 Abs. 1 binnen angemessener Frist nachzureichen. Versäumt der Antragsteller diese Frist, ist der Antrag zurückzuweisen. Allenfalls erforderliche Angaben (die möglicherweise schon im Nachprüfungsantrag gefehlt haben) hat das BVwG mittels Verbesserungsauftrag einzuholen.

§ 91 Abs. 1 und § 262 Abs. 1 sehen vor, dass in der Ausschreibung anzugeben ist, welche Vergabekontrollbehörde für die Kontrolle des Vergabeverfahrens zuständig ist. Eine unrichtige Angabe ist allerdings nicht zuständigkeitsbegründend: wird seitens eines Auftraggebers aus dem Vollziehungsbereich des Bundes etwa ein LVwG als zuständige Vergabekontrollbehörde angegeben, so ändert das nichts daran, dass das BVwG zuständige Vergabekontrollbehörde ist. Allerdings kann eine unrichtige Angabe dazu führen, dass ein Antrag bei einer unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht wird und erst – auf Gefahr des Antragstellers – an das zuständige Verwaltungsgericht weitergeleitet werden muss, was in weiterer Folge zu einer Fristversäumung führen kann. Für den Fall, dass (rechtswidrigerweise) keine Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung enthalten ist, soll die zulässige Einbringung des Antrages bei einer offenkundig nicht unzuständigen Vergabekontrollbehörde die Gefahr der Fristversäumung hintanhalten. „Offenkundig nicht unzuständig“ ist eine Vergabekontrollbehörde etwa dann, wenn aufgrund der Unterlagen oder des Verlaufes des Vergabeverfahrens die Zuständigkeit einer bestimmten Vergabekontrollbehörde plausibel scheint. Aus diesem Grund sehen die §§ 344 Abs. 4 und 354 Abs. 3 vor, dass die Fristen für Nachprüfungs- bzw. Feststellungsanträge auch dann gewahrt sind, wenn ein Antrag bei einer – allerdings unzuständigen – Behörde eingebracht wird. Die Regelung lehnt sich an § 61 Abs. 4 AVG an.

Zu § 345 (Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung und einer Verhandlung):

Um allfälligen anderen Unternehmern, denen Parteistellung im Nachprüfungsverfahren zukommen könnte, die Erhebung von Einwendungen – und damit die Beibehaltung ihrer Parteistellung – zu ermöglichen, wird das BVwG zu bestimmten Verständigungen verpflichtet: Im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung muss jedenfalls der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Parteistellung haben. Dieser ist dem BVwG auch schon aus den Angaben im Nachprüfungsantrag bekannt. Dieser Bieter ist daher jedenfalls persönlich von der Einleitung des Verfahrens zu verständigen (Abs. 4). Ebenso ist auch der im Nachprüfungsantrag bezeichnete Auftraggeber (bei einer gemeinsamen Auftragsvergabe sind das alle in der Ausschreibung genannten Auftraggeber) und gegebenenfalls die vergebende Stelle vom Nachprüfungsantrag persönlich zu verständigen (Abs. 3).

Daneben kommen – insbesondere wenn andere Entscheidungen als die Zuschlagsentscheidung angefochten werden – allerdings auch andere Unternehmer als Parteien in Betracht. Da diese dem BVwG nicht bekannt sein müssen und deren Ermittlung zeitlich nicht vertretbare Nachforschungen erfordern würden, enthält § 345 Abs. 1 wie bisher schon § 323 BVergG 2006 eine Verpflichtung zur

unverzüglichen Bekanntmachung des Einganges eines Nachprüfungsantrages im Internet. Zweckmäßigerweise sollte diese Bekanntmachung auf der Homepage des BVwG erfolgen. Die Bekanntmachung hat „unverzüglich“ zu erfolgen, dh. das BVwG hat dafür Vorsorge zu treffen, etwa durch Einrichtung eines entsprechenden elektronischen Publikationssystems (vgl. dazu https://www.bvwg.gv.at/amtstafel/einleitungen_von_nachpruefungsverfahren.html).

Um zeitaufwändige Erhebungen vor Einleitung weiterer Verfahrensschritte zu vermeiden, reicht es aus, in der Bekanntmachung die Bezeichnung des Vergabeverfahrens, des Auftraggebers, gegebenenfalls der vergebenden Stelle und der angefochtenen Entscheidung aus dem Nachprüfungsantrag zu übernehmen. Sofern infolge mangelhafter Bezeichnung ein anderer Unternehmer nicht in der Lage ist, rechtzeitig Einwendungen zu erheben, um seine Parteistellung zu wahren, kann er unter Umständen einen Antrag auf „Quasi-Wiedereinsetzung“ stellen (vgl. die Erläuterungen zu § 346 am Ende).

Die Bekanntmachung löst die Frist für die Erhebung von Einwendungen durch andere Verfahrensparteien nach § 346 Abs. 3 aus. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist festzuhalten, dass diese Regelungen nur für Unternehmer gelten, die sich an einem Vergabeverfahren in Österreich beteiligen (wollen). Solchen Unternehmern ist es zumutbar, sich regelmäßig über solche Bekanntmachungen zu informieren. Für den in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger beginnt die Einwendungsfrist hingegen mit der Zustellung der persönlichen Verständigung von der Verfahrenseinleitung.

Abs. 5 sieht außerdem für Nachprüfungsverfahren auch die Bekanntmachung der Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung im Internet vor. Diese Bekanntmachung sollte zweckmäßiger Weise auf der Homepage des BVwG erfolgen (vgl. dazu https://www.bvwg.gv.at/amtstafel/anberaumung_muendlicher_verhandlungen.html). Die Kundmachung im Internet hat insbesondere den Sinn, ausländischen Unternehmern, die Parteistellung im Nachprüfungsverfahren haben, Kenntnis von der Verhandlung zu verschaffen, soweit sie nicht persönlich zu verständigen sind. Die in § 41 Abs. 1 AVG vorgesehenen Formen der Bekanntmachung (mit Ausnahme der Bekanntmachung im elektronischen Amtsblatt) sind ausländischen Unternehmern nur schwer zugänglich.

Im Falle der Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung ist der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter jedenfalls auch von der Verhandlung persönlich zu verständigen (Abs. 6). Dies ist unproblematisch, weil er durch die Bezeichnung im Nachprüfungsantrag dem BVwG bekannt ist. Abweichend von § 41 AVG ist eine persönliche Verständigung weiterer „bekannter Beteiligter“ von der Verhandlung nicht vorgesehen, um Verzögerungen des Nachprüfungsverfahrens infolge sonst erforderlicher Nachforschungen zu vermeiden.

Zu § 346 (Parteien des Nachprüfungsverfahrens):

Die Parteistellung in Nachprüfungsverfahren wird teilweise neu geregelt.

Die Parteistellung des Antragstellers bleibt unverändert. Neu im System ist hingegen die Regelung der Parteistellung des Auftraggebers, einerseits in den Fällen einer gemeinsamen Auftragsvergabe gemäß den §§ 11, 22, 180 oder § 195, andererseits in den Fällen, in denen eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren als vergebende Stelle (also nicht im eigenen Namen) durchführt.

Wird eine zentrale Beschaffungsstelle als vergebende Stelle tätig, so handelt sie im Namen und auf Rechnung des bzw. der (dahinterstehenden) Auftraggeber. Art. 37 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU wie auch Art. 55 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/25/EU verlangen von den Mitgliedstaaten vorzusehen, dass der Auftraggeber seinen Verpflichtungen nach dieser Richtlinie nachkommt, sofern er – vereinfacht ausgedrückt – im Wege einer zentralen Beschaffungsstelle als vergebende Stelle Vergabeverfahren durchführt. Art. 37 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU sowie Art. 55 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/25/EU nehmen davon nur jene Fälle aus, in denen der Auftraggeber Teile des Vergabeverfahrens selbst durchführt. Für diese Teile des Verfahrens soll der Auftraggeber selbst verantwortlich sein. EG 69 der RL 2014/24/EU führt diesbezüglich aus. „*Obliegt die Durchführung der Vergabeverfahren allein der zentralen Beschaffungsstelle, so sollte diese auch die alleinige und unmittelbare Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Verfahren tragen.*“

Die Umsetzung der genannten Bestimmungen erfolgt im Rechtsschutzteil wie folgt: In den Fällen des Art. 37 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU (bzw. Art. 55 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/25/EU), in denen eine zentrale Beschaffungsstelle in fremdem Namen und auf fremde Rechnung tätig wird (somit nicht beim „Großhändlermodell“ – denn dort tritt die zentrale Beschaffungsstelle selbst als Auftraggeber auf), ist diese – soweit sie das Vergabeverfahren durchführt – Partei des Nachprüfungsverfahrens anstelle des Auftraggebers. Die Parteistellung erlangt die zentrale Beschaffungsstelle anstelle des Auftraggebers jedoch nur insoweit, als sie tatsächlich (faktisch) Teile des Vergabeverfahrens durchgeführt hat. In diesem Fall kann der Auftraggeber dem Verfahren als

Nebenintervenient beitreten. Für jene Teile, die der Auftraggeber selbst durchgeführt hat (Art. 37 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU, Art. 55 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/25/EU) behält er die Parteistellung. Ausschlaggebend für die Parteistellung ist daher immer die jeweils gesondert anfechtbare Entscheidung: Derjenige, der die bekämpfte gesondert anfechtbare Entscheidung gesetzt hat ist Partei und muss die davor gesetzten nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen mitverantworten. Für die Nebenintervention gelten §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 und 19 Abs. 1 ZPO sinngemäß. Der Auftraggeber kann dem Verfahren daher bis zur rechtskräftigen Entscheidung als Nebenintervenient beitreten, indem er die zentrale Beschaffungsstelle und den Antragsgegner entsprechend verständigt. Die sonstigen Parteien müssen vom Auftraggeber nicht gesondert verständigt werden, da ihm diese möglicherweise nicht bekannt sind.

Wird ein Vergabeverfahren von mehreren Auftraggebern gemeinsam durchgeführt, so sind immer jene Auftraggeber Parteien des Nachprüfungsverfahrens, die in der Ausschreibung genannt sind; sie bilden eine Streitgenossenschaft. Sind in der Ausschreibung keine allein verantwortlichen Auftraggeber genannt, so sind alle Auftraggeber Parteien des Nachprüfungsverfahrens (vgl. auch die Erläuterungen zu § 22 und § 195). Gemäß §§ 14 f ZPO bilden die Auftraggeber eine einheitliche Streitpartei, das heißt jeder Auftraggeber kann auch alleine wirksam Handlungen für alle Streitgenossen setzen. Diese Regelung des Abs. 1 ist auf Art. 38 RL 2014/24/EU bzw. Art. 56 RL 2014/25/EU zurückzuführen, die vorsehen, dass alle Auftraggeber der gemeinsamen Auftragsvergabe gemeinsam verantwortlich sind (vgl. dazu etwa auch EG 71 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU). Gleiches gilt im Fall einer grenzüberschreitenden Auftragsvergabe bei der die Anwendung österreichischen Rechts vereinbart wurde und alle Partner der gemeinsamen Vergabe gemeinsam das Vergabeverfahren durchführen.

Ferner wird in Abs. 2 ausdrücklich die Parteistellung anderer durch die begehrte Entscheidung betroffener Unternehmer geregelt; zwar kommt diesen Unternehmern schon aufgrund des § 8 AVG Parteistellung zu, eine ausdrückliche Regelung soll im vorliegenden Kontext jedoch für mehr Klarheit sorgen. Parteistellung wird nur solchen Unternehmern eingeräumt, die durch die begehrte Entscheidung in ihren rechtlichen Interessen nachteilig betroffen sein können. Bei der Beurteilung des Vorliegens rechtlich geschützter Interessen sind sinngemäß die in § 342 Abs. 1 umschriebenen Antragsvoraussetzungen heranzuziehen, dh. es kommt darauf an, ob der betreffende Unternehmer ein Interesse am Vertragsabschluss haben kann und durch die beantragte Entscheidung einen Schaden erleiden könnte (vgl. schon die Erläuterungen zu § 342). Damit sind jene Fälle gemeint, in denen sich ein Nachprüfungsantrag gegen die (angeblich) rechtswidrige Behandlung eines anderen Unternehmers richtet. Ausdrücklich klargestellt wird insbesondere die Parteistellung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters, wenn ein Konkurrent die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt. Beantragt ein Unternehmer das Ausscheiden eines Konkurrenten, hat auch dieser Parteistellung; umgekehrt haben in jenen Fällen, in denen ein Bieter sein Ausscheiden anficht, auch die Mitbieter Parteistellung, weil sie durch die Nichtigerklärung des Ausscheidens einen Nachteil erleiden können. Weitere Fälle sind zB jene Unternehmer, deren Chance auf Teilnahme an Vergabeverfahren oder deren reelle Chance auf Zuschlagserteilung unmittelbar beeinträchtigt wird.

Die Parteistellung nach Abs. 2 wird ferner nur dann zu bejahen sein, wenn der betreffende Unternehmer sein Interesse am Vertragsabschluss bereits durch entsprechende Handlungen (Beteiligung am Vergabeverfahren) manifestiert hat. Solange eine solche Manifestation nicht vorliegt, sind die Beziehungen zum betreffenden Vergabeverfahren zu vage und weitläufig, um eine Parteistellung zu begründen. Wird daher zB eine angeblich diskriminierende Ausschreibung angefochten, sind dadurch begünstigte Unternehmer, die sich noch nicht am Vergabeverfahren beteiligt haben, nicht Parteien dieses Verfahrens.

Aus Gründen der Verfahrensökonomie und im Hinblick auf das unionsrechtliche Gebot rascher Nachprüfungsverfahren (vgl. insb. Art. 1 Abs. 1 der RMRL) sieht Abs. 3 ferner eine besondere Präklusionsregelung vor: Die betroffenen Unternehmer müssen begründete Einwendungen erheben, ansonsten verlieren sie ihre Parteistellung. Die Regelung ist dem § 42 AVG nachgebildet und soll eine Straffung des Verfahrens ermöglichen.

Die Einwendungsfrist beträgt zehn Tage: Für den für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieter beginnt diese Frist mit der Zustellung der persönlichen Verständigung, für alle anderen „Gegenparteien“ mit der Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 345. Wenn die mündliche Verhandlung schon vor Ablauf dieser Frist durchgeführt wird, müssen die Einwendungen allerdings schon in der Verhandlung erhoben werden. § 345 Abs. 4 und 5 sehen deshalb auch eine gesonderte Bekanntmachung der Verhandlung im Internet bzw. eine Verständigung des potentiellen Zuschlagsempfängers vor.

Werden begründete Einwendungen nicht rechtzeitig erhoben, geht die Parteistellung verloren. Dieser Verlust setzt eine ordnungsgemäße Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung bzw. der Verhandlung

voraus, im Falle des potentiellen Zuschlagsempfängers auch eine ordnungsgemäße persönliche Verständigung. Kommt das BVwG seinen Mitteilungspflichten nicht nach, geht die Parteistellung der Unternehmer gemäß Abs. 2 nicht verloren.

Für den Fall des Verlustes der Parteistellung durch Unterlassung von Einwendungen trotz ordnungsgemäßer Verständigung wird § 42 Abs. 3 AVG über die „Quasi-Wiedereinsetzung“ für anwendbar erklärt.

Sukzessive Anträge mehrerer Unternehmer gegen dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers sind bei allen Entscheidungen zulässig, auch bei der Zuschlagsentscheidung. Abs. 4 sieht vor, dass den Antragstellern in allen diesen Verfahren Parteistellung zukommt; dies korrespondiert mit der grundsätzlichen Verpflichtung, diese Verfahren gemeinsam durchzuführen (§ 342 Abs. 4), gilt aber auch dann, wenn diese Verfahren ausnahmsweise getrennt geführt werden. Damit werden allfällige Bindungsprobleme der in den Nachprüfungsverfahren ergehenden Entscheidungen vermieden. Ein Verlust dieser Parteistellung ist – anders als in Abs. 3 – nicht vorgesehen.

Zu § 347 (Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers):

Durch die Formulierung des § 347 wird ausdrücklich klargestellt, dass nur gesondert anfechtbare Entscheidungen für nichtig erklärt werden können, nicht aber nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen.

Abs. 1 Z 1 stellt klar, dass die angefochtene Entscheidung nur dann für nichtig zu erklären ist, wenn die gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist. Beibehalten wird auch die de-minimis Regelung des Abs. 1 Z 2, wonach eine gesondert anfechtbare Entscheidung nur dann für nichtig zu erklären ist, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit wesentlichen Einfluss auf den Verfahrensausgang haben kann.

Festzuhalten ist ferner, dass die in § 347 vorgesehene Entscheidungsbefugnis – entgegen vereinzelter Bedenken in der Literatur – auch dem Unionsrecht ausreichend Rechnung trägt: Wird eine gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig erklärt, und trifft dieser neue Entscheidungen, können diese weiteren gesondert anfechtbaren Entscheidungen neuerlich angefochten werden. Die Notwendigkeit weitergehender Rechtswirkungen (zB Vollstreckbarkeit) ist auch aus unionsrechtlicher Sicht nicht gegeben, weil auch die RMRL und die Sektoren-RMRL nur die Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen fordern.

In Abs. 3 wird nunmehr normiert, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, in dem betreffenden Vergabeverfahren mit dem ihm zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des BVwG entsprechenden Rechtszustand herzustellen, wenn das BVwG eine gesondert anfechtbare Entscheidung für nichtig erklärt. Diese Regelung ist an § 28 Abs. 6 VwGVG angelehnt.

Zu § 348 (Entscheidungsfrist):

Da sich die zu lösenden Sach- und Rechtsfragen im Oberschwellen- und Unterschwellenbereich kaum unterscheiden, wird die maximale Entscheidungsfrist einheitlich mit sechs Wochen festgesetzt. Diese Entscheidungsfrist gilt nur für die Erledigung des verfahrenseinleitenden Antrages auf Nichtigerklärung einer Entscheidung des Auftraggebers; sie bezieht sich daher nicht auf die Erledigung verfahrensrechtlicher Anträge. Der zuständige Senat ist verpflichtet, unverzüglich über einen Nachprüfungsantrag zu entscheiden; er darf daher nicht automatisch bis zum Ablauf der Entscheidungsfrist zuwarten, sondern hat so rasch wie möglich zu entscheiden.

Zu § 349 (Mutwillensstrafen):

Die Regelung entspricht jener des § 327 BVergG 2006. Die Regeln des VStG über die Strafbemessung werden für anwendbar erklärt; damit wird verschiedentlich in der Lehre geäußerten Bedenken Rechnung getragen, wonach es im Hinblick auf Art. 18 B-VG problematisch sei, wenn es keine Regelungen über die Bemessung der Mutwillensstrafen gäbe.

Zu den §§ 350 bis 352 (3. Abschnitt: Einstweilige Verfügungen):

Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die Möglichkeit der Erlassung einstweiliger Verfügungen unabhängig von der Erhebung eines Nachprüfungsantrages bestehen (vgl. insb. EuGH Rs C-236/95, *Kommission/Griechenland*, und Rs C-214/00, *Kommission/Spanien*). Die Regelungen über einstweilige Verfügungen werden daher wie bisher in einem eigenen Unterabschnitt geregelt.

§ 350 Abs. 1 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 328 Abs. 1 BVergG 2006. Die Antragslegitimation kann nur einem Unternehmer zukommen, der auch einen Nachprüfungsantrag stellen kann: Auch wenn es zulässig ist, eine einstweilige Verfügung schon vor einem Nachprüfungsantrag zu beantragen, soll sie verhindern, dass der Zweck des Nachprüfungsverfahrens durch zwischenzeitige

Handlungen des Auftraggebers unterlaufen wird. Aus systematischen Gründen können mit einer einstweiligen Verfügung nur solche Maßnahmen angeordnet werden, mit denen die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung verhindert oder beseitigt werden kann. Um im Hinblick auf die Dringlichkeit einstweiliger Verfügungen umfangreiche Erhebungen zu vermeiden, soll vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung allerdings nur eine Grobprüfung der Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs. 1 stattfinden. Stellt sich nach Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Hauptverfahren heraus, dass der betreffende Unternehmer zu einem Nachprüfungsantrag nicht legitimiert ist, tritt die einstweilige Verfügung mit der Zurückweisung des Nachprüfungsantrages nach § 351 Abs. 4 außer Kraft.

§ 350 Abs. 2 entspricht – ergänzt um die Bezeichnung der vergebenden Stelle in Z 1 – dem bisherigen § 328 Abs. 2 BVergG 2006.

§ 350 Abs. 2 Z 1 stellt ausdrücklich klar, dass sich Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausschließlich auf gesondert anfechtbare Entscheidungen beziehen können. Nach dem System des Gesetzes kann die geltend gemachte Rechtswidrigkeit auch aus der Rechtswidrigkeit einer nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung resultieren und vom Antragsteller daher auch geltend gemacht werden. Gleichfalls können im Zusammenhang mit der Darlegung der Schäden gemäß § 350 Abs. 2 Z 4 auch Schäden genannt werden, die aus einer zeitlich vorgelagerten nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung resultieren. Mangels Zeitgemäßheit ist die Faxnummer nicht mehr anzugeben sondern nur mehr die elektronische Adresse.

§ 350 Abs. 3 und 4 tragen dem Umstand Rechnung, dass die einstweilige Verfügung schon vor Einbringung des Nachprüfungsantrages beantragt werden kann. Sobald ein Nachprüfungsantrag eingebracht wurde, kann eine einstweilige Verfügung jederzeit – bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag – gestellt werden. Allerdings kann eine einstweilige Verfügung nur den Sinn haben, Schäden zu verhindern, die während eines Nachprüfungsverfahrens eintreten könnten. Vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens kann ein Antrag auf einstweilige Verfügung daher nur gestellt werden, solange ein Nachprüfungsverfahren zur Bekämpfung der betreffenden Rechtswidrigkeit noch möglich ist. Aus diesem Grund sind daher die in § 343 normierten Präklusionsfristen auch für die Stellung eines Antrages auf einstweilige Verfügung maßgeblich: Ist bereits Präklusion bezüglich einer bestimmten Rechtswidrigkeit eingetreten, kann auch eine einstweilige Verfügung nicht mehr beantragt werden. Wenn eine einstweilige Verfügung zwar rechtzeitig beantragt, in weiterer Folge aber kein Nachprüfungsantrag gestellt wird oder ein solcher wieder zurückgezogen, ist das Verfahren zur Erlassung der einstweiligen Verfügung einzustellen, oder sie tritt – wenn sie schon erlassen wurde – wieder außer Kraft. Die Verständigung über das Einstellen des Verfahrens zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist eine bloße Mitteilung und kein Beschluss oder Erkenntnis („formlos“). Es handelt sich daher um eine Abweichung von § 28 Abs. 1 iVm. § 31 Abs. 1 VwGVG.

§ 350 Abs. 5 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 328 Abs. 5 BVergG 2006. Die Nichteinhaltung der gesetzlichen Gebote nach Z 1 und 2 ist ex lege sanktionsbewehrt (vgl. § 351 Abs. 2).

In § 350 Abs. 7 wird – analog der Regelung bei Nachprüfungsanträgen – die Unzulässigkeit eines Antrages auf einstweilige Verfügung normiert, wenn er trotz Aufforderung nicht ordnungsgemäß vergebührt wird.

§ 351 entspricht dem bisherigen § 329 BVergG 2006. Durch die Neuformulierung in Abs. 1 wird klargestellt, dass bei Fehlen der Voraussetzungen für die einstweilige Verfügung der diesbezügliche Antrag abzuweisen ist.

Mit einer einstweiligen Verfügung können unterschiedlichste Maßnahmen angeordnet werden: neben den Hauptfällen der Untersagung der Vornahme bestimmter Handlungen des Auftraggebers oder der Aussetzung bestimmter Verfahrensschritte können aber auch alle sonstigen zielführenden Maßnahmen (zB Handlungsaufträge an den Auftraggeber) gemäß § 351 Abs. 3 angeordnet werden.

In der einstweiligen Verfügung ist ihre Dauer festzulegen. Unverhältnismäßige Nachteile für den Auftraggeber werden dadurch vermieden, dass die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung im „Hauptverfahren“ außer Kraft tritt und schon vorher von Amts wegen oder auf Antrag aufgehoben werden kann, wenn die Voraussetzungen für sie nicht mehr vorliegen. Wenn sich die Geltungsdauer als zu kurz erweist, kann sie auf Antrag oder von Amts wegen verlängert werden. In beiden Fällen bewirkt eine Antragstellung keine Gebührenpflicht, da nur Anträge nach den §§ 342 Abs. 1, 350 Abs. 1 und 353 Abs. 1 zu vergebühren sind.

In § 352 werden die verfahrensrechtlichen Sonderbestimmungen für das Verfahren über einstweilige Verfügungen zusammengefasst. Zu Abs. 1 vgl. die Ausführungen zu § 346 Abs. 1, zu Abs. 3 vgl. die Erläuterungen zu § 349. Zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung vgl. § 339 Abs. 1 Z 2 (e

contrario kann aus dieser Bestimmung geschlossen werden, dass – sofern dies ausnahmsweise doch für erforderlich erachtet werden sollte und sofern dies die unverzügliche Entscheidung über den Antrag gemäß § 352 Abs. 2 nicht verhindert – eine mündliche Verhandlung stattfinden kann). Abgesehen von den in § 352 normierten Sonderregelungen gelten die allgemeinen Bestimmungen des VwGVG bzw. des AVG. So folgt zB aus § 13 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 350 Abs. 3, dass Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen schriftlich zu stellen sind.

Um dem unionsrechtlichen Gebot eines möglichst raschen einstweiligen Rechtsschutzes Genüge zu tun, wird in § 352 Abs. 2 grundsätzlich an der kurzen Entscheidungsfrist festgehalten. Allerdings soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das AVG keine „Werktage“ kennt. Es soll daher nunmehr anstelle von sieben Werktagen auf 10 Tage abgestellt werden. Da es im Falle einer Zurückstellung des Antrages zur Verbesserung (vgl. § 13 Abs. 3 und 4 AVG sowie § 350 Abs. 7) zu Verzögerungen kommen kann, die eine Einhaltung dieser sehr kurzen Frist unmöglich machen kann, wird die Frist für den Fall einer erforderlichen Zurückstellung zur Verbesserung auf 15 Tage verlängert. Der Senatsvorsitzende wird bei der Bemessung der Verbesserungsfrist darauf zu achten haben, dass er seine Entscheidung noch innerhalb dieser Frist treffen kann.

Abweichend von der allgemeinen Regelung des AVG wird zudem bestimmt, dass es zur Einhaltung der Entscheidungsfrist ausreicht, wenn die Entscheidung vor ihrem Ablauf nachweislich abgesendet wurde. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich selbst bei zügigem Vorgehen des Senatsvorsitzenden die Zustellung der einstweiligen Verfügung aus Gründen verzögern kann, die nicht in seiner Sphäre liegen (zB bei traditioneller postalischer Zustellung an einen im Ausland ansässigen Antragsteller), sodass die Erledigung dem Adressaten erst nach Ablauf der – sehr kurz bemessenen – Entscheidungsfrist zugeht. Diese Problematik stellt sich bei den üblichen Entscheidungsfristen nicht in gleicher Weise wie der hier vorgesehenen zehntägigen bzw. fünfzehntägigen Entscheidungsfrist, sodass es gerechtfertigt und notwendig ist, in diesem Punkt eine Sonderregelung zu treffen.

Die Entscheidungsfrist gilt auch dann, wenn der Antrag auf einstweilige Verfügung zurückzuweisen ist. Auch Zeiten, die für die Klärung der Zulässigkeit eines solchen Antrages erforderlich sind, sind in die Frist einzurechnen. Die kurze Entscheidungsfrist gilt nur für die Entscheidung über die einstweilige Verfügung, nicht für die Erledigung verfahrensrechtlicher Anträge.

Da aufgrund des § 1 Abs. 1 Z 3 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes 1991 – VVG in der Fassung des Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetzes 2013 den Bezirksverwaltungsbehörden die Vollstreckung der von den Verwaltungsgerichten mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes erlassenen Erkenntnisse und Beschlüsse obliegt, bedarf es für die Vollstreckung einstweiliger Verfügungen nicht der ausdrücklichen Anordnung der Geltung des VVG.

Zu § 353 (Einleitung des Verfahrens):

§ 353 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 331 BVergG 2006.

Die in Abs. 1 aufgezählten Möglichkeiten von Feststellungsanträgen entsprechen der Aufzählung der Zuständigkeiten des BVwG in § 334 Abs. 3 und 4.

Durch den zweiten Satz des § 353 Abs. 1 soll wie bisher klargestellt werden, dass im Fall einer „Antragskumulierung“ ein Antrag gestellt werden kann, in dem mehrere Feststellungen begehrt werden, für den aber – da es sich eben nur um einen Antrag handelt – auch nur eine Gebühr zu entrichten ist. Aus systematischen Erwägungen ist es zweckmäßig, auch die in § 334 Abs. 3 Z 2 grundgelegte Möglichkeit der Antragstellung durch den Auftraggeber (Antrag auf Feststellung, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte) in diese Bestimmung aufzunehmen (vgl. dazu den dritten Satz). Diese Möglichkeit des „Gegenantrages“ soll auch in dem in Abs. 1 Z 5 vorgesehen Fall (rechtswidrige Erklärung des Widerrufes) bestehen. Da das Absehen von der Nichtigerklärung – grundsätzlich – von einem „Gegenantrag“ des Auftraggebers abhängig ist, soll auch diese Antragsmöglichkeit des Auftraggebers ausdrücklich in § 353 Abs. 1 verankert werden.

Auch für Anträge gemäß § 353 Abs. 2 soll der (drohende) Schaden weiterhin Prozessvoraussetzung sein.

Aus verfahrensökonomischen Gründen wird vorgesehen, dass das BVwG bei Vorliegen mehrerer Feststellungsanträge in Bezug auf dasselbe Vergabeverfahren diese Verfahren nach Möglichkeit gemeinsam durchzuführen hat (Abs. 3).

Gemäß Abs. 4 kann ein Antragsteller in einem laufenden Nachprüfungsverfahren, wenn der Zuschlag erteilt oder die Ausschreibung widerrufen wurde, den Antrag stellen, das Verfahren als Feststellungsverfahren weiterzuführen (vgl. zum Zuschlag oder Widerruf bereits vor Stellung des Nachprüfungsantrags § 344 Abs. 3). Dasselbe gilt im Falle der Bewilligung oder Verfügung einer Wiederaufnahme bzw. Wiedereinsetzung: ein zwischenzeitig durch Zuschlag oder Widerruf

abgeschlossenes Vergabeverfahren soll nicht mehr wiedereröffnet werden, sondern das Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren fortgeführt werden. Genauso verhält es sich, wenn der VfGH oder der VwGH eine Entscheidung des BVwG über den Antrag auf Nichtigerklärung aufgehoben hat und vor der Entscheidung des VfGH oder VwGH der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde.

Durch Abs. 4 ist jedenfalls klargestellt, dass ein Nachprüfungsverfahren nicht automatisch in ein Feststellungsverfahren umgewandelt wird, wenn während des Nachprüfungsverfahrens das Vergabeverfahren durch Zuschlag oder Widerruf beendet wird. Auch in diesem Fall muss ein förmlicher Feststellungsantrag gestellt werden. Für ihn gelten – mit Ausnahme der Fristen – dieselben Anforderungen wie für sonstige Feststellungsanträge (dies gilt insbesondere für den Inhalt solcher Anträge sowie die Wirkungen einer diesbezüglichen Entscheidung, nicht jedoch für die Gebührenpflicht – siehe dazu schon die Regelung des § 340 Abs. 1). Die Frist für die Einbringung beträgt wie bisher sechs Wochen ab Kenntnis vom Zuschlag oder Widerruf, längstens jedoch sechs Monate gerechnet ab dem Zuschlag oder dem Widerruf. Solange ein solcher Feststellungsantrag nicht gestellt wurde, ruht das – noch immer anhängige – Nachprüfungsverfahren. Wird der Feststellungsantrag bis zum Ablauf der dafür maßgeblichen Frist nicht gestellt, ist das Nachprüfungsverfahren ohne Erlassung eines Beschlusses oder Erkenntnisses formlos einzustellen (dabei handelt es sich um eine Abweichung von § 28 Abs. 1 iVm § 31 Abs. 1 VwGVG). Damit werden die Regelungen über die Entscheidungspflicht modifiziert; während dieser Schwebezeit kann daher auch kein Fristsetzungsantrag beim VwGH gestellt werden.

Durch diese Regelung wird außerdem klargestellt, dass ein Unternehmer sein Rechtsschutzbedürfnis hinsichtlich der Bekämpfung einer Entscheidung über einen Antrag auf Nachprüfung beim VwGH oder VfGH nicht dadurch verliert, dass nachträglich das Vergabeverfahren beendet wird; die vom VwGH zu einer landesrechtlichen Regelung vertretene anders lautende Auffassung (VwGH vom 24. März 2004, 2001/04/0088) kann auf die Regelung nicht übertragen werden: Wegen der Subsidiarität des Feststellungsverfahrens gegenüber dem Nachprüfungsverfahren (§ 354 Abs. 4) verliert der betroffene Unternehmer sein Rechtsschutzinteresse auf Überprüfung einer Entscheidung über einen Nachprüfungsantrag nicht dadurch, dass das Vergabeverfahren mittlerweile beendet worden ist.

Zu § 354 (Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages):

Die Anforderungen an den Inhalt des Feststellungsantrages in Abs. 1 entsprechen großteils jenen des § 332 Abs. 1 BVergG 2006.

Abs. 1 Z 2 wird weiter gefasst. So soll es für den Antragsteller möglich sein, jene Akteure zu bezeichnen, die ihm bekannt sind; eine genaue Bezeichnung wird gelegentlich nicht möglich sein, weshalb die bisherige diesbezügliche Voraussetzung („genau“) entfällt. Bei einer Vergabe etwa durch eine zentrale Beschaffungsstelle ist nicht zwingend der Auftraggeber und die vergebende Stelle anzuführen, wenn Informationen fehlen, ob die zentrale Beschaffungsstelle im eigenen oder fremden (und gegebenenfalls wessen) Namen beschafft hat. Im Falle einer Auftraggebergemeinschaft sind alle in der Ausschreibung genannten Auftraggeber im Antrag zu nennen (vgl. dazu etwa auch die Erläuterungen zu § 22 und § 195). Mangelt es an einer Ausschreibung ist der bekannte Auftraggeber im Antrag anzuführen. Die Angabe der Faxnummer ist nicht mehr erforderlich.

Der Antrag hat insbesondere – soweit zumutbar – auch den Zuschlagsempfänger zu bezeichnen (Z 3). Nicht zumutbar ist diese Bezeichnung insbesondere dann, wenn der Antragsteller bei Direktvergaben oder Vergaben ohne Bekanntmachung keine Kenntnis von der Zuschlagsentscheidung erlangen kann.

Für die „Gegenanträge“ des Auftraggebers werden keine besonderen Regelungen über Inhalt und Antragsfrist getroffen; der Inhalt solcher Anträge ergibt sich aus § 334 Abs. 3 Z 2 und Abs. 4 Z 2 leg. cit., sie können erst nach einem Feststellungsantrag eines Unternehmers während des betreffenden Feststellungsverfahrens gestellt werden.

Neu ist die einheitliche Regelung der Frist in Abs. 2. Bisher sah § 332 Abs. 3 BVergG 2006 vor, dass gewisse Arten von Feststellungsanträgen binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen sind. Das bedeutete aber, dass nach diesen sechs Monaten ein Feststellungsantrag auch nicht mehr zum Zwecke der späteren Geltendmachung von Schadenersatz beantragt werden konnte. Im Urteil vom 26. November 2015, Rs C-166/14, *MedEval*, hat der EuGH dazu festgehalten, dass es gegen den Grundsatz der Effektivität verstoße, wenn die Geltendmachung von Schadenersatz im Ergebnis mit einer absoluten Sechsmonatsfrist begrenzt ist, die auch dann zu laufen beginnt, wenn der Betroffene keine Kenntnis von Schaden und Schädiger haben konnte. Aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts reduzierte der VwGH (zB Entscheidung vom 16. März 2016, 2015/04/0004) die Bestimmung des § 332 Abs. 3 BVergG 2006 um die absolute sechsmonatige Ausschlussfrist, sodass Feststellungsanträge ab diesem Zeitpunkt unbefristet eingebracht werden konnten. Allerdings sei § 334 BVergG 2006 dahingehend anzuwenden, dass von einer Nichtigerklärung des

Vertrages nach Ablauf der Sechsmonatsfrist auf Antrag abzusehen sei, da die unionsrechtlich anerkannte Rechtssicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses im Sinne des § 334 Abs. 2 darstelle.

Nunmehr wird in § 354 Abs. 2 vorgesehen, dass Anträge binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen sind, in dem der Antragsteller vom Zuschlag oder Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können. Dies gilt für alle Arten von Feststellungsverfahren gemäß § 353 Abs. 1, da eine Ungleichbehandlung von Z 1 und 5 auf der einen Seite und Z 2 bis 4 auf der anderen Seite sachlich nicht zu rechtfertigen wäre.

§ 354 Abs. 2 iVm § 356 setzt die Grundregel des Art. 2f Abs. 1 lit. b der RMRL und der Sektoren-RMRL um, wonach ein auf die Nichtigkeit des Vertrages gerichteter Antrag binnen sechs Monaten, „gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem der Vertrag geschlossen wurde“, einzubringen ist.

Durch die neue Frist des § 354 Abs. 2 wird nunmehr eine sechsmonatige Frist ab Kenntnis bzw. Kennenkönnen des Zuschlages oder des Widerrufes normiert. Diese Frist entspricht auch dem unionsrechtlichen Grundsatz der Äquivalenz (vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott zu C-166/14, *MedEval* Rz 49).

Diese Frist ist vor allem für die Einbringung eines Feststellungsantrages im Hinblick auf die spätere Erlangung von Schadenersatz von Bedeutung. Hinsichtlich der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages schränkt § 356 Abs. 7 und 8 den Zeitraum der möglichen Antragstellung für eine solche Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages entsprechend den Vorgaben der RMRL und der Sektoren-RMRL ein (vgl. die Erläuterungen zu § 356).

Die Antragsfrist des Abs. 2 wird als materiell-rechtliche Frist gestaltet, deren Versäumung zum Erlöschen des Feststellungsanspruches führt; ihre Berechnung richtet sich nach den entsprechenden Bestimmungen des materiellen Teiles. Eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung dieser Frist ist damit nicht möglich. Die Frist läuft ab dem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer vom Zuschlag bzw. vom Widerruf tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können; dabei ist davon auszugehen, dass er jedenfalls durch eine Bekanntmachung dieser Entscheidungen von ihnen Kenntnis erlangen kann.

Zu Abs. 3 vgl. die Erläuterungen zu § 344 Abs. 4.

Durch Abs. 4 wird das bisherige System beibehalten, wonach Feststellungsanträge nur zulässig sind, soweit die betreffende Rechtswidrigkeit nicht in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden konnte. Abs. 4 ist Ausdruck des auch im Unionsrecht anerkannten Grundsatzes der Schadensminderungspflicht (vgl. dazu etwa EuGH Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pecheur/Factortame III*, Rz 85, Rs C-429/09, *Günter Fuß*, Rz 75). Der sekundäre Rechtsschutz durch Feststellungs- und Schadenersatzverfahren bleibt daher weiter subsidiär gegenüber dem primären Rechtsschutz durch Nachprüfungsverfahren. Ob ein Verstoß gegen Vergabevorschriften im Nachprüfungsverfahren hätte geltend gemacht werden können, richtet sich nach den Umständen des jeweiligen Verfahrens. Zur Zulässigkeit der Verhinderung von Missbrauch durch den Gesetzgeber vgl. auch EuGH Rs C-137/14*, Kommission/Deutschland*, Rz 81.

In Abs. 5 wird ferner – wie im Nachprüfungsverfahren – ausdrücklich vorgesehen, dass Feststellungsanträge gemäß § 353 Abs. 1 und 2 unzulässig sind, wenn sie trotz Aufforderung nicht ordnungsgemäß vergebührt werden.

Zum bisherigen § 332 Abs. 7 BVergG 2006 vgl. die Erläuterungen zu § 356 Abs. 8.

Zu § 355 (Verfahrensrechtliche Bestimmungen):

Die Regelung über die Parteistellung in Feststellungsverfahren wird neu gefasst. Parteistellung wird ausdrücklich nur dem Antragsteller, dem Auftraggeber und einem allfälligen Zuschlagsempfänger eingeräumt. Wenn aufgrund einer Feststellungsentscheidung des BVwG gemäß § 334 Abs. 5 das Verfahren ex lege als widerrufen gilt, entfaltet diese Entscheidung Wirkungen gegenüber allen Teilnehmern an einem Verfahren; daher soll in diesem Fall auch allen im Verfahren verbliebenen Bietern (das sind jene Bieter, die ihre Teilnahme noch nicht selbst beendet haben oder deren Teilnahme am Verfahren noch nicht rechtskräftig beendet worden ist) im Feststellungsverfahren Parteistellung eingeräumt werden.

Wenn eine zentrale Beschaffungsstelle Teile oder das gesamte Vergabeverfahren tatsächlich durchgeführt hat, so bildet sie zusammen mit dem Auftraggeber eine Streitgenossenschaft. Die Bestimmungen der §§ 14 f ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Das bedeutet, dass die zentrale Beschaffungsstelle und der Auftraggeber eine einheitliche Streitpartei bilden. Der Auftraggeber soll aber weiterhin alleine berechtigt bleiben, Anträge iSd § 356 Abs. 2, 5 und 6 zu stellen, da es dabei um die Vernichtung seines Vertrages geht. Auch bei der gemeinsamen Auftragsvergabe, bilden alle am Verfahren beteiligten Auftraggeber eine Streitgenossenschaft bzw. einheitliche Streitpartei. Im Unterschied zum Nachprüfungsverfahren sollen

hier alle an der gemeinsamen Auftragsvergabe beteiligten Auftraggeber Parteien des Feststellungsverfahrens sein und nicht nur jene, die in der Ausschreibung genannt sind. Anträge gemäß § 356 kann hier jeder der beteiligten Auftraggeber stellen. Regelungen im Innenverhältnis (dass etwa nur ein Auftraggeber die Parteistellung wahrnimmt) sind zulässig. §§ 14 f ZPO sind sinngemäß auch auf die gemeinsame Auftragsvergabe anzuwenden. Durch Abs. 1 wird den Anforderungen von Art. 37 und 38 der RL 2014/24/EU und Art. 55 und 56 der RL 2014/25/EU Rechnung getragen (vgl. dazu schon die Erläuterungen zu § 346).

Da im materiell-rechtlichen Teil des BVergG an Feststellungen aufgrund von Anträgen bestimmte Wirkungen anknüpfen, ist es zweckmäßig, für derartige Entscheidungen – in Anlehnung an die Regelung des § 348 für Anträge auf Nichtigerklärung – eine Entscheidungsfrist von längstens sechs Wochen vorzusehen.

Zu § 356 (Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen):

Wie bisher § 334 Abs. 1 BVergG 2006 stellt § 356 Abs. 1 klar, dass – ebenso wie im Nachprüfungsverfahren – eine Entscheidung des BVwG nur dann getroffen werden kann, wenn die geltend gemachte Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

Die folgenden Absätze enthalten Regelungen betreffend die Nichtigerklärung von Verträgen bzw. den Umfang der Aufhebung des Vertrages, das Absehen von der Nichtigerklärung und die Verhängung von Geldbußen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die Grundsatzregelungen betreffend die Nichtigkeit von Verträgen für den Oberschwellen- und den Unterschwellenbereich getrennt geregelt (Abs. 2 und 3). Abs. 7 enthält Fristenregelungen im Zusammenhang mit der Nichtigerklärung bzw. Aufhebung von Verträgen; er ist ua. auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-166/14, *MedEval* zurückzuführen (vgl. dazu die Erläuterungen zu § 354). Abs. 8 enthält eine Regelung im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*. Die Regelungen betreffend die Geldbuße finden sich (für Ober- und Unterschwellenbereich) in den Abs. 9 und 10.

Für den Oberschwellenbereich wird folgendes Regelungsregime vorgesehen: Aus dem ersten Satz des Abs. 2 ergibt sich, dass im Oberschwellenbereich eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 grundsätzlich zur Nichtigerklärung des Vertrages durch das BVwG führt, wobei der Vertrag für absolut nichtig – somit ex tunc nichtig – zu erklären ist. Eines besonderen Antrages auf Nichtigerklärung durch den Antragsteller im Feststellungsverfahren bedarf es hierzu nicht.

Durch den zweiten und dritten Satz des Abs. 2 wird Art. 2d Abs. 3 der RMRL und der Sektoren-RMRL umgesetzt. Soweit zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten, ist von der Nichtigerklärung abzusehen. Dies soll nach dem zweiten Satz sowohl für die ex tunc Nichtigerklärung des gesamten Vertrages gemäß Abs. 2 als auch für die nur teilweise Aufhebung des Vertrages wegen mangelnder Rückstellbarkeit gemäß Abs. 4 gelten. Dafür wird zusätzlich auch ein diesbezüglicher Antrag des Auftraggebers verlangt. Art. 2d Abs. 3 sowie Art. 2e Abs. 1 der RMRL und der Sektoren-RMRL sehen in diesem Zusammenhang vor, dass trotz Vorliegens eines die Unwirksamkeit nach sich ziehenden Verstoßes die vertraglichen Wirkungen bei zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses aufrechterhalten werden können, in diesem Fall sind allerdings so genannte „alternative Sanktionen“ zu verhängen. Da ein Antragsteller in einem Verfahren nach § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 regelmäßig ein Interesse an der Nichtigerklärung des Vertrages haben wird (da die Folge eine Neuausschreibung sein kann, an welcher sich der Antragsteller beteiligen kann), es aber Konstellationen geben kann, in denen auch ein Auftraggeber eher die ex tunc Nichtigerklärung des Vertrages in Kauf nehmen wird als die Verhängung von Sanktionen, soll eine Verhängung von Sanktionen (im Fall des Abs. 2) bzw. eine Verhängung von Sanktionen für mehr als die nicht-rückabwickelbaren Teile des Vertrages (im Fall des Abs. 4) nur dann in Betracht kommen, wenn der Auftraggeber gemäß Abs. 2 beantragt, von einer Nichtigerklärung abzusehen. Dabei kann der Auftraggeber auch primär beantragen, von der ex tunc Nichtigerklärung bzw. von der teilweisen Vertragsaufhebung gänzlich abzusehen, und subsidiär beantragen, den Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt aufzuheben (vgl. dazu Abs. 5). Das BVwG ist an diesen Antrag nicht gebunden; es hat somit auch bei Vorliegen eines entsprechenden Antrages (aber bei Fehlen der zwingenden Gründe eines Allgemeininteresses bzw. bei Überwiegen der Antragstellerinteressen) den Vertrag ex tunc für nichtig erklären bzw. den Vertrag gemäß Abs. 4 teilweise aufzuheben. Umgekehrt kann das BVwG aber – eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 vorausgesetzt – ohne einen entsprechenden Antrag gemäß Abs. 2 nicht von der Nichtigerklärung (gemäß Abs. 2 erster Satz) oder teilweisen Aufhebung gemäß (Abs. 4) absehen. Durch diese Antragsbedürftigkeit wird letztlich vermieden, dass das BVwG auch dann prüfen muss, ob von der Nichtigkeit abgesehen werden soll, wenn keine der Parteien dies begehrt (anders hingegen muss das BVwG von Amts wegen prüfen, ob die Voraussetzungen des § 356 Abs. 4 vorliegen und eine teilweise Aufhebung geboten ist). Es

obliegt somit dem Auftraggeber, dafür zu sorgen, dass Interessen an der Aufrechterhaltung des Vertrages in die Entscheidung des BVwG einfließen können. Gemäß § 355 Abs. 1 dritter Satz ist nur der Auftraggeber, nicht jedoch die zentrale Beschaffungsstelle antragslegitimiert, denn es handelt es sich um den Vertrag des Auftraggebers. Die zentrale Beschaffungsstelle soll nicht darauf hinwirken können, dass der Vertrag aufgehoben wird, damit über sie kein Bußgeld verhängt wird (vgl. dazu Abs. 9). Bei der gemeinsamen Auftragsvergabe kann jeder der beteiligten Auftraggeber ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages haben, weshalb jeder von ihnen antragsberechtigt ist.

In § 356 Abs. 2 dritter Satz wird vorgesehen, dass wirtschaftliche Interessen an der Wirksamkeit des Vertrages nur dann als zwingende Gründe gemäß Abs. 2 anzusehen sind, wenn die Unwirksamkeit in Ausnahmesituationen unverhältnismäßige Folgen hätte. Wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag dürfen jedoch keinesfalls als zwingende Gründe eines Allgemeininteresses qualifiziert werden. Als derartige wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertrag werden in Art. 2d Abs. 3 dritter UAbs. der RMRL und der Sektoren-RMRL unter anderem die durch die Verzögerung bei der Ausführung des Vertrages verursachten Kosten genannt, die durch die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens verursachten Kosten, die durch den Wechsel des Wirtschaftsteilnehmers, der den Vertrag ausführt, verursachten Kosten sowie die Kosten, die durch rechtliche Verpflichtungen aufgrund der Unwirksamkeit verursacht werden. Derartige Kosten können es somit unter keinen Umständen rechtfertigen, von der Unwirksamkeit des Vertrages abzusehen. § 356 Abs. 2 zweiter und dritter Satz regelt somit die Konsequenzen einer Feststellung, dass rechtswidrigerweise ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt oder der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt worden ist oder eine Leistungsvergabe aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems mit einem materiell-rechtlichen Verstoß verbunden war, in gleicher Weise.

Für den Unterschwellenbereich wird folgendes grundsätzliches Regelungsregime vorgesehen: Eingangs ist festzuhalten, dass der VfGH in seiner Judikatur zum vergaberechtlichen Rechtsschutz im Unterschwellenbereich (zuletzt VfSlg. 17.867/2006) ausführt, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Regelungen bestünden, die bei Verfahren unterhalb bestimmter Wertgrenzen Verfahrensvereinfachungen und Verfahrensbeschleunigungen vorsehen oder denkbare Rechtszüge beschränken. Vor diesem Hintergrund soll das Konzept der Nichtigkeit von Verträgen als Folge bestimmter Verstöße zwischen Ober- und Unterschwellenbereich differenziert ausgestaltet werden.

Abs. 3 sieht daher für den Unterschwellenbereich als Grundregel vor, dass eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 nur dann zur ex tunc Nichtigerklärung des Vertrages durch das BVwG führt, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers aufgrund des Gesetzes „offenkundig unzulässig“ war. Abs. 3 beschränkt daher das Nichtigkeitsregime des Unterschwellenbereiches auf die gravierendsten Verstöße gegen das BVergG 2017 (und das Unionsrecht), wobei zusätzlich diese Verstöße als „offenkundig“ zu qualifizieren sind. War hingegen die Vorgangsweise des Auftraggebers nicht offenkundig unzulässig, so kommt das gesamte Regime der Abs. 3 bis 6 (und in weiterer Folge auch die Abs. 8 und 9) im Unterschwellenbereich von vornherein nicht zur Anwendung. Das Verhalten der zentralen Beschaffungsstelle als vergebende Stelle wird als Vorgehensweise des Auftraggebers gewertet; sie handelt in seinem Namen.

Zum Konzept der Offenkundigkeit wird auf die einschlägige Rechtsprechung verwiesen: Der Begriff „offenkundig“ ist im Sinne der Judikatur des EuGH zur Staatshaftung (vgl. EuGH Rs C-224/01, *Köbler gegen Österreich*: „*Bei der Entscheidung darüber, ob der Verstoß hinreichend qualifiziert ist, muss das zuständige nationale Gericht* […] *prüfen, ob dieser Verstoß offenkundig ist.*“) und der Judikatur des VwGH auszulegen (vgl. VwGH vom 27. April 1993, 90/04/0265: „*Offenkundig* […] *ist eine Tatsache dann, wenn sie entweder allgemein bekannt (notorisch) oder der Behörde im Zuge ihrer Amtstätigkeit bekannt und dadurch „bei der Behörde notorisch“ („amtsbekannt“) geworden ist.*“; mit Hinweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 23. Jänner 1986, 85/02/0210). Offenkundig bedeutet somit, dass der Rechtsverstoß evident (gleichsam „ins Auge springend“) ist (ebenso auch schon BVA 5.8.2008, F/0003-BVA/10/2008-42) und nicht erst aufgrund von umfangreichen Erhebungen, komplexen rechtlichen Abwägungen bzw. Beurteilungen, Sachverständigengutachten usw. feststeht. Als Beispiel für derartige offenkundige Rechtsverstöße ist die Direktvergabe hoch standardisierter Leistungen oberhalb der entsprechenden Schwellenwerte zu nennen. Kein „offenkundiger“ Rechtsverstoß liegt daher dann vor, wenn der Auftraggeber über das Vorliegen eines Tatbestandes, der die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit nur einem Bieter rechtfertigt, einem entschuldbaren Irrtum unterlegen ist (etwa hinsichtlich des Vorliegens von Ausschließlichkeitsrechten oder im Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage der technischen Kompatibilität/Inkompatibilität).

Abs. 4 regelt (für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich) den Fall, dass der Vertrag bereits in Vollzug gesetzt wurde. Hier sind verschiedene Konstellationen denkbar: Ist die Leistung zur Gänze noch vorhanden und in natura rückstellbar (zB die gelieferten Computer befinden sich noch in der Originalverpackung in einem Lager des Auftraggebers), so hat das BVwG gemäß der Grundregel des Abs. 2 erster Satz bzw. Abs. 3 den Vertrag (bei Vorliegen einer Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5) ex tunc für nichtig zu erklären. Kann die Leistung zur Gänze oder (bei teilbaren Leistungen) ein Leistungsteil nicht mehr rückgestellt werden (etwa weil die Leistung bereits ganz oder teilweise konsumiert oder gebraucht wurde) oder kann die Leistung oder ein Leistungsteil nur mehr wertvermindert rückgestellt werden (weil die Leistung/der Leistungsteil „nicht mehr neu ist“; zB die gelieferten Computer wurden ausgepackt und Software installiert) so hat das BVwG – bei Vorliegen einer Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 – den Vertrag nur teilweise und zwar hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch (ohne Wertminderung) rückstellbaren Leistungsteiles aufzuheben. Der Vertrag bleibt somit hinsichtlich des bereits konsumierten oder nicht rückstellbaren Leistungsteiles bestehen (samt den diesbezüglichen vertraglichen Rechten). Die nur teilweise Aufhebung des Vertrags bedarf keines Antrages des Auftraggebers. Das BVwG hat dies von Amts wegen zu prüfen (vgl. schon VwGH vom 18. März 2015, 2012/04/0070). Aus der Formulierung des Gesetzes („auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird“) folgt, dass hinsichtlich des aufgehobenen Vertragsteiles ein Rückabwicklungsanspruch entsteht. Die Regelung des Abs. 4 (ex nunc Aufhebung hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch ohne Wertminderung rückstellbaren Leistungsteiles) ist nur dann einschlägig, wenn Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt – wenn also der Auftraggeber nicht den Antrag stellt, dass der Vertrag erst mit dem Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben werden soll und das BVwG die Aufhebung nicht erst zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügt. Außerdem sieht Abs. 2 die Möglichkeit für den Auftraggeber vor, auch in einem Fall, der nur eine teilweise Aufhebung des Vertrages gemäß Abs. 4 erfordern würde, einen Antrag auf (gänzliches) Absehen von der Aufhebung zu stellen (vgl. schon die Erläuterungen zu Abs. 2), was dann aber auch eine betragsmäßig höhere Sanktion bei Stattgabe des Antrages zur Folge hätte, als dies nur für ein teilweises Bestehenbleiben des Vertrages der Fall wäre (vgl. zur Festsetzung der Höhe der Geldbuße die Abs. 9 und 10).

Abs. 5 sieht (für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich) vor, dass – abweichend von der Grundregel des Abs. 2 bzw. 3, demzufolge der Vertrag für absolut nichtig (somit ex tunc nichtig) zu erklären ist – das BVwG auf diesbezüglichen Antrag des Auftraggebers aussprechen kann, dass der Vertrag erst mit einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird (frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des BVwG). Die Determinanten für das damit eingeräumte Ermessen (Nichtigerklärung des Vertrages ex tunc trotz Antrag des Auftraggebers oder Aufhebung des Vertrages zu einem anderen Zeitpunkt) werden im letzten Satz normiert.

Abs. 6 sieht im Sinne der zulässigen differenzierten Ausgestaltung des Rechtsschutzes zwischen Ober- und Unterschwellenbereich eine Sonderregelung allein für den Unterschwellenbereich vor. Gemäß Abs. 6 hat das BVwG bei Vorliegen einer Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 – selbst wenn die Vorgangsweise offenkundig unzulässig war – die vertraglichen Wirkungen aufrechtzuerhalten, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und eine Interessenabwägung (zwischen den Interessen des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertrages und den Interessen des Antragstellers an der Beendigung des Vertrages) zu seinen Gunsten ausfällt. Bei dieser Interessenabwägung sind auch allfällige von der Vertragsbeendigung betroffene öffentliche Interessen zwingend zu berücksichtigen. Abs. 6 erfasst somit jedenfalls alle Konstellationen gemäß Abs. 2 („zwingende Gründe eines Allgemeininteresses“) enthält aber eine darüber hinausgehende Berücksichtigungsregel. Als sachliche Gründe, die für eine spätere Aufhebung des Vertrages sprechen, können etwa die Unzumutbarkeit der (sofortigen) ex nunc Aufhebung von Heizungs- oder Stromlieferverträgen (zB kurz vor oder während einer Heizperiode) genannt werden, wenn die Versorgung von Amtsgebäuden, Schulen usw. nicht mehr gewährleistet wäre und der Auftraggeber eine gewisse Zeit für die Durchführung eines korrekten Vergabeverfahrens benötigt.

Da nach § 354 Abs. 2 für die Einbringung eines Feststellungsantrages nur mehr eine subjektive Frist vorgesehen ist, soll die Möglichkeit der Nichtigerklärung in § 356 weiterhin grundsätzlich auf eine maximale objektive Frist von sechs Monaten ab dem Tag des Zuschlages begrenzt werden (vgl. dazu einerseits die Erläuterungen zu § 354 und andererseits Art. 2f Abs. 1 lit. b der RMRL und der Sektoren-RMRL). Damit ist es auch bei einem erst nach Jahren eingebrachten Feststellungsantrag nicht möglich, den Vertrag oder Teile davon für nichtig zu erklären. Dies entspricht den Vorgaben der RMRL und der Sektoren-RMRL und dient der Rechtssicherheit. Voraussetzung für die Nichtigerklärung bzw. teilweise Aufhebung des Vertrages ist nach Abs. 7 daher grundsätzlich, dass der Feststellungsantrag binnen sechs

Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag eingebracht wurde. Die Sechsmonatsfrist ist eine Ausschlussfrist (vgl. VwGH vom 16. März 2016, 2015/04/0004).

Davon abweichend enthält der zweite Satz des Abs. 7 zwei Fristverkürzungen. Diese entstammen dem ehemaligen § 332 Abs. 3 BVergG 2006 und mussten aufgrund der Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-166/2014, *MedEval* (vgl. dazu schon die Erläuterungen zu § 354) in § 356 aufgenommen werden. Die genannten Bestimmungen enthielten nämlich (kurze) objektive Fristen, die nicht nur für die Nichtigerklärung, sondern auch für die Geltendmachung von Schadenersatz (aufgrund der Notwendigkeit eines Feststellungsantrages) galten (§ 332 Abs. 3 BVergG 2006). Dies ist im Hinblick auf das genannte Urteil des EuGH nicht mehr zulässig, da der Gerichtshof darin verlangt, dass es für die Erlangung von Schadenersatz möglich sein muss, Kenntnis von Schaden und Schädiger zu haben. Es ist daher auch in den Fällen des Abs. 7 zulässig, einen Feststellungsantrag (im Hinblick auf die Erlangung von Schadenersatz) innerhalb der Fristen des § 354 Abs. 2 zu stellen; die Nichtigerklärung bzw. Aufhebung von Teilen des Vertrages ist jedoch nur – entsprechend der Vorgaben der RMRL und Sektoren-RMRL – zulässig, wenn die Voraussetzungen des Abs. 7 erfüllt sind.

Abs. 7 Z 1 enthält folgende Fristverkürzung auf 30 Tage (wie dies aufgrund des Art. 2f Abs. 1 lit. a der RMRL und der Sektoren-RMRL unionsrechtlich zulässig ist): Wenn es sich beim Antragsteller um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt, dann kommt es zu einer Fristverkürzung, wenn der Auftraggeber diesem gemäß § 144 Abs. 2 oder § 306 Abs. 2 mitgeteilt hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt wurde.

Wenn es sich um einen Antrag gemäß § 353 Abs. 1 Z 2 (Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) handelt und kein Bieter im Vergabeverfahren verblieben ist, ist für eine Fristverkürzung zwischen der Rechtslage vor und nach dem 18. Oktober 2018 zu unterscheiden (vgl. Z 2):

Da auf österreichischer Ebene erst mit dem 18. Oktober 2018 eine Bekanntgabe mittels Kerndaten erfolgen soll, soll es bis zu diesem Zeitpunkt nur – aber dies auch im Unterschwellenbereich – erforderlich sein, eine Bekanntmachung auf Unionsebene (freiwillig) zu schalten, um von der Verkürzung auf 30 Tage profitieren zu können.

Ab dem 18. Oktober 2018 muss bei Vergaben im Oberschwellenbereich sowohl eine Bekanntgabe auf Unionsebene als auch auf österreichischer Ebene erfolgen (vgl. Artikel 2 Z 17). Es muss daher eine Bekanntgabe gemäß den §§ 61 Abs. 1 oder 2 und (!) 62 Abs. 1 oder 2 bzw. den §§ 231 Abs. 1 oder 2 und (!) 232 Abs. 1 oder 2 bzw. im Unterschwellenbereich gemäß § 66 Abs. 1 oder 2 bzw. § 237 Abs. 1 stattfinden, um die Fristverkürzung in Anspruch nehmen zu können.

Wenn der Auftraggeber im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sicher gehen will, dass es zu einer Verkürzung der grundsätzlich sechsmonatigen Frist auf 30 Tage kommt, dann muss er jedenfalls eine Bekanntgabe vornehmen und zusätzlich den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern (sofern es solche gibt) mitteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt worden ist. Eine Verpflichtung zur nachträglichen Bekanntgabe derart vergebener Aufträge wird dadurch nicht normiert. Wenn der Auftraggeber von der eingeräumten Möglichkeit keinen Gebrauch macht, kann eine Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages stattfinden, wenn der Feststellungsantrag binnen der sechsmonatigen Frist des ersten Satzes des Abs. 7 eingebracht wurde.

Eine ex-post Bekanntmachung iSd Abs. 7 Z 2 hat jedenfalls die wesentlichsten Elemente des vergebenen Auftrages wie Auftraggeber (vergebende Stelle), erfolgreicher Bieter, Auftragsgegenstand und Auftragswert zu enthalten, die einem Unternehmer die Einschätzung ermöglichen, ob er ein Interesse am Abschluss dieses Vertrages haben hätte können bzw. ob die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtmäßig gewesen sein konnte. Der Maßstab, der an die Begründung der ex-post Bekanntmachung zu legen ist, hat jenem Sorgfaltsmaßstab zu entsprechen, der vom EuGH in seinem Urteil in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*, niedergelegt wurde (vgl. die Erläuterungen zu Abs. 8). Dies gilt auch für Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung; die entsprechenden Ausführungen sind daher in das Standardformular der Kommission aufzunehmen (vgl. dazu das entsprechende, frei befüllbare Feld in Anhang D1, Pkt. 2 iVm Pkt. 3 des Standardformulars 3, http://simap.ted.europa.eu/documents/10184/99158/DE_F03.pdf sowie Anhang VI Teil D Z 7 des BVergG 2017; für den Sektorenbereich vgl. Anhang D2 Punkt 2 iVm Punkt 3 des Standardformulars 6, http://simap.ted.europa.eu/documents/10184/99158/DE_F06.pdf). Anderenfalls beginnt die 30 Tagesfrist nicht zu laufen und es gilt die Sechsmonatsfrist gemäß dem ersten Satz des Abs. 7.

Durch § 356 Abs. 8 wird Art. 2d Abs. 4 der RMRL und der Sektoren-RMRL umgesetzt: Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*, festgehalten, dass im Zusammenhang mit der freiwilligen ex ante Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung (vgl. dazu jeweils Art. 2d Abs. 4 der RMRL bzw. der Sektoren-RMRL und die Erläuterungen zur RV 327 BlgNR XXIV. GP 15/16) zu beachten ist, dass

die im Unionsrecht vorgesehene Konsequenz (Gültigkeit des Vertrages) nur dann eintritt, wenn alle in der genannten Bestimmung der RMRL (bzw. der Sektoren-RMRL) festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Ein Auftraggeber muss daher bei der Entscheidung, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchzuführen, sorgfältig handeln und hat zu prüfen, ob er zu Recht davon ausgehen darf („der Ansicht sein kann"), dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Ausnahmeverfahrens vorliegen. In diesem Zusammenhang kommt der Begründung des Auftraggebers im Rahmen der ex ante Veröffentlichung besondere Bedeutung zu. Diese Begründung hat in klarer und eindeutiger Weise darzulegen, warum der Auftraggeber rechtmäßiger Weise der Ansicht sein kann, dass die – restriktiv auszulegenden – Voraussetzungen für ein Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung erfüllt sind. Im Oberschwellenbereich sind daher die entsprechenden Ausführungen in das Standardformular der Kommission aufzunehmen (vgl. dazu das entsprechende, frei befüllbare Feld in den Anhängen D1 und D2 des Standardformulars 15), im Unterschwellenbereich in die jeweilige innerstaatliche Bekanntmachung. Da nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der die Ausnahme rechtfertigenden Umstände zur Inanspruchnahme einer Ausnahmevorschrift (hier: der Anwendbarkeit eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) denjenigen trifft, der diese Ausnahmevorschrift in Anspruch nehmen möchte (vgl. etwa EuGH Rs C-275/08, *Kommission/Deutschland*, Rz 56 mwN der Judikatur), hat der Auftraggeber dies sorgfältig zu prüfen und zu begründen. Die Begründung muss es allfälligen interessierten Unternehmen ermöglichen, die Überlegungen des Auftraggebers nachvollziehen und die Rechtskonformität der Vorgangsweise beurteilen zu können. So genügt etwa eine bloß formelhafte Begründung (zB durch Wiedergabe der verba legalia) diesem Maßstab nicht. Auftraggeber müssen daher (die ihnen zumutbaren) Erhebungen in sorgfältiger Weise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes durchführen, auf dieser Bewertungsgrundlage den nachvollziehbaren Schluss ziehen können, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen zu dürfen und diese Überlegungen in der Bekanntmachung offen legen. Hat der Auftraggeber diesen subjektiven, jedoch besonderen Sorgfalts- und Begründungsmaßstab eingehalten, unterlag er dabei jedoch einem entschuldbaren Rechtsirrtum, so schadet dies im Kontext der freiwilligen ex ante Bekanntmachung nicht: sofern auch die weitere Voraussetzung (Beachtung der Zehn-Tages-Frist ab Veröffentlichung der Bekanntmachung) eingehalten wird, kann der Vertrag nicht für „unwirksam" im Sinne der RMRL (bzw. der Sektoren-RMRL) erklärt werden (hingegen ist die Erlangung von Schadenersatz denkbar). Hat hingegen der Auftraggeber diese Vorgaben nicht beachtet oder ist er auffallend sorglos, grob fahrlässig oder gar willkürlich vorgegangen, so wäre trotz Veröffentlichung einer Bekanntmachung und Einhaltung der Stillhaltefrist der Vertrag für „unwirksam" zu erklären, wenn der Antrag entsprechend der Frist des Abs. 7 eingebracht wurde.

Durch die Formulierung „*sofern ein öffentlicher Auftraggeber [bzw. Sektorenauftraggeber] der Ansicht ist, dass .... zulässig ist*" in den Bestimmungen auf die § 356 Abs. 8 verweist, soll im Sinne des zitierten Judikates und in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Richtlinien einerseits zum Ausdruck gebracht werden, dass kein objektiver, sondern ein subjektiver Maßstab heranzuziehen ist (arg. „der Ansicht ist"), und dass andererseits nur bei Einhaltung des oben beschriebenen Sorgfaltsmaßstabes bei der Prüfung der Zulässigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung eine ex ante Bekanntmachung überhaupt zulässig ist. Flankierend dazu sieht Abs. 8 vor, dass nur derartige – zulässige – Bekanntmachungen auch dazu führen, dass – bei einem Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen – der Vertrag nicht für „unwirksam" iSd RMRL und der Sektoren-RMRL erklärt werden kann. Darüber hinaus stellt Abs. 8 als weitere Voraussetzung für die Unzulässigkeit der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages darauf ab, dass die publizierte Entscheidung „entsprechend begründet" war. Diese Wortfolge greift die im Urteil des EuGH hervorgehobene Voraussetzung auf, wonach nur klare, eindeutige und nachvollziehbare Begründungen des Auftraggebers in der ex ante Bekanntmachung die Voraussetzung der RMRL bzw. der Sektoren-RMRL erfüllen, dass eine Bekanntmachung vorliegt, „*wie sie in Art. 3a der vorliegenden Richtlinie beschrieben ist*" (vgl. dazu jeweils Art. 3a lit. c der zitierten Richtlinien und Rz 48 des Urteiles: „*Was diesen letzten Punkt betrifft, muss diese Begründung klar und unmissverständlich die Gründe erkennen lassen, die den öffentlichen Auftraggeber zu der Auffassung veranlasst haben, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben zu können, damit die Beteiligten in voller Sachkenntnis entscheiden können, ob sie es für nützlich erachten, die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle anzurufen, und damit diese eine wirksame Kontrolle vornehmen kann.*" Nur soweit beide (kumulativen) Voraussetzungen erfüllt werden, zieht die Einhaltung der zehntägigen Stillhaltefrist gemäß Abs. 8 auch die Unzulässigkeit der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages nach sich.

Zur Bekanntmachung an sich wird auf die entsprechenden Vorschriften des materiellen Teiles verwiesen. Die Inhalte der Bekanntmachung müssen bei einer österreichischen Bekanntmachung für mindestens zehn Tage verfügbar sein, da der Auftraggeber in dieser Zeit auch mit der Zuschlagserteilung zuwarten

muss. Die Verfügbarkeit der Bekanntmachung im ABl. der Europäischen Union kann durch das nationale Recht nicht geregelt werden.

Dass eine freiwillige ex-ante-Bekanntmachung nach den Vorgaben des materiellen Teiles stattgefunden hat, muss vom Auftraggeber entsprechend seiner Verpflichtung gemäß § 49 bzw. § 218 dokumentiert und nachgewiesen werden. Dieser hat mit entsprechenden Mitteln (Speicherung über Server, Screenshots, etc.) nachzuweisen, dass, wann und wie lange eine entsprechende Bekanntmachung auf österreichischer Ebene stattgefunden hat, damit das BVwG dies gegebenenfalls nachprüfen kann.

Ab 18. Oktober 2018, erhalten die verwiesenen Bestimmungen im Abs. 8 aufgrund des Außerkrafttretens anderer Bestimmungen eine andere Bezeichnung (vgl. Artikel 2 Z 18). Inhaltlich bleibt Abs. 8 jedoch unverändert.

Gemäß Art. 2d Abs. 2 der RMRL und der Sektoren-RMRL richten sich die Folgen der Unwirksamkeit des Vertrages nach einzelstaatlichem Recht. Es kann somit vorgesehen werden, dass alle vertraglichen Verpflichtungen rückwirkend aufgehoben werden oder dass die Wirkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen beschränkt ist, die noch zu erfüllen sind. Wenn die Nichtigkeit aber nicht rückwirkend (ex tunc) eintritt, dann sind sogenannte „alternative Sanktionen“ im Sinne des Art. 2e Abs. 2 der RMRL und der Sektoren-RMRL zu verhängen.

Art. 2e Abs. 2 der RMRL und der Sektoren-RMRL nennt die Verkürzung der Laufzeit des Vertrages als eine mögliche alternative Sanktion. Dies ist jedoch, wie auch die Kommission bestätigte, insofern verfehlt, als die Verkürzung der Laufzeit ohnehin nur in Betracht kommt, wenn der Vertrag nicht ex tunc vernichtet wird. Als alleinige „Sanktion“ kommt somit – auch im Einklang mit der Auffassung der Kommission – die Laufzeitverkürzung nicht in Betracht.

Vor diesem Hintergrund sieht Abs. 9 Geldbußen (als „Sanktionen“) für alle Fälle vor, in denen abweichend von den Grundregeln der Abs. 2 erster Satz und 3 das BVwG gemäß den zitierten Bestimmungen den Vertrag nicht für absolut nichtig erklärt und für jene Fälle, in denen der Vertrag nur teilweise bestehen bleibt. Während in Bezug auf den Oberschwellenbereich sich die Regelung des Abs. 9 vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Rechtslage als notwendig erweist, ergibt sich ein, durch die Anwendungsvoraussetzungen des Abs. 3 ohnehin auf die gravierendsten Verstöße eingeschränktes, Regelungsbedürfnis im Unterschwellenbereich durch das Sachlichkeitsgebot. So ist es sachlich nicht zu rechtfertigen, dass in den Fällen, in denen Vergabeverfahren offenkundig rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurden, der Zuschlag offenkundig rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde oder die Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems offenkundig rechtswidrig war und in denen darüber hinaus die Leistung nicht mehr vollständig oder ohne Wertverminderung rückgestellt werden kann, ein Auftraggeber lediglich damit „sanktioniert“ wird, dass der Vertrag nur teilweise weiterbesteht.

In der Entscheidung des VwGH vom 18. März 2015, 2012/04/0070 (Pkt. 4.5.1.) hatte der VwGH eine Lücke in § 334 Abs. 7 BVergG 2006 erkannt. Dieser sei um den Verweis auf Abs. 4 zu ergänzen. Die teilweise Aufhebung eines Vertrags dürfe nicht anders behandelt werden als eine gänzliche Nichtigerklärung, da die Richtlinie auch für jene Teile des Vertrages, die nicht aufgehoben werden, eine alternative Sanktion verlange. Da dies aber nicht nur auf Abs. 4, sondern auch auf Abs. 5 und 6 zutrifft, sind auch diese Bestimmungen in Abs. 9 (ehemals § 334 Abs. 7 BVergG 2006) aufzuzählen. Eine spätere Vertragsaufhebung ist nicht anders zu werten als ein nicht rückabwickelbarer Teil des Vertrages gemäß Abs. 4; auch gemäß Abs. 5 wird nämlich ein Teil des Vertrages (der erst in der Zukunft liegt) nicht aufgehoben. Dieser Teil des Vertrags ist aber trotzdem zu missbilligen und daher nach der RMRL auf andere („alternative“) Weise zu sanktionieren. Sinngemäßes gilt für Abs. 6: Auch hier wäre es sachlich nicht zu rechtfertigen keine alternative Sanktion vorzusehen.

Im Falle einer gemeinsamen Auftragsvergabe ist die Geldbuße über alle beteiligten Auftraggeber zu verhängen. Die interne Aufteilung der Geldbuße bzw. der Regress ist zwischen den beteiligten Auftraggebern zu regeln. Hat eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchgeführt, ist die Geldbuße abweichend von Abs. 9 erster Satz über sie zu verhängen, wenn die von ihr gesetzten Handlungen für die Feststellung der Rechtsverstöße von wesentlichem Einfluss waren. Dies setzt die Vorgaben des Art. 37 und 38 der RL 2014/24/EU und Art. 55 und 56 der RL 2014/25/EU im Feststellungsverfahren um. Die zentrale Beschaffungsstelle muss demnach die Verantwortung für die von ihr faktisch durchgeführten Handlungen übernehmen („Der Auftraggeber kommt seinen Verpflichtungen nach[…]“).

Bei der Verhängung einer Geldbuße („alternative Sanktion“) handelt es sich gemäß Abs. 9 nicht um eine Verwaltungsstrafe und stellt das diesbezügliche Verfahren somit kein Verfahren wegen einer

Verwaltungsübertretung dar (vgl. die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2010 RV 327 BlgNR XXIV. GP sowie VfGH vom 8. Oktober 2015, G 154/2015 ua).

In bestimmten Fällen ist die Verhängung der Geldbuße antragsbedürftig; das BVwG kann gemäß Abs. 2 zweiter Satz, 5 und 6 überhaupt nur dann eine solche Sanktion verhängen, wenn der Auftraggeber beantragt, von der Nichtigerklärung des Vertrages zur Gänze (oder zumindest teilweise) abzusehen. Die Regelung weist somit Züge einer Wahlmöglichkeit desjenigen auf, über den die Sanktion verhängt werden soll.

Allgemein wird festgehalten, dass der grundsätzliche Maßstab für die Höhe der Geldbuße die in Abs. 9 genannten Kriterien (wirksam, verhältnismäßig und abschreckend) sind. Diese Vorgaben sind insbesondere bei der Bemessung der Höhe einer Geldbuße zu beachten. Hinsichtlich der Begrenzung der Höchstsumme der Geldbuße in Abs. 10 ist folgendes auszuführen: Da das System der Geldbuße der Wiederherstellung des – durch einen Verstoß gegen Unionsrecht gestörten – Wettbewerbes dient, ist es sachgerecht die Höhe der Geldbuße an der Auftragssumme zu orientieren. Aus unionsrechtlicher Sicht ist eine Begrenzung der Höchstsumme (orientiert an der Auftragssumme) (auch nach Auffassung der Kommission) zulässig, wobei im Anwendungsbereich der RMRL und der Sektoren-RMRL seitens der Kommission eine Höchstgrenze von weniger als 20% der Auftragssumme nicht mehr als abschreckend angesehen würde. Im Unterschwellenbereich soll – im Sinne der oben erwähnten zulässigen verfassungsrechtlichen Differenzierung zwischen Ober- und Unterschwellenbereich – die Höchstgrenze reduziert und mit 10% der Auftragssumme gedeckelt werden. Zum Begriff der Auftragssumme wird auf die Definition des § 2 Z 26 lit. a verwiesen, wonach der Angebotspreis (Auftragssumme) die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer ist.

Da es nicht sachgerecht wäre, bei einer nur teilweisen oder in der Zukunft liegenden Aufhebung des Vertrages die Geldbuße jedenfalls von der gesamten Auftragssumme zu berechnen, sieht Abs. 10 vor, dass die Geldbuße nach dem Umfang jenes Teiles der Auftragssumme des Vertrages zu bemessen ist, der trotz festgestellter Rechtswidrigkeit nicht aufgehoben wird. Ist also etwa ein Auftrag in der Höhe von 400.000 Euro nur mehr zur Hälfte rückabwickelbar, so beträgt die Höchstgrenze für die Geldbuße 40.000 Euro (20% von 200.000 Euro). Gemäß Abs. 10 hat das BVwG weiters für die Verhängung einer Sanktion die Schwere des Verstoßes bzw. die Vorgangsweise des Auftraggebers zu berücksichtigen. Die verhängte Sanktion muss daher entsprechend schärfer ausfallen, wenn ein qualifizierter Verstoß des Auftraggebers vorliegt bzw. seine Vorgangsweise offenkundig unzulässig war. Der ebenfalls bezogene § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes – VbVG, BGBl. I Nr. 151/2005, nennt in seinem Abs. 2 als Erschwerungsgründe das Ausmaß der Schädigung bzw. der Gefährdung, das Ausmaß des erlangten Vorteiles sowie das Ausmaß, in dem gesetzwidriges Verhalten der Mitarbeiter geduldet wurde. In Betracht zu ziehende Milderungsgründe gemäß § 5 Abs. 3 VbVG sind zB bereits vor der Tat gesetzte Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten (Z 1) oder Schritte zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten (Z 5).

Gemäß EG 19 der RL 2007/66/EG dürfen Geldbußen nicht an den sanktionierten Auftraggeber selbst entrichtet werden. Aus diesem Grund wird der Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung als Empfänger der Geldbußen festgelegt (vgl. § 2 FTFG, BGBl. Nr. 434/1982). Das BVwG hat bei der Verhängung von Geldbußen in der diesbezüglichen Entscheidung gleichzeitig eine Frist zur Zahlung der Geldbuße festzulegen. Die Geldbußen sind in einem ersten Schritt an das BVwG zu zahlen und von diesem an den Fonds weiterzuleiten.

Zu § 357 (Unwirksamerklärung des Widerrufes):

§ 357 enthält die Kompetenz des BVwG, den Widerruf bei Vorliegen eines bestimmten Verstoßes für unwirksam zu erklären. Voraussetzung dafür ist, dass der Antragsteller dies beantragt hat und dass im Rahmen einer Interessenabwägung das BVwG zum Schluss kommt, dass das Interesse der Bieter an der Fortführung des Verfahrens das Interesse des Auftraggebers an der Beendigung des Verfahrens überwiegt.

Zum 5. Teil (Außerstaatliche Kontrolle, IMI, Statistik, Verpflichtungen nach Zuschlagserteilung und zivilrechtliche Bestimmungen):

Zu § 358 (Korrekturmechanismus und Verfahren der Republik Österreich mit der Kommission):

Die Regelung dient zur Umsetzung des in Art. 3 der RMRL und in Art. 8 der Sektoren-RMRL vorgesehenen Korrekturmechanismus und stellt eine spezifische Ausformulierung des Grundsatzes des Art. 4 Abs. 3 EUV („Pflicht zur Gemeinschaftstreue“) dar. Gemäß dieser Bestimmung trifft die Mitgliedstaaten eine Unterstützungspflicht wie auch die Pflicht, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben, zu setzen.

Abs. 2 enthält die bei Beschwerde- und Auskunftsersuchen sowie bei Pilot- oder Vertragsverletzungsverfahren einzuhaltende Vorgangsweise. Abs. 3 beinhaltet die Verpflichtung der Auftraggeber, der vergebenden Stellen und allfällig betroffener Unternehmer, entsprechende Unterlagen für die Erstellung der Stellungnahme der Republik Österreich zur Verfügung zu stellen. Betroffene Unternehmer sind auch jene Unternehmer, deren Verhalten im Zusammenhang mit dem Beschwerde- und Auskunftsersuchen sowie dem Pilot- oder Vertragsverletzungsverfahren stehen kann (wer dies sein kann, ergibt sich etwa aus dem Schreiben der Kommission). Die gemäß Z 1 vorzulegenden Unterlagen sind daher auch in einem sehr weiten Sinn zu verstehen.

Zu § 359 (Grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Auftraggebern und Behörden):

Mit diesem Paragraphen wird Art. 86 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 102 der RL 2014/25/EU Rechnung getragen, der die Pflicht zur Verwaltungszusammenarbeit in bestimmten Bereichen (insbesondere im Zusammenhang mit Nachweisen) vorsieht. Zu diesem Zweck kann das Internal Market Information System (IMI) genutzt werden.

Die Hilfeleistung gegenüber Auftraggebern in der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist nach Abs. 1 erstem Satz geboten; hingewiesen wird jedoch darauf, dass eine solche nicht über IMI stattfinden kann, da die Schweizerische Eidgenossenschaft derzeit (Stand: Juni 2017) noch nicht über einen Zugang zu IMI verfügt.

Zu den in Abs. 1 genannten Landeskammern ist klarzustellen, dass diese ausschließlich zu Hilfeleistungen im Kontext des Abs. 3 Z 3 verpflichtet sind.

Aus der Bezugnahme auf die genannten Bestimmungen der RL 2014/24/EU und 2014/25/EU in Abs. 1 ergibt sich, dass IMI im Zusammenhang mit Vergabeverfahren, die vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen sind (vgl. etwa die §§ 9 oder 178), nicht in Anspruch genommen werden kann bzw. keine Verpflichtung zur Hilfeleistung besteht. Darüber hinaus ist daraus zu schließen, dass nur der Oberschwellenbereich von IMI bzw. von der Hilfeleistungspflicht betroffen ist, da die genannten Artikel der RL 2014/24/EU und 2014/25/EU, wie auch die genannten Richtlinien allgemein, nur für den Oberschwellenbereich gelten. Eine freiwillige Hilfeleistung bzw. Nutzung von IMI ist natürlich dennoch zulässig.

Stellt der Auftraggeber eines anderen Mitgliedstaates der EU oder einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens eine Anfrage im Wege von IMI, sollte die Antwort im Idealfall auch über IMI erfolgen, um zu vermeiden, dass die über IMI erfolgte Anfrage in technischer Sicht unerledigt bleibt. Sollte die inhaltliche Antwort dennoch auf anderem Weg erfolgen, ist in IMI aber zumindest auf die Beantwortung der Anfrage außerhalb des IMI hinzuweisen, damit die IMI-Anfrage in technischer Hinsicht geschlossen werden kann.

Anfragen gemäß Abs. 2 haben die Voraussetzungen des Abs. 1 zu erfüllen, sind also insbesondere solche Anfragen, die im Zusammenhang mit den in Abs. 1 genannten Richtlinienbestimmungen (bzw. der entsprechenden innerstaatlichen Bestimmungen) stehen. Da die Schweizerische Eidgenossenschaft, wie bereits zu Abs. 1 ausgeführt, keinen Zugang zu IMI hat, ist Abs. 2 diesbezüglich derzeit ohne Anwendungsbereich; bei einer zukünftigen Anbindung kann hier jedoch der Anwendungsbereich eröffnet werden, was mit dem Hinweis auch auf die Schweizerische Eidgenossenschaft berücksichtigt werden soll.

Die Aufzählung der Informationen, die ausgetauscht werden können, erfolgt in Abs. 3 demonstrativ (arg. „insbesondere“). Art. 59 der RL 2014/24/EU kommt zumindest derzeit im Rahmen von IMI kein Anwendungsbereich zu und Anfragen zu Art. 64 der RL 2014/24/EU können von anderen Staaten an österreichische Behörden nicht gerichtet werden, da dieser Artikel – es handelt sich dabei um eine fakultative Bestimmung – in Österreich nicht umgesetzt wurde. Es kann allerdings eine Anfrage von einem österreichischen Auftraggeber an eine ausländische Behörde erfolgen, sofern ein ausländischer Unternehmer einen Nachweis nach Art. 64 der RL 2014/24/EU aus seinem Sitzstaat vorlegt.

Von einer bloß sinngemäßen Anwendung der genannten Bestimmungen des Dienstleistungsgesetzes – DLG ist deshalb auszugehen, da im vorliegenden Paragraphen Auftraggeber Anfragen stellen und dementsprechend nicht immer „Behörden“ handeln, wie dies im DLG geregelt ist. § 15 Abs. 5 und 6 DLG sind hingegen unmittelbar anwendbar. § 15 Abs. 6 DLG erklärt dabei die Verbindungsstelle zum Dienstleister im Sinne des DSG 2000.

Da Anfragen aus dem Ausland in den meisten Fällen von Bundesministerien zu beantworten sein werden, kann die Einrichtung einer oder gegebenenfalls mehrerer Posteingangsstellen beim Bund in Erwägung gezogen werden (zB Strafregisterbescheinigung – Bundesministerium für Inneres, Registerauskunft für Verbände gemäß § 89 GOG sowie Insolvenzdatei und Firmenbuchauszug – Bundesministerium für Justiz, Auskunft aus dem Gewerbeinformationssystem Austria (GISA) – Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft, Rückstandsbescheinigung – Bundesministerium für Finanzen).

Zu § 360 (Statistische Verpflichtungen):

Hiermit sollen Art. 83 Abs. 3 und Art. 85 Abs. 2 der RL 2014/24/EU sowie Art. 99 Abs. 3 und Art. 101 Abs. 2 der RL 2014/25/EU mit umgesetzt werden.

Verfahren in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens („dieses Bundesgesetzes“) gemäß Abs. 3 sind Nachprüfungsverfahren, Feststellungsverfahren und Verfahren zur Erlassung von einstweiligen Verfügungen.

Zu Abs. 3 Z 1 ist klarzustellen, dass die Meldung nicht auf einer detaillierten Analyse der bei den Gerichten entschiedenen Rechtssachen beruhen muss, sondern eine summarische Aussage über die für das Berichtsjahr relevanten Entscheidungen treffen kann (zB Hinweis auf bestimmte Paragraphen des BVergG). Im Fall des Abs. 3 Z 2 sind – analog zu Z 1 – die Informationen nur dann zur Verfügung zu stellen, wenn sie bei den entschiedenen Rechtssachen im Berichtszeitraum konkret entscheidungsrelevant waren (s. insbesondere § 78 Abs. 1 Z 1 und 7 sowie § 249 Abs. 1 und 2 Z 6).

Zu Abs. 6 Z 1 ist klarstellend auszuführen, dass die statistische Aufstellung die Teilnahmequote von Unternehmen auszuweisen hat, die entweder ein Kleinstunternehmen, ein kleines Unternehmen oder ein mittleres Unternehmen im Sinne der genannten Empfehlung sind (vgl. dazu Art. 2 des Anhanges der Empfehlung). Es handelt sich somit um Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten, die entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. Euro beläuft.

Die Verordnungsermächtigung gemäß Abs. 6 kann sich etwa darauf beziehen, dass Arbeits- und Bietergemeinschaften als ein Unternehmer zu zählen sind, dass die Teilnahme eines KMU in einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft dazu führt, dass die gesamte Arbeits- oder Bietergemeinschaft als KMU gezählt wird.

Zu § 361 (Übermittlung von zusätzlichen statistischen Informationen zu Bekanntmachungen):

Mit dieser Bestimmung sollen Art. 85 Abs. 1 der RL 2014/24/EU und Art. 101 Abs. 1 der RL 2014/25EU umgesetzt werden. Die Richtlinienbestimmungen sprechen zwar von einem Mangel der Qualität der Information, aber anderseits aber von „fehlenden statistischen Informationen“ – es ist davon auszugehen, dass die Informationen, die abgefragt werden dürfen, sich im Rahmen des jeweiligen als unvollständig erachteten Standardformulars bewegen. Die Abfrage kann Bekanntmachungen und Bekanntgaben betreffen.

Zu § 362 (Übermittlung von sonstigen Unterlagen):

Durch diesen Paragraphen wird festgehalten, dass der Verkehr sowohl mit der Kommission als auch mit EWR-Organen im Wege über den Bundeskanzler zu erfolgen hat. Die angesprochenen Mitteilungen und Berichte betreffen hauptsächlich die statistischen Ergebnisse der Anwendung der Richtlinien.

Zu den §§ 363 bis 375 (Verpflichtungen nach Zuschlagserteilung und zivilrechtliche Bestimmungen):

Zu § 363 (Bekanntgabepflichten im Zusammenhang mit Subunternehmern):

§ 363 setzt Art. 71 Abs. 5 der RL 2014/24/EU und Art. 88 Abs. 5 der RL 2014/25/EU um. Er enthält die Bestimmungen über die Bekanntgabe neuer Subunternehmer nach Zuschlagserteilung. Auf die Regelungen betreffend die Offenlegungspflichten in der Angebotsphase (vgl. die §§ 98, 127, 268 und 294) wird hingewiesen. Ziel des § 363 ist die Verankerung einer Kontrollmöglichkeit des Auftraggebers im Kontext der Subvergabe und die Erhöhung der Transparenz im Rahmen der Auftragsausführung.

Das System des § 363 geht von einem grundsätzlichen Verbot des Einsatzes von „neuen“ Subunternehmern nach Zuschlagserteilung aus (zur unionsrechtlichen Zulässigkeit einer derartigen Beschränkung vgl. EuGH Rs C-314/01, *Siemens AG*). Neue Subunternehmer sind jene Subunternehmer, die nicht bereits im Angebot genannt und deswegen vom Auftraggeber im Rahmen der Angebotsprüfung geprüft werden konnten. Dieses grundsätzliche Verbot betrifft den Unternehmerwechsel (Austausch eines im Angebot oder vor Einsatz bei der Leistungserbringung bekannt gegebenen Subunternehmers) bzw. das Hinzuziehen („Nachschieben“) eines im Angebot nicht bekannt gegebenen Unternehmers zur Auftragsausführung. Dieses Verbot gilt allerdings nicht uneingeschränkt: Sofern der Einsatz eines bisher nicht vom Auftraggeber geprüften Unternehmers in Aussicht genommen wird, ist dies einerseits dem Auftraggeber durch den Auftragnehmer bekannt zu geben und es darf (kumulativ und in jedem Glied der Kette) dieser Unternehmer nur nach vorheriger expliziter Zustimmung durch den Auftraggeber an der Ausführung des Auftrages (bzw. des ihm zugedachten Leistungsteiles) mitwirken. Eine generelle vorherige Zustimmungserklärung des Auftraggebers zur konkreten Weitergabe ist unzulässig (arg. „jeden beabsichtigten Wechsel […] oder jede beabsichtigte Hinzuziehung“). Der Auftraggeber kann seine Zustimmung zum Einsatz neuer Unternehmen allerdings nicht willkürlich, sondern nur aus sachlichen

Gründen verweigern. Als derartige (sachliche) Gründe sind etwa zu nennen: mangelnde Eignung des Unternehmers, bereits im Leistungsvertrag festgelegte (sachliche) Gründe oder Gründe, die den Auftraggeber zum Rücktritt vom Vertrag berechtigen würden. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Maßstab hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung für die Ablehnung eines Subunternehmers nicht mit dem Maßstab hinsichtlich der Eignungsprüfung ident ist. Ein Subunternehmer kann daher auch aus anderen als den in § 78 bzw. § 249 für die Eignungsprüfung taxativ aufgezählten Ausschlussgründen abgelehnt werden. Die Ablehnung eines Subunternehmers muss jedoch jedenfalls sachlich gerechtfertigt werden können, dh. die Ablehnung hat aus (objektiv) nachvollziehbaren Gründen zu erfolgen (etwa wenn berechtigte Anhaltspunkte bestehen, dass es sich um ein Scheinunternehmen handelt, oder wenn es sich nicht um eine „schwere“ Verfehlung handelt, die bereits einen Ausschluss rechtfertigen würde). Die Zustimmung zu einem neuen Subunternehmer oder dessen allfällige Ablehnung hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer „unverzüglich“ mitzuteilen; „unverzüglich“ bedeutet ohne schuldhafte Verzögerung. Teilt der Auftraggeber nicht in diesem Sinn „unverzüglich“ die Zustimmung oder Ablehnung mit, ist dies – als dem Auftraggeber zuzurechnende schuldhafte Verzögerung – im Rahmen des zivilrechtlichen Auftragsverhältnisses entsprechend zu berücksichtigen (zB bei Pönalen).

Die Bekanntgabe eines bisher nicht bekannten Subunternehmers sowie die Einholung der Zustimmung des Auftraggebers hat immer durch den Auftragnehmer zu erfolgen, unabhängig davon, in welchem Glied der Subunternehmerkette der Subunternehmerwechsel stattfindet bzw. der bisher nicht bekannte Subunternehmer herangezogen werden soll. Die Subunternehmer haben daher eine entsprechende Bekanntgabepflicht gegenüber dem Auftragnehmer (sowie gegenüber den anderen ihnen in der Subunternehmerkette übergeordneten Subunternehmern), welcher die Information dann an den Auftraggeber weiterleitet und die entsprechende Zustimmungserklärung des Auftraggebers einholt.

Das Zustimmungserfordernis des Abs. 1 gilt auch für den Fall, dass der Auftraggeber nur die Bekanntgabe aller wesentlichen Subunternehmer festgelegt hatte und demzufolge im Angebot auch nur diese angeführt wurden. Das Hinzuziehen eines – gemäß den Angaben in der Ausschreibung im Angebot nicht bekannt gegebenen Subunternehmers für einen nicht wesentlichen Teil des Auftrages bedarf nach Abs. 1 der vorherigen Zustimmung des Auftraggebers. Überdies bedarf auch der Wechsel eines derartigen Subunternehmers der vorherigen Zustimmung des Auftraggebers. Somit ist in der Ausführungsphase auch im Sonderfall der §§ 98 Abs. 2 letzter Satz bzw. 268 Abs. 2 letzter Satz die vollständige Transparenz und Kontrollmöglichkeit des Auftraggebers gewährleistet.

Der Auftraggeber kann überdies die Einhaltung des Zustimmungserfordernisses gemäß Abs. 1 etwa im Wege einer Vertragsstrafe (Pönale) und/oder einer Vertragsauflösungsklausel zusätzlich absichern bzw. sanktionieren. Im Übrigen können Verstöße gegen Abs. 1 als „schwere berufliche Verfehlung“ qualifiziert werden, die bei künftigen Vergabeverfahren zum Ausschluss führen könnte (vgl. § 78 Abs. 1 Z 5 bzw. § 249 Abs. 2 Z 4).

Falls der Meldung des Auftragnehmers nicht alle für die Prüfung des bekannt gegebenen neuen Subunternehmers erforderlichen Unterlagen beigeschlossen wurden, hat der Auftraggeber diesen Mangel unverzüglich dem Auftragnehmer mitzuteilen und die Vorlage der ausständigen Unterlagen einzufordern. Zur Vorlage dieser Unterlagen hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zu setzen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, in welchem Glied der Ausführungskette der neue Subunternehmer eingesetzt werden soll.

Abs. 2 verpflichtet den Auftragnehmer bestimmte Daten betreffend die von ihm eingesetzten Subunternehmer bekannt zu geben bzw. diese Daten unverzüglich zu aktualisieren.

Zu § 364 (Aufbewahrungspflichten):

§ 364 bildet eine flankierende Regelung zu den Dokumentationspflichten (vgl. dazu etwa die §§ 49, 147, 218 und 309 sowie ferner etwa EG 126 der RL 2014/24/EU). Er soll sicherstellen, dass während der Laufzeit eines Vertrages dieser jedenfalls verfügbar ist. § 364 beinhaltet nur eine Verpflichtung zur Aufbewahrung; allfällige Einschränkungen hinsichtlich des Zuganges zu einem konkreten Vertrag können sich aus anderen, insbesondere gesetzlichen Regelungen ergeben (Datenschutz, Schutz von Geschäftsgeheimnissen etc.). Hinzuweisen ist ferner darauf, dass es neben dem BVergG auch andere relevante (insbesondere gesetzliche) Aufbewahrungspflichten bzw. Zeiträume gibt, hinsichtlich der Vertragsurkunden aufbewahrt werden müssen bzw. werden sollten: So beträgt gemäß § 132 Abs. 1 BAO, BGBl. Nr. 194/1961 idgF, die steuerrechtliche Aufbewahrungsfrist für alle Bücher und Aufzeichnungen samt dazugehörigen Belegen und Unterlagen sieben Jahre. Für den Bereich der öffentlichen Stellen des Bundes existiert ferner eine Sonderregelung betreffend die Aufbewahrungspflicht von Akten. Auf der Grundlage des § 12 BMG 1986, BGBl. Nr. 76/1986 idgF, wurde die „Büroordnung 2004“ erlassen. Gemäß der Büroordnung endet die Aufbewahrungsfrist in der Regel mit Ablauf des zehnten Jahres nach dem letzten Bearbeitungsvorgang, ein längerer Aufbewahrungszeitraum kann vorgesehen werden. Als

weiterer relevanter Aufbewahrungszeitraum kann beispielhaft die einschlägige Gewährleistungsfrist angeführt werden. Diese Fristen werden durch die Regelung des § 364 nicht berührt.

Der Aufbewahrungspflicht unterliegen nicht bloß die Vertragsurkunden über die Vergabe von Einzelaufträgen (inklusive des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung) sondern auch die Verträge betreffend die Einzelabrufe aus Rahmenvereinbarungen und dynamischen Beschaffungssystemen.

Zu § 365 (Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit):

§ 365 setzt Art. 72 der RL 2014/24/EU und Art. 89 der RL 2014/25/EU um (vgl. dazu ferner die EG 107 bis 111 der RL 2014/24/EU und EG 113 bis 117 der RL 2014/25/EU). Die Bestimmung basiert auf der Rechtsprechung des EuGH zur (Un-)Zulässigkeit von Änderungen bereits abgeschlossener Verträge (vgl. insbesondere Rs C-337/98, *Kommission gegen Frankreich*, C-454/06, *pressetext*, C-160/08, *Kommission gegen Deutschland*, C-91/08, *Wall AG*, C-549/14, *Finn Frogne A/S*), sie ist daher im Sinn dieser (auch zukünftigen) Rechtsprechung auszulegen.

§ 365 weist – ohne inhaltliche Abweichung – zur besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit einen anderen systematischen Aufbau als die RL auf: Abs. 1 enthält die Grundsatzregelung, dass „wesentliche Änderungen" von abgeschlossenen Verträgen und Rahmenvereinbarungen unzulässig sind, Abs. 2 führt jene Fälle an, die jedenfalls als wesentliche Änderungen anzusehen sind, Abs. 3 die Fälle, die unwesentliche (und somit zulässige) Änderungen sind, Abs. 4 regelt die unionsrechtlich vorgesehene Pflicht zur Bekanntgabe bestimmter Vertragsänderungen und Abs. 5 enthält eine Berechnungsregelung im Zusammenhang mit Indexierungsklauseln.

Abs. 1 stellt den Grundsatz auf, dass „wesentliche Änderungen" von abgeschlossenen Verträgen und Rahmenvereinbarungen während ihrer Laufzeit unzulässig sind, außer der Auftraggeber führt hinsichtlich der in Aussicht genommenen Änderung ein neues Vergabeverfahren gemäß dem BVergG durch. Die sehr allgemein gehaltene Definition der wesentlichen Änderung stammt aus der Rechtsprechung des EuGH und wird durch die in Abs. 2 demonstrativ aufgeführten Fallkonstellationen näher erläutert. Der zukünftigen Rechtsprechung des EuGH kommt für die Auslegung dieses Grundsatzes daher ausschlaggebende Bedeutung zu. Der Grundgedanke der Regelung ist, dass ein neues Vergabeverfahren dann durchgeführt werden muss, wenn die Änderungen des ursprünglichen Vertrages die Absicht der Vertragsparteien zum Ausdruck bringen, wesentliche Bedingungen des betreffenden Vertrages neu zu verhandeln was insbesondere dann der Fall ist, wenn die geänderten Bedingungen, hätten sie bereits für das ursprüngliche Verfahren gegolten, dessen Ergebnis beeinflusst hätten. Derartige Änderungen können etwa das Auftragsvolumen oder die inhaltliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien (wie etwa die Zuweisung der Rechte des geistigen Eigentums) betreffen. Ferner wäre auch die nachträgliche Beseitigung des Ausschlusses einer Subvergabe bzw. substantielle Änderungen hinsichtlich der Beschränkung des Rückgriffes auf Subunternehmer (vgl. dazu etwa § 98 Abs. 4 und § 268 Abs. 4) eine „wesentliche Änderung" im Sinne des Abs. 1, da dadurch eine essentielle Bedingung der ursprünglichen Wettbewerbsbedingungen verändert wird. Da es sich um ein unionsrechtliches Konzept handelt, sind auch alle vertraglichen Klauseln (zB vereinbarte Mengenänderungsrechte) am Maßstab des § 365 (und insbesondere dessen Abs. 1) zu messen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Beurteilung, ob eine wesentliche Änderung vorliegt, nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmen (siehe Rs C-549/14, *Finn Frogne A/S*). Da unwesentliche Vertragsänderungen vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen sind (vgl. dazu § 9 Abs. 1 Z 27 und § 178 Abs. 1 Z 31) kann auch über die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen nicht verfügt werden; etwaige diesbezügliche Festlegungen von Auftraggebern sind nicht präklusionsfähig. Dies folgt aus der ständigen Rechtsprechung des VwGH (vgl. dazu insbesondere die Erkenntnisse vom 17. April 2012, 2008/04/0112, vom 08. November 2012, 2010/04/0128, vom 17. September 2014, 2013/04/0149, und vom 14. Oktober 2015, 2013/04/0097) wonach die Frage der Anwendbarkeit des BVergG an sich sowie die Regelung der Zuständigkeiten der Vergabekontrollbehörden einer gestaltenden Festlegung durch den Auftraggeber entzogen sind. Sind daher Änderungen eines laufenden Vertrages bzw. einer Rahmenvereinbarung als „wesentliche Änderungen" im Sinne des Abs. 1 zu qualifizieren, so folgt daraus, dass der Auftraggeber notwendiger Weise diese Vertragsänderungen gemäß den Bestimmungen des BVergG zu vergeben hat.

Abs. 2 listet demonstrativ jene Fallkonstellationen auf, die jedenfalls als wesentliche Änderungen im Sinne des Abs. 1 anzusehen sind. Abs. 2 Z 1 betrifft den Fall, dass die beabsichtigten Änderungen Anlass zu Zweifeln dahin geben, dass, wenn diese Änderungen in den Unterlagen des ursprünglichen Vergabeverfahrens enthalten gewesen wären, entweder ein anderes Angebot den Zuschlag erhalten hätte („Bietersturz") oder andere Bewerber zuzulassen gewesen wären. Ferner wäre alternativ gemäß Z 1 zu untersuchen, ob durch die beabsichtigten Änderungen ein anderer potentieller Interessentenkreis angesprochen hätte sein können. Abs. 2 Z 2 betrifft Änderungen zugunsten des Auftragnehmers (zB längere Leistungsfristen, höhere Entlohnung, sonstige vergünstigende Konditionen); Änderungen

zugunsten des Auftraggebers (zB Verringerung der Auftragssumme, Rabattierungen, Verkürzung der Vertragslaufzeit) fallen hingegen nicht unter Z 2. Abs. 2 Z 3 erfasst den Fall der erheblichen Auftragserweiterung bzw. Auftragsreduktion (der zuletzt genannte Fall ergibt sich nicht aus den RL, sondern aus dem Judikat des EuGH Rs C-549/14, *Finn Frogne A/S*, Rz 28/29). In beiden Fällen führt die Änderung dazu, dass die Vertragsabwicklung für einen anderen Bieterkreis (Großunternehmen oder KMU) interessant bzw. durchführbar wird und sich überdies die Eignungsanforderungen wesentlich verändern. Weder das BVergG noch die RL quantifizieren den Begriff „erheblich"; er ist, wie sich der Rechtsprechung entnehmen lässt, im Kontext des Einzelfalles (also in Bezug auf die ursprüngliche Auftragssumme) zu beurteilen (vgl. Rs C-160/08, *Kommission gegen Deutschland*). Ferner ist die Änderung des „Umfanges" eines Vertrages oder einer Rahmenvereinbarung nicht bloß in quantitativer Hinsicht sondern auch in qualitativer Hinsicht relevant (vgl. zu beiden Situationen den Sachverhalt in der Rs C-549/14, *Finn Frogne A/S*). Gemäß Abs. 2 Z 4 ist ein Wechsel des Auftragnehmers (zB weil aufgrund von Mängeln bei der Auftragsausführung der Vertrag aufgelöst wurde) grundsätzlich stets als „wesentliche Änderung" anzusehen. Lediglich jene Situationen, die im verwiesenen Abs. 3 Z 3 abschließend angeführt werden, fallen als „unwesentliche Änderungen" nicht unter die Grundsatzregel. Klarzustellen ist, dass ein Wechsel von Subunternehmen und Fälle des „Auftraggeberwechsels" von Abs. 2 Z 4 nicht erfasst werden; derartige Situationen sind nach dem Gesamtsystem des § 365 zu beurteilen. Hinsichtlich des Subunternehmerwechsels ist festzuhalten, dass dieser im Regelfall (zur Ausnahme vgl. die Sachverhaltskonstellation in der Rs C-91/08, *Wall*) keine wesentliche Änderung darstellt.

Abs. 3 enthält jene Änderungen, die als „unwesentliche Änderungen" von Verträgen oder Rahmenvereinbarungen auch ohne Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens zulässig sind.

Abs. 3 Z 1 enthält die sogenannte „safe haven" – Klausel: Wertmäßige Änderungen innerhalb der Wertgrenzen der Z 1 sind jedenfalls zulässig. Zu beachten ist, dass die absolute Wertgrenze der Z 1 anhand der kumulativen Einzelgrenzen der lit. a und b zu ermitteln ist. Der Begriff „betreffend" in lit. a bezieht sich auf die Qualifikation des ursprünglichen Vertrages als Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag und die sich jeweils daraus ergebenden relevanten Schwellenwerte im klassischen Bereich bzw. im Sektorenbereich. Dieser Schwellenwert bildet die äußerste Grenze einer wertmäßigen Änderung gemäß Abs. 3 Z 1. Bei mehreren sukzessiven Änderungen ist der kumulierte Wert aller Änderungen für die Beurteilung gemäß Abs. 3 Z 1 heranzuziehen. Handelt es sich somit um einen regulären Dienstleistungsauftrag eines Bundesministeriums im klassischen Bereich mit einem ursprünglichen Auftragswert von 5 Millionen Euro so darf die maximale zulässige wertmäßige Änderung den in § 12 Abs. 1 Z 1 genannten Wert nicht übersteigen (derzeit: 135 000 Euro): 10% der ursprünglichen Auftragssumme (Abs. 3 Z 1 lit. b) wären zwar 500 000 Euro, da aber gemäß Abs. 3 Z 1 lit. a überdies als weitere Bedingung der „betreffende" Schwellenwert des § 12 Abs. 1 auch nicht überstiegen werden darf, bildet in diesem Beispiel der zuletzt genannte Schwellenwert die ausschlaggebende maximale Wertgrenze für zulässige Änderungen des Vertrages. Abschließend ist weiter darauf hinzuweisen, dass durch die Änderung(en) der Gesamtcharakter des Vertrages nicht verändert werden darf. Dies bedeutet insbesondere, dass bei einer Gesamtbetrachtung des ursprünglichen Vertrages zusammen mit der Änderung (bzw. den Änderungen) der ursprüngliche Auftragstypus (Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag) erhalten bleiben muss (zB darf ein Lieferauftrag durch Hinzufügen von Dienstleistungen nicht zu einem Dienstleistungsauftrag mutieren), dass die zu beschaffende Leistung nicht durch eine andersartige Leistung ersetzt wird oder dass sich die Art der Beschaffung grundlegend ändert. Nicht zuletzt ist auch zu betonen, dass die gemäß Abs. 3 Z 1 zulässigen wertmäßigen Änderungen den Auftraggeber nicht davon entbinden, den geschätzten Auftragswert des ursprünglichen Auftrages (bzw. den Wertumfang der Rahmenvereinbarung) gemäß dem BVergG korrekt zu ermitteln (vgl. dazu die Ausführungen zu den §§ 13 bis 18 und 186 bis 191).

Abs. 3 Z 2 gestattet Änderungen aufgrund klar, präzise und eindeutig formulierter „Vertragsänderungsklauseln". Die RL verwendet diesbezüglich die Begriffe „Überprüfungsklauseln oder Optionen". Die Option ist ein vertraglich eingeräumtes Gestaltungsrecht, das einer Partei, dem Optionsberechtigten, das Recht einräumt, durch einseitige Erklärung ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen (vgl. dazu etwa VwGH vom 24. Juni 2010, 2010/16/0053); sie ist daher ebenso wie die „Überprüfungsklausel" (siehe dazu die englische Fassung „contract review clause") nach österreichischer Terminologie eine Vertragsänderungsklausel weshalb im BVergG (ohne inhaltliche Abweichung zur RL) dieser Begriff verwendet wird. Vertragsänderungsklauseln ermöglichen, ein Schuldverhältnis in bestimmter Art und Weise zu modifizieren (vgl. dazu etwa Preisüberprüfungsklauseln oder Preisindexklauseln). Diese durch Z 2 angesprochenen Vertragsänderungsklauseln können auch wesentliche Punkte des ursprünglichen Vertrages betreffen. Im Fall des Abs. 3 Z 2 ist stets zu beachten, dass jede derartige Vertragsänderungsklausel bereits im ursprünglichen Vertrag enthalten sein muss.

Sofern diese Vorgaben eingehalten werden und im ursprünglichen Vertrag auch die Umstände und Modalitäten festlegt sind, unter denen von diesen Änderungsklauseln Gebrauch gemacht werden kann, wird gewährleistet, dass sämtliche am Vergabeverfahren interessierte Unternehmer von potentiellen Änderungen des Vertrages von Anfang an Kenntnis haben und daher bei der Abfassung ihres ursprünglichen Angebotes gleichgestellt sind. Zwingender Inhalt der Änderungsklauseln sind somit präzise Angaben zu Umfang (Volumen) und Art der möglichen Änderung sowie die ebenfalls präzise festgelegten Anwendungsvoraussetzungen unter denen die Klausel zum Tragen kommen soll. Beispiele wären etwa die Realisierung eines Vorhabens in mehreren Phasen wobei die Freigabe zur Realisierung definierter Projektteile erst nach Erreichen definierter (Forschungs- und Entwicklungs-)Ziele erfolgt, die Verpflichtung, dass technische Geräte, die während eines längeren Zeitraumes zu liefern sind, die jeweils geltenden aktuellen technischen Anforderungen erfüllen müssen (zB maximal zulässige Strahlenwerte bei Röntgengeräten), Festlegungen betreffend Wartungsmaßnahmen (zB dass sie nicht nur übliche Serviceleistungen sondern auch außerordentliche Maßnahmen zur Gewährleistung der kontinuierlichen Erbringung einer Leistung umfassen) oder Optionen auf zusätzliche (vertragsgegenständliche) Leistungen. Auch im Fall des Abs. 3 Z 2 gilt, dass bei einer Gesamtbetrachtung des ursprünglichen Vertrages zusammen mit den in Aussicht genommenen Änderungen der Gesamtcharakter des Vertrages nicht verändert werden darf (siehe dazu schon oben zu Abs. 3 Z 1).

Abs. 3 Z 3 regelt taxativ jene Fälle des Auftragnehmerwechsels, die als „unwesentliche Änderungen“ keine Neuausschreibung erfordern (vgl. zur Grundregel Abs. 2 Z 4). Abs. 3 Z 3 lit. a stellt die analoge Regelung zu Abs. 3 Z 2 für den Fall des Wechsels des Auftragnehmers dar. Hinsichtlich der Anforderungen an die Vertragsänderungsklausel wird auf die Ausführungen zu Abs. 3 Z 2 verwiesen. Abs. 3 Z 3 lit. b lässt gewisse strukturelle Veränderungen des Auftragnehmers während der Laufzeit des Vertrages zu. Dies betrifft rein interne Umstrukturierungen, „Weitergabe“ des Auftrages im „in-house“-Konzern (vgl. dazu etwa Rs C-454/06, *pressetext*), Übernahme des Auftragnehmers, Zusammenschluss des Auftragnehmers mit anderen Unternehmen oder ein Erwerb des Auftragnehmers aus der Masse im Insolvenzfall und erfasst sowohl Fälle der Gesamtrechtsnachfolge wie auch der Teilrechtsnachfolge (zB Erwerb eines Betriebsteiles aus der Masse). Ebenfalls durch Abs. 3 Z 3 lit. b erfasst ist der Fall, dass ein Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft während der Auftragsausführung ausscheidet und die verbleibenden Mitglieder dessen Auftragsteil übernehmen. Die durch derartige Änderungen erforderlichen weiteren Änderungen des Vertrages sind ebenfalls gemäß Abs. 3 Z 3 lit. b zulässig, dürfen jedoch ihrerseits nicht auf eine „wesentliche Änderung“ des Vertrages (siehe dazu Abs. 1 und 2) hinauslaufen. Überdies muss der Unternehmer, der ganz oder teilweise den bisherigen Auftragnehmer ersetzen soll, die entsprechende Eignung gemäß den Festlegungen im ursprünglichen Vergabeverfahren aufweisen, und der gesamte Vorgang darf keine Umgehungskonstruktion darstellen. Abs. 3 Z 3 lit. c regelt den Sonderfall, dass – aus welchen Gründen immer – der Auftraggeber ganz oder teilweise die Position seines Auftragnehmers übernimmt und in dessen Vertragsverhältnis mit den Subunternehmern eintritt.

Abs. 3 Z 4 stellt eine Auffangregelung dar: alle Änderungen, die keine wesentliche Änderungen sind, sind – ungeachtet ihres Wertes – ebenfalls als „unwesentliche Änderungen“ ohne Neuausschreibung zulässig. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass eine wertmäßige Änderung gemäß Abs. 2 Z 3 ihrerseits relevant für die Qualifikation als „wesentlich“ oder „unwesentlich“ ist.

Abs. 3 Z 5 qualifiziert bestimmte erforderliche Zusatzleistungen zu einem bereits erteilten Auftrag als „unwesentliche Änderungen“ und stellt dafür kumulative Bedingungen auf. So können mit dem bisherigen Auftragnehmer Zusatzleistungen abgewickelt werden, wenn einerseits ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen wie aufgrund von Anforderungen an die Austauschbarkeit oder Kompatibilität mit im Rahmen des ursprünglichen Vergabeverfahrens beschafften Leistungen (wie Ausrüstungsgegenständen, Software oder Anlagen) nicht erfolgen kann und überdies mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre. Hinzuweisen ist, dass diese Bestimmung sich teilweise mit § 36 Abs. 1 Z 6 bzw. § 206 Abs. 1 Z 6 (Verhandlungsverfahren für Lieferaufträge ohne vorherige Bekanntmachung) überschneidet und ein Spannungsverhältnis zwischen dem Wortlaut der lit. a und b aufweist: wenn bereits aufgrund der lit. a ein Auftragnehmerwechsel „nicht erfolgen kann“ stellt sich die Frage, welche Bedeutung der lit. b zukommen soll. Hier wird der zukünftigen Rechtsprechung des EuGH besondere Bedeutung zukommen. Im Kontext des Abs. 3 Z 5 ferner relevant ist, dass jeder von mehreren zulässigen Zusatzaufträgen für sich genommen nicht über 50% des Wertes des ursprünglichen Vertrages aufweisen darf (die Einzelwerte der Zusatzaufträge werden jedoch nicht zusammengerechnet). Im Kontext einer Rahmenvereinbarung ist dabei auf eine Abänderung eines konkreten Abrufes aus der Rahmenvereinbarung abzustellen. Da derartige Kettenänderungen zur Umgehung der Vorschriften des Vergaberechts genutzt werden können, wird das Umgehungsverbot in diesem Kontext im BVergG nochmals besonders hervorgehoben.

Abs. 3 Z 6 trägt dem Umstand Rechnung, dass sich insbesondere bei langfristigen Vertragsverhältnissen Änderungen der externen Umstände erfolgen können, die Auswirkungen auf die Ausführung des Vertrages haben. Für diese Fälle gewährleistet Abs. 3 Z 6 ein gewisses Maß an Flexibilität, um den Vertrag an diese Gegebenheiten anpassen zu können, ohne ein neues Vergabeverfahren einleiten zu müssen. Abs. 3 Z 6 enthält dabei kumulativ zu erfüllende Bedingungen. Einerseits muss es sich um Änderungen handeln, die ein sorgfältig vorgehender Auftraggeber nicht vorhersehen konnte. Diese „unvorhersehbaren Umstände" sind Umstände, die auch bei einer nach vernünftigem Ermessen sorgfältigen Vorbereitung der ursprünglichen Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber unter Berücksichtigung der diesem zur Verfügung stehenden Mittel, der Art und Merkmale des spezifischen Vorhabens, der üblichen (und bewährten) Praxis im betreffenden Bereich und der Notwendigkeit, ein angemessenes Verhältnis zwischen den bei der Vorbereitung der Zuschlagserteilung eingesetzten Ressourcen und dem absehbaren Nutzen zu gewährleisten, nicht hätten vorausgesagt werden können (vgl. dazu etwa EG 109 der RL 2014/24/EU). Ferner darf sich durch die Änderung der Gesamtcharakter des gesamten Auftrags nicht verändern (vgl. dazu schon die Ausführungen zu Abs. 3 Z 1). Auch im Fall des Abs. 3 Z 6 ist es möglich, dass mehrere Änderungen aufgrund der unvorhersehbaren Umstände erforderlich sind. Jede von diesen Änderungen darf für sich genommen nicht über 50% des Wertes des ursprünglichen Vertrages aufweisen (die Einzelwerte der Änderungsaufträge werden jedoch nicht zusammengerechnet). Im Kontext einer Rahmenvereinbarung ist dabei auf eine Abänderung eines konkreten Abrufes aus der Rahmenvereinbarung abzustellen. Da derartige Kettenänderungen zur Umgehung der Vorschriften des Vergaberechts genutzt werden können, wird das Umgehungsverbot in diesem Kontext im BVergG nochmals besonders hervorgehoben.

Abs. 4 enthält die Verpflichtung, bestimmte Änderungen eines Vertrages oder einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich bekannt zu geben. Zum Inhalt der Bekanntgabe wird auf das Standardformular 20 und Anhang VI Teil G bzw. Anhang XX Kapitel H verwiesen. Im Unterschwellenbereich besteht keine Pflicht zur Bekanntgabe gemäß Abs. 4.

Abs. 5 enthält eine Berechnungsregel für die durch Änderungen des Vertrages bewirkten geänderten Auftragssummen bzw. Werte falls der ursprüngliche Vertrag eine Indexierungsklausel aufweist.

Zu § 366 (Verpflichtung zur Kündigung von Verträgen):

§ 366 setzt Art. 73 lit. b und c der RL 2014/24/EU sowie Art. 90 lit. b und c der RL 2014/25/EU um (vgl. dazu auch EG 112 RL 2014/24/EU und EG 118 der RL 2014/25/EU).

§ 366 normiert eine Kündigungspflicht bzw. Vertragsbeendigungspflicht des Auftraggebers bei besonders schwerwiegenden Verstößen gegen das Vergaberecht: einerseits die strafgerichtliche Verurteilung des Auftragnehmers (der den Auftrag niemals erhalten hätte sollen) und andererseits eine Verurteilung der Republik Österreich in einem Vertragsverletzungsverfahren. Im letzteren Fall ist eine Kündigung auch deshalb unbedingt erforderlich, um allfällige Bußgeldzahlungen der Republik Österreich gemäß Art. 260 AEUV zu vermeiden. Dieser Pflicht hat der Auftraggeber unverzüglich nachzukommen, wobei im Fall der Z 1 diese Verpflichtung ab Kenntnis oder möglicher Kenntnis der strafgerichtlichen Verurteilung und im Fall der Z 2 ab dem Zeitpunkt der Zustellung des Urteiles des EuGH im Verfahren gemäß Art. 258 AEUV besteht. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung kann eine Sanktion nach § 376 nach sich ziehen.

§ 366 verlangt die unverzügliche Kündigung bzw. die unverzügliche Beendigung des abgeschlossenen Vertrages, legt aber den konkreten Zeitpunkt der Vertragsbeendigung nicht explizit fest. Aus dem gewählten Wortlaut (Kündigung, Beendigung) folgt, dass eine rückwirkende Auflösung des Vertrages (ex tunc) ebenso wenig gefordert ist wie eine Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen. Aus der Systematik und dem Ziel der Regelung folgt, dass der Zeitpunkt der Vertragsbeendigung möglichst nahe zur Kündigung festzusetzen ist und das Ziel der Regelung nicht torpedieren darf (vgl. dazu auch die Rechtsprechung des EuGH zB Rs C-503/04, *Kommission gegen Deutschland*). So wäre es unzulässig, den Beendigungszeitpunkt so festzusetzen, dass dieser erst nach vollständiger Erfüllung eines Zielschuldverhältnisses liegt, obwohl die unverzügliche Kündigung unmittelbar nach Vertragsabschluss erfolgte und die Herstellung eines rechtskonformen Zustandes ohne weiteres möglich gewesen wäre. Andererseits können allfällige bestehende zwingende öffentliche Interessen auch dafür herangezogen werden, den Vertrag ausnahmsweise erst zu einem späteren Zeitpunkt (und nicht schon „unverzüglich") zu beendigen. Im Fall der Z 2 ergibt sich aus dem Ziel der Regelung, dass die Vertragsbeendigung jedenfalls vor Ablauf jener Frist stattfinden muss, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme der Kommission im Verfahren gemäß Art. 260 AEUV festgelegt worden ist. Ferner ist klarzustellen, dass vertraglich festgesetzte Kündigungstermine oder Vertragsbeendigungsklauseln der zwingenden Anordnung des § 366 nicht entgegengehalten werden können (vgl. dazu die Einleitung der Bestimmung).

Aus der Formulierung der Z 1 („Auftragnehmer … auszuschließen gewesen wäre") folgt, dass in jenen Fällen in denen der Auftraggeber den (nunmehrigen) Auftragnehmer trotz strafgerichtlicher Verurteilung

zulässiger Weise nicht vom Vergabeverfahren ausschloss (vgl. dazu die §§ 78 Abs. 5 oder 249 Abs. 6 bzw. eine erfolgreiche „Selbstreinigung“ gemäß den §§ 83 oder 254), die Verpflichtung zur unverzüglichen Kündigung und Beendigung des Vertrages nicht besteht.

Angesichts der Verpflichtung gemäß § 366 ist es zu empfehlen, in den Vertrag bereits entsprechende Kündigungsklauseln aufzunehmen.

Zu § 367 (Meldepflichten bei Bauaufträgen):

§ 367 beinhaltet eine neue Meldepflicht im Zusammenhang mit vergebenen Bauaufträgen. Sofern die Auftragssumme (vgl. dazu § 2 Z 26 lit. a, das ist die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer) eines vergebenen Bauauftrages bzw. eines vergebenen Loses eines Bauauftrages 100 000 Euro übersteigt, sind bestimmte Daten an die Baustellendatenbank zu melden. Dies bedeutet im Kontext des BVergG, dass nach Abschluss von Einzelverträgen, nach Abruf aus einer Rahmenvereinbarung oder aus einem dynamischen Beschaffungssystem (der Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. die Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems ist nicht als Vergabe eines Bauauftrages zu qualifizieren) und nach Abschluss eines Rahmenvertrages die neue Meldepflicht schlagend wird. Im Kontext von Rahmenverträgen ist überdies festzuhalten, dass die Abrufe aus derartigen Verträgen nicht als „Zuschlagserteilungen“ anzusehen sind. Die für Auftraggeber vorgesehene Übermittlungspflicht ist in Zusammenhang mit § 31a Abs. 1a des Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes, BUAG, BGBl. Nr. 414/1972 idF BGBl. I Nr. 113/2015, zu sehen. Nach dieser Bestimmung ist die BUAK (Urlaubs- und Abfertigungskasse) ermächtigt, alle nach dem BVergG 2006 (nunmehr BVergG 2017) zu erfassenden Daten zu verarbeiten. Die Übermittlungspflicht des Auftraggebers erschöpft sich in der Übermittlung (§ 4 Z 12 des Datenschutzgesetzes 2000 – DSG 2000, BGBl. I Nr. 165/1999) der in Abs. 1 und 2 genannten Daten an die Baustellendatenbank, weshalb es zusätzlicher gesetzlicher Regelungen über die Zulässigkeit der Verwendung der Daten bedarf. Die datenschutzrechtliche Auftraggebereigenschaft (§ 4 Z 4 DSG 2000) an den in die Baustellendatenbank übermittelten Daten richtet sich in der Folge nach den Bestimmungen des BUAG.

Klarstellend wird festgehalten, dass zuerst eine Meldung nach Abs. 1 zu erfolgen hat, die die in Z 1 bis 3 genannten Daten enthält. Zu Abs. 1 Z 2 und 3 und Abs. 2 Z 1 und 2 „Kurzbeschreibung des Auftragsgegenstandes“ ist klarstellend hinzuzufügen, dass eine aussagekräftige schlagwortartige Beschreibung der auszuführenden Leistung ausreichend ist. In weiterer Folge sind Meldungen nach Abs. 2 einzubringen, sofern im Angebot mehrere Subunternehmer für einen Leistungsteil genannt wurden (Z 1), ein Subunternehmer gewechselt wird oder ein neuer Subunternehmer herangezogen werden soll (Z 2) bzw. Berichtigungen oder Ergänzungen notwendig werden (Z 3). In allen Fällen des Abs. 2 sind die Daten nach Abs. 1 (insbesondere daher die Daten gemäß Z 1 und 2) nicht mehr zu melden; die Verknüpfung zum gegenständlichen Auftrag ergibt sich über die Kennzahl des Auftrages, die dem Auftraggeber nach einer Meldung gemäß Abs. 1 von der BUAK bekannt gegeben wird (und somit naturgemäß bei der Meldung nach Abs. 1 noch nicht gemeldet werden kann, da sie dem Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt noch nicht zur Verfügung steht).

Die Daten, die gemäß Abs. 1 Z 3 sowie Abs. 2 Z 1 und 2 zu melden sind, sind solche, die sich auf den jeweiligen Auftragsteil des betreffenden Subunternehmers beziehen; der Zusammenhang dieser Daten mit den Daten des Abs. 1 Z 1 und 2 ergibt sich einerseits aus der Kennzahl des Auftrages bzw. im Falle des Abs. 1 Z 3 aus der gleichzeitigen Einmeldung. Das bedeutet konkret, dass die Kurzbeschreibung des Auftragsgegenstandes jeweils des vom Subunternehmer zu erbringenden Leistungsteiles anzugeben sind, und nicht die Beschreibung des vergebenen Auftrages an sich.

Zu Abs. 2 Z 3 wird angemerkt, dass damit allgemein Berichtigungen bzw. Ergänzungen erfasst sind. Darunter fällt die Löschung von Daten über Subunternehmer, die vom Auftragnehmer in weiterer Folge nicht für die Ausführung des jeweiligen Leistungsteiles herangezogen werden (weil etwa der Auftragnehmer diesen Leistungsteil selbst ausführt). Ebenso erfasst sind zB etwaige Adressänderungen der Subunternehmer, aber auch des Auftragnehmers selbst (somit Änderungsmeldungen zu Abs. 1 Z 1).

Auf die Inkrafttretensbestimmung des § 377 Abs. 2 wird hingewiesen.

Zu § 368 (Empfang und Verarbeitung elektronischer Rechnungen):

§ 368 setzt Art. 7 der RL 2014/55/EU um. Er verpflichtet die Auftraggeber, bei Verfahren im Oberschwellenbereich alle Vorkehrungen zu treffen, damit e-Rechnungen, die der EN 16931-1 und einer in der CEN/TS 16931-2 genannten Syntax entsprechen, entgegengenommen und automatisch elektronisch verarbeitet werden können (vgl. dazu auch die Definition der e-Rechnung in § 2 Z 14). Die Verpflichtung zur (technischen) Entgegennahme („Empfang“) von e-Rechnungen impliziert nicht, dass der Auftraggeber damit auch gleichzeitig die e-Rechnung inhaltlich akzeptiert. § 368 enthält im Übrigen keine Verpflichtung der Unternehmer e-Rechnungen verwenden zu müssen (siehe dazu auch EG 35 der

RL 2014/55/EU). In diesem Zusammenhang ist auf die den § 368 ergänzende Regelung des § 5 IKT-Konsolidierungsgesetz – IKTKonG, BGBl. I Nr. 35/2012, zu verweisen: gemäß dieser Bestimmung sind im Waren- und Dienstleistungsverkehr mit Bundesdienststellen (somit auch im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe) grundsätzlich alle Vertragspartner von Bundesdienststellen oder deren sonstige Berechtigte zur Ausstellung und Übermittlung von e-Rechnungen verpflichtet (vgl. dazu ferner die e-RechnungsVO, BGBl. II Nr. 505/2012). § 368 ist insofern "entwicklungsoffen", als durch die Formulierung auch zukünftige Versionen der oben genannten EN bzw. der Syntaxlisten im Anwendungsbereich des BVergG zu beachten sind. Auf die besondere Inkrafttretensbestimmung des § 377 Abs. 3 wird hingewiesen.

§ 368 hat zur Konsequenz, dass im Zusammenhang mit Auftragsvergaben im Bereich der Bundesvollziehung e-Rechnungen gemäß § 5 e-RechnungsVO über USP/PEPPOL Transport-Infrastruktur einzubringen sind. Das Unternehmensserviceportal (USP, www.usp.gv.at) ist das zentrale Internetportal für in Österreich ansässige Unternehmen bzw. sonstige Vertragspartner von öffentlichen Stellen bzw. Auftraggebern. Es bietet eine Authentifizierung und einen direkten Zugang zu zahlreichen E-Government-Anwendungen sowie unternehmensrelevanten Informationen. Von der Internetseite des USP erfolgt eine Weiterleitung zur „e-Rechnung"-Internetseite der jeweiligen öffentlichen Auftraggeber. Eine von der Europäischen Union bereitgestellte Einrichtung zur Abwicklung elektronischer Beschaffungsvorgänge innerhalb der EU ist zB die Pan-European Public Procurement OnLine (PEPPOL)-Transport-Infrastruktur. Hinzuweisen ist auch darauf, dass Auftragnehmer die Möglichkeit haben, ihre Rechnungen durch Nutzung der Dienste eines Dritten RL-konform gestalten zu lassen (vgl. dazu auch EG 35 der RL 2014/55/EG). Umgekehrt steht es Auftraggebern auch offen, sich der Dienste eines Dritten zu bedienen, um der Verpflichtung des § 368 nachzukommen.

Zu § 369 (Schadenersatzansprüche):

Bei schuldhafter Verletzung des vorliegenden Gesetzes soll ein zu Unrecht übergangener Bieter einen gerichtlich geltend zu machenden Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren besitzen.

Der EuGH hat in der Rs C-314/09, *Strabag*, festgehalten, dass die Richtlinie 89/665/EWG (und folglich auch die Parallelregelungen der RL 92/13/EWG und 2009/81/EG) dahin auszulegen ist, „*dass sie einer nationalen Regelung, die den Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes eines öffentlichen Auftraggebers gegen Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht, auch dann entgegensteht, wenn bei der Anwendung dieser Regelung ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers vermutet wird und er sich nicht auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit des behaupteten Verstoßes berufen kann.*" Vor diesem Hintergrund wird in Abs. 1 die Wortfolge „hinreichend qualifiziert" und nicht „schuldhaft" verwendet. Zum Verständnis des Begriffes „hinreichend qualifiziert" wird auf die Judikatur des EuGH zur Staatshaftung (vgl. u.a. Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pécheur*) verwiesen: „[…] *besteht* […] *das entscheidende Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht als hinreichend qualifiziert anzusehen ist, darin, dass ein Mitgliedstaat oder ein Gemeinschaftsorgan die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat. Insoweit gehören zu den Gesichtspunkten, die das zuständige Gericht gegebenenfalls zu berücksichtigen hat, das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, der Umfang des Ermessensspielraums, den die verletzte Vorschrift den nationalen oder Gemeinschaftsbehörden belässt, die Frage, ob der Verstoß vorsätzlich oder nicht vorsätzlich begangen oder der Schaden vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zugefügt wurde, die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums und der Umstand, dass die Verhaltensweisen eines Gemeinschaftsorgans möglicherweise dazu beigetragen haben, dass nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise unterlassen, eingeführt oder aufrechterhalten wurden. Jedenfalls ist ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht offenkundig qualifiziert, wenn er trotz des Erlasses eines Urteils, in dem der zur Last gelegte Verstoß festgestellt wird, oder eines Urteils im Vorabentscheidungsverfahren oder aber einer gefestigten einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, aus denen sich die Pflichtwidrigkeit des fraglichen Verhaltens ergibt, fortbestanden hat.*" (Rz 55 bis 57 des Urteiles in der Rs C-46/93 und C-48/93; vgl. dazu etwa auch Rs C-337/15 P, *Europäischer Bürgerbeauftragter gegen Staelen*).

Der EuGH hielt ferner fest, dass die (bisherige) Rechtsprechung des Gerichtshofs für Rechtsbehelfe im Bereich des öffentlichen Auftragswesens keine genaueren Kriterien benannt hat, auf deren Grundlage der Schaden festzustellen und zu bemessen ist (so EuGH in der Rs C-568/08, *Combinatie Spijker*). Da die Rechtsmittelrichtlinien nicht auf eine vollständige Harmonisierung der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften gerichtet sind (vgl. EuGH C-570/08, *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias*) und in Ermangelung einschlägiger Unionsvorschriften ist es daher Sache jedes Mitgliedstaates, unter Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes in seiner internen Rechtsordnung die Kriterien zu

bestimmen, auf deren Grundlage der Schaden aufgrund eines Verstoßes gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens festzustellen und zu bemessen ist. Ein Schadenersatzanspruch besteht sohin dann, wenn die vergaberechtliche Bestimmung, gegen die verstoßen worden ist, die Verleihung von Rechten an Bewerber oder Bieter bezweckt, der Verstoß gegen diese Norm hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so bemisst sich die Art bzw. Höhe des Schadenersatzes nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regeln des österreichischen Rechts.

Wie schon bisher haben übergangene Bewerber und Bieter Anspruch auf den Ersatz der Beteiligungskosten, allerdings nur dann, wenn die Vergabekontrollbehörde nicht festgestellt hat, dass sie bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätten (vgl. dazu Abs. 1 und 2 und ferner auch den Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 der RL 92/13/EWG).

Alternativ dazu hat – ebenso wie bisher – der Bieter, auf dessen Angebot der Zuschlag hätte erteilt werden müssen (dh. der Best- bzw. Billigstbieter) Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses (vgl. Abs. 3). Voraussetzung für die Geltendmachung bei den ordentlichen Gerichten ist auch hier, dass das Bundesverwaltungsgericht oder die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde nicht festgestellt hat, dass der Bieter auch bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte. Eine echte Chance auf Zuschlagserteilung ist jedoch für die Zuerkennung des Erfüllungsinteresses nicht ausreichend, vielmehr muss der Geschädigte im weiteren Verfahren vor den ordentlichen Gerichten nachweisen, dass er tatsächlich den Zuschlag hätte erhalten müssen (vgl. dazu etwa auch OGH 24.1.2006, 10 Ob 9/05d mwN der Judikatur und den Wortlaut des Abs. 3 der den Ersatz des Erfüllungsinteresses davon abhängig macht, dass dem Angebot des übergangenen Bieters „der Zuschlag hätte erteilt werden müssen“). Die Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde dient daher im Falle des Abs. 4 insbesondere dazu, jene Bieter, die keinesfalls Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses haben können (etwa weil sie ganz weit hinten gereiht waren), bereits im Feststellungsverfahren vom Schadenersatzanspruch auszuschließen, um damit von vornherein zwecklose, kostenintensive Schadenersatzprozesse vor den ordentlichen Gerichten zu vermeiden.

Schadenersatz steht im Übrigen wie bisher nicht zu, wenn der Geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abwenden können. Damit wird dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Schadensminderungspflicht im Vergaberecht Rechnung getragen. Nach diesem Grundsatz muss sich ein Geschädigte in angemessener Form um die Begrenzung des Schadensumfangs bemühen und insbesondere rechtzeitig von allen ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch machen, wenn er nicht Gefahr laufen will, den Schaden selbst tragen zu müssen (vgl. dazu aus unionsrechtlicher Sicht etwa EuGH Rs C-445/06, *Danske Slagterier*, und C-429/09, *Fuß*, mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung; siehe zu diesem Grundsatz aus österreichischer Sicht etwa OGH vom 31. August 2016, 2 Ob 148/15a).

Zu § 370 (Rückgriff gegen den begünstigten Bieter):

Es handelt sich hierbei um eine § 369 ergänzende Haftungs- bzw. Regressregelung: der Auftraggeber kann im Falle einer Schadenersatzleistung gemäß § 369 auf den begünstigen Bieter zurückgreifen um den ihm entstandenen Schaden auszugleichen. Der letzte Satz stellt klar, dass die darin angeordnete Solidarhaftung mit dem Organ des Auftraggebers nur insoweit besteht, als das Organ dem Auftraggeber nach dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (vgl. § 4 Abs. 2) haftet; die darin vorgesehene Haftungsmilderung für Dienstnehmer des Auftraggebers bleibt davon unberührt.

Zu § 371 (Kündigungsrecht des Auftraggebers):

Die Regelung enthält ein besonderes Kündigungsrecht des Auftraggebers und setzt Art. 73 lit. a der RL 2014/24/EU und Art. 90 lit. a der RL 2014/25/EU um. Die Frage, ob eine relevante „wesentliche Änderung“ vorliegt, ist nach § 365 zu beurteilen.

§ 371 räumt dem Auftraggeber ein Kündigungsrecht ein. Diese Kündigung kann sich – da das Gesetz und die RL diesbezüglich nicht differenzieren – auch nur auf einen Teil des Vertrages beziehen (vgl. den Fall: Kündigung des „neuen“ Vertragsteiles, der eine unzulässige wesentliche Änderung des ursprünglichen Vertrages beinhaltete).

Durch die Regelung des § 371 unberührt bleiben allfällige durch die Kündigung entstehende Schadenersatzansprüche.

Angesichts der Regelung des § 371 ist es zu empfehlen, in den Vertrag bereits entsprechende Kündigungsklauseln aufzunehmen.

Zu § 372 (Verhältnis zu sonstigen Rechtsvorschriften):

Soweit die §§ 366 und 369 bis 371 keine besonderen Vorschriften enthalten, gelten die allgemeinen Vorschriften des Zivilrechtes.

Zu § 373 (Zuständigkeit und Verfahren):

Wie bisher werden Schadenersatzklagen in Vergabesachen bei den Gerichtshöfen erster Instanz konzentriert, wobei Abs. 1 besondere Regelungen über die örtliche Zuständigkeit enthält. Anknüpfungspunkt ist der Sitz des Auftraggebers. Für Auftraggeber ohne Sitz im Inland ist das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien zuständig.

Eine Schadenersatzklage ist nur dann zulässig, wenn eine Feststellung der zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt ist, dass ein Verstoß gegen das Vergaberecht erfolgt ist. Die möglichen Feststellungen der Vergabekontrollbehörden entsprechen dem Rechtsschutzteil und sind ziffernmäßig aufgegliedert. Grundsätzlich wird die zwingende Durchführung eines Feststellungsverfahrens vor der Vergabekontrollbehörde als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage beibehalten. Dies soll einer übermäßigen Arbeitsbelastung der Gerichte vorbeugen.

Abs. 3 sieht für eine Konstellation eine Ausnahme von dem soeben erwähnten Grundsatz vor. Wenn der Auftraggeber die Ausschreibung widerrufen hat, der Widerruf gemäß den Vorgaben des BVergG rechtmäßig, aber durch den Auftraggeber durch einen hinreichend qualifizierten Verstoß zu vertreten ist (zB: der Auftraggeber hat ein rechtswidriges Zuschlagskriterium festgelegt, die Ausschreibung wurde erfolgreich bekämpft und der Auftraggeber muss daher widerrufen), dann soll es zulässig sein, eine Schadenersatzklage zu erheben, ohne zuvor eine entsprechende Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde zu beantragen. Grund für diese Ausnahmebestimmung ist, dass die Vergabekontrollbehörden nur über Verstöße gegen das BVergG sowie die dazu ergangenen Verordnungen absprechen, nicht aber gegen andere hinreichende Verstöße gegen andere Bestimmungen. Diese Entscheidung obliegt somit den ordentlichen Gerichten. Im Lichte des Urteiles des EuGH Rs C-314/09, *Strabag*, ist eine Schadenersatzklage bereits bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen andere (als die die Zulässigkeit des Widerrufs regelnden) Bestimmungen des BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zulässig. Vgl. dazu auch die Erläuterungen zum Verständnis der Wortfolge „hinreichend qualifiziert“ in § 369.

Durch den 2. Satz des Abs. 3 wird gewährleistet, dass eine Schadenersatzklage aufgrund einer Verursachung des Widerrufs durch den Auftraggeber dann nicht möglich ist, wenn die Verursachung in einer rechtswidrigen Entscheidung des Auftraggebers bestand, die in einem Nachprüfungsverfahren hätte geltend gemacht werden können.

Verletzungen des Vergaberechts verpflichten nicht nur zum Schadenersatz, sie können auch einen Verstoß gegen § 1 UWG 1984 begründen (Vorsprung durch Rechtsbruch; vgl. etwa 4 Ob 260/04w; 4 Ob 86/05h). Die Zivilgerichte haben in diesen Fällen als Vorfrage zu prüfen, ob gegen Vergaberecht verstoßen wurde. Das begründet die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen, da Unterlassungsansprüche nach § 1 UWG 1984 oft parallel zu den vor den Vergabekontrollbehörden ergriffenen Rechtsbehelfen geltend gemacht wurden. Im Interesse der Rechtssicherheit wird daher das System des BVergG auch grundsätzlich auf Unterlassungsklagen wegen unlauteren Wettbewerbs erstreckt (vgl. bisher § 341 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006). Eine Klage auf Unterlassung vergaberechtswidrigen und zugleich auch wettbewerbswidrigen Verhaltens ist daher grundsätzlich nur zulässig, wenn die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde einen Verstoß gegen das BVergG festgestellt hat. Abs. 4 enthält – der Rechtsprechung des OGH folgend – eine Ausnahme davon, wenn der Kläger zur Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 331 Abs. 1 nicht berechtigt ist oder war. Der OGH nahm bisher eine teleologische Reduktion der Beschränkung des § 341 Abs. 2 vor (vgl. insb. OGH vom 11. August 2015, 4 Ob 247/14y mwN). Die Wortfolge „ist … nicht berechtigt“ betrifft alle in § 14 Abs. 1 UWG genannten Personen, denen in einem Vergabeverfahren von vorneherein keine Antragslegitimation zukommt, wie etwa den dort genannten Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern. Die Wortfolge „war … nicht berechtigt“ betrifft hingegen das konkrete Vergabeverfahren, und dort etwa einen ausgeschlossenen Bieter, dem keine Antragslegitimation in einem Feststellungsverfahren zukam. Hingegen ist klarzustellen, dass diese Bestimmung nicht von der Erhebung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrags dispensiert. Versäumt ein Antragsteller die Frist für die Stellung eines Feststellungsantrages, so war er zwar nicht (mehr) zur Stellung eines Feststellungsantrages berechtigt; dies ist jedoch Folge seines eigenen Verschuldens und kann nicht zu einer rechtmäßigen Berufung auf Abs. 4 führen. Aus der Rechtsprechung des OGH zum Wettbewerbsrecht ergibt sich, dass bei der Beschaffung öffentlicher Leistungen gegen den Auftraggeber ein Unterlassungs- oder Schadenersatzanspruch in der Regel nicht besteht, dass aber ein Anspruch gegen den Mitbewerber bestehen kann (vgl. OGH vom 11. August 2015, 4 Ob 247/14y: „*Zwar*

setzt eine lauterkeitsrechtlich relevante Förderung fremden Wettbewerbs grundsätzlich nur die objektive Eignung des Verhaltens voraus, diese Wirkung zu entfalten, aber auch bei Zutreffen dieser Voraussetzung greift das Lauterkeitsrecht nicht ein, wenn bei objektiver Betrachtung eine andere Zielsetzung eindeutig überwiegt. Das trifft bei Erfüllung typischer Aufgaben der öffentlichen Hand zu, etwa im Bereich der Daseinsvorsorge oder der Schaffung von Infrastruktur. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass einzelne Unternehmen aus solchen Maßnahmen (mittelbar) einen Vorteil ziehen, dennoch wird meist das öffentliche Interesse so eindeutig im Vordergrund stehen, dass eine lauterkeitsrechtlich relevante Förderung fremden Wettbewerbs auszuschließen ist (4 Ob 40/11b – Murpark).“).

Abs. 5 ist der Regelung des § 11 des Amtshaftungsgesetzes nachgebildet.

Zu § 374 (Wirkung eines aufhebenden Erkenntnisses auf den abgeschlossenen Vertrag):

Wie schon bisher wird der Grundsatz vorgesehen, dass abgeschlossene Verträge durch nachfolgende Erkenntnisse der Höchstgerichte mit denen Entscheidungen von Vergabekontrollbehörden aufgehoben werden, unberührt bleiben. Dieser Grundsatz wird jedoch durch § 356 durchbrochen bzw. ist auch auf die Bestimmungen der §§ 366 und 371 zu verweisen. Die Regelung des § 374 schließt ferner auch nicht die Geltendmachung allfälliger Schadenersatzansprüche aus (in diesem Fall ist aber eine entsprechende Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde gemäß § 373 Abs. 2 erforderlich).

Zu § 375 (Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit):

Wie schon bislang sind die entsprechenden Regelungen der ZPO zu vereinbaren, Abweichungen – nicht jedoch Ergänzungen – zu den Vorschriften der ZPO sind untersagt. Die Bestimmungen über eine Schiedsgerichtsbarkeit entsprechen einem Wunsch der Praxis. Die Bestimmungen der ZPO (vgl. die §§ 577 bis 618 und die Ausführungen dazu in 1158 BlgNR XXII. GP) stellen zwingendes Recht für die Formulierung der Ausschreibung dar. Dies verhindert allerdings nicht, dass die Beteiligten später (beim Abschluss des Leistungsvertrages) anderslautende Vereinbarungen über das Schiedsgericht treffen können. Um ausufernde Honorarregelungen zu verhindern, wird eine Kompetenz der Bundesregierung zur Regelung einer Honorarordnung vorgesehen.

Zu § 376 (Strafbestimmungen):

Wie die bisherige Praxis gezeigt hat, kommt der Einhaltung der Bekanntmachungs-, Bekanntgabe-, Mitteilungs-, Auskunfts- und Vorlagepflichten sowie der Einhaltung der Auskunftspflichten im Vergabekontrollverfahren und in Vertragsverletzungsverfahren besonders große Bedeutung zu. So werden etwa im Rahmen eines nationalen Kontrollverfahrens Auskünfte und Vorlagen von Unterlagen benötigt. Von solchen Anordnungen sind oft „Private“ betroffen, deren Organe nicht gemäß Art. 20 B-VG weisungsgebunden sind (zB private Bauträger, Architekten ua.). Oft sind bestimmte Auskünfte, etwa über den aktuellen Stand des Vergabeverfahrens, nur von diesen direkt zu erfahren und nicht von dem dahinter stehenden Auftraggeber (dem „öffentlichen Bauherren“). Wegen der relativ kurzen Entscheidungsfristen der Vergabekontrollbehörden kann daher die Möglichkeit, Auskünfte erst nach Intervention beim letztverantwortlichen Auftraggeber zu erhalten, zu unzumutbaren Verzögerungen führen (die Strafbestimmung erstreckt sich jedoch explizit nicht darauf, ob die entsprechenden Unterlagen gemäß § 336 Abs. 1 „in geordneter Weise“ vorgelegt wurden). Gleiches gilt für die Vorlage von Unterlagen oder die Erteilung von Auskünften im Rahmen eines Auskunftsersuchens, eines Beschwerde-, Pilot- oder Vertragsverletzungsverfahrens, das die Kommission gegen die Republik Österreich eingeleitet hat. Aus diesem Grund wird eine Strafbestimmung sowohl für den Bereich des Korrekturmechanismus als auch für den nationalen Rechtsschutzbereich sowie zur Absicherung der Statistikverpflichtungen bzw. der Verpflichtung zur Kündigung und Beendigung von Verträgen vorgesehen.

Im Hinblick auf die mit Vertragsverletzungsverfahren möglicherweise verbundenen finanziellen Implikationen für die Republik Österreich und die Notwendigkeit der Sicherstellung einer effektiven Prozessvertretung wird der Maximalbetrag für eine Geldstrafe gemäß Abs. 1 mit 50 000 Euro festgesetzt. Im Fall der Verletzung der Kündigungs- und Beendigungspflicht nach einer Verurteilung des EuGH wird im Hinblick auf die Dringlichkeit und die dann unmittelbar drohenden Strafzahlungen der Republik Österreich dieser Strafrahmen gemäß Abs. 2 aus generalpräventiven Gründen erhöht (zum finanziellen Ausmaß der möglichen Sanktionen vgl. Art. 260 AEUV und die diesbezüglichen Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst GZ BKA 670.746/0019-V/7/2010 und BKA-672.612/0002-V/7/2016 sowie zuletzt die Mitteilung der Kommission – Aktualisierung der Daten zur Berechnung der Pauschalbeträge und Zwangsgelder, die die Kommission dem Gerichtshof bei Vertragsverletzungsverfahren vorschlägt, ABl. Nr. C 290 vom 10.08.2016 S. 3).

Zu den §§ 377 bis 379 (Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsvorschriften, Erlassung und Inkrafttreten von Verordnungen, Anwendbarkeit der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes):

§ 377 beinhaltet die Inkrafttretens-Bestimmungen, die Außerkrafttretens-Bestimmungen sowie die Übergangsbestimmungen. Zum Begriff der Einleitung des Vergabeverfahrens vgl. die Erläuterungen zu § 13. Aus den Regelungen der Abs. 1 und 4 ergibt sich Folgendes: Wenn ein Vergabeverfahren zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits eingeleitet war, ist es nach den materiellrechtlichen Vorschriften des BVergG 2006 zu Ende zu führen; wenn im Zusammenhang mit einem solchen Vergabeverfahren nach dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes ein Rechtsschutzverfahren anhängig gemacht wird, dann sind für das Rechtsschutzverfahren die Regelungen des 4. Teiles dieses Bundesgesetzes anzuwenden. (Prüfungsmaßstab für die Beurteilung, ob eine Rechtswidrigkeit vorliegt oder nicht, bleiben allerdings die Bestimmungen des BVergG 2006.) Ist ein Rechtsschutzverfahren hingegen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits anhängig, ist dieses Rechtsschutzverfahren gemäß Abs. 4 nach den Bestimmungen des BVergG 2006 fortzuführen.

Zu § 377 Abs. 4 wird angemerkt, dass Abrufe aus einer bereits bestehenden Rahmenvereinbarung nach der neuen Rechtslage zu behandeln sind, während ein vor Inkrafttreten eingerichtetes dynamisches Beschaffungssystem nach der alten Rechtslage fortzuführen ist.

Die §§ 378 und 379 regeln die Erlassung von Verordnungen und Kundmachungen und die Verweise anderer Bundesgesetze auf das BVergG 2002 oder das BVergG 2006.

Zu § 380 (Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen):

Betreffend die vorliegende Bestimmung ist im gegebenen Zusammenhang auf Folgendes hinzuweisen: Die deutsche Übersetzung des Abkommens über das öffentliche Beschaffungsabkommen im Rahmen der WTO (GPA) wurde, ebenso wie das Protokoll zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen im ABl. publiziert (vgl. ABl. Nr. C 256 vom 3. September 1996, S 1, und ABl. Nr. L 68 vom 7. März 2014, S 2). Es handelt sich bei diesen Publikationen aber nur um eine unionsinterne Übersetzung des Abkommens in alle Amtssprachen der Gemeinschaft. Verbindlich und authentisch sind lediglich die englische, französische und spanische Sprachversion des Abkommens, sodass im Gesetz selbst auf die englische Publikation im Amtsblatt, die anlässlich der Genehmigung des Abkommens durch den Rat publiziert wurde, zu verweisen ist.

Zur Verbesserung der Transparenz wird auf den Text des GPA, andererseits aber auch auf alle Anhänge, aus denen sich der Anwendungsbereich des Abkommens ergibt (Verpflichtungslisten der Vertragsparteien, General Notes and Derogations usw.) verwiesen. Der Text des Abkommens und die Anhänge sind in ihrer aktuellen Fassung auch im Internet unter der Adresse https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm zugänglich.

EG 17 und 18 der RL 2014/24/EU führen zum GPA aus: „*Mit dem Beschluss 94/800/EG des Rates wurde insbesondere das Übereinkommen der Welthandelsorganisation über das öffentliche Beschaffungswesen („Agreement on Government Procurement“, im Folgenden „GPA“) genehmigt. Ziel des GPA ist es, einen multilateralen Rahmen ausgewogener Rechte und Pflichten in Bezug auf öffentliche Aufträge zu schaffen, um den Welthandel zu liberalisieren und auszuweiten. Bei Aufträgen, die unter die Anhänge 1, 2, 4 und 5 sowie die Allgemeinen Anmerkungen zur Anlage I der Europäischen Union zum GPA sowie andere einschlägige, für die Union bindende internationale Übereinkommen fallen, sollten die öffentlichen Auftraggeber die Verpflichtungen aus den betreffenden Übereinkommen erfüllen, indem sie diese Richtlinie auf Wirtschaftsteilnehmer von Drittländern anwenden, die Unterzeichner der Übereinkommen sind.*

Das GPA findet Anwendung auf Aufträge oberhalb bestimmter Schwellenwerte, die in dem GPA festgelegt und in Sonderziehungsrechten angegeben sind. Die in dieser Richtlinie festgelegten Schwellenwerte sollten angepasst werden, um zu gewährleisten, dass sie den Euro-Äquivalenten der in dem GPA genannten Schwellenwerte entsprechen. Es sollten eine regelmäßige Überprüfung der in Euro ausgedrückten Schwellenwerte und ihre Anpassung — im Wege eines rein mathematischen Verfahrens — an mögliche Kursschwankungen des Euro gegenüber dem Sonderziehungsrecht vorgesehen werden. Abgesehen von diesen regelmäßigen mathematischen Anpassungen sollte während der nächsten Verhandlungsrunde eine Erhöhung der in dem GPA festgelegten Schwellenwerte geprüft werden.“

Zu den §§ 381 bis 383 (Vollziehung, Verweisungen, personenbezogene Bezeichnungen, Bezugnahme auf Rechtsakte der Union):

§ 381 enthält die Vollziehungsklausel, § 382 die Verweisungsbestimmung und die Bestimmung zum Gendern und § 383 die Bezugnahme auf die durch das Bundesvergabegesetz umgesetzten bzw. berücksichtigten Rechtsakte der Europäischen Union.

§ 381 regelt die Zuständigkeiten für die Vollziehung dieses Gesetzes im Wirkungsbereich des Bundes. Der Vollziehungsbereich der Länder wird im Einleitungsteil von § 381 Abs. 1 ausdrücklich ausgenommen. In weiterer Folge erfolgen verschiedene Zuständigkeitszuordnungen; relevant für die Zuordnung bei der Kostentragung vor dem Verwaltungsgerichtshof sind jedoch nur § 381 Abs. 1 Z 9 und 10, da sich die anderen Ziffern auf hier nicht einschlägige Regelungsgegenstände wie etwa Verordnungsermächtigungen, Zuständigkeiten der ordentlichen Gerichte, Meldepflichten an die Europäische Kommission usw. beziehen. § 381 Abs. 1 Z 9 sieht vor, dass mit der Vollziehung „der übrigen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, soweit nur der Wirkungsbereich eines Bundesministers betroffen ist, dieser Bundesminister“ betraut ist. Nur im Fall, dass weder § 381 Abs. 1 Z 1 bis 8 noch Z 9 anwendbar sind (arg. „im Übrigen“), ist die Bundesregierung gemäß § 381 Abs. 1 Z 10 mit der Vollziehung des BVergG 2017 betraut. Für die Kostentragung bedeutet dies, dass bei einem Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof aufgrund einer Vergabe gemäß dem 2. oder 3. Teil des BVergG 2017, die dem Wirkungsbereich eines Bundesministers zuzurechnen ist, dieser gemäß § 349 Abs. 1 Z 9 für den etwaigen Kostenersatz aufzukommen hat, sofern das vorangehende gerichtliche Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geführt wurde (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 27. Oktober 2014, Ra 2014/04/0022; vgl. zur Angabe des haushaltsleitenden Organs beim Kostenzuspruch gemäß § 88 VfGG nach einer funktionalen Betrachtung, zB VfGH vom 19. Februar 2016, E 1719/2015, mit Verweis auf VfSlg. 16.739/2002; zur Bedeutung von Vollziehungsklauseln im Allgemeinen, vgl. zB VwGH vom 22. April 1999, 97/15/0202). Das gilt sowohl für öffentliche Auftraggeber gemäß § 4 wie auch für öffentliche Sektorenauftraggeber und öffentliche Unternehmen gemäß den §§ 167 und 168. Private Sektorenauftraggeber sind dem Wirkungsbereich jenes Bundesministers zuzurechnen, welchem die „zuständige Behörde“ im Sinne des § 169 Abs. 2 zuzurechnen ist.

Sofern mehrere Auftraggeber, die dem Vollziehungsbereich des Bundes zuzuordnen sind, gemeinsam eine Auftragsvergabe durchführen (etwa um eine Rahmenvereinbarung abzuschließen), wird eine Aufteilung der Kosten unter diesen Auftraggebern gemäß § 349 Abs. 1 Z 9 vorzunehmen sein. Sofern dabei eine Zuordnung der „Anteile“ am Vergabeverfahren (insbesondere wertmäßig) ermittelbar ist, hat eine Aufteilung unter Berücksichtigung dieser Zuordnung zu erfolgen. Ist eine derartige Zuordnung jedoch nicht möglich, sind die Kosten von den jeweiligen Bundesministern zu gleichen Teilen zu tragen.

Sofern Auftraggeber des Bundes und der Länder gemeinsam Auftragsvergaben durchführen und diese vor dem Bundesverwaltungsgericht und in weiterer Folge dem Verwaltungsgerichtshof angefochten werden, ist auf das Erkenntnis des VwGH vom 16. Dezember 2015, Ra 2014/04/0045, zu verweisen. Daraus folgt, dass der Bund in einer Konstellation, in der diesem an sich Kostenersatz zustünde (hier: als einer der erfolgreichen Revisionswerber), keinen Kostenersatz erhält, da Identität der Rechtsträger vorliegt, die Länder (hier als weitere erfolgreiche Revisionswerber) jedoch durchaus Anspruch auf Kostenersatz gegenüber dem Bund haben. Umgekehrt hätte bei Abweisung (nur) der Bund Kostenersatz zu leisten (nach den oben ausgeführten Zuordnungsregeln).

Betreffend den Umsetzungshinweis in § 383 Z 10 auf die Richtlinie 2009/52/EG über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, ABl. Nr. L 168 vom 30.06.2009 S. 24, in der Fassung der Berichtigung ABl. Nr. L 208 vom 03.08.2012 S. 22, ist Folgendes auszuführen: Art. 7 Abs. 1 lit. b der RL 2009/52/EG sieht den Ausschluss von Vergabeverfahren gemäß der RL 2004/18/EG (welcher als Verweis auf die RL 2014/24/EU zu lesen ist, vgl. Art. 91 zweiter UAbs.) in jenen Fällen vor, in denen Arbeitgeber, die als Bewerber oder Bieter in einem Vergabeverfahren auftreten, ihre Verpflichtungen nach der RL 2009/52/EG verletzt haben (dh. illegal Drittstaatsangehörige beschäftigt haben). Eine gesonderte Umsetzung der Bestimmung ist im BVergG 2017 nicht erforderlich, da der geltende Wortlaut des § 78 Abs. 1 Z 5 bereits eine entsprechende Sanktion ermöglicht. Unabhängig davon ist jedoch ein Umsetzungshinweis (vgl. Art. 17 Abs. 1 der RL 2009/52/EG) erforderlich.

Mit dem Hinweis auf die RL 2014/24/EU in § 383 Z 17 wird der Vorgabe von Art. 90 Abs. 6 dieser Richtlinie entsprochen.

Zu Anhang V (Anforderungen an die Instrumente und Vorrichtungen für die elektronische Entgegennahme von Angeboten, Teilnahmeanträge, Prüfanträgen sowie Plänen und Entwürfen für Wettbewerbe):

Zu Z 7 ist festzuhalten, dass ein „Verstoß“ gegen Zugangsverbote oder –bedingungen nur bewusste Manipulationen und daher nicht versehentliche Anmeldungen mit falschem Usernamen, Passwörtern oder „Passwortvertipper“ umfasst.

Zu Anhang VIII (Kerndaten):

Der Kerndatensatz gemäß Z 1 des 1. Abschnittes kann zur Fristverkürzung oder als Bekanntmachung verwendet werden; es ist aber auch die bloße Nutzung als Vorinformation oder regelmäßige

nichtverbindliche Bekanntmachung zur Information von interessierten Unternehmern möglich (dies ist bei der Bekanntmachung über das Bestehen eines Prüfsystems nicht einschlägig).

Zu Z 1 lit. e des 1. Abschnittes wird darauf hingewiesen, dass mit dem Klammerausdruck, wonach die vorliegende Angabe als Aufforderung zur Mitteilung des Interesses gilt, den Vorgaben der §§ 60 Abs. 2 Z 3 und Abs. 3 Z 3, 65 Abs. 2 Z 3 und Abs. 3 Z 3, 230 Abs. 2 Z 3 und Abs. 3 Z 3 sowie 235 Abs. 2 Z 3 und Abs. 3 Z 3 entspricht.

Wenn in Z 1 lit. q (ebenso Z 2 lit. p) des 1. Abschnittes der Endzeitpunkt des dynamischen Beschaffungssystems auf ein früheres Datum vorverlegt wird, ist damit schon ausreichend die Einstellung des dynamischen Beschaffungssystems bekannt gemacht. Soll das dynamische Beschaffungssystem auf unbestimmte Zeit eingerichtet werden, ist als Datum „31/12/9999“ anzugeben.

Bei der Angabe des geplanten Ausführungsbeginns (Z 1 lit. r bzw. Z 2 lit. q des 1. Abschnittes) ist bei Rahmenvereinbarungen oder bei dynamischen Beschaffungssystemen der erste mögliche Abrufzeitpunkt anzugeben.

Die erfolgreiche Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems muss nicht im Wege der Veröffentlichung von Kerndaten bekannt gemacht werden (vgl. die §§ 62 und 66 bzw. 232 und 237). Die Einstellung eines bereits eingerichteten dynamischen Beschaffungssystems ergibt sich, wie bereits ausgeführt, bereits aus der Änderung des Kerndatensatzes für die Bekanntmachung gemäß dem 1. Abschnitt, indem der Endzeitpunkt vorverlegt wird. Einzelne aufgrund des eingerichteten dynamischen Beschaffungssystems vergebene Aufträge sind als normale vergebene Aufträge gesondert bekannt zu geben.

Es ist zu berücksichtigen, dass bei dynamischen Beschaffungssystemen, Rahmenvereinbarungen, besonderen Dienstleistungsaufträgen und wertmäßig kleinen Aufträgen die einzelnen Aufträge bzw. Abrufe auch quartalsweise gebündelt werden können, sodass mehrere Auftragnehmer, CPV-Codes usw. nebeneinander angeführt werden können. Wenn in Z 1 lit. m des 2. Abschnittes von der Angabe von Bau-, Liefer- „bzw.“ Dienstleistungsaufträgen gesprochen wird, wird damit ebenso auf die Möglichkeit der gebündelten Angabe bei dynamischen Beschaffungssystemen, Rahmenvereinbarungen und wertmäßig kleinen Aufträgen abgestellt; besondere Dienstleistungsaufträge können naturgemäß nur in die Kategorie der Dienstleistungsaufträge fallen.

Zu Anhang X (Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit):

Mit dem vorliegenden Anhang sollen Art. 58 Abs. 3 sowie Art. 60 Abs. 3 und Anhang XII Teil I der RL 2014/24/EU und Art. 80 Abs. 2 der RL 2014/25/EU mit umgesetzt werden.

Unter Bankerklärung gemäß Abs. 1 Z 1 ist die üblicherweise als „Bankauskunft“ bezeichnete Bonitätsauskunft zu verstehen. Auch Auskünfte von Kreditschutzverbänden oder Auskunfteien kämen hier in Frage. Wesentlich erscheint die Kenntnis über das haftende Eigenkapital, ob dieses in Relation zur Größe des Auftrages steht und ob allenfalls eine Überschuldung vorliegt.

In Abs. 1 Z 3 wird im Vergleich zu Anhang XII Teil I lit. b der RL 2014/24/EU der zutreffendere Begriff der „Offenlegung“ der Jahresabschlüsse verwendet (in der RL: „Veröffentlichung“). Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden.

Der Nachweis gemäß Abs. 1 Z 4 ist zwar nicht unter den gemäß der RL 2014/24/EU genannten Nachweisen angeführt, aber nach Art. 63 Abs. 1 dritter UAbs. dieser RL zulässig (vgl. auch § 98).

Der Nachweis der Bonität gemäß Abs. 1 Z 6 gemäß einem anerkannten Ratingsystem wurde in das Verzeichnis der Nachweise aufgenommen, da dieser Nachweis in der Praxis – insbesondere im Baubereich – als besonders geeignetes Mittel angesehen wird, um sich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmers zu versichern. Ein Rating gibt ein Bonitätsurteil in Bezug auf ein Unternehmen ab, das anhand eines festgelegten und definierten Einstufungsverfahrens für Ratingkategorien abgegeben wird (so die Definition in Art. 3 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, ABl. Nr. L 302 vom 17.11.2009 S. 1). Falls der Auftraggeber einen derartigen Nachweis verlangt, so hätte er auch ein entsprechendes Mindestrating („Ratingkategorie XY oder besser“; vgl. dazu die Definition in Art. 3 Abs. 1 lit. h der VO 1060/2009) festzulegen. Dass dieses Mindestrating sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig sein muss ergibt sich schon aus den Grundregeln des § 80 Abs. 1 und des § 251 Abs. 1 (vgl. zur Verwendung eines Ratings schon VwGH vom 17. Juni 2014, 2013/04/0033). Aus der Formulierung „anerkanntes Ratingsystem“ folgt, dass es sich um ein allgemein am Markt gebräuchliches Bonitätsbewertungssystem handeln muss.

Zu Abs. 1 Z 7 ist klarstellend anzumerken, dass der Nachweis eines Mindestgesamtjahresumsatzes und jener eines Mindestjahresumsatzes für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, auch kumulativ verlangt werden können. Die in Abs. 2 in diesem Zusammenhang genannten hinreichend

begründeten Fällen, die mit den speziellen Risiken zusammenhängen, die die Wesensart der Leistung betreffen, sind etwa jene Fallkonstellationen, bei denen ein Auftragnehmer (zB bei los- oder gewerksweisen Vergaben) eine besonders hohe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufweisen muss, da im Falle seines Leistungsverzuges dem Auftraggeber ein hoher Schaden, zB aufgrund der Bauzeitverzögerung, droht (zB Spezialgewerke im Rahmen eines großen Bau- oder Dienstleistungsauftrages).

Zu Abs. 3 ist zu beachten, dass für Einzellose das reguläre Regime wie für Aufträge gilt; lediglich bei gleichzeitig auszuführenden Losen durch denselben Bieter kommt die vorliegende Regelung zur Anwendung.

Wenn in Abs. 4 Z 1 vom „größten“ aufgrund der Rahmenvereinbarung zu vergebenden Auftrag die Rede ist, ist der wertmäßig größte Auftrag gemeint.

Zu Anhang XI (Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit):

Dieser Anhang soll Art. 58 Abs. 4, Art. 60 Abs. 4 und Anhang XII Teil II der RL 2014/24/EU sowie Art. 80 Abs. 2 der RL 2014/25/EU mit umsetzen.

Hinzuweisen ist auf die Zulässigkeit des Erfordernisses der „spezifischen Erfahrung“ als Eignungskriterium: Das Kriterium der für die Erbringung der entsprechenden Leistungen erforderlichen beruflichen Fachkunde, Effizienz und Erfahrung ist im Hinblick auf die Prüfung der fachlichen Eignung der Unternehmer ein zulässiges Kriterium für die Bewertung der technischen Leistungsfähigkeit. Ist ein solches Kriterium in einer Rechtsvorschrift vorgesehen, auf die die Ausschreibung in klarer und eindeutiger Weise verweist, so ist es nicht zwingend in den Ausschreibungsunterlagen dieses Kriterium nochmals explizit anzuführen (vgl. dazu EuGH Rs 31/87, *Beentjes*, Rs C-27/15, *Pippo Pizzo*); gleichwohl ist es dennoch empfehlenswert.

Zu Abs. 1 Z 1, Abs. 2 Z 1 und Abs. 3 Z 1 ist festzuhalten, dass sich diese Liste von Referenzen auf Referenzen bezieht, die im Zeitraum der letzten drei bzw. fünf Jahre erlangt wurden (dh. Referenzen von bis zu – maximal – drei bzw. fünf vorhergehende Jahre) bzw. erlangt werden konnten, sofern das Unternehmen erst seit kürzerer Zeit bestehen sollte. Die bisher für den Unterschwellenbereich eingeräumte Möglichkeit der Verlängerung der Referenzfrist auf zehn Jahre ist aufgrund der nunmehr gegebenen allgemeinen Möglichkeit der Festlegung eines längeren Zeitraumes, „soweit dies zur Sicherstellung eines ausreichenden Wettbewerbes erforderlich ist“ nicht weiter erforderlich. Insbesondere bei Planungsleistungen kann der Auftraggeber den Referenzzeitraum im Einzelfall (zB. aufgrund der langen Projektdauer der Referenzprojekte) zur Sicherung eines ausreichenden Wettbewerbes ausdehnen.

In Abs. 2 Z 4 und Abs. 3 Z 5 wird der allgemeinere Ausdruck „Ausbildungsnachweise“ anstelle der Diktion des Anhanges XII Teil II lit. f der RL 2014/24/EU („Studiennachweise“) verwendet. Im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen ist darüber hinaus zu beachten, dass dasselbe Kriterium nicht wieder als Zuschlagskriterium bewertet werden darf, wenn es bereits im Rahmen der Eignung angewendet wurde („Doppelverwertungsverbot“; vgl. die Ausführungen zu § 2 Z 22).

Da eine Kontrolle nach Abs. 1 Z 6 bzw. Abs. 3 Z 4 natürlich nicht gegen den Willen der amtlichen Stelle durchgeführt werden kann, bzw. das Gesetz eine derartige Stelle auch nicht zur Kontrolle verpflichten kann, ist ein Hinweis darauf, dass sich die betreffende Stelle dazu bereit erklären muss (vgl. den Wortlaut von Anhang XII Teil II lit. e der RL 2014/24/EU), entbehrlich.

Zu Anhang XIV (Anforderungen an die Energieeffizienz gemäß § 95):

Lit. a enthält die derzeit geltenden gemäß der Richtlinie 2010/30/EU über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen („Labelling Richtlinie“), ABl. Nr. L 153 vom 19.06.2010, S. 1, erlassenen delegierten Rechtsakte.

Lit. b enthält die derzeit geltenden und nach Inkrafttreten der Energieeffizienzrichtlinie 2012/27/EU am 4. Dezember 2012 angenommenen Durchführungsmaßnahmen gemäß der Richtlinie 2009/125/EG zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte („Ökodesignrichtlinie“), ABl. Nr. L 285 vom 21.10.2009, S. 10.

Gemäß lit. c sind nur Bürogeräte zu beschaffen, die zumindest so effizient sind wie Geräte mit Energy Star Label. Die angeführten Beschlüsse beziehen sich auf das Abkommen zwischen der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Union über die Koordinierung von Kennzeichnungsprogrammen für Strom sparende Bürogeräte („Energy Star Abkommen“), ABl. Nr. L 63 vom 06.03.2013, S. 7. In Bezug auf Displays sind die in dem unter sublit. aa angeführten Beschluss enthaltenen Spezifikationen bereits obsolet und wurden durch die in dem unter sublit. cc angeführten

Beschluss enthaltenen Spezifikationen ersetzt. Zum Energy Star Label sowie zu den aktuell geltenden Spezifikationen vgl. auch www.eu-energystar.org.

Die Verpflichtung der lit. d gilt nicht für Reifen, die gemäß Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1222/2009 vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgenommen sind.

Zu den Energieeffizienzanforderungen vgl. auch http://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-efficiency/energy-efficient-products.

Zu Art. 2 (Änderung des Bundesvergabegesetzes 2017)

Artikel 2 enthält die Adaption jene Bestimmungen betreffend die verpflichtende elektronische Durchführung von Vergabeverfahren, die gemäß den Vorgaben der RL 2014/24/EU und 2014/25/EU mit 18. Oktober 2018 in Kraft treten. Dies betrifft insbesondere die Bekanntmachungsvorschriften und die Bestimmungen betreffend die elektronische Kommunikation.

Zu Art. 3 (Änderung des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012)

Zu den Z 2 bis 14, 16, 17 und 22:

Aufgrund der Neufassung des BVergG sind die entsprechenden Verweise im BVergGVS auf die neuen Paragraphenbezeichnungen anzupassen bzw. werden Schreibfehler korrigiert.

Zu Z 1, 15 und 18:

Durch die Regelung des § 138a wird die Regelung des Art. 7 der RL 2014/55/EU umgesetzt (vgl. dazu auch die Inkrafttretensbestimmung des § 145 Abs. 7). In diesem Zusammenhang ist für den Bund auch auf die den § 138a ergänzende Bestimmung des § 5 IKT-Konsolidierungsgesetzes – IKTKonG, BGBl. I Nr. 35/2012, und die e-Rechnungsverordnung, BGBl. II Nr. 505/2012, hinzuweisen. Für den Vollziehungsbereich des Bundes hat dies zur Konsequenz, dass e-Rechnungen verpflichtend von den Vertragspartnern des Bundes zu verwenden und gemäß § 5 e-Rechnungsverordnung über USP/PEPPOL Transport-Infrastruktur einzubringen sind. § 138a ist insofern „entwicklungsoffen", als auch zukünftige Änderungen der Europäischen Norm bzw. der Syntaxlisten automatisch zu beachten sind. Das Unternehmensserviceportal (USP, www.usp.gv.at) ist das zentrale Internetportal für in Österreich ansässige Unternehmen bzw. sonstige Vertragspartner von öffentlichen Stellen bzw. Auftraggebern. Es bietet eine Authentifizierung und einen direkten Zugang zu zahlreichen E-Government- Anwendungen sowie unternehmensrelevanten Informationen. Von der Internetseite des USP erfolgt eine Weiterleitung zur „e-Rechnung"-Internetseite der jeweiligen Auftraggeber. Eine von der Europäischen Union bereitgestellte Einrichtung zur Abwicklung elektronischer Beschaffungsvorgänge innerhalb der EU ist zB die Pan-European Public Procurement OnLine (PEPPOL)-Transport-Infrastruktur. Hinzuweisen ist auch darauf, dass Auftragnehmer die Möglichkeit haben, ihre Rechnungen durch Nutzung der Dienste eines Dritten RL-konform gestalten zu lassen (vgl. dazu auch EG 35 der RL 2014/55/EG). Umgekehrt steht es Auftraggebern auch offen, sich der Dienste eines Dritten zu bedienen, um der Verpflichtung des § 368 nachzukommen.

Zu Z 20 und 21:

Der Bundesminister für Landesverteidigung und Sport soll hinkünftig ermächtigt sein, im Einvernehmen mit dem Bundeskanzler bestimmte Verwaltungsübereinkommen (insbesondere Memoranda of Understanding – MoUs) mit obersten Behörden im Verteidigungsbereich von anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder von Drittstaaten abschließen zu können. Diese Ermächtigung bezieht sich einerseits auf die Festlegung besonderer Verfahrensregelungen über die Durchführung von bestimmten Vergabeverfahren – somit von bestimmten gemeinsamen Projekten der Vertragsparteien – und andererseits auf allgemeine Maßnahmen zur Verbesserung der Transparenz bei und des Zuganges zu Vergabeverfahren der entsprechenden Vertragsparteien. Damit soll einerseits die Ausnahmebestimmung des § 9 Abs. 1 Z 4 und 5 breiter nutzbar gemacht werden und andererseits der Abschluss von Kooperationsabkommen im Verteidigungsbereich zur Gewährleistung des besseren Zuganges von Unternehmen der Vertragsparteien zu den Rüstungsmärkten der Vertragsparteien (vgl. dazu etwa die Reciprocal Defense Procurement and Acquisition Policy Memoranda of Understanding, die die USA mit Drittstaaten abschließen) ermöglicht werden.

Zu Art. 4 (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2017 – BVergGKonz 2017)

Allgemeiner Teil

1. Ausgangslage und Zielsetzung

1.1 Mit dem am 28. März 2014 publizierten Legislativpaket der Europäischen Union wird das gemeinschaftliche Vergaberecht auf eine neue rechtliche Basis gestellt. Dieses Legislativpaket besteht aus drei Richtlinien (RL 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU), die das bisherige Regelungswerk ablösen. Die Umsetzungsfrist für die genannten RL ist am 18. April 2016 abgelaufen. Inhaltlicher Schwerpunkt des BVergGKonz 2017 ist die Regelung der Vergabe von Konzessionen in Umsetzung der RL 2014/24/EU, wobei die durch diese Richtlinie gewährten Freiheiten (etwa bei der Gestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens oder bei der Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel) weitgehend beibehalten werden sollen; dies entspricht auch der Zielsetzung, wonach sogenanntes „gold-plating“ zu vermeiden ist (vgl. dazu auch das Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst [BKA-VD], GZ 600.824/011-V/2/01, Art. 1 § 1 Abs. 1 des Deregulierungsgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 151/2001 und § 1 Abs. 4 des Deregulierungsgrundsätzegesetzes, BGBl. I Nr. 45/2017).

1.2. Ziel des neuen Gesetzes ist die Anpassung an das neu erlassene Sekundärrecht auf Unionsebene, unter gleichzeitiger Ausnutzung des größtmöglichen Regelungsfreiraumes zur Reduktion der Transaktionskosten bei Wahrung des Niveaus an Rechtssicherheit.

2. Abstimmung mit den Ländern

2.1. Aufgrund des Art. 14b Abs. 4 B-VG hat der Bund den Ländern Gelegenheit zu geben, an der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens mitzuwirken (vgl. dazu auch die Erläuterungen in AB 1118 BlgNR XXI. GP). Dies erfolgt in Form der bereits seit dem Jahr 2002 eingerichteten Bund-Länder-Arbeitsgruppe. Es fanden daher auch bei der Erstellung des vorliegenden Entwurfes über Einladung des Bundeskanzleramtes Gespräche zwischen Vertretern des Bundes und der Länder statt.

2.2. Das Ergebnis dieser Bemühungen stellt der vorliegende Entwurf dar.

3. Regelungstechnik und Inhalt

3.1. Der vorliegende Entwurf setzt die Regelungen der RL 2014/23/EU unter Wahrung eigenständiger Wesenszüge des österreichischen Rechtssystems in das innerstaatliche Recht um.

3.2. Eine derartige Vorgangsweise bringt es mit sich, dass Begriffe, die aus dem Unionsrecht übernommen wurden, nicht mehr nach dem österreichischen Rechtsverständnis, sondern vielmehr „autonom“, d.h. unter Berücksichtigung der Ziele des Gemeinsamen Marktes und unter Heranziehung der authentischen Sprachfassungen des jeweiligen Rechtsaktes, ausgelegt werden müssen (etwa Urteil des Europäischen Gerichtshofes – EuGH Rs C-287/98, *Linster*, Rz 43).

3.2.1. Wie auch das Bundesvergabegesetz 2017 (BVergG 2017) und dessen Vorgängerfassungen soll sich auch der vorliegende Entwurf eng an den Text der umzusetzenden Richtlinien anlehnen, dies vor allem aus folgenden Gründen an: Österreich war schon aufgrund des Art. 6 EWRA verpflichtet, EG-Rechtsakte „*im Einklang mit den einschlägigen Entscheidungen*“ auszulegen, „*die der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassen hat*“. Seit dem Beitritt zur Europäischen Union ist für Österreich die gesamte einschlägige Judikatur des EuGH unmittelbar von Bedeutung. Die Verwendung einer vom Wortlaut der Richtlinien abweichenden Terminologie würde jedoch gerade in wichtigen Abgrenzungsfragen dazu führen, dass Aussagen des EuGH zur Interpretation von Richtlinienbegriffen für Österreich entweder häufige Novellierungen des Umsetzungsaktes erforderlich machen würden oder den Gesetzeswortlaut europarechtlich problematisch erscheinen ließen (vgl. dazu § 10 Z 7 und § 175 Z 6 BVergG 2006 und die Judikatur des EuGH zur sog. „in-house“ – Ausnahme, insbesondere Rs C-26/03, *Stadt Halle*, C-231/03, *CONAME*, und C-458/03, *Parking Brixen*). Eine abweichende Terminologie könnte sogar dazu führen, dass der Umsetzungsakt nachträglich als lückenhaft anzusehen wäre, mit der Konsequenz, dass die Richtlinienbestimmungen unmittelbar anzuwenden wären (vgl. dazu VfSlg 15.311/1998). Im Übrigen hat auch der Verfassungsgerichtshof festgehalten, dass die österreichischen Begriffe im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung auszulegen sind. Ferner hat gerade im Bereich des Vergaberechts der innerstaatliche Gesetzgeber sehr oft keinen Spielraum für die inhaltliche Gestaltung der nationalen Regelung, sodass die Übernahme der unionsrechtlichen Terminologie bzw. Systematik die einzig verbleibende Möglichkeit darstellt (vgl. VfSlg. 18.642/2008, VfGH 15.06.2016, G 25/2016, VfGH 02.12.2016, G 497/2015).

3.2.2. Darüber hinaus belegt die bisherige Erfahrung, dass die Europäische Kommission (Kommission) bei der Konformitätsprüfung aus naheliegenden Gründen am Wortlaut des Unionsaktes anknüpft. Für eine an der unionsrechtlichen Terminologie orientierte Umsetzung sprachen und sprechen daher auch Praktikabilitätserwägungen.

3.3. Der Verfassungsgerichtshof hält in ständiger Rechtsprechung (vgl. bereits VfSlg. 16.027/2000) fest, dass es dem Gleichheitssatz widerspricht, das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltende Verfahren nur im Oberschwellenbereich in umfassender Weise zu regeln. Das Fehlen von außenwirksamen gesetzlichen Regelungen, durch die unmittelbare subjektive Rechtspositionen auf Einhaltung vergabegesetzlicher Vorschriften eingeräumt würden, könne nicht dadurch substituiert werden, dass die zivilgerichtliche Judikatur ohnehin auch bei Fehlen gesetzlicher Regelungen unter bestimmten Voraussetzungen Ansprüche von Bewerbern und Bietern anerkannt habe. Es liegt daher nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes nicht im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, festzusetzen, in welchen Bereichen er die Garantien eines durchnormierten Konzessionsvergabeverfahrens gewähren möchte. Das schließt jedoch nach Auffassung des VfGH nicht aus, dass der Gesetzgeber im Unterschwellenbereich vereinfachte Vorschriften vorsehen und so auf ein aufwendiges Konzessionsvergabeverfahren verzichten kann. Bietern im Unterschwellenbereich aber nicht einmal ein Minimum an gesetzlichen Verfahrensgarantien zu gewährleisten, ist nach Ansicht des VfGH sachlich nicht zu rechtfertigen. Darüber hinaus ist es nach Auffassung des VfGH aber auch verfassungswidrig, einen vergabespezifischen Rechtsschutz nur oberhalb gewisser Schwellenwerte zur Verfügung zu stellen und sich bei wertmäßig kleineren Vergaben mit einem gerichtsförmigen, jedoch vergaberechtlich nicht so effektiven Rechtsschutz zu begnügen.

3.3.1. Aus dieser Judikatur des VfGH folgt, dass – falls der Gesetzgeber spezifische vergaberechtliche Regelungen sowohl im materiellrechtlichen Bereich wie auch im Bereich des Rechtsschutzes einführt (im Oberschwellenbereich ist dies unionsrechtlich geboten) – es verfassungsrechtlich geboten ist, ein, wenn auch zulässiger Weise vereinfachtes, vergabespezifisches Regime für den Unterschwellenbereich zur Verfügung zu stellen. Diese Rechtsprechung ist auf die Regelung der Vergabe von Konzessionsverträgen übertragbar.

3.3.2. Im Unterschwellenbereich gelten nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (vgl. dazu etwa Rs C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard*, Rz 19 und 21; Rs C-324/98, *Telaustria*, Rz 57 und 60 bis 62 mit Hinweis auf die Rs C-275/98, Rs C-92/00, *HI Hospital*, Rz 45 bis 47) die unionsrechtlichen Grundsätze des AEUV. Der EuGH hält dazu fest, dass die Grundsätze des AEUV und insbesondere das Diskriminierungsverbot eine Verpflichtung zur Transparenz einschließen. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den betreffenden Markt (Bau- oder Dienstleistungskonzessionen) dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Konzessionsvergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Aus diesen unionsrechtlichen Verpflichtungen resultiert daher bereits ein gewisser Mindeststandard für Konzessionsvergabeverfahren im Unterschwellenbereich in Bezug auf Veröffentlichungen, Wahl von transparenten Konzessionsvergabeverfahren, Setzung angemessener Fristen usw. Darüber hinaus sind aber auch grundsätzliche Transparenzregelungen für Leistungsvergaben iwS erforderlich, um den unionsrechtlichen Anforderungen Genüge zu tun.

3.4. Im Sinne der Transparenz und Übersichtlichkeit der Vorschriften, die für die Vergabe von Konzessionen einschlägig sind und aufgrund der unter Punkt 3.3. erwähnten Rechtsprechung des VfGH und des EuGH, beinhaltet der vorliegende Entwurf selbst sämtliche in diesem Zusammenhang relevanten Regelungen sowohl für den Oberschwellen- wie auch für den Unterschwellenbereich.

3.5. Die Struktur des Entwurfes folgt grundsätzlich dem Aufbau des BVergG 2017, wobei jedoch die Regeln zur Wahl und Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens auf einige zentrale Bestimmungen konzentrieren. Im Rechtsschutzteil wird teilweise auf das BVergG 2017 verwiesen.

3.6. Die Anhänge wurden den Richtlinien entsprechend gestaltet und zum Teil sprachlich neu gefasst.

3.7. Da verschiedene Bestimmungen betreffend die Verpflichtung zur Bekanntmachung im Wege von Metadaten und Kerndaten erst mit Oktober 2018 – wie auch im BVergG 2017 – in Kraft treten sollen, werden die entsprechenden Änderungen als Novellierung bereits jetzt als Artikel 5 vorgelegt.

4. Kompetenzgrundlage

Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung der in diesem Bundesgesetz enthaltenen zivilrechtlichen Bestimmungen ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG. Die Zuständigkeit zur Erlassung der übrigen

Regelungen dieses Bundesgesetzes ergibt sich aus Art. 14b Abs. 1 B-VG sowie –hinsichtlich der Gebührenregelungen – aus § 7 Abs. 1 F-VG 1948.

5. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens

Gemäß Art. 14b Abs. 4 B-VG bedarf die Kundmachung des Gesetzes der Zustimmung der Länder.

6. Umzusetzende bzw. zu berücksichtigende EU-Rechtsvorschriften:

6.1. Verordnung (EWG, EURATOM) Nr. 1182/71 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine, ABl. Nr. L 124 vom 08.06.1971 S. 1.

6.2. Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (Rechtsmittelrichtlinie), ABl. Nr. L 395 vom 30.12.1989 S. 33, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 1.

6.3. Richtlinie 92/13/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektorenrechtsmittelrichtlinie), ABl. Nr. L 76 vom 23.03.1992 S. 14, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 1.

6.4. Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV), ABl. Nr. L 340 vom 16.12.2002 S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 569/2009 zur Anpassung einiger Rechtsakte, für die das Verfahren des Artikels 251 des Vertrags gilt, an den Beschluss 1999/468/EG in Bezug auf das Regelungsverfahren mit Kontrolle; Anpassung an das Regelungsverfahren mit Kontrolle – Vierter Teil, ABl. Nr. L 188 vom 18.07.2009 S. 14.

6.5. 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, ABl. Nr. L 315 vom 03.12.2007 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 Schienenpersonenverkehrsdienste, ABl. Nr. L 354 vom 23.12.2016 S. 22.

6.6. Entscheidung 2008/585/EG zur Freistellung der Erzeugung von Strom in Österreich von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. Nr. L 188 vom 16.07.2008 S. 28.

6.7. Richtlinie 2009/81/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl. Nr. L 216 vom 20.08.2009 S. 76.

6.8. Beschluss 2010/142/EU zur Ausnahme bestimmter Dienste des Postsektors in Österreich von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. Nr. L 56 vom 06.03.2010 S. 8.

6.9. Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 1, in der Fassung der Berichtigung ABl. Nr. L 114 vom 05.05.2015 S. 24.

6.10. Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 65.

6.11. Richtlinie 2014/25/EU über Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 243.

6.12. Richtlinie 2014/55/EU über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen, ABl. Nr. L 133 vom 06.05.2014 S. 1.

6.13. Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen für öffentliche Aufträge und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011, ABl. Nr. L 296 vom 12.11.2015 S. 1.

6.14. Durchführungsbeschluss (EU) 2016/1804 über die Durchführungsmodalitäten für die Anwendung der Artikel 34 und 35 der Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. Nr. L 275 vom 12.10.2016 S. 39.

Besonderer Teil

Grundsätzliches:

Da das BVergGKonz 2017 vielfach den Regelungen des BVergG 2017 entspricht, ist hinsichtlich der analog gestalteten Bestimmungen generell auf die Ausführungen zu den entsprechenden Regelungen des BVergG 2017 zu verweisen.

Zum 1. Teil:

Zum 1. Hauptstück (Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmungen):

Das 1. Hauptstück enthält die allgemeine und programmatische Umschreibung des Geltungsbereiches des BVergGKonz 2017 und die wesentlichen Begriffsbestimmungen. Darüber hinaus enthält es eine Regelung über die Behandlung „gemischter" Konzessionsvergabeverfahren, das sind Verfahren, die Leistungsteile umfassen, die ihrerseits unterschiedlichen Regelungsregimen (zB dem BVergG 2017 bzw. überhaupt keinen Regelungen) unterliegen.

Zu § 1 (Regelungsgegenstand):

Zum Geltungsbereich ist eingangs festzuhalten, dass dem BVergGKonz 2017 grundsätzlich auch Verfahren über die Vergabe von Konzessionsverträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich unterliegen (vgl. etwa Art. 10 Abs. 6 der RL 2014/23/EU).

Die Bestimmung enthält eine allgemeine und programmatische Umschreibung des Geltungsbereiches des BVergGKonz 2017. Der Begriff „Konzessionsvergabeverfahren" im Sinne des § 1 Z 1 umfasst alle Verfahren zur Beschaffung von Bau- oder Dienstleistungen im Wege einer Konzession (vgl. dazu die Definitionen der Bau- und Dienstleistungskonzession in den §§ 5 und 6. „Lieferkonzessionen" gibt es nach dem unionsrechtlichen Verständnis (und demzufolge auch nach dem System des Gesetzes) nicht. Gleichwohl können Bau- und Dienstleistungskonzessionen Lieferleistungen inkludieren. Der Begriff des Konzessionsvergabeverfahrens ist insoweit funktional und im Einklang mit dem Unionsrecht auszulegen, als er – falls der Vorgang aus mehreren Schritten bestehen sollte – in seiner Gesamtheit und unter Berücksichtigung seiner Ziele zu prüfen ist (vgl. Rs C-29/04, *Kommission gegen Österreich*, Rs C-51/15, *Remondis*): dient er dem Erwerb einer Bau- oder Dienstleistung und besteht die Gegenleistung entweder in einem Nutzungsrecht am Bauwerk oder in einem Verwertungsrecht der Dienstleistung (oder in einem derartigen Recht kombiniert mit einer Zahlung), so handelt es sich um einen Beschaffungsvorgang, der der Richtlinie 2014/23/EU und dem BVergGKonz unterliegt. Der Begriff des „Erwerbes" soll, analog zum BVergG 2017, in einem weiten Sinn verstanden werden. Der Begriff „Konzessionsvergabeverfahren" stellt einen Überbegriff für Bau- und Dienstleistungskonzessionen dar und wird in weiterer Folge im Gesetz auch mit dieser Bedeutung verwendet.

In Verbindung mit den Bestimmungen der §§ 5 und 6 folgt daraus, dass im Kontext der „Konzessionsvergabe" nur synallagmatische Vertragsverhältnisse den Regelungsgegenstand des Gesetzes bilden (vgl. dazu auch EuGH Rs C-410/14, *Falk Pharma*, Rs C-51/15, *Remondis*). Andere (alternative) Formen öffentlicher Aufgabenerfüllungen wie etwa durch einseitige Rechtsverhältnisse (vgl. dazu etwa Rs C-295/05, *Asemfo gegen Tragsa*), durch die Beleihung mit der Durchführung von Leistungen im Wege von Gesetzen oder sonstigen Hoheitsakten (vgl. VfSlg 14.473/1996, Verwaltungsgerichtshof [VwGH] vom 13. September 2016, Ro 2014/03/0062; siehe analog dazu auch EG 5 der RL 2014/24/EU), durch die „Betrauung" mit der Durchführung bestimmter Leistungen im Wege von Akten der Gerichtsbarkeit (zB Gerichtsbeschlüsse, vgl. § 351 ZPO) oder durch Zuständigkeitsübertragungen innerhalb der öffentlichen Verwaltung (vgl. Rs C-51/15, *Remondis*) fallen daher ebenso wenig in den Anwendungsbereich des Gesetzes wie Veräußerungen durch Auftraggeber (vgl. dazu Rs C-145/08, *Loutraki*, und Rs C-451/08, *Helmut Müller*) oder (rein einseitige) Förderzusagen oder andere Formen der reinen Finanzierung (vgl. dazu „Förderverträge", die fiskalische Anreize zur Setzung eines gewünschten Verhaltens darstellen und bei denen sich die Verpflichtung auf Seiten des Förderungsempfängers typischerweise auf die Vorlage bestimmter Urkunden und die Rückzahlung der Förderung im Fall der Nicht-Setzung des geförderten Verhaltens beschränkt wie etwa eine Förderung zum Einbau alternativer Heizungen oder von Stromgewinnungsanlagen bei Eigenheimen; vgl. dazu auch EG 12 der RL 2014/23/EU). Ferner umfasst das Konzept der „Konzessionsvergabe" auch nicht jene Fälle, in denen alle Unternehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Erbringung einer bestimmten Leistung (auf ihr eigenes Risiko) — ohne irgendeine Selektivität — berechtigt sind, wie beispielsweise bei einer Auswahl durch den Kunden- und bei Dienstleistungsgutscheinsystemen; diese sind als einfache Zulassungssysteme zu qualifizieren (siehe EG 13 der RL 2014/23/EU und EuGH Rs C-410/14, *Falk Pharma*).

Unter Zuständigkeitsübertragungen innerhalb der öffentlichen Verwaltung versteht der EuGH insbesondere behördlich angeordnete Kompetenzverlagerungen oder freiwillige

Kompetenzübertragungen zwischen öffentlichen Stellen, die zur Folge haben, dass eine zuvor zuständige Stelle von ihrer Pflicht zur Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe entlastet wird bzw. ihr Recht darauf verliert oder sich selbst davon entlastet bzw. darauf verzichtet, während fortan einer anderen Stelle diese Pflicht obliegt und dieses Recht zusteht (vgl. Rs C-51/15, *Remondis*). Eine derartige Zuständigkeitsübertragung schließt nicht aus, dass sie in der Zukunft wieder rückgängig gemacht werden oder an andere öffentliche Stellen weiter übertragen werden kann. Notwendige Voraussetzung ist, dass durch eine Zuständigkeitsübertragung nicht nur die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten, u.a. die Verpflichtung, den mit dieser Kompetenz verbundenen Aufgaben nachzukommen, sondern auch die damit einhergehenden Befugnisse übertragen werden. Hiefür ist es erforderlich, dass die öffentliche Stelle, der eine Kompetenz übertragen wird, befugt ist, die Erfüllung der sich aus dieser Kompetenz ergebenden Aufgaben zu organisieren und den diese Aufgaben betreffenden rechtlichen Rahmen zu schaffen. Weiter muss sie über eine finanzielle Unabhängigkeit verfügen, die es ihr erlaubt, die Finanzierung dieser Aufgaben sicherzustellen. Dies ist nach der Rechtsprechung nicht der Fall, wenn die ursprünglich zuständige Stelle die Hauptverantwortung für diese Aufgaben behält, sich die finanzielle Kontrolle über diese Aufgaben (bzw. deren Erfüllung) vorbehält oder den Entscheidungen, die die von ihr hinzugezogene Einrichtung treffen möchte, vorab zustimmen muss. Die (nunmehr zuständige) Stelle muss daher von ihrer neuen Zuständigkeit selbständig und eigenverantwortlich Gebrauch machen können (vgl. dazu Rs C-51/15, *Remondis*). Dies schließt nicht aus, dass die bisher zuständige Stelle noch ein gewisses Überwachungsrecht hinsichtlich der übertragenen Aufgabe behält, sofern jede Einmischung in die konkreten Modalitäten der Aufgabenerfüllung durch die nunmehr zuständige Stelle ausgeschlossen ist.

Art. 1 Abs. 4 der RL 2014/23/EU führt dazu ferner aus: „*Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern oder Verbänden von öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, werden als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats betrachtet und sind als solche in keiner Weise von dieser Richtlinie berührt.*“

Art. 2 der RL 2014/23/EU ergänzt dies mit einem Hinweis auf die Autonomie der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Art der Erbringung von einschlägigen Bau- oder Dienstleistungen: „*In dieser Richtlinie wird im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften und dem Unionsrecht der Grundsatz der Verwaltungsautonomie der nationalen, regionalen und lokalen Gebietskörperschaften anerkannt. Es steht diesen Körperschaften frei zu entscheiden, wie die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen am besten gesteuert werden kann, damit bei öffentlichen Dienstleistungen insbesondere ein hohes Maß an Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung sowie die Förderung des allgemeinen Zugangs und der Nutzerrechte gewährleistet werden können. Diese Körperschaften können wählen, ob sie ihre Aufgaben von öffentlichem Interesse mit eigenen Mitteln oder in Zusammenarbeit mit anderen Körperschaften erfüllen oder ob sie Wirtschaftsteilnehmer damit betrauen. Diese Richtlinie berührt nicht die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten. Sie enthält insbesondere keinerlei Forderung nach Privatisierung öffentlicher Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen.*“

Darüber hinaus ist der Geltungsbereich des Gesetzes, die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen, zu sogenannten „Bewilligungen“ oder „Genehmigungen“ („authorizations“) abzugrenzen (zur Exklusivität dieser Konzepte vgl. EuGH Rs C-458/14, *Promoimpresa*, Rz 44/45). Darunter versteht der EuGH die „*Erlaubnis zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit*“ (vgl. dazu Rs C-221/12, *Belgacom*, Rz 33, Rs C-458/14, *Promoimpresa*, Rz 47). Eine derartige Erlaubnis unterscheidet sich von einer Konzession dadurch, dass der Bewilligungsinhaber – anders als der Konzessionär – nicht verpflichtet ist, die bewilligte Tätigkeit auszuüben (Rs C-221/12, Rz 33; vgl. dazu auch die Definition der „Genehmigungsregelung“ in Art. 4 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 376 vom 27.12.2006 S. 36, iVm EG 57 dieser RL). Auch fehlt es im Fall der Bewilligung daran, dass der Auftraggeber an der erbrachten Leistung „*ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse*“ hat (vgl. Rs C-451/08, *Helmut Müller*). Für den Fall, dass im Zusammenhang mit einer Bewilligung eine sogenannte „Betriebspflicht“ besteht (vgl. dazu etwa § 13 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907), wird im Einzelfall zu untersuchen sein, ob die Sanktion bei einem Verstoß gegen diese Betriebspflicht in einem durchsetzbaren Recht auf (persönliche) Leistungserbringung besteht oder bloß in einem Entzug der Berechtigung bzw. einer Ersatzvornahme durch Dritte. EG 14 der RL 2014/23/EU hält dazu fest: „*Bestimmte Handlungen der Mitgliedstaaten, wie die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen, durch die der Mitgliedstaat oder eine seiner Behörde die Bedingungen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit festlegt — einschließlich der Bedingung der Durchführung einer bestimmten Tätigkeit —, die üblicherweise auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers und nicht vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber erteilt wird und bei der der Wirtschaftsteilnehmer das*

Recht hat, sich von der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen zurückzuziehen, sollten darüber hinaus nicht als Konzessionen gelten. Auf Fälle derartiger Handlungen der Mitgliedstaaten finden die besonderen Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates Anwendung. Im Gegensatz zu derartigen Handlungen der Mitgliedstaaten enthalten Konzessionsverträge wechselseitig bindende Verpflichtungen, denen zufolge die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen muss, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind.“

Ferner hat der EuGH festgehalten, dass Vereinbarungen (die national als „Konzessionen“ bezeichnet wurden), die sich auf natürliche Ressourcen beziehen (Nutzung von im öffentlichen Eigentum stehender Gebiete an Seeufern bzw. an Meeresküsten für Touristik- und Freizeitzwecke), dem Regime des Art. 12 der DienstleistungsRL 2006/123/EG unterliegen (Rs C-458/14, *Promoimpresa*). In diesem Kontext führt auch EG 15 der RL 2014/23/EU wie folgt aus: „*Darüber hinaus sollten bestimmte Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers regeln, öffentliche Bereiche oder Ressourcen wie z. B. Land oder öffentliche Liegenschaften öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu nutzen, insbesondere in See-, Binnen- oder Flughäfen, wobei der Staat oder der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festlegt, ohne bestimmte Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen, nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten. Dies betrifft in der Regel Pachtverträge über öffentliche Liegenschaften oder Land, die meist Klauseln enthalten, die die Besitzübernahme durch den Pächter, die vorgesehene Nutzung und die Pflichten von Pächter und Eigentümer hinsichtlich der Instandhaltung der Liegenschaft, die Dauer der Verpachtung und die Rückgabe des Besitzes an den Eigentümer, den Pachtzins sowie die vom Pächter zu zahlenden Nebenkosten regeln.*“

Darüber hinaus stellt EG 16 der RL 2014/23/EU ferner klar, dass Verträge über die Einräumung von Wegerechten ebenfalls nicht vom Geltungsbereich erfasst sind: „*Außerdem sollten Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, ebenfalls nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten, sofern derartige Vereinbarungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.*“

Art. 4 der RL 2014/23/EU betont schließlich die bestehende Autonomie der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die Ausnahme von nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie: „*Diese Richtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, im Einklang mit dem Unionsrecht festzulegen, was sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erachten, wie diese Dienstleistungen unter Beachtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollten. Ebenso wenig berührt diese Richtlinie die Art und Weise, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten. Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse fallen nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie.*“

Durch das Wort „insbesondere“ in der Einleitung zu § 1 wird zum Ausdruck gebracht, dass die Umschreibung des Regelungsgegenstandes in den nachfolgenden Z 1 bis 3 nicht abschließend ist. Auch ergibt sich aus der Aufzählung nicht, dass alle darin genannten Verfahren in gleicher Weise bzw. gleichermaßen dem BVergGKonz unterliegen. Durch die Unterteilung in drei Ziffern sollen die drei wesentlichen Teile (materieller Teil, Rechtsschutzteil, Außerstaatliche Kontrolle und zivilrechtliche Bestimmungen) klar erkennbar sein.

Zu den §§ 2 und 3 (Begriffsbestimmungen, Verfahren, die unterschiedlichen Regelungen unterliegen):

Hierzu wird auf die analogen Regelungen des BVergG 2017 verwiesen.

Zu § 4 (Die zur Anwendung dieses Bundesgesetzes verpflichteten Auftraggeber):

§ 4 enthält die Regelung des persönlichen Geltungsbereiches. Er setzt Art. 1 Abs. 2 sowie die Art. 6 und 7 der RL 2014/23/EU um. Vom Anwendungsbereich des BVergGKonz 2017 erfasst sind sowohl öffentliche Auftraggeber als auch Sektorenauftraggeber; als Überbegriff für beide Kategorien wird der Begriff „Auftraggeber“ verwendet.

Abs. 2 definiert die „öffentlichen Auftraggeber“, Abs. 3 die „Sektorenauftraggeber“, Abs. 4 die „besonderen und ausschließlichen Rechte“ (im Kontext der Sektorenauftraggeber) und Abs. 5 die „öffentlichen Unternehmen“ (ebenfalls im Kontext der Sektorenauftraggeber). Auf die analogen

Erläuterungen zu den §§ 4 Abs. 1 und 167 bis 169 BVergG 2017 wird verwiesen. Zu den in Anhang I angeführten Sektorentätigkeiten vgl. die Ausführungen zu den §§ 170 und 172 bis 175 BVergG 2017.

Hinzuweisen ist darauf, dass gemäß der Definition des Abs. 4 iVm Anhang II im Bereich des ÖPNV jene Unternehmer, an die eine Dienstleistungskonzession (die auch ein „öffentlicher Dienstleistungsauftrag" im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ist; vgl. Art. 2 lit. i der VO und die Ausführungen in RV 327 BlgNR XXIV. GP 9/10) für die Bereitstellung von Personenverkehrsdiensten mit Bussen, Straßenbahnen, Eisenbahnen oder Untergrundbahnen auf der Grundlage eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens gemäß Art. 5 Abs. 3 der genannten Verordnung vergeben wurden und deren Laufzeit nicht den in Art. 4 Abs. 3 oder 4 der Verordnung genannten Zeitraum übersteigt, diese Tätigkeit(en) nicht auf der Grundlage von „besonderen oder ausschließlichen Rechten" ausüben und daher nicht als Sektorenauftraggeber dem BVergGKonz 2017 unterliegen. Wurde hingegen die Dienstleistungskonzession im Wege der Direktvergabe (vgl. Art. 2 lit. h der genannten Verordnung) vergeben, so unterliegen derartige Konzessionäre als Sektorenauftraggeber dem BVergGKonz 2017.

Die Aufzählung der Rechtsvorschriften in Anhang II ist demonstrativ; Rechte jeglicher Art, die mittels anderer auf objektiven Kriterien beruhenden und angemessen bekanntgegebenen Verfahren gewährt wurden, gelten für die Zwecke der Bestimmung der Sektorenauftraggeber im Sinne der RL 2014/23/EU bzw. des BVergGKonz 20017 nicht als „besondere oder ausschließliche Rechte" gemäß Abs. 4 (vgl. dazu auch EG 22 der RL 2014/23/EU).Zum 2. Abschnitt des 2. Hauptstückes (Arten von Konzessionsverträgen):

Der vorliegende Abschnitt enthält die Bestimmungen betreffend die dem BVergGKonz 2017 unterliegenden Arten von Konzessionen und die Abgrenzungsregeln bei gemischten Aufträgen. Klarzustellen ist, dass das BVergGKonz 2017 nur vertragliche Konzessionserteilungen erfasst (vgl. dazu bereits die Erläuterungen zu § 1). Ebenso sind bloße Lieferungen nicht vom Dienstleistungsbegriff erfasst (vgl. dazu auch die Abgrenzung von Lieferungen und Dienstleistungen nach den §§ 6 und 7 des BVergG 2017).

Allgemein zu den §§ 5 und 6 (Baukonzessionen und Dienstleistungskonzessionen):

Für die Abgrenzung des Konzessionsvertrages von einem (öffentlichen) Auftrag ist zum einen die Art der Gegenleistung relevant. So besteht die Gegenleistung bei einer Konzession entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerkes bzw. der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises durch den Auftraggeber. Zum anderen muss bei einem Konzessionsvertrag das Betriebsrisiko auf den Konzessionär übertragen werden. Dazu halten die EG 18 bis 20 der RL 2014/23/EU folgendes fest: *„[…] Das Hauptmerkmal einer Konzession, nämlich das Recht, die betreffenden Bauwerke oder Dienstleistungen zu nutzen beziehungsweise zu verwerten, schließt stets die Übertragung eines Betriebsrisikos wirtschaftlicher Art auf den Konzessionsnehmer ein, einschließlich der Möglichkeit, dass die Investitionsaufwendungen und die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen unter normalen Betriebsbedingungen nicht wieder erwirtschaftet werden können, auch wenn ein Teil des Risikos bei den öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern verbleibt. Die Anwendung besonderer Bestimmungen auf Konzessionen wäre nicht gerechtfertigt, wenn der öffentliche Auftraggeber beziehungsweise der Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmer von jedem möglichen Verlust freistellen würde, indem ihm Einnahmen mindestens in Höhe der bei der Durchführung des Vertrags entstehenden Investitionsaufwendungen und Kosten garantiert werden. Gleichzeitig sollte klargestellt werden, dass bestimmte Vereinbarungen, die ausschließlich von einem öffentlichen Auftraggeber oder einem Auftraggeber vergütet werden, als Konzessionen gelten sollten, wenn die Erwirtschaftung der Investitionsaufwendungen und Kosten des Betreibers für die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen von der tatsächlichen Nachfrage nach der Dienstleistung oder dem Vermögenswert oder von deren Erbringung beziehungsweise dessen Lieferung abhängt. (19) Sieht eine branchenspezifische Regelung den Wegfall des Risikos für den Konzessionsnehmer durch einen garantierten Ausgleich seiner Investitionen und der aufgrund der Vertragsdurchführung anfallenden Kosten vor, sollte ein solcher Vertrag nicht als Konzession im Sinne dieser Richtlinie gelten. Auch wenn ein Risiko von vornherein beschränkt ist, sollte eine Einstufung als Konzession nicht ausgeschlossen sein. Dies kann beispielsweise in Branchen mit vorgeschriebenen Tarifen der Fall sein oder wenn das Betriebsrisiko durch vertragliche Vereinbarungen begrenzt wird, die einen teilweisen Ausgleich sowie einen Ausgleich im Falle der vorzeitigen Kündigung der Konzession aus vom öffentlichen Auftraggeber oder dem Auftraggeber zu vertretenden Gründen oder im Falle höherer Gewalt vorsehen. (20) Ein Betriebsrisiko sollte sich aus Faktoren ergeben, die sich dem Einfluss der Vertragsparteien entziehen. Risiken, wie solche, die im Zusammenhang mit Missmanagement, vertraglichen Ausfällen des Wirtschaftsteilnehmers oder Fällen höherer Gewalt stehen, sind für die Einstufung als Konzession nicht ausschlaggebend, da derartige Risiken jedem Vertrag, sei es ein öffentlicher Auftrag oder eine Konzession, innewohnen. Ein Betriebsrisiko sollte als das Risiko, den*

Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein, verstanden werden, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko oder um beides zugleich handeln kann. Nachfragerisiko ist das Risiko der tatsächlichen Nachfrage nach den Bau- oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrags sind. Angebotsrisiko ist das mit der Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrags sind, verbundene Risiko, insbesondere das Risiko, dass die bereitgestellten Dienstleistungen nicht der Nachfrage entsprechen. Zur Einschätzung des Betriebsrisikos sollte der Nettogegenwartswert aller Investitionen, Kosten und Einkünfte des Konzessionsnehmers in kohärenter und einheitlicher Weise herangezogen werden." Zur Notwendigkeit der Übertragung des Betriebsrisikos auf den Konzessionär vgl. etwa auch EuGH, Rs C-348/10, *Norma-A*, Rz 44ff, mit weiteren Nachweisen.

EG 17 der RL 2014/23/EU betont, dass Verträge bei denen Zahlungen vorgesehen sind die sämtliche beim Auftragnehmer entstandene Kosten und Investitionsaufwendungen abdecken, nicht als Konzessionen im Sinne der RL 2014/23/EU (und somit auch nicht gemäß BVergGKonz 2017) anzusehen sind.

Der Gerichtshof hat im Zusammenhang mit dem notwendigen Risikoübergang auf den Konzessionär betont, dass bei der Beurteilung darauf abzustellen ist, dass das auf dem Auftraggeber lastende Risiko in vollem Umfang oder zumindest zu einem wesentlichen Teil auf den Konzessionär übergehen muss (vgl. dazu schon Rs C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, Rz 29). Unerheblich ist dabei, ob das auf dem Auftraggeber lastende Risiko bereits erheblich eingeschränkt ist oder nicht. Dem Betriebsrisiko rechnet der EuGH folgendes zu: Konkurrenzrisiko durch andere Unternehmer, Angebots- und Nachfragerisiko, Risiko der Zahlungsunfähigkeit (des Zahlungsausfalles) derjenigen, die die Bezahlung der erbrachten Leistung schulden, Verlustrisiko und Haftungsrisiko. Hingegen sind Risiken die jedem Vertrag immanent sind wie Risiken mangelhafter Betriebsführung, Risiken, die aus Beurteilungsfehlern des Unternehmers entstehen (Fehleinschätzungen, Fehlkalkulationen) unerheblich für die Qualifikation als Konzession (vgl. dazu Rs C-348/10, *Norma-A*, Rz 45 bis 50).

Zum 3. Abschnitt des 2. Hauptstückes (Ausnahmen vom Geltungsbereich):

Die Regeln dieses Abschnittes enthalten Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes. Festzuhalten ist, dass im Lichte der ständigen Judikatur des EuGH (vgl. etwa Rs C-318/94, *Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland*, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rs C-275/08, *Kommission gegen Deutschland*, Rs C-615/10, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, Rs C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, Rs C-553/15, *Undis Servizi*) alle Ausnahmevorschriften jedenfalls eng und im Einklang mit dem Unionsrecht auszulegen sind; die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf die Bestimmung berufen will. Ausnahmetatbestände, welche die Anwendung des Unionsrechts ausschließen, sind insbesondere vor dem Hintergrund der dadurch bewirkten Einschränkung der Grundfreiheiten eng auszulegen. Der Ausschluss unionsrechtlicher Verpflichtungen muss daher durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt und geeignet sein, das gewünschte Ergebnis herbeizuführen, sowie die gelindeste Maßnahme im Hinblick auf die Zielerreichung darstellen. Die in § 9 und 10 enthaltenen Ausnahmetatbestände sind taxativ (sie können daher auch – ausgenommen durch die Judikatur des EuGH – nicht ergänzt werden; vgl. dazu etwa Rs C-107/98, *Teckal*, C-412/04, *Kommission gegen Italien*) und nicht analogiefähig (vgl. etwa Rs C-340/04, *Carbotermo*).

§ 8 enthält den Katalog der gemäß Art. 10 ff der RL 2014/23/EU ausgenommenen Konzessionsvergaben.

Zu § 8 Abs. 1 Z 1, 5, 6 und 7 vgl. die Ausführungen zu § 9 Abs. 1 Z 1 und 7 bis 9 BVergGVS 2012 in RV 1513 BlgNR XXIV. GP 30ff. Zu § 8 Abs. 1 Z 2 bis 4, 8 bis 13, 15 bis 19, 21, 22, 26, 27 und 31 vgl. die Ausführungen zu den analogen Ausnahmebestimmungen in § 9 BVergG 2017. Zu § 8 Abs. 1 Z 24 und 28 bis 30 vgl. die Ausführungen zu den analogen Ausnahmebestimmungen in § 178 BVergG 2017. Zu § 8 Abs. 1 Z 25 vgl. die Ausführungen zu § 171 BVergG 2017.

Zu § 8 Abs. 1 Z 13 und 14 ist anzumerken, dass der Begriff des „ausschließlichen Rechtes" nicht ident mit dem gleichlautenden Begriff in § 4 Abs. 4 zu verstehen ist, denn nach Art. 7 Abs. 2 der RL 2014/23/EU ist diese Definition der „besonderen und ausschließlichen Rechte" ausschließlich für den Kontext der Definition der „Sektorenauftraggeber" relevant. Zum Verständnis des Begriffes ist daher auf das Unionsrecht (vgl. insbesondere Art. 106 AEUV) und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH zu verweisen.

Zu § 8 Abs. 1 Z 14 ist ferner auf die allfälligen Verpflichtungen zur Bekanntgabe gemäß § 8 Abs. 2 zu verweisen. Ferner ist anzumerken, dass im Bereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (PSO-VO) das BVergGKonz 2017 nicht zur Anwendung kommt, falls eine Dienstleistungskonzession (für die Bereitstellung von Personenverkehrsdiensten mit Bussen, Straßenbahnen, Eisenbahnen oder Untergrundbahnen) aufgrund eines ausschließlichen Rechtes an einen bestimmten Unternehmer zu vergeben ist und das ausschließliche Recht gemäß den Regelungen der PSO-VO vergeben wurde.

Erforderlich ist daher für die Anwendung der Z 14 ein letztlich auf einem formellen Gesetz basierendes, unionsrechtskonformes Exklusivrecht auf dessen Basis ein bestimmter Unternehmer mit einer Dienstleistungskonzession zu betrauen ist. Im ÖPNV-Bereich wird überdies die Ausnahme der Z 14 durch die Ausnahme der Z 20 ergänzt.

Zu § 8 Abs. 1 Z 20: Z 20 enthält zwei Tatbestände. Einerseits sind Dienstleistungskonzessionen für Lufttransportdienstleistungen (vgl. dazu die präzisere englische Sprachfassung des Art. 10 Abs. 3 der RL 2014/23/EU: „*concessions for air transport services*“), die auf der Grundlage einer Betriebsgenehmigung gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 erbracht werden, vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Hintergrund dieser Ausnahme ist, dass es für die Erteilung einer derartigen Betriebsgenehmigung ein spezifisches unionsrechtliches Regime besteht und ohne eine derartige Betriebsgenehmigung kein in der Union niedergelassenes Unternehmen Lufttransportdienstleistungen erbringen darf. Unter den Begriff der „Lufttransportdienstleistungen“ fallen die Beförderung von Fluggästen, Post und/oder Fracht im gewerblichen Luftverkehr (vgl. Art. 3 Abs. 1 der VO). Nicht darunter fallen gemäß Art. 3 Abs. 3 der zitierten VO Flugdienste, die mit Luftfahrzeugen ohne Motorantrieb und/oder mit ultraleichten Luftfahrzeugen mit Motorantrieb durchgeführt werden, sowie Rundflüge. Der zweite Ausnahmetatbestand betrifft Dienstleistungskonzessionen betreffend Beförderungsdienstleistungen im öffentlichen Personenverkehr („*concessions for public passenger transport services*“) gemäß der PSO-VO. Da Art. 10 Abs. 3 der RL 2014/23/EU (und demgemäß auch Z 20) nicht weiter differenziert, werden alle Dienstleistungskonzessionsvergaben zur Bereitstellung von Personenverkehrsdiensten mit Bussen, Straßenbahnen, Eisenbahnen oder Untergrundbahnen vom Ausnahmetatbestand erfasst. Anders als im Anwendungsbereich des BVergG 2017 (vgl. dazu die §§ 9 Abs. 1 Z 18 und 178 Abs. 1Z 18 leg. cit.) erstreckt sich daher die Ausnahme auch auf den Busbereich und den Bereich der Straßenbahnen.

Zu § 8 Abs. 1 Z 23: Der in Z 23 verwendete Begriff des „ausschließlichen Rechtes“ ist nicht im Sinne des gleichlautenden Begriffes gemäß § 4 Abs. 4 auszulegen (so auch explizit Art. 10 Abs. 9 der RL 2014/23/EU). Die Gewährung eines ausschließlichen Rechtes iSd Z 23 ist im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen (vgl. wiederum Art. 10 Abs. 9 der RL 2014/23/EU). Die Ausnahme gilt ausschließlich für Lotteriekonzessionen, nicht hingegen für Konzessionen über Dienstleistungen des Spiel- und Wettbetriebes (CPV-Code 92350000-9), über Dienstleistungen von Spiel- und Wetteinrichtungen (92351000-6), über Dienstleistungen von Spielkasinos (92351200-8), über Dienstleistungen von Wetteinrichtungen (92352000-3), über den Betrieb von Totalisatoren (92352100-4), über Buchmacherdienste (92352200-5) usw.

§ 9 enthält die Ausnahme betreffend In-house-Vergaben und öffentlich-öffentliche Kooperationen (vgl. Art. 17 der RL). § 10 regelt die Ausnahme vom Geltungsbereich bei Konzessionsvergaben an verbundene bzw. gemeinsame Unternehmen. Auf die Ausführungen zu den analogen Bestimmungen des BVergG 2017 (vgl. § 10 und § 181) wird verwiesen.

Zum 4. Abschnitt des 2. Hauptstückes (Schwellenwert, Berechnung des geschätzten Wertes und Laufzeit einer Konzession):

In § 11 wird der für die weiteren Bestimmungen des BVergGKonz 2017 jeweils gültige Oberschwellen- bzw. Unterschwellenbereich definiert. Die Relevanz dieser Unterscheidung liegt in einem differenzierten Regime (vgl. zB hinsichtlich der Bekanntmachungsbestimmungen). § 11 Abs. 3 enthält eine Verordnungsermächtigung für den Bundeskanzler zur Festsetzung eines anderen Schwellenwertes für den Oberschwellenbereich, sofern der in Abs. 1 festgesetzte Schwellenwert an den von der Kommission gemäß dem Verfahren des Art. 8 der RL 2014/23/EU geänderten Schwellenwert angeglichen werden soll.

Die Berechnung des geschätzten Wertes erfolgt gemäß § 12. Zu Abs. 1 ist anzumerken, dass der Begriff der „Gegenleistung“ weit zu verstehen ist und daher auch den Gegenwert allfälliger mit der Konzessionsdurchführung verbundener Lieferungen erfasst. Entscheidend für die Beurteilung des Wertes einer Konzession und für deren fachkundige Planung durch den Auftraggeber und den Konzessionär ist auch die Laufzeit der Konzession, für die § 13 grundsätzliche Regeln aufstellt. Danach dürfen Konzessionsverträge nicht von unbefristeter Dauer sein. Hinsichtlich der in § 13 Abs. 2 angesprochenen notwendigen Investitionen ist überdies zu beachten, dass die für die Berechnung zugrunde gelegten Investitionsaufwendungen sowohl die zu Anfang getätigten Investitionen (sog. „Erstinvestitionen“ vgl. Art. 2 Z 49 der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. Nr. L 187 vom 26.6.2014 S. 1), wie auch die während der Laufzeit der Konzession getätigten Investitionen umfassen. Zum Begriff „Investition“ vgl. etwa auch Art. 2 des Abkommens über die Förderung und den Schutz von Investitionen (Algerien), BGBl. III

Nr. 5/2006. Entscheidend ist – wie auch der Gesetzestext klarstellt – dass es sich um notwendige Investitionen handeln muss.

Zum 5. Abschnitt des 2. Hauptstückes (Grundsätze des Konzessionsvergabeverfahrens und allgemeine Bestimmungen)

§ 14 regelt die Grundsätze des Konzessionsvergabeverfahrens; hervorzuheben sind die Grundsätze des Abs. 1 sowie das allgemeine Umgehungsverbot des Abs. 9. Der Abschnitt enthält darüber hinaus – teilweise in Umsetzung der RL 2014/23/EU – Bestimmungen über vorbehaltene Konzessionen zugunsten sozialer und beruflicher Integration, Markterkundung vor Einleitung eines Konzessionsvergabeverfahrens, die Vorarbeitenproblematik oder die Vermeidung von Interessenkonflikten.

Zum 1. Abschnitt des 3. Hauptstückes (Festlegung des Ablaufes des Konzessionsvergabeverfahrens)

Die RL 2014/23/EU kennt im Unterschied zu den RL 2014/24/EU und 2014/25/EU keine detailliert geregelten Verfahrensarten; vielmehr werden in den Art. 30 und 31 bestimmte Grundregeln festgelegt, die die Wahl eines Verfahrens mit oder ohne Bekanntmachung und die wesentlichen Grundsätze eines Konzessionsvergabeverfahrens festlegen. In Entsprechung dieser Bestimmungen werden im vorliegenden Abschnitt die wesentlichen Regeln vorgegeben, die bei der Gestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens (neben den sonstigen Bestimmungen des vorliegenden Bundesgesetzes) zu beachten sind; darüber hinaus ist der Auftraggeber, wie auch § 22 Abs. 1 festhält, bei der Gestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens frei. Der Verweis auf die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes erfasst insbesondere auch die in § 14 Abs. 1 und 9 genannten Grundsätze des Konzessionsvergabeverfahrens. Dem Auftraggeber ist es bei der Gestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens, somit überlassen, die einzelnen Verfahrensschritte festzulegen. Es kann sich um ein ein- oder mehrstufiges Verfahren handeln. Bei einer freien Gestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens wird der Rechtsschutz dadurch gewährleistet, dass der Auftraggeber gemäß § 22 Abs. 9 den Ablauf des Verfahrens in der Ausschreibung festzulegen hat. Aus dieser Beschreibung hat hervorzugehen, welche gesondert anfechtbaren Entscheidungen (§ 2 Z 11 lit. a) es im Verfahren geben wird (vgl. auch § 55 Z 5). Festzuhalten ist, dass bei Konzessionsvergabeverfahren durchgehend das Bestangebotsprinzip („Bestbieterprinzip“) Anwendung findet, somit das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot vom Auftraggeber auszuwählen ist.

§ 23 enthält die wesentlichen Regeln für den Fall, dass der Auftraggeber Verhandlungen im Konzessionsvergabeverfahren vorsieht; § 24 enthält schließlich die wesentlichen Regeln hinsichtlich der Teilnehmer an zweistufigen Konzessionsvergabeverfahren.

Zum 2. Abschnitt des 3. Hauptstückes (Besondere Dienstleistungskonzessionen)

Besondere Dienstleistungskonzessionen (vgl. dazu Anhang IV) sollen im Verhältnis zu den sonstigen Konzessionen nur bestimmten Regeln (darunter insbesondere die Bekanntmachungs- und Bekanntgabebestimmungen, vgl. Art. 19 der RL 2014/23/EU) unterliegen; dementsprechend enthält § 25 Abs. 1 eine abschließende Aufzählung der anwendbaren Bestimmungen des BVergGKonz 2017. Die nachfolgenden Absätze enthalten die sonstigen wesentlichen Bestimmungen zum Verfahrensablauf; klargestellt wird, dass auch bei Vergabe einer besonderen Dienstleistungskonzession Verhandlungen zulässig sind.

Zum 3. Abschnitt des 3. Hauptstückes (Wege der Informationsübermittlung, Dokumentation)

Art. 29 der RL 2014/23/EU enthält die wesentlichen Vorschriften über die Kommunikation im Konzessionsvergabeverfahren. Dabei wird besonderes Augenmerk auf die allgemeine Verfügbarkeit der Kommunikationsmittel gelegt, um den Zugang zum Konzessionsvergabeverfahren nicht zu erschweren; daneben ist auch die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Teilnahmeanträge und der Angebote ein wichtiger Teilaspekt der vorliegenden Regelung. Die elektronische Kommunikation ist bei Konzessionsvergabeverfahren nicht verpflichtend; wird jedoch die elektronische Kommunikation gewählt, dann sind die entsprechenden Vorgaben des § 26 zu beachten (etwa § 26 Abs. 6 zur Verwendung der qualifizierten elektronischen Signatur bzw. des qualifizierten elektronischen Siegels).

Im Kontext mit der elektronischen Durchführung von Konzessionsvergabeverfahren, aber auch bei „Papierverfahren“, soll die Dokumentation der wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge ausreichend dokumentiert werden, was zur Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen und schlussendlich zu deren Transparenz beitragen soll; auch im Hinblick auf etwaige spätere Nachprüfungs- bzw. Feststellungsverfahren ist eine Dokumentation essentiell.

Zum 4. Abschnitt des 3. Hauptstückes (Bekanntmachungen):

Der 4. Abschnitt des 3. Hauptstückes enthält Regelungen zur Umsetzung der unionsrechtlichen Bekanntmachungs- und Bekanntgabevorschriften (mit Ausnahme der Bekanntgabe der Änderung von

Verträgen gemäß § 108 Abs. 4) wie auch die entsprechenden Bestimmungen für Bekanntmachungen bzw. Bekanntgaben in Österreich. In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass der Ausdruck „Bekanntmachung“ lediglich die Bekanntgabe von Informationen an das jeweilige Publikationsorgan erfasst und vom Begriff der „Veröffentlichung“ zu unterscheiden ist. Dieser Abschnitt wurde in folgender Weise systematisch gestaltet:

1. Der 1. Unterabschnitt enthält allgemeine Regelungen, die sowohl für den Oberschwellenbereich als auch für den Unterschwellenbereich gelten;
2. Der 2. Unterabschnitt enthält die Bekanntmachungs- und Bekanntgabebestimmungen für den Oberschwellenbereich sowohl auf Unionsebene als auch in Österreich;
3. Der 3. Unterabschnitt regelt die Bekanntmachung und Bekanntgabe in Österreich im Unterschwellenbereich.

Die Angaben in der Bekanntmachung sollen es potentiellen Interessenten ermöglichen, zu prüfen, ob ein bestimmtes Konzessionsvergabeverfahren für sie von Interesse sein kann. Das Unterbleiben jeglicher Bekanntmachung bewirkt, dass potenziell interessierten Unternehmern von vornherein die Teilnahme am Konzessionsvergabeverfahren verwehrt wird, wodurch der Wettbewerb unwiederbringlich und fundamental beeinträchtigt wird. Die durch das Unterbleiben jeglicher Form von Publizität bewirkte Beseitigung der Transparenz verursacht eine inhärente Ungleichbehandlung zwischen den potentiell interessierten Unternehmern. Erfolgt die Konzessionsvergabe unter Außerachtlassung jeglicher Bekanntmachungsvorschriften, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung besteht bzw. ein entsprechender Ausnahmetatbestand erfüllt ist, stellt dies eine wesentliche Verletzung der Vergabevorschriften dar (vgl. etwa EuGH Rs C-359/93, C-231/03).

In § 28 wird festgelegt, was bekannt zu machen ist, während die §§ 29 und 30 allgemeine Regelungen wie die Berichtigung einer Bekanntmachung und die technische Beschaffenheit wie auch die Verwertung der Kerndaten betreffen (dazu sogleich).

Im Oberschwellenbereich ist die Bekanntmachung auf Unionsebene über das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union (Amt für Veröffentlichungen) verpflichtend; dabei sind jene Standardformulare zu verwenden, die mit der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1986 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen für öffentliche Aufträge und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011, ABl. Nr. L 296 vom 12.11.2015 S. 1, eingeführt wurden. Die Standardformulare können auf http://simap.ted.europa.eu/web/simap/standard-forms-for-public-procurement abgerufen werden.

Zur Bekanntmachung auf Unionsebene kommt die ebenso verpflichtende Bekanntmachung in Österreich. Diese ist in jenem Publikationsmedium vorzunehmen, das für den Vollziehungsbereich des jeweiligen Auftraggebers mit Verordnung festgelegt wurde. Ab Oktober 2018 soll auf die Bekanntmachung über Open Government Data (OGD) umgestellt werden. Dabei werden vom Auftraggeber Metadaten zur Verfügung gestellt, die zu sogenannten Kerndaten (vgl. dazu den 1. Abschnitt des Anhanges VII) der einzelnen Verfahren verknüpfen; aufgrund des offenen und maschinenlesbaren Formats unter freier Lizenz können diese Kerndaten von Unternehmen, aber auch von der Zivilgesellschaft aufgegriffen und weiterverwendet werden, was zur besseren Zugänglichkeit von Informationen über Konzessionsvergabeverfahren führen soll. Vor Oktober 2018 kann die Bekanntmachung nach diesem System freiwillig zusätzlich zur Bekanntmachung im Wege des Publikationsmediums erfolgen. Ab Oktober 2018 (vgl. dazu § 119 Abs. 2) wird dieses Modell auf Bekanntgaben in Österreich ausgedehnt (im Unterschwellenbereich nur im Vollziehungsbereich des Bundes mit einer De-minimis-Grenze).

Die Bekanntmachung im Unterschwellenbereich, welche vor dem Hintergrund des primärrechtlichen Transparenzgebotes zu sehen ist (vgl. dazu insbesondere EuGH Rs C-324/98, C-231/03), soll ebenso bis Oktober 2018 in dem jeweiligen Publikationsmedium und ab diesem Zeitpunkt über Metadaten und Kerndaten erfolgen.

Zur freiwilligen Bekanntmachung bei Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich ist auf das Urteil des EuGH in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*, zu verweisen.

Zum 5. Abschnitt des 3. Hauptstückes (Fristen):

Die Berechnung der materiell-rechtlichen Fristen (zB Teilnahmeantragsfrist oder Angebotsfrist) hat im Anwendungsbereich des Gesetzes gemäß der Verordnung (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 zu erfolgen.

Demzufolge gelten folgende Grundsätze: Als Arbeitstage gelten alle Tage außer Samstagen, Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen.

Fristen, die in Tagen ausgedrückt sind, beginnen um 00.00 Uhr des Tages, an dem die Frist zu laufen beginnt. Ist für den Beginn einer nach Tagen bemessenen Frist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem ein

Ereignis eintritt oder eine Handlung vorgenommen wird, so wird bei der Berechnung dieser Frist der Tag nicht mitgerechnet, in den dieses Ereignis oder diese Handlung fällt. Eine nach Tagen bemessene Frist endet mit Ablauf der letzten Stunde des letzten Tages der Frist. Bei einer Frist von 30 Tagen und einem fristauslösenden Ereignis am 1. März 2016 würde die Frist daher am 31. März 2016 um 24:00 Uhr ablaufen.

Fristen, die in Wochen, Monaten oder Jahren ausgedrückt sind, beginnen um 00.00 Uhr des Tages, an dem die Frist zu laufen beginnt. Eine nach Wochen, Monaten oder Jahren bemessene Frist endet an dem Tag der letzten Woche, des letzten Monats oder des letzten Jahres der Frist, der dem Tag, an dem die Frist zu laufen beginnt, nach seiner Bezeichnung oder nach seiner Zahl entspricht. Wenn ein entsprechender Tag bei einer nach Monaten bemessenen Frist fehlt, endet die Frist am letzten Tag des letzten Monats. Fristen, die in Wochen, Monaten oder Jahren ausgedrückt sind, enden um 24.00 Uhr des Tages, an dem die Frist abläuft.

Fristen, die in Stunden ausgedrückt sind, beginnen am Anfang der ersten Stunde, zu der die Frist zu laufen beginnt. Ist für den Beginn einer nach Stunden bemessenen Frist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem ein Ereignis eintritt oder eine Handlung vorgenommen wird, so wird bei der Berechnung dieser Frist die Stunde nicht mitgerechnet, in die dieses Ereignis oder diese Handlung fällt. Eine nach Stunden bemessene Frist endet mit Ablauf der letzten Stunde der Frist.

Fällt der letzte Tag einer Frist auf den Karfreitag, einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag, so endet die Frist um 24.00 Uhr des folgenden Arbeitstages.

§ 39 enthält die Grundsätze für die Fristberechnung und beinhaltet den in diesem Zusammenhang besonders relevanten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Die §§ 40 bis 43 beinhalten die aus der RL 2014/23/EU übernommenen Fristenregelungen, wobei das System als Grundsatz die (nach der RL 2014/23/EU) verkürzte Angebotsfrist vorsieht, die bei nicht elektronisch durchgeführten Konzessionsvergabeverfahren um fünf Tage zu verlängern ist (die RL 2014/23/EU sieht hingegen als Grundsatz die längere Frist vor, die bei elektronischen Angeboten um fünf Tage verkürzt werden kann). Zu betonen ist, dass die im Gesetz festgelegten Fristen Mindestfristen sind, die allenfalls aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl. dazu § 39) verlängert werden müssen.

Zum 6. Abschnitt des 3. Hauptstückes (Eignung der Unternehmer):

Zum Begriff der „Eignung“ ist anzumerken, dass Eignung in der Überschrift als Oberbegriff über das Nicht-Vorliegen eines Ausschlussgrundes sowie das Vorliegen der geforderten Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit zu verstehen ist.

Allgemein ist anzumerken, dass bei der Anwendung dieses Hauptstückes insbesondere auch die einschlägige Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (vgl. etwa Rs 27 bis 29/86, 31/87, C-103/88, C-272/91, C-76/81, C-71/92, C-389/92, C-5/97, C-176/98 und C-94/99) zu beachten ist.

Das System, wonach die Leistung nur von einem Unternehmer erbracht werden soll, der befugt, zuverlässig und leistungsfähig (somit geeignet) ist, wird in den vorliegenden Regelungen festgelegt. Der Auftraggeber hat die Nachweise festzulegen, die für den Nachweis der Eignung von ihm als erforderlich erachtet werden; alternativ kann der Unternehmer gemäß § 46 Abs. 2 auch eine Eigenerklärung über seine Eignung erbringen.

Im Kontext der Ausschlussgründe gemäß § 44 wird darauf hingewiesen, dass die Ausschlussgründe gemäß Abs. 1 Z 1 von öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern zu beachten sind. Die übrigen Ausschlussgründe können von Sektorenauftraggebern, die keine öffentlichen Sektorenauftraggeber sind (somit solche gemäß § 4 Abs. 3 Z 2 und 3), als Ausschlussgründe in der Ausschreibung festgelegt werden; wenn dieser Sektorenauftraggeber einen solchen Ausschlussgrund wählt, hat er die damit in Zusammenhang stehenden Regeln zu beachten.

Zu § 44 Abs. 1 Z 6 lit. b wird angemerkt, dass unter einer anderen geeigneten Art des Nachweises etwa die Einholung eines Nachweises durch den Auftraggeber selbst (somit nicht Abverlangen vom Unternehmer) zu verstehen ist (zB Nachweis über nicht entrichtete kommunale Gebühren). Mit dieser Bestimmung soll Art. 38 Abs. 5 zweiter UAbs. der RL 2014/23/EU umgesetzt werden.

Bezüglich § 44 Abs. 1 Z 10 wird auf EG 70 der RL 2014/24/EU verwiesen, welcher erhebliche Mängel näher beschreibt: „[…] *Öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber sollten auch Bewerber oder Bieter ausschließen dürfen, deren Leistung bei früheren Konzessionen oder anderen mit dem öffentlichen Auftraggeber beziehungsweise dem Auftraggeber geschlossenen Verträgen erhebliche Mängel in Bezug auf wesentliche Anforderungen aufwies, beispielsweise Lieferungs- oder Leistungsausfall, erhebliche Mängel der gelieferten Produkte oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck*

unbrauchbar machen, oder Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers begründet. […]“

Bezüglich § 44 Abs. 3 ist zu beachten, dass der Auftraggeber eine „Bestehungsprognose“ hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Unternehmers zu machen kann; dabei ist insbesondere zu beachten, dass ein Konzessionsvertrag überwiegend auf längere Dauer abgeschlossen wird. Die Möglichkeit der Abstandnahme vom Ausschluss ist somit sorgsam zu überlegen. Auch ist dabei das Gleichbehandlungsgebot zu berücksichtigen: Wenn der Auftraggeber einen Unternehmer unter Inanspruchnahme von § 44 Abs. 3 im Verfahren belässt, muss er – bei Erfüllung der gleichen Voraussetzungen durch andere Unternehmer – die anderen Unternehmer in der gleichen Situation auch im Konzessionsvergabeverfahren belassen.

Zum 7. Abschnitt des 3. Hauptstückes (Die Ausschreibung):

§ 52 enthält die allgemeinen Grundsätze der Ausschreibung (zum Begriff der Ausschreibung vgl. § 2 Z 4). § 53 enthält den Grundsatz, dass Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich nur elektronisch zur Verfügung gestellt werden dürfen. Der Begriff des zur Verfügung stellen bedeutet (im gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes), dass diese Dokumente kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig auf elektronischem Weg zugänglich zu machen sind. Nur ausnahmsweise kann von diesem Grundsatz Abstand genommen werden (vgl. dazu § 53 Abs. 3 und § 54 Abs. 2).

§ 55 regelt den Inhalt der Konzessionsunterlagen, wobei anzumerken ist, dass es dem Auftraggeber freisteht, Alternativangebote zuzulassen.

§ 57 enthält die Regelungen über Subunternehmerleistungen, insbesondere die Verpflichtung des Bieters, Subunternehmer bereits im Angebot bekannt zu geben. Die Abgrenzung zwischen Subunternehmer und Hilfsunternehmer entspricht jener im BVergG 2017; entscheidend ist im Kontext der Konzession, ob es sich um einen Unternehmer handelt, der in die Leistungserbringung der in der Konzession definierten Leistung eingebunden ist; keine Subunternehmer sind hingegen jene Unternehmer, die der Konzessionär im Eigeninteresse „von sich aus“ außerhalb der definierten Leistung in die Durchführung der Konzession einbindet. So ist etwa bei freiwilligem Anbieten eines Beachvolleyball-Platzes oder eines Spielplatzes im aufgrund einer Konzession betriebenen Freibad durch den Konzessionär außerhalb der durch die Konzession definierten Leistung die Errichtung und Betreuung der Anlage durch andere Unternehmer nicht vom Subunternehmerbegriff erfasst.

§ 57 Abs. 4 regelt die Möglichkeiten des Auftraggebers, die Subvergabe einzuschränken: dies ist möglich, sofern dies durch den Konzessionsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen ist (vgl. dazu EuGH Rs C-27/15, *Pippo Pizzo*, Rz 28 mwN der Rspr: „*Der Gerichtshof hat allerdings festgestellt, dass es Arbeiten geben mag, deren Besonderheiten eine bestimmte Kapazität erfordern, die sich durch die Zusammenfassung der kleineren Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer möglicherweise nicht erlangen lässt. So hat er eingeräumt, dass der Auftraggeber in einem solchen Fall berechtigt wäre, zu verlangen, dass ein einziger Wirtschaftsteilnehmer die Mindestanforderung hinsichtlich der betreffenden Kapazität erfüllt oder auf eine begrenzte Anzahl von Wirtschaftsteilnehmern zurückgreift, soweit dieses Erfordernis mit dem fraglichen Auftragsgegenstand zusammenhängt und ihm angemessen ist. Der Gerichtshof hat jedoch klargestellt, dass dieser Fall eine Ausnahme darstellt und das innerstaatliche Recht die fraglichen Erfordernisse nicht als allgemeine Regeln aufstellen kann.*“)

Zum 8. Abschnitt des 3. Hauptstückes (Das Angebot):

Die §§ 61 bis 63 regeln insbesondere die Anforderungen, denen Angebote (insbesondere bezüglich Form und Inhalt) zu entsprechen haben, sowie die Zuschlagsfrist.

Zum 9. Abschnitt des 3. Hauptstückes (Entgegennahme, Öffnung, Prüfung und Ausscheiden von Angeboten):

Die §§ 64 und 65 regeln die Entgegennahme und Öffnung der Angebote. Aus der Dokumentationspflicht gemäß § 27 folgt, dass der Auftraggeber über die Öffnung der Angebote ein Protokoll zu verfassen hat, das die essentiellen Ergebnisse dokumentiert. § 64 Abs. 3, welcher allgemein vorschreibt, dass Angebote so zu verwahren sind, dass sie für Unbefugte unzugänglich sind, gilt auch nach der Angebotsöffnung; darüber hinaus sind die allgemeinen Regeln über die Vertraulichkeit gemäß § 20 zu beachten.

Die §§ 66 bis 69 enthalten im Wesentlichen die Bestimmungen über die Prüfung der Angebote und das Ausscheiden von Angeboten. Unklarheiten über das Angebot im Sinne des § 68 Abs. 1 ergeben sich auch, wenn ein betriebswirtschaftlich nicht erklär- oder nachvollziehbares Angebot eingereicht wird (vgl. § 69 Abs. 1 Z Z). Die Angebotsprüfung ist gemäß § 27 so zu dokumentieren, dass alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände nachvollziehbar sind.

§ 69 enthält taxativ jene Tatbestände, bei deren Vorliegen der Auftraggeber Angebote auszuscheiden hat.

Zum 10. Abschnitt des 3. Hauptstückes (Beendigung des Konzessionsvergabeverfahrens):

Ein Konzessionsvergabeverfahren wird entweder durch Zuschlag oder durch Widerruf beendet (§ 70). Die §§ 71 bis 73 regeln den Zuschlag und das dabei einzuhaltende Verfahren. Der Auftraggeber hat die Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern mitzuteilen; von dieser Verpflichtung kann nur unter bestimmten Umständen Abstand genommen werden. Nach Mitteilung der Zuschlagsentscheidung (inklusive der Mitteilung der Gründe, warum Bieter nicht erfolgreich sind) ist die Stillhaltefrist bei sonstiger absoluter Nichtigkeit der Zuschlagserteilung zu beachten. Die Stillhaltefrist beträgt einheitlich 10 Tage bei Übermittlung bzw. Bereitstellung auf elektronischem Weg (dies bildet in der Praxis den Regelfall) bzw. 15 Tage bei einer Übermittlung auf dem Postweg oder einem anderen geeigneten Weg. § 74 regelt Zeitpunkt und Form des Vertragsabschlusses: Im Anwendungsbereich des Gesetzes ist der Zuschlag in schriftlicher Form zu erteilen (vgl. in diesem Zusammenhang auch § 2 Z 17).

Der Auftraggeber kann ein Konzessionsvergabeverfahren stets aus sachlichen Gründen widerrufen (§ 75 Abs. 1). Eine Stillhaltefrist wie bei Mitteilung der Zuschlagsentscheidung ist hier nicht vorgesehen, es ist nach § 75 Abs. 2 vorzugehen.

Zum 2. Teil (Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht):

Das Rechtsschutzsystem vor dem Bundesverwaltungsgericht entspricht dem Rechtsschutzsystem des BVergG 2017. Die Bestimmungen des BVergG 2017 zum Rechtsschutz wurden an die Begrifflichkeiten und Verweise des vorliegenden Bundesgesetzes angepasst und bilden den 2. Teil des vorliegenden Bundesgesetzes.

§ 76 erklärt das 1. Hauptstück des 4. Teils des BVergG 2017 auch für das Rechtsschutzverfahren nach diesem Bundesgesetz für anwendbar; das sind insbesondere die Regelungen betreffend die (Senats-)Zuständigkeit, die fachkundigen Laienrichter sowie Unvereinbarkeitsregelungen (vgl. die Erläuterungen zum 1. Hauptstück des 4. Teils des BVergG 2017).

Das 2. Hauptstück enthält besondere Bestimmungen über das Verfahren des Bundesverwaltungsgerichtes betreffend Konzessionsvergabeverfahren:

Zu § 77 (Anzuwendendes Verfahrensrecht):

Gemäß § 17 VwGVG sind nur auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG das AVG und andere verfahrensrechtliche Bestimmungen im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht anzuwenden. Insofern ist es erforderlich, eine analoge Regelung betreffend die subsidiäre Anwendung der genannten Bestimmungen des AVG auch für das Verfahren vor dem BVwG in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens vorzusehen. Dabei ist hinsichtlich des Fristenlaufes klarzustellen, das nach den Regelungen des AVG der Tag des fristauslösenden Ereignisses nicht zur Frist zählt. Dieses Verständnis setzen die Fristen des Rechtsschutzteiles voraus. Auch nach der Verordnung (EWG, EURATOM) Nr. 1182/71 gilt diese Regel (vgl. schon die Erläuterungen zum 5. Abschnitt des dritten Hauptstückes).

Zu § 78 (Zuständigkeit):

Terminologisch wird weiterhin zwischen dem Nachprüfungsverfahren (vor der Zuschlagserteilung) und dem Feststellungsverfahren (nach Beendigung des Konzessionsvergabeverfahrens) unterschieden. Die Aufzählung der Sonderzuständigkeiten des BVwG ist abschließend. Unberührt bleiben die aus dem VwGVG erfließenden Kompetenzen, etwa verfahrensrechtliche Entscheidungen zu treffen, zB über eine Wiederaufnahme des Verfahrens oder über einen Kostenersatz zu entscheiden. Ebenso ist das BVwG dazu zuständig, mit den in § 79 verfügten Abweichungen nach Maßgabe der Bestimmungen des VwGVG über Verfahrenshilfeanträge betreffend Feststellungsanträge zu entscheiden. Im zweiten Satz des Abs. 1 wird ausdrücklich angeordnet, dass sämtliche Anträge unmittelbar beim BVwG einzubringen sind, da die Regelungen der §§ 12 und 20 VwGVG für Verfahren in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens nicht einschlägig sind.

Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die Möglichkeit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch schon vor (und daher unabhängig von) der Stellung eines Antrages auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung bestehen (vgl. EuGH vom 19. September 1996, Rs C-236/95, *Kommission/Griechenland*, und vom 15. Mai 2003, Rs C-214/00, *Kommission/Spanien*). Die Regelung für die Erlassung einstweiliger Verfügungen ist daher wie schon bisher von jener für das Nachprüfungsverfahren getrennt.

Die in Abs. 2 geregelte Befassung zur Nachprüfung ist nur bis zum Zeitpunkt des erfolgten Zuschlages bzw. Widerrufes zulässig und entspricht den unionsrechtlichen Vorgaben aufgrund der RMRL und der Sektoren-RMRL.

Das Gesetz übernimmt das im Kontext des BVergG bewährte System der Unterscheidung zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen. Nach diesem Konzept können nur die gesondert anfechtbaren Entscheidungen mit einem eigenständigen Nachprüfungsantrag angefochten und für nichtig erklärt werden; die Rechtswidrigkeit der jeweils vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen ist im Wege der Anfechtung der jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung geltend zu machen und hat allenfalls zur Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung zu führen. Eine zusätzliche ausdrückliche Anfechtung oder Nichtigerklärung der nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen ist in diesem System nicht zulässig.

Nach § 2 Z 11 lit. a sind alle dort genannten Entscheidungen gesondert anfechtbar. Ob eine solche gesondert anfechtbare Entscheidung in einem Verfahren tatsächlich vorgesehen ist, ergibt sich jedoch erst aus der konkreten Ausgestaltung des Verfahrensablaufs (vgl. § 22). Je nachdem, ob der Auftraggeber etwa Verhandlungsrunden vorsieht oder nicht, gibt es „sonstige Entscheidungen während der Verhandlungsphase“ oder eben nicht. Damit bereits zu Beginn des Verfahrens festgestellt werden kann, welche gesondert anfechtbaren Entscheidungen zu erwarten sind, hat der Auftraggeber den Ablauf des Verfahrens in der Ausschreibung festzulegen (vgl. § 22 Abs. 9). Damit soll von vorneherein die Transparenz des Verfahrensablaufs gewährleistet sein.

Die Prüfungsbefugnis des BVwG im Konzessionsvergabeverfahren, soll auf die jeweils geltend gemachte Verletzung in bestimmten Rechten (Beschwerdepunkte) beschränkt sein. Der Antragsteller ist daher verpflichtet zu präzisieren, in welchen Rechten er sich als verletzt erachtet. Andere als die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten kann das BVwG somit nicht aufgreifen. Dies berührt jedoch nicht die Frage der amtswegigen Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes.

Die Feststellungskompetenzen des BVwG nach Zuschlagserteilung werden in Abs. 3 abschließend angeführt. Sie setzen die Vorgaben der RMRL und Sektoren-RMRL um.

Nach Z 1 hat das BVwG im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Auf Antrag des Auftraggebers kann das BVwG gemäß Abs. 3 Z 2 weiters feststellen, ob auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen der Antragsteller keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Einer derartigen Feststellung kommt besondere Bedeutung für einen allfälligen Schadenersatzprozess zu. Sie dient insbesondere auch der Entlastung der ordentlichen Gerichte in Vergabeangelegenheiten.

Das Vorliegen einer „echten Chance“ wird vom BVwG danach zu beurteilen sein, ob der Antragsteller in den engeren Auswahlkreis hinsichtlich der Auftragsvergabe gekommen wäre. Aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles wird zu entscheiden sein, ob eine echte Chance, d.h. eine konkrete Möglichkeit der Zuschlagserteilung vorgelegen ist. In der Praxis hat es sich erwiesen, dass eine negative Feststellung (zB ob jemand den Zuschlag keinesfalls erhalten hätte) einfacher zu treffen ist als eine positive Feststellung, die oft aufwendige Sachverständigengutachten erfordert. Im Interesse der Effektivität des Rechtsschutzes soll daher das BVwG auf Antrag zur Feststellung zuständig sein, ob der Antragsteller keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages hatte. Der Terminus „echte Chance“ entstammt der Terminologie der Sektoren-RMRL.

Aus Gründen der Einfachheit soll in Abs. 3 Z 2 und Abs. 4 Z 2 lediglich von den „entsprechenden Bestimmungen“ gesprochen werden; darunter sind die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, der hierzu ergangenen Verordnungen oder des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts, hinsichtlich derer ein Verstoß behauptet wird und dies Gegenstand eines Verfahrens gemäß der jeweiligen Z 1 ist.

§ 78 Abs. 3 Z 3 bis 5 enthalten die gemäß Art. 2d Abs. 1 lit. a bis c der RMRL und der Sektoren-RMRL vorzusehenden Kompetenzen der Vergabekontrollbehörde. Gemäß diesen unionsrechtlichen Vorgaben müssen folgende Fälle grundsätzlich eine Unwirksamkeit des Vertrages nach sich ziehen:

1. Unzulässige Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung: Dies wird durch Abs. 3 Z 3 umgesetzt. Durch den Wortlaut wird ua. auch die Fallkonstellation eines offenkundig unzulässigen Zuschlags direkt an einen Unternehmer erfasst, ohne dass andere Unternehmer an diesem Konzessionsvergabeverfahren beteiligt waren. Im Rahmen der Z 3 ist festzustellen, ob „ein Konzessionsvergabeverfahren“ rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde.

2. Verstoß gegen Art. 2a Abs. 2 der RMRL und der Sektoren-RMRL: Die genannten Bestimmungen sehen vor, dass der Auftraggeber im Anschluss an die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung eine Stillhaltefrist einzuhalten hat, in der der Zuschlag nicht erteilt werden darf. Aus Gründen der Klarheit

werden in den RL die materiell darin zum Ausdruck kommenden Verstöße (Unterbleiben der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, wodurch überhaupt keine Stillhaltefrist ausgelöst wird, sowie Missachtung der Stillhaltefrist) getrennt ausgewiesen. Die Unwirksamkeit als Folge des erstgenannten Verstoßes (Unterbleiben der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung) wird durch Abs. 3 Z 4 umgesetzt. Zur Frage, wann von einer Zuschlagserteilung ohne Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung auszugehen ist, ist auf die Definition des § 2 Z 26 zu verweisen, wonach es sich bei der Zuschlagsentscheidung um die an Bieter übermittelte bzw. für diese bereitgestellte nicht verbindliche Absichtserklärung handelt, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Wenn daher die in § 72 Abs. 1 zweiter Satz enthaltenen Vorgaben in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nicht (oder nicht ausreichend) enthalten sind, kann dies zur Anfechtbarkeit der (rechtswidrigen) Zuschlagsentscheidung führen, begründet aber keinen Anwendungsfall des Abs. 3 Z 4.

Die Missachtung der Stillhaltefrist hat ex lege die absolute Nichtigkeit zur Folge (vgl. § 73 Abs. 1); eine entsprechende Feststellungskompetenz der Vergabekontrollbehörde muss daher nicht vorgesehen werden.

3. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 3 der RMRL und der Sektoren-RMRL: Die genannten Bestimmungen sehen vor, dass der Auftraggeber nach einem Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung den Vertrag so lange nicht abschließen darf, bis die Nachprüfungsstelle ihre Entscheidung (in der Hauptsache oder über eine vorläufige Maßnahme) getroffen hat. Da die Missachtung des Suspensiveffektes (eines Antrages auf einstweilige Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlages begehrt wird) wie bisher die Nichtigkeit zur Folge hat (vgl. § 95 Abs. 2), muss eine entsprechende Feststellungskompetenz der Vergabekontrollbehörde nicht vorgesehen werden.

4. Nach den Bestimmungen der RMRL und der Sektoren-RMRL muss aber nicht nur über die Unwirksamkeit selbst, sondern auch über den Zeitpunkt ihres Eintretens abgesprochen werden. Weiters besteht nach der RMRL und der Sektoren-RMRL die Möglichkeit – trotz des Vorliegens eines (im Regelfall) die Unwirksamkeit des Vertrages nach sich ziehenden Verstoßes – von der Unwirksamkeit abzusehen und stattdessen so genannte „alternative Sanktionen“ zu verhängen. Aus diesem Grund soll das BVwG Verträge unter bestimmten Voraussetzungen für nichtig erklären können sowie – wenn von der Nichtigerklärung abgesehen wird – Sanktionen verhängen (siehe die Z 5 und 6 des § 78 Abs. 3).

Abs. 3 Z 5 und 6 enthält Kompetenzen, die nicht selbständig, sondern nur in einem Verfahren gemäß den Z 3 und 4 ausgeübt werden können. Die näheren Regelungen hinsichtlich der Ausübung dieser Kompetenzen finden sich in § 100 Abs. 2 bis 10.

Analog zur Kompetenz des BVwG, Verträge bei Vorliegen bestimmter Verstöße ex tunc für nichtig zu erklären, soll es gemäß Abs. 4 Z 4 gleichermaßen die Kompetenz haben, einen Widerruf für unwirksam zu erklären; dies dann, wenn es festgestellt hat, dass der Widerruf wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder wenn es festgestellt hat, dass der Widerruf rechtswidrigerweise ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung erklärt worden ist.

Abs. 5 enthält eine Feststellungskompetenz des BVwG für jene Fälle, in denen der Auftraggeber ein Vergabeverfahren nicht ordnungsgemäß beendet, sondern „offen“ lässt.

Zu § 79 (Verfahrenshilfe):

Die Regelungen zur Verfahrenshilfe sind aufgrund der Einführung des § 8a VwGVG in Folge der Rechtsprechung des VfGH (VfSlg. 19.989/2015) erforderlich. Ein Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe soll nur für die Einbringung eines Feststellungsantrages zulässig sein. Dies deshalb, da die Gewährung von Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages (sowie eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) denkunmöglich erscheint: Nur wirtschaftlich leistungsfähige Unternehmen sollen an einem Konzessionsvergabeverfahren teilnehmen. Unternehmen, denen diese Bonität fehlt, sind entweder vom Konzessionsvergabeverfahren auszuschließen bzw. ist ihr Angebot auszuscheiden. Der EuGH hat diese Sichtweise in mehreren Urteilen bestätigt (vgl. zB EuGH Rs C-61/14, *Orizzonte Salute*, Rz 64). Es wäre daher ein Widerspruch, einem mittellosen Unternehmen Verfahrenshilfe zu gewähren, obwohl dieses aufgrund des Mangels an wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nicht in die Situation kommen kann, den Auftrag (auch nur theoretisch) zu bekommen. Der Antragsteller würde mit dem Nachweis seiner Mittellosigkeit geradezu belegen, dass er im Konzessionsvergabeverfahren auszuschließen bzw. sein Angebot auszuscheiden ist. In einem Feststellungsverfahren kann sich die Situation denkmöglich hingegen anders gestalten: In diesem Fall könnte der Antragsteller während des Vergabeverfahrens noch leistungsfähig gewesen sein und in weiterer Folge aber diese Leistungsfähigkeit zu einem späteren Zeitpunkt – zu dem die Einleitung eines Feststellungsverfahrens noch möglich war – verloren haben. . Für diese äußerst selten zu erwartenden Fälle ist es erforderlich, entsprechende Abweichungen vom sonst geltenden § 8a VwGVG, und zwar hinsichtlich dessen Abs. 1, 3, 4, 6 und 7 zu treffen.

Zu § 80 (Auskunftspflicht):

Die Verpflichtung zur Auskunft gilt ungeachtet aller Verpflichtungen der Auftraggeber oder der vergebenden Stellen zur Wahrung der Vertraulichkeit oder Geheimhaltung (vgl. dazu auch EuGH Rs C-450/06, *Varec*, Rz 53). Unterlagen sind in geordneter Weise vorzulegen: dies bedeutet, dass insbesondere bei Vorlage von umfangreichen Akten die einzelnen Unterlagen (zB chronologisch) geordnet vorzulegen, nachvollziehbar zu benennen und in einem Inhaltsverzeichnis (zum Zweck der Übersichtlichkeit und schnellen Eruierung der Vollständigkeit) aufzulisten sind.

Die Bestimmung erfasst auch die Auskunft bzw. Vorlage im Hinblick auf einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe; vgl. § 8a Abs. 6 erster Satz VwGVG. Hinzuweisen ist darauf, dass eine Verletzung der Auskunftspflicht eine Verwaltungsübertretung gemäß § 118 begründet.

Zu § 81 (Akteneinsicht):

Da die Regelung des § 21 VwGVG im Zusammenhang mit Rechtsschutzverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unzureichend ist (so wird etwa der Situation von schutzwürdigen Interessen von beteiligten Unternehmern nicht Rechnung getragen), wird eine entsprechende Bestimmung für die Akteneinsicht geschaffen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch auf den Bereich der Rechtsschutzverfahren gemäß BVergGVS hinzuweisen. Wie der EuGH in der Rs C-450/06, *Varec*, betonte, würde die praktische Wirksamkeit der Richtlinienbestimmungen betreffend den Schutz von vertraulichen Informationen ernsthaft gefährdet werden, „*wenn im Rahmen der Klage gegen eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags alle dieses Vergabeverfahren betreffenden Angaben dem Kläger, ja sogar anderen Personen, wie etwa Streithelfern, uneingeschränkt zur Verfügung gestellt werden müssten. In einem solchen Fall würde schon durch die Erhebung einer Klage der Zugang zu Informationen eröffnet, die dazu verwendet werden könnten, den Wettbewerb zu verfälschen oder den legitimen geschäftlichen Interessen von Wirtschaftsteilnehmern zu schaden, die sich an der betreffenden Ausschreibung beteiligt haben. Eine solche Möglichkeit könnte Wirtschaftsteilnehmer sogar dazu verleiten, Klagen allein mit dem Ziel zu erheben, Zugang zu den Geschäftsgeheimnissen ihrer Wettbewerber zu erhalten*“ (Rz 39/40). Vor diesem Hintergrund hob der Gerichtshof hervor, dass „*die Nachprüfungsinstanz über sämtliche Informationen verfügen können* [muss]*, die erforderlich sind, um in voller Kenntnis der Umstände entscheiden zu können, also auch über vertrauliche Informationen und Geschäftsgeheimnisse*“ (Rz 53). Der EuGH betonte, dass „*die Nachprüfungsinstanz im Rahmen einer Klage im Bereich des öffentlichen Auftragswesens entscheiden können* [muss]*, dass die in der ein Konzessionsvergabeverfahren betreffenden Akte enthaltenen Angaben nicht an die Parteien und deren Anwälte weitergegeben werden, wenn dies erforderlich ist, um den vom Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Schutz des lauteren Wettbewerbs und der legitimen Interessen der Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen*“ (Rz 43).

Das BVwG muss im Ergebnis abwägen, ob es die Unterlagen tatsächlich von der Akteneinsicht ausnimmt, vgl. VfSlg. 19.996/2015.

Die Bestimmung soll verdeutlichen, welche der Parteien bzw. Beteiligten welche Interessenslagen geltend machen können. So soll sich nur der Auftraggeber auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses berufen können, nicht jedoch sonstige Parteien und Beteiligte.

Bei einer elektronischen Vorlage von Unterlagen an das BVwG ist seitens der vorlegenden Parteien und Beteiligten zu gewährleisten, dass eine allfällige elektronische Markierung von Unterlagen oder Bestandteilen von Unterlagen, die von der Akteneinsicht ausgenommen werden sollen, vom BVwG ohne weiteres erkennbar ist.

Zu § 82 (Zustellungen):

Unter elektronischer Adresse ist auch die Übermittlung mittels elektronischen Rechtsverkehrs zu verstehen.

§ 82 enthält folgende Abweichungen vom Zustellgesetz – ZustG, BGBl. Nr. 200/1982: Zum einen wird ein Vorrang der elektronischen Zustellung unmittelbar von der Vergabekontrollbehörde an die Partei vorgesehen, wenn das BVwG Kenntnis von einer elektronischen Zustelladresse der Partei hat oder sie dem BVwG von einer Partei zu diesem Zweck (Zustellung im Rechtsschutzverfahren) bekannt gegeben wurde. Dieser Vorrang ist erforderlich, da im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zum einen sehr kurze Entscheidungsfristen für die Vergabekontrollbehörde bestehen und daher eine rasche Zustellung geboten ist. Zum anderen knüpft § 94 Abs. 5 an die Übermittlung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung an den Auftraggeber bestimmte Rechtsfolgen (zB Verbot der Zuschlagserteilung bei sonstiger absoluter Nichtigkeit), was ebenfalls eine rasche Übermittlung erforderlich macht. Abweichend von der Definition der elektronischen Zustelladresse in § 2 Z 5 ZustG kommt es dabei nicht darauf an, dass diese Adresse der Vergabekontrollbehörde vom Empfänger im anhängigen Verfahren

bekannt gegeben worden ist, sondern geht es um die Bekanntgabe an das BVwG. Allerdings muss es sich dabei um die im Zuge des konkreten Vergabeverfahrens bekannt gegebene elektronische Adresse handeln.

Die abweichende Festlegung hinsichtlich der Bekanntgabe der elektronischen Zustelladresse ändert nichts daran, dass es sich um eine Zustellung nach § 37 ZustG handelt. Wann ein Dokument als zugestellt gilt, richtet sich somit nach § 37 Abs. 1 zweiter und dritter Satz ZustG. Hat das BVwG keine Kenntnis von einer elektronischen Adresse einer Partei oder kann an die bekannt gegebene elektronische Adresse faktisch nicht zugestellt werden (zB Störung des Servers), ist mangels einer diesbezüglich abweichenden Regelung nach dem 2. Abschnitt des Zustellgesetzes (physische Zustellung) zuzustellen.

Zu § 83 (Mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht):

§ 83 regelt die Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

Die gegenüber § 24 VwGVG Abs. 3 kürzere Frist von einer Woche zur Stellung eines Antrages auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch den Auftraggeber bzw. etwaige Antragsgegner rechtfertigt sich aus dem Erfordernis einer möglichst raschen Entscheidung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens. Im Übrigen ist auf die Bestimmungen des § 24 Abs. 4 und 5 VwGVG hinzuweisen, die weitere Regelungen betreffend die mündliche Verhandlung enthalten.

Das BVwG ist auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 1 oder bei Fehlen eines Parteiantrages nicht gehindert, eine Verhandlung durchzuführen; bei Ausübung des dem BVwG damit eingeräumten Ermessens ist aber auf die Anforderungen des Art. 6 EMRK Bedacht zu nehmen. Darüber hinaus sind bei der Ausübung dieses Ermessens selbstverständlich auch die unionsrechtlichen Anforderungen zu berücksichtigen, insbesondere Art. 47 der Grundrechtecharta.

Durch den Einleitungssatz des Abs. 1 ist klargestellt, dass auch im Falle der Zurückweisung eines Antrages die Verhandlung nur entfallen darf, wenn dem Art. 6 EMRK nicht entgegensteht.

Eine Verhandlung ist nicht nur in Nachprüfungs-, sondern auch in Feststellungsverfahren durchzuführen. In Abs. 1 Z 3 wird der Entfall der Verhandlung auch dann vorgesehen, wenn aufgrund der Aktenlage ersichtlich ist, dass der Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag abzuweisen ist. Dies ist auf die Rechtsprechung des EGMR zurückzuführen, wonach Art. 6 EMRK eine öffentliche Verhandlung vor dem Tribunal erster und letzter Instanz dann nicht zwingend fordert, wenn keine Ermittlungen durchgeführt werden müssen und es sich nur um Rechtsfragen geringer Schwierigkeit handelt (EGMR vom 1. Juni 2004, *Valova, Slezak und Slezak*, Appl. 44.925/98).

Das Recht, eine Verhandlung zu beantragen, kommt den jeweiligen Parteien des Verfahrens zu; „Antragsteller“ ist derjenige, der den verfahrenseinleitenden Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag gestellt hat. „Antragsgegner“ sind der Auftraggeber und jene Unternehmer (Bewerber oder Bieter), die durch die beantragte Entscheidung in ihren rechtlichen Interessen negativ betroffen wären. Den Parteien – einschließlich des Antragstellers – steht es frei, eine Verhandlung zu beantragen oder einen solchen Antrag zu unterlassen. Der erste Satz des Abs. 2 ist daher nicht dahin zu verstehen, dass der Antragsteller jedenfalls eine Verhandlung beantragen muss, sondern bedeutet nur, dass – wenn ein solcher Antrag gestellt – er schon im Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag enthalten sein muss und daher später nicht mehr gestellt werden kann.

Zu § 84 (Gebühren):

Bei der Gebühr nach § 84 handelt es sich um eine besondere Eingabegebühr ähnlich den Eingabegebühren in Verfahren vor dem VwGH und VfGH; es ist eine ausschließliche Bundesabgabe nach § 8 Z 2 des Finanzausgleichsgesetzes 2017 – FAG 2017, BGBl. I Nr. 116/2016. Zur unionsrechtlichen Zulässigkeit eines Gebührensystems vgl. etwa EuGH Rs C-61/14, *Orizzonte Salute*.

Die Gebühr nach § 84 ist auch dann zu entrichten, wenn sich der – auf eine der genannten Bestimmungen gestützte – Antrag in weiterer Folge als unzulässig erweist oder wenn er in weiterer Folge zurückgezogen wird; es handelt sich um eine Pauschalgebühr, die den durchschnittlichen Aufwand der Geschäftsbehandlung abdecken soll, sodass es sachlich gerechtfertigt ist, auch in diesen Fällen – in denen der Aufwand vielleicht etwas geringer ist – eine Gebührenpflicht vorzusehen.

Nach dem Wortlaut des Abs. 1 Z 1 sollen die Gebühren nicht die beim BVwG entstehenden Kosten zur Gänze abdecken, sondern die Gebühren sind so festzusetzen, dass ein ausgewogenes Verhältnis des durch den Antrag bewirkten Verfahrensaufwandes mit dem für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen erzielt wird.

Die durch Verordnung der Bundesregierung festzusetzenden Gebührensätze sind nach objektiven Merkmalen zu staffeln. Einzelne mögliche Merkmale, die für eine Abstufung herangezogen werden können, werden im Gesetz demonstrativ genannt: Auftragsgegenstand, Verfahrensart, Art der gesondert

anfechtbaren Entscheidung, Verfahren im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich. Zu diesen Merkmalen ist anzumerken, dass Anträge im Zusammenhang mit Baukonzessionen zumindest im Regelfall einen komplexeren Verfahrensgegenstand nach sich ziehen als dies bei Dienstleistungskonzessionen der Fall ist, wobei geistige Dienstleistungen wiederum als komplexer anzusehen sind als „sonstige“ Dienstleistungen. Weiters kann man bei einer Durchschnittsbetrachtung davon ausgehen, dass sogenannte beschränkte Verfahren mit weniger Teilnehmern und daher weniger umfangreichen Unterlagen einen geringeren Verfahrensaufwand mit sich bringen als offene Verfahren. Schließlich ist zu beachten, dass der Nutzen eines Rechtsschutzverfahrens bei einem Verfahren im Oberschwellenbereich (aufgrund der regelmäßig höheren Gewinne bzw. Deckungsbeiträge) für den Antragsteller größer ist als bei einem Konzessionsvergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Die Ermächtigung zur Festsetzung der Gebührensätze beinhaltet auch eine Ermächtigung zur Abänderung der Gebührensätze, wenn eine Änderung objektiver Merkmale dies geboten erscheinen lässt (vgl. etwa VfSlg. 19.914/2014 mwN, wonach eine Differenzierung zulässig ist).

Neben einer Änderung der Gebührensätze aufgrund einer Änderung der zugrunde liegenden Parameter ist eine jährliche Änderung der Gebührensätze aufgrund der Änderung der Indexzahl des Verbraucherpreisindex 2015 vorgesehen, die vom Bundeskanzler im Bundesgesetzblatt zu verlautbaren ist (Z 2).

Abs. 1 Z 3 enthält die zulässigen Zahlungsformen.

In Abs. 1 finden sich weiters Sonderregelungen zur Gebührenhöhe für einen Antrag auf einstweilige Verfügung (Z 4), für eine wiederholte Antragstellung (Z 5), für die Vergabe eines Loses im Unterschwellenbereich (Z 6) und für die Antragszurückziehung vor Durchführung einer mündlichen Verhandlung (Z 7).

Abs. 1 Z 7 sieht eine Reduktion der Gebührenschuld bei Antragsrückziehung in Bezug auf die „festgesetzte Gebühr“ oder die „gemäß Z 5 reduzierte Gebühr“ vor. Durch die Einbeziehung der Z 5 wird die Reduktion bei Antragszurückziehung auch auf die Fälle der wiederholten Antragstellung (und der dadurch gemäß Z 5 reduzierten Gebührensätze) erstreckt. Die Zurückziehung eines Antrages erfolgt „vor Durchführung einer mündlichen Verhandlung“, wenn die Zurückziehung vor dem tatsächlichen Beginn der mündlichen Verhandlung beim BVwG eingelangt ist.

Zu § 85 (Gebührenersatz):

§ 85 überträgt dem BVwG die Kompetenz, über den Ersatz der Gebühren zu entscheiden. Es wird ausdrücklich geregelt, dass ein Gebührenersatz auch dann zu erfolgen hat, wenn der Antragsteller während eines anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber die bekämpfte Entscheidung beseitigt.

Im Falle der erfolgreichen Gegenantragstellung des Auftraggebers im Rahmen eines Feststellungsverfahrens iSd § 78 Abs. 3 Z 2 bzw. Abs. 4 Z 2 ist der Antragsteller nicht als obsiegend im Sinne des Abs. 1 anzusehen. In diesen Fällen hat das BVwG den Feststellungsantrag abzuweisen. Ein Gebührenersatz an den Antragsteller kommt daher in dieser Konstellation nicht in Betracht.

Unbeschadet der bestehenden Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung eigenständig (unabhängig von der Stellung eines Nachprüfungsantrages) zu beantragen, ist in Abs. 2 geregelt, dass ein Ersatz der Gebühr nur dann zu erfolgen hat, wenn dem Hauptantrag stattgegeben oder wenn der Antragsteller während des Verfahrens klaglos gestellt wird (vgl. VwGH vom 17. September 2014, 2013/04/0082) und die einstweilige Verfügung entweder gewährt wurde bzw. im Falle der Klaglosstellung vor Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu gewähren gewesen wäre oder bloß aufgrund einer Interessenabwägung abgewiesen wurde bzw. im Falle der Klaglosstellung vor Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen gewesen wäre. Der Antragsgegner soll nicht gezwungen sein, die Kosten zu tragen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der behauptete Sicherungsanspruch des Antragstellers nicht berechtigt war. Mit dieser Klarstellung in Abs. 2 wird der Rechtsprechung des VwGH Rechnung getragen (vgl. VwGH vom 21. Dezember 2016, Ra 2016/04/0045).

Zu § 86 (Einleitung des Verfahrens):

Das Nachprüfungsverfahren dient der Durchsetzung subjektiver Rechte der Bewerber und Bieter im Konzessionsvergabeverfahren, nicht der Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit des Konzessionsvergabeverfahrens. Dies wird daraus deutlich, dass das Nachprüfungsverfahren nur auf Antrag eines Unternehmers eingeleitet werden kann und die Prüfungsbefugnis sich darauf beschränkt, ob die in den Beschwerdepunkten geltend gemachte Verletzung von Rechten des Unternehmers vorliegt.

Das – in Übereinstimmung mit der RMRL und der Sektoren-RMRL – als Voraussetzung der Antragslegitimation geforderte Interesse am Vertragsabschluss setzt in der Regel die Beteiligung am

Konzessionsvergabeverfahren (durch Abgabe eines Teilnahmeantrages bzw. Angebotes)voraus. Dies gilt aber nicht ausnahmslos: so setzt nach Auffassung des EuGH die Anfechtung diskriminierender Bedingungen in einer Ausschreibung durch einen Unternehmer, der diese Bedingungen nicht erfüllt, nicht voraus, dass dieser Unternehmer vorher ein (aussichtsloses) Angebot gelegt hat (EuGH Rs C-230/02, *Grossmann Air Service*). Die Antragslegitimation ist nicht auf „Bieter" oder „Bewerber" im technischen Sinn beschränkt. Wie sich außerdem aus § 15 Abs. 2 ergibt, sind Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte und daher auch antragslegitimiert im Nachprüfungsverfahren.

Nach der Rechtsprechung des EuGH in den Rs C-100/12, *Fastweb* und C-689/13, *PFE,* kommt auch einem auszuscheidenden (aber noch nicht ausgeschiedenen) Bieter Antragslegitimation zu, wenn er das Ausscheiden eines Mitkonkurrenten im selben Konzessionsvergabeverfahren geltend macht. Dieser Grundsatz ist nach dem Urteil des EuGH in der Rs C-355/15, *Caverion*, aber nicht auf Fälle anzuwenden, in denen der Antragsteller bereits rechtskräftig vom Auftraggeber ausgeschieden worden ist und in einem weiteren Rechtszug auch das Ausscheiden der verbliebenen Konkurrenten durchsetzen möchte.

Zur Vermeidung von Rechtsschutzlücken räumt Abs. 2 auch einem ausgeschiedenen Bieter die Möglichkeit ein, die Zuschlagsentscheidung bzw. die Widerrufsentscheidung anzufechten, wenn die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung vor Ablauf der für die Anfechtung des Ausscheidens vorgesehenen Frist erfolgt. Der ausgeschiedene Bieter kann diesfalls das Ausscheiden seines Angebotes in einem – nur einmal zu vergebührenden – Antrag mit der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung anfechten. Der Fristenlauf beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Zuschlags- bzw. Widerrufsentscheidung (bei letzterer in gewissen Fällen auch mit dem Zeitpunkt der Verfügbarkeit der Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung).

Hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung von Anträgen im Bereich der Nachprüfung ist § 22 VwGVG nicht einschlägig. § 86 Abs. 3 normiert daher ausdrücklich, dass Nachprüfungsanträgen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Hingegen kommt einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in bestimmten Fällen eine aufschiebende Wirkung zu (vgl. dazu § 94 Abs. 5).

Die Bestimmung schließt es nicht aus, dass mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers anfechten (auch wenn es sich um die Zuschlagsentscheidung handelt), allerdings ist das BVwG zumindest grundsätzlich verpflichtet, in diesem Fall die Verfahren zu verbinden (Abs. 4). Diese Regelung lehnt sich an § 39 Abs. 2a AVG an. Damit wird eine der Vereinfachung dienende verfahrensökonomische Lösung getroffen.

Zu § 87 (Fristen für Nachprüfungsanträge):

Es werden einheitliche Anfechtungsfristen für Ober-. und Unterschwellenbereich normiert. Bei den Antragsfristen handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen, deren Berechnung nach den §§ 32 f. AVG (iVm § 77) zu erfolgen hat.

Um den unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz ausreichend Rechnung zu tragen, wird im Regelfall eine Frist von 10 Tagen vorgesehen. Nur wenn die angefochtene Entscheidung weder auf elektronischem Weg übermittelt bzw. bereitgestellt worden ist, verlängert sich die Frist auf 15 Tage.

Eine Sonderregelung enthält Abs. 2 für Nachprüfungsanträge betreffend die Ausschreibung, da hier ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung bzw. Übermittlung/Bereitstellung in der Praxis häufig dazu führen würde, dass bei der (üblicherweise erst gegen Ende der Angebotsfrist stattfindenden) Angebotserstellung entdeckte Probleme im Zusammenhang mit den Ausschreibungsunterlagen von den Unternehmern wegen der zwischenzeitig eingetretenen Präklusion nicht mehr releviert werden könnten. Daher wird in § 87 Abs. 2 keine Frist, die ab einem bestimmten Zeitpunkt zu laufen beginnt, normiert, sondern ein Endzeitpunkt, bis zu dem eine bestimmte Handlung spätestens gesetzt werden muss. Vorgesehen wird daher, dass ein Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibung bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist in einem einstufigen Verfahren, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmeantragsfrist in einem zweistufigen Verfahren eingebracht werden kann. Da die Mindestfrist von zehn Tagen nicht unterschritten werden darf, kommt diese Ausweitung erst dann in Betracht, sofern „diese Frist" – gemeint sind damit die im ersten Halbsatz angeführten Fristen, nämlich die Angebotsfrist bzw. die Teilnahmeantragsfrist – zumindest 18 Tage beträgt. Beträgt die Regelantragsfrist aufgrund einer Übermittlung auf nicht-elektronischem Weg (etwa brieflichem Weg) 15 Tage, kommt eine Ausweitung erst bei einer Angebotsfrist bzw. einer Teilnahmeantragsfrist von zumindest 23 Tagen in Betracht. Wenn die in Abs. 2 normierten Bedingungen nicht erfüllt werden (also etwa die Angebotsfrist nur 17 Tage oder weniger beträgt) dann kommt es zu keiner Fristverlängerung, maßgeblich sind dann allein die Antragsfristen gemäß Abs. 1. Festzuhalten ist, dass die Ausschreibung (bzw. ihre Bestandteile) grundsätzlich auch in einem zweistufigen Verfahren

bereits zu Beginn des Verfahrens vorliegen und zur Verfügung zu stellen sind. Die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung endet in zweistufigen Verfahren daher nunmehr bereits 7 Tage vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist und beginnt nicht noch einmal neu mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu laufen.

Abs. 2 normiert (anders als Abs. 1) keine Frist im Sinne des AVG sondern legt lediglich einen Endzeitpunkt fest, bis zu dem eine bestimmte Verfahrenshandlung spätestens gesetzt werden muss (vgl. die diesbezügliche Diskussion in der Lehre bei *Hengstschläger/Leeb*, AVG I (2. Ausgabe 2014) § 32 Rz 1). Damit sind insbesondere die Regelungen des § 33 AVG auf diese Bestimmung nicht anzuwenden. Grundsätzlich gilt daher, dass das BVwG gemäß § 13 Abs. 5 AVG nur während der Amtsstunden verpflichtet ist, schriftliche Anbringen entgegenzunehmen oder Empfangsgeräte empfangsbereit zu halten. Für elektronische Anbringen gelten jedoch Sonderregelungen: Elektronische Anbringen außerhalb der Amtsstunden gelten nach der Judikatur des VwGH nur dann erst als am nächsten Tag eingebracht, wenn diese Wirkung im Internet bekanntgemacht wurde (vgl. § 13 Abs. 2 AVG; zB auf der Homepage des BVwG). Stehen hingegen empfangsbereite Geräte zur Verfügung und erfolgte keine entsprechende Bekanntmachung, gelten elektronische Anbringen als am Tag der tatsächlichen Übermittlung eingebracht (vgl. zB VwGH vom 14. Oktober 2015, Ra 2015/17/0039).

Die Versäumung der Frist führt zur endgültigen Präklusion, die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung (und die ihr vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen) können in weiterer Folge nicht mehr angefochten werden; sie werden gewissermaßen „bestandskräftig“. Es ist dem BVwG auch verwehrt, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen.

Solche Präklusionsfristen sind auch aus unionsrechtlicher Sicht zulässig (vgl. insb. EuGH Rs C-470/99, *Universale Bau*, Rs C-538/13, *eVigilo Ltd*, Rs C-391/15, *Marina del Mediterráneo*). Im Falle einer allfälligen Versäumung einer Frist – zB wegen irreführenden Verhaltens eines Auftraggebers gegenüber dem potentiellen Antragsteller (vgl. den der Entscheidung des EuGH Rs C-327/00, *Santex*, zu Grunde liegenden Sachverhalt) – besteht die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Die Antragsfrist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können; dabei ist davon auszugehen, dass in jenen Fällen, in denen die Entscheidung bekannt zu machen ist, der Unternehmer jedenfalls die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat und die Antragsfrist daher mit der Bekanntmachung zu laufen beginnt. Solange die Möglichkeit einer Kenntnisnahme nicht besteht – insbesondere weil eine Entscheidung nicht bekannt gegeben wird – beginnt die Frist nicht zu laufen.

In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtsprechung des EuGH (vgl. dazu Rs C-406/08, *Uniplex,* Rs C-538/13, *eVigilo Ltd*) hinzuweisen, wonach es für die Auslösung des Fristenlaufes nicht genügt, dass ein Bewerber oder Bieter erfährt, dass seine Bewerbung oder sein Angebot zurückgewiesen worden ist. Solche Informationen genügen für einen Bewerber oder Bieter nicht, um gegebenenfalls einen anfechtbaren Rechtsverstoß erkennen zu können. Ein betroffener Bewerber oder Bieter kann sich erst dann darüber klar werden, ob etwa ein Verstoß gegen die anwendbaren Vorschriften vorliegt und die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens angebracht ist, nachdem er von den Gründen in Kenntnis gesetzt worden ist, aus denen seine Bewerbung oder sein Angebot in dem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages abgelehnt wurde (Rz 30 f. des Urteils Rs C-406/08, *Uniplex*).

Zu § 88 (Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages):

Zu Abs. 1:

Z 1: Das betreffende Konzessionsvergabeverfahren ist so genau wie möglich zu bezeichnen und die gesondert anfechtbare Entscheidung zu nennen. Bei der Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung soll jedoch kein übertrieben strenger Maßstab angelegt werden (so schon VwGH vom 30. Juni 2004, 2004/04/0028). Die Formulierung der Z 1 trägt dieser Auffassung Rechnung.

Z 2: Die Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers wird um die Bezeichnung der vergebenden Stelle ergänzt, soweit eine solche tätig wurde und diese dem Antragsteller bekannt ist.

Z 3: Die Pflicht, bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung den für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieter zu bezeichnen, resultiert daraus, dass dieser Bieter jedenfalls persönlich von der Verfahrenseinleitung zu verständigen ist (§ 89 Abs. 4); damit soll vermieden werden, dass das BVwG schon zur Verständigung dieses Bieters Ermittlungen anstellen muss. Da dieser Bieter in der Zuschlagsentscheidung zu bezeichnen ist, ist es für den Antragsteller kein Aufwand, ihn im Nachprüfungsantrag zu benennen.

Z 5: Es sind die Rechte, in denen der Antragsteller verletzt zu sein behauptet zu bezeichnen (Beschwerdepunkte), sowie die Gründe anzugeben, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt. Eine terminologische Anpassung erfolgte nach dem Vorbild des § 28 VwGG.

Durch das Wort „jedenfalls“ im einleitenden Satz des Abs. 2 wird klargestellt, dass die nachfolgende Aufzählung der Gründe für die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages nicht abschließend ist. Unzulässig ist ein Nachprüfungsantrag insbesondere auch bei Fehlen der Antragsvoraussetzungen oder wenn einem Verbesserungsauftrag nach § 13 Abs. 3 AVG nicht nachgekommen wurde.

Ein zulässiger Nachprüfungsantrag kann sich ausschließlich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richten und nur deren Nichtigerklärung beantragt werden; die Nichtigerklärung nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen kann nicht beantragt werden, und zwar auch nicht gemeinsam mit einem Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung. Dies wird dadurch verdeutlicht, dass Abs. 1 Z 1 und Z 6 ausdrücklich so formuliert werden, dass im Nachprüfungsantrag (nur) die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung zu bezeichnen ist. Soll im Wege der Anfechtung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung die Rechtswidrigkeit einer vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung geltend gemacht werden, hat dies im Rahmen der Beschwerdepunkte zu erfolgen.

Wird ein Nachprüfungsantrag nach Zuschlagserteilung oder nach dem Widerruf des Konzessionsvergabeverfahrens gestellt, dann ist dieser in einen Feststellungsantrag umzudeuten, wenn der Antragsteller von der Zuschlagserteilung bzw. vom Widerruf nicht wusste oder wissen konnte und der Antrag innerhalb der Frist für die Stellung eines Feststellungsantrages (§ 98 Abs. 2) eingebracht wurde. Das Bundesverwaltungsgericht hat den Antragsteller lediglich dazu aufzufordern, ein gesondertes Feststellungsbegehren gemäß § 97 Abs. 1 binnen angemessener Frist nachzureichen. Versäumt der Antragsteller diese Frist, ist der Antrag zurückzuweisen. Allenfalls erforderliche Angaben (die möglicherweise schon im Nachprüfungsantrag gefehlt haben) hat das BVwG mittels Verbesserungsauftrag einzuholen.

§ 55 Z 2 sieht vor, dass in der Ausschreibung anzugeben ist, welche Vergabekontrollbehörde für die Kontrolle des Konzessionsvergabeverfahrens zuständig ist. Eine unrichtige Angabe ist allerdings nicht zuständigkeitsbegründend: wird seitens eines Auftraggebers aus dem Vollziehungsbereich des Bundes etwa ein LVwG als zuständige Vergabekontrollbehörde angegeben, so ändert das nichts daran, dass das BVwG zuständige Vergabekontrollbehörde ist. Allerdings kann eine unrichtige Angabe dazu führen, dass ein Antrag bei einer unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht wird und erst – auf Gefahr des Antragstellers – an das zuständige Verwaltungsgericht weitergeleitet werden muss, was in weiterer Folge zu einer Fristversäumung führen kann. Dies soll durch § 88 Abs. 4 erster Satz verhindert werden.

Für den Fall, dass (rechtswidrigerweise) keine Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung enthalten ist, soll die zulässige Einbringung des Antrages bei einer offenkundig nicht unzuständigen Vergabekontrollbehörde die Gefahr der Fristversäumung hintanhalten. „Offenkundig nicht unzuständig“ ist eine Vergabekontrollbehörde etwa dann, wenn aufgrund der Unterlagen oder des Verlaufes des Konzessionsvergabeverfahrens die Zuständigkeit einer bestimmten Vergabekontrollbehörde plausibel scheint. Aus diesem Grund sehen die §§ 88 Abs. 4 und 98 Abs. 3 vor, dass die Fristen für Nachprüfungs- bzw. Feststellungsanträge auch dann gewahrt sind, wenn ein Antrag bei einer – allerdings unzuständigen – Behörde eingebracht wird. Die Regelung lehnt sich an § 61 Abs. 4 AVG an.

Zu § 89 (Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung und einer Verhandlung):

Um allfälligen anderen Unternehmern, denen Parteistellung im Nachprüfungsverfahren zukommen könnte, die Erhebung von Einwendungen – und damit die Beibehaltung ihrer Parteistellung – zu ermöglichen, wird das BVwG zu bestimmten Verständigungen verpflichtet: Im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung muss jedenfalls der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Parteistellung haben. Dieser ist dem BVwG auch schon aus den Angaben im Nachprüfungsantrag bekannt. Dieser Bieter ist daher jedenfalls persönlich von der Einleitung des Verfahrens zu verständigen (Abs. 4). Ebenso ist auch der im Nachprüfungsantrag bezeichnete Auftraggeber und gegebenenfalls die vergebende Stelle vom Nachprüfungsantrag persönlich zu verständigen (Abs. 3).

Daneben kommen – insbesondere wenn andere Entscheidungen als die Zuschlagsentscheidung angefochten werden – allerdings auch andere Unternehmer als Parteien in Betracht. Da diese dem BVwG nicht bekannt sein müssen und deren Ermittlung zeitlich nicht vertretbare Nachforschungen erfordern würden, enthält § 89 Abs. 1 eine Verpflichtung zur unverzüglichen Bekanntmachung des Einganges eines Nachprüfungsantrages im Internet. Zweckmäßigerweise sollte diese Bekanntmachung auf der Homepage des BVwG erfolgen. Die Bekanntmachung hat „unverzüglich“ zu erfolgen, dh. das BVwG hat dafür

Vorsorge zu treffen, etwa durch Einrichtung eines entsprechenden elektronischen Publikationssystems (vgl. dazu https://www.bvwg.gv.at/amtstafel/einleitungen_von_nachpruefungsverfahren.html).

Um zeitaufwändige Erhebungen vor Einleitung weiterer Verfahrensschritte zu vermeiden, reicht es aus, in der Bekanntmachung die Bezeichnung des Konzessionsvergabeverfahrens, des Auftraggebers, gegebenenfalls der vergebenden Stelle und der angefochtenen Entscheidung aus dem Nachprüfungsantrag zu übernehmen. Sofern infolge mangelhafter Bezeichnung ein anderer Unternehmer nicht in der Lage ist, rechtzeitig Einwendungen zu erheben, um seine Parteistellung zu wahren, kann er unter Umständen einen Antrag auf „Quasi-Wiedereinsetzung“ stellen (vgl. die Erläuterungen zu § 90 am Ende).

Die Bekanntmachung löst die Frist für die Erhebung von Einwendungen durch andere Verfahrensparteien nach § 90 Abs. 3 aus. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist festzuhalten, dass diese Regelungen nur für Unternehmer gelten, die sich an einem Konzessionsvergabeverfahren in Österreich beteiligen (wollen). Solchen Unternehmern ist es zumutbar, sich regelmäßig über solche Bekanntmachungen zu informieren. Für den in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger beginnt die Einwendungsfrist hingegen mit der Zustellung der persönlichen Verständigung von der Verfahrenseinleitung.

Abs. 5 sieht außerdem für Nachprüfungsverfahren auch die Bekanntmachung der Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung im Internet vor. Diese Bekanntmachung sollte zweckmäßiger Weise auf der Homepage des BVwG erfolgen (vgl. dazu https://www.bvwg.gv.at/amtstafel/anberaumung_muendlicher_verhandlungen.html). Die Kundmachung im Internet hat insbesondere den Sinn, ausländischen Unternehmern, die Parteistellung im Nachprüfungsverfahren haben, Kenntnis von der Verhandlung zu verschaffen, soweit sie nicht persönlich zu verständigen sind. Die in § 41 Abs. 1 AVG vorgesehenen Formen der Bekanntmachung (mit Ausnahme der Bekanntmachung im elektronischen Amtsblatt) sind ausländischen Unternehmern nur schwer zugänglich.

Im Falle der Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung ist der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter jedenfalls auch von der Verhandlung persönlich zu verständigen (Abs. 6). Dies ist unproblematisch, weil er durch die Bezeichnung im Nachprüfungsantrag dem BVwG bekannt ist. Abweichend von § 41 AVG ist eine persönliche Verständigung weiterer „bekannter Beteiligter“ von der Verhandlung nicht vorgesehen, um Verzögerungen des Nachprüfungsverfahrens infolge sonst erforderlicher Nachforschungen zu vermeiden.

Zu § 90 (Parteien des Nachprüfungsverfahrens):

Parteistellung genießen jedenfalls der Antragsteller und der Auftraggeber.

Ferner wird in Abs. 2 ausdrücklich die Parteistellung anderer durch die begehrte Entscheidung betroffener Unternehmer geregelt; zwar kommt diesen Unternehmern schon aufgrund des § 8 AVG Parteistellung zu, eine ausdrückliche Regelung soll im vorliegenden Kontext jedoch für mehr Klarheit sorgen. Parteistellung wird nur solchen Unternehmern eingeräumt, die durch die begehrte Entscheidung in ihren rechtlichen Interessen nachteilig betroffen sein können. Bei der Beurteilung des Vorliegens rechtlich geschützter Interessen sind sinngemäß die in § 86 Abs. 1 umschriebenen Antragsvoraussetzungen heranzuziehen, dh. es kommt darauf an, ob der betreffende Unternehmer ein Interesse am Vertragsabschluss haben kann und durch die beantragte Entscheidung einen Schaden erleiden könnte (vgl. schon die Erläuterungen zu § 86). Damit sind jene Fälle gemeint, in denen sich ein Nachprüfungsantrag gegen die (angeblich) rechtswidrige Behandlung eines anderen Unternehmers richtet. Ausdrücklich klargestellt wird insbesondere die Parteistellung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters, wenn ein Konkurrent die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt. Beantragt ein Unternehmer das Ausscheiden eines Konkurrenten, hat auch dieser Parteistellung; umgekehrt haben in jenen Fällen, in denen ein Bieter sein Ausscheiden anficht, auch die Mitbieter Parteistellung, weil sie durch die Nichtigerklärung des Ausscheidens einen Nachteil erleiden können. Weitere Fälle sind zB jene Unternehmer, deren Chance auf Teilnahme an Konzessionsvergabeverfahren oder deren reelle Chance auf Zuschlagserteilung unmittelbar beeinträchtigt wird.

Die Parteistellung nach Abs. 2 wird ferner nur dann zu bejahen sein, wenn der betreffende Unternehmer sein Interesse am Vertragsabschluss bereits durch entsprechende Handlungen (Beteiligung am Konzessionsvergabeverfahren) manifestiert hat. Solange eine solche Manifestation nicht vorliegt, sind die Beziehungen zum betreffenden Konzessionsvergabeverfahren zu vage und weitläufig, um eine Parteistellung zu begründen. Wird daher zB eine angeblich diskriminierende Ausschreibung angefochten, sind dadurch begünstigte Unternehmer, die sich noch nicht am Konzessionsvergabeverfahren beteiligt haben, nicht Parteien dieses Verfahrens.

Aus Gründen der Verfahrensökonomie und im Hinblick auf das unionsrechtliche Gebot rascher Nachprüfungsverfahren (vgl. insb. Art. 1 Abs. 1 der RMRL) sieht Abs. 3 ferner eine besondere

Präklusionsregelung vor: Die betroffenen Unternehmer müssen begründete Einwendungen erheben, ansonsten verlieren sie ihre Parteistellung. Die Regelung ist dem § 42 AVG nachgebildet und soll eine Straffung des Verfahrens ermöglichen.

Die Einwendungsfrist beträgt zehn Tage: Für den für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieter beginnt diese Frist mit der Zustellung der persönlichen Verständigung, für alle anderen „Gegenparteien" mit der Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 89. Wenn die mündliche Verhandlung schon vor Ablauf dieser Frist durchgeführt wird, müssen die Einwendungen allerdings schon in der Verhandlung erhoben werden. § 89 Abs. 4 und 5 sehen deshalb auch eine gesonderte Bekanntmachung der Verhandlung im Internet bzw. eine Verständigung des potentiellen Zuschlagsempfängers vor.

Werden begründete Einwendungen nicht rechtzeitig erhoben, geht die Parteistellung verloren. Dieser Verlust setzt eine ordnungsgemäße Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung bzw. der Verhandlung voraus, im Falle des potenziellen Zuschlagsempfängers auch eine ordnungsgemäße persönliche Verständigung. Kommt das BVwG seinen Mitteilungspflichten nicht nach, geht die Parteistellung der Unternehmer gemäß Abs. 2 daher nicht verloren.

Für den Fall des Verlustes der Parteistellung durch Unterlassung von Einwendungen trotz ordnungsgemäßer Verständigung wird § 42 Abs. 3 AVG über die „Quasi-Wiedereinsetzung" für anwendbar erklärt.

Sukzessive Anträge mehrerer Unternehmer gegen dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers sind bei allen Entscheidungen zulässig, auch bei der Zuschlagsentscheidung. Abs. 4 sieht vor, dass den Antragstellern in allen diesen Verfahren Parteistellung zukommt; dies korrespondiert mit der grundsätzlichen Verpflichtung, diese Verfahren gemeinsam durchzuführen (§ 86 Abs. 4), gilt aber auch dann, wenn diese Verfahren ausnahmsweise getrennt geführt werden. Damit werden allfällige Bindungsprobleme der in den Nachprüfungsverfahren ergehenden Entscheidungen vermieden. Ein Verlust dieser Parteistellung ist – anders als in Abs. 3 – nicht vorgesehen.

Zu § 91 (Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers):

Durch die Formulierung des § 91 wird ausdrücklich klargestellt, dass nur gesondert anfechtbare Entscheidungen für nichtig erklärt werden können, nicht aber nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen.

Abs. 1 Z 1 stellt klar, dass die angefochtene Entscheidung nur dann für nichtig zu erklären ist, wenn die gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist. Gemäß Abs. 1 Z 2 ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung nur dann für nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit wesentlichen Einfluss auf den Verfahrensausgang haben kann.

Festzuhalten ist ferner, dass die in § 91 vorgesehene Entscheidungsbefugnis – entgegen vereinzelter Bedenken in der Literatur – auch dem Unionsrecht ausreichend Rechnung trägt: Wird eine gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig erklärt, und trifft dieser neue Entscheidungen, können diese weiteren gesondert anfechtbaren Entscheidungen neuerlich angefochten werden. Die Notwendigkeit weitergehender Rechtswirkungen (zB Vollstreckbarkeit) ist auch aus unionsrechtlicher Sicht nicht gegeben, weil auch die RMRL und die Sektoren-RMRL nur die Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen fordern.

In Abs. 3 wird normiert, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, in dem betreffenden Konzessionsvergabeverfahren mit dem ihm zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des BVwG entsprechenden Rechtszustand herzustellen, wenn das BVwG eine gesondert anfechtbare Entscheidung für nichtig erklärt. Diese Regelung ist an § 28 Abs. 6 VwGVG angelehnt.

Zu § 92 (Entscheidungsfrist):

Da sich die zu lösenden Sach- und Rechtsfragen im Oberschwellen- und Unterschwellenbereich kaum unterscheiden, wird die maximale Entscheidungsfrist einheitlich mit sechs Wochen festgesetzt. Diese Entscheidungsfrist gilt nur für die Erledigung des verfahrenseinleitenden Antrages auf Nichtigerklärung einer Entscheidung des Auftraggebers; sie bezieht sich daher nicht auf die Erledigung verfahrensrechtlicher Anträge. Der zuständige Senat ist verpflichtet, unverzüglich über einen Nachprüfungsantrag zu entscheiden; er darf daher nicht automatisch bis zum Ablauf der Entscheidungsfrist zuwarten, sondern hat so rasch wie möglich zu entscheiden.

Zu § 93 (Mutwillensstrafen):

Die Regeln des VStG über die Strafbemessung werden für anwendbar erklärt; damit wird verschiedentlich in der Lehre geäußerten Bedenken Rechnung getragen, wonach es im Hinblick auf

Art. 18 B-VG problematisch sei, wenn es keine Regelungen über die Bemessung der Mutwillensstrafen gäbe.

Zu den §§ 94 bis 96 (3. Abschnitt: Einstweilige Verfügungen):

Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die Möglichkeit der Erlassung einstweiliger Verfügungen unabhängig von der Erhebung eines Nachprüfungsantrages bestehen (vgl. insb. EuGH Rs C-236/95, *Kommission/Griechenland*, und Rs C-214/00, *Kommission/Spanien*). Die Regelungen über einstweilige Verfügungen werden daher in einem eigenen Unterabschnitt geregelt.

Nach § 94 Abs. 1 kann die Antragslegitimation nur einem Unternehmer zukommen, der auch einen Nachprüfungsantrag stellen kann: Auch wenn es zulässig ist, eine einstweilige Verfügung schon vor einem Nachprüfungsantrag zu beantragen, soll sie verhindern, dass der Zweck des Nachprüfungsverfahrens durch zwischenzeitige Handlungen des Auftraggebers unterlaufen wird. Aus systematischen Gründen können mit einer einstweiligen Verfügung nur solche Maßnahmen angeordnet werden, mit denen die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung verhindert oder beseitigt werden kann. Um im Hinblick auf die Dringlichkeit einstweiliger Verfügungen umfangreiche Erhebungen zu vermeiden, soll vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung allerdings nur eine Grobprüfung der Antragsvoraussetzungen nach § 86 Abs. 1 stattfinden. Stellt sich nach Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Hauptverfahren heraus, dass der betreffende Unternehmer zu einem Nachprüfungsantrag nicht legitimiert ist, tritt die einstweilige Verfügung mit der Zurückweisung des Nachprüfungsantrages nach § 95 Abs. 4 außer Kraft.

§ 94 Abs. 2 enthält auch die Bezeichnung der vergebenden Stelle in Z 1.

§ 94 Abs. 2 Z 1 stellt ausdrücklich klar, dass sich Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausschließlich auf gesondert anfechtbare Entscheidungen beziehen können. Nach dem System des Gesetzes kann die geltend gemachte Rechtswidrigkeit auch aus der Rechtswidrigkeit einer nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung resultieren und vom Antragsteller daher auch geltend gemacht werden. Gleichfalls können im Zusammenhang mit der Darlegung der Schäden auch Schäden genannt werden, die aus einer zeitlich vorgelagerten nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung resultieren. Mangels Zeitgemäßheit ist die Faxnummer nicht mehr anzugeben sondern nur mehr die elektronische Adresse.

§ 94 Abs. 3 und 4 tragen dem Umstand Rechnung, dass die einstweilige Verfügung schon vor Einbringung des Nachprüfungsantrages beantragt werden kann. Sobald ein Nachprüfungsantrag eingebracht wurde, kann eine einstweilige Verfügung jederzeit – bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag – gestellt werden. Allerdings kann eine einstweilige Verfügung nur den Sinn haben, Schäden zu verhindern, die während eines Nachprüfungsverfahrens eintreten könnten. Vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens kann ein Antrag auf einstweilige Verfügung daher nur gestellt werden, solange ein Nachprüfungsverfahren zur Bekämpfung der betreffenden Rechtswidrigkeit noch möglich ist. Aus diesem Grund sind daher die in § 87 normierten Präklusionsfristen auch für die Stellung eines Antrages auf einstweilige Verfügung maßgeblich: Ist bereits Präklusion bezüglich einer bestimmten Rechtswidrigkeit eingetreten, kann auch eine einstweilige Verfügung nicht mehr beantragt werden. Wenn eine einstweilige Verfügung zwar rechtzeitig beantragt, in weiterer Folge aber kein Nachprüfungsantrag gestellt wird oder ein solcher wieder zurückgezogen, ist das Verfahren zur Erlassung der einstweiligen Verfügung einzustellen, oder sie tritt – wenn sie schon erlassen wurde – wieder außer Kraft. Die Verständigung über das Einstellen des Verfahrens zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist eine bloße Mitteilung und kein Beschluss oder Erkenntnis („formlos“). Es handelt sich daher um eine Abweichung von § 28 Abs. 1 iVm. § 31 Abs. 1 VwGVG.

Die Nichteinhaltung der gesetzlichen Gebote nach § 94 Abs. 5 Z 1 und 2 ist ex lege sanktionsbewehrt (vgl. § 95 Abs. 2).

In § 94 Abs. 7 wird – analog der Regelung bei Nachprüfungsanträgen – die Unzulässigkeit eines Antrages auf einstweilige Verfügung normiert, wenn er trotz Aufforderung nicht ordnungsgemäß vergebührt wird.

Durch die Formulierung des § 95 Abs. 1 wird klargestellt, dass bei Fehlen der Voraussetzungen für die einstweilige Verfügung der diesbezügliche Antrag abzuweisen ist.

Mit einer einstweiligen Verfügung können unterschiedlichste Maßnahmen angeordnet werden: neben den Hauptfällen der Untersagung der Vornahme bestimmter Handlungen des Auftraggebers oder der Aussetzung bestimmter Verfahrensschritte können aber auch alle sonstigen zielführenden Maßnahmen (zB Handlungsaufträge an den Auftraggeber) gemäß § 95 Abs. 3 angeordnet werden.

In der einstweiligen Verfügung ist ihre Dauer festzulegen. Unverhältnismäßige Nachteile für den Auftraggeber werden dadurch vermieden, dass die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung im „Hauptverfahren“ außer Kraft tritt und schon vorher von Amts wegen oder auf Antrag aufgehoben

werden kann, wenn die Voraussetzungen für sie nicht mehr vorliegen. Wenn sich die Geltungsdauer als zu kurz erweist, kann sie wie bisher auf Antrag oder von Amts wegen verlängert werden. In beiden Fällen bewirkt eine Antragstellung keine Gebührenpflicht, da nur Anträge nach den §§ 86 Abs. 1, 94 Abs. 1 und 97 Abs. 1 zu vergebühren sind.

In § 96 werden die verfahrensrechtlichen Sonderbestimmungen für das Verfahren über einstweilige Verfügungen zusammengefasst. Zu § 96 Abs. 4 vgl. die Erläuterungen zu § 93. Zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung vgl. § 83 Abs. 1 Z 2 (e contrario kann aus dieser Bestimmung geschlossen werden, dass – sofern dies ausnahmsweise doch für erforderlich erachtet werden sollte und sofern dies die unverzügliche Entscheidung über den Antrag gemäß § 83 Abs. 2 nicht verhindert – eine mündliche Verhandlung stattfinden kann). Abgesehen von den in § 96 normierten Sonderregelungen gelten die allgemeinen Bestimmungen des VwGVG bzw. des AVG. So folgt zB aus § 13 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 94 Abs. 3, dass Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen schriftlich zu stellen sind.

Um dem unionsrechtlichen Gebot eines möglichst raschen einstweiligen Rechtsschutzes Genüge zu tun, wird in § 96 Abs. 2 eine kurze Entscheidungsfrist vorgesehen. Allerdings soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das AVG keine „Werktage“ kennt. Es soll daher auf 10 Tage abgestellt werden. Da es im Falle einer Zurückstellung des Antrages zur Verbesserung (vgl. § 13 Abs. 3 und 4 AVG sowie § 94 Abs. 7) zu Verzögerungen kommen kann, die eine Einhaltung dieser sehr kurzen Frist unmöglich machen kann, wird die Frist für den Fall einer erforderlichen Zurückstellung zur Verbesserung auf 15 Tage verlängert. Der Senatsvorsitzende wird bei der Bemessung der Verbesserungsfrist darauf zu achten haben, dass er seine Entscheidung noch innerhalb dieser Frist treffen kann.

Abweichend von der allgemeinen Regelung des AVG wird zudem bestimmt, dass es zur Einhaltung der Entscheidungsfrist ausreicht, wenn die Entscheidung vor ihrem Ablauf nachweislich abgesendet wurde. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich selbst bei zügigem Vorgehen des Senatsvorsitzenden die Zustellung der einstweiligen Verfügung aus Gründen verzögern kann, die nicht in seiner Sphäre liegen (zB bei traditioneller postalischer Zustellung an einen im Ausland ansässigen Antragsteller), sodass die Erledigung dem Adressaten erst nach Ablauf der – sehr kurz bemessenen – Entscheidungsfrist zugeht. Diese Problematik stellt sich bei den üblichen Entscheidungsfristen nicht in gleicher Weise wie der hier vorgesehenen zehntägigen bzw. fünfzehntägigen Entscheidungsfrist, sodass es gerechtfertigt und notwendig erscheint, in diesem Punkt eine Sonderregelung zu treffen.

Die Entscheidungsfrist gilt auch dann, wenn der Antrag auf einstweilige Verfügung zurückzuweisen ist. Auch Zeiten, die für die Klärung der Zulässigkeit eines solchen Antrages erforderlich sind, sind in die Frist einzurechnen. Die kurze Entscheidungsfrist gilt nur für die Entscheidung über die einstweilige Verfügung, nicht für die Erledigung verfahrensrechtlicher Anträge.

Da aufgrund des § 1 Abs. 1 Z 3 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes 1991 – VVG in der Fassung des Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetzes 2013 den Bezirksverwaltungsbehörden die Vollstreckung der von den Verwaltungsgerichten mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes erlassenen Erkenntnisse und Beschlüsse obliegt, bedarf es für die Vollstreckung einstweiliger Verfügungen nicht der ausdrücklichen Anordnung der Geltung des VVG.

Zu § 97 (Einleitung des Verfahrens):

Die in Abs. 1 aufgezählten Möglichkeiten von Feststellungsanträgen entsprechen der Aufzählung der Zuständigkeiten des BVwG in § 78 Abs. 3

Durch § 97 Abs. 1 zweiter Satz soll klargestellt werden, dass im Fall einer „Antragskumulierung“ ein Antrag gestellt werden kann, in dem mehrere Feststellungen begehrt werden, für den aber – da es sich eben nur um einen Antrag handelt – auch nur eine Gebühr zu entrichten ist. Aus systematischen Erwägungen ist es zweckmäßig, auch die in § 78 Abs. 3 Z 2 grundgelegte Möglichkeit der Antragstellung durch den Auftraggeber (Antrag auf Feststellung, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte) in diese Bestimmung aufzunehmen (vgl. dazu den dritten Satz). Diese Möglichkeit des „Gegenantrages“ soll auch in dem in Abs. 1 Z 4 vorgesehen Fall (rechtswidrige Erklärung des Widerrufes) bestehen. Da das Absehen von der Nichtigerklärung – grundsätzlich – von einem „Gegenantrag“ des Auftraggebers abhängig ist, soll auch diese Antragsmöglichkeit des Auftraggebers ausdrücklich in § 97 Abs. 1 verankert werden.

Auch für Anträge gemäß § 97 Abs. 2 soll der (drohende) Schaden weiterhin Prozessvoraussetzung sein.

Aus verfahrensökonomischen Gründen wird vorgesehen, dass das BVwG bei Vorliegen mehrerer Feststellungsanträge in Bezug auf dasselbe Konzessionsvergabeverfahrens diese Verfahren nach Möglichkeit gemeinsam durchzuführen hat (Abs. 3).

Gemäß Abs. 4 kann ein Antragsteller in einem laufenden Nachprüfungsverfahren, wenn der Zuschlag erteilt oder die Ausschreibung widerrufen wurde, den Antrag stellen, das Verfahren als Feststellungsverfahren weiterzuführen (vgl. zum Zuschlag oder Widerruf bereits vor Stellung des Nachprüfungsantrages § 88 Abs. 3). Dasselbe gilt im Falle der Bewilligung oder Verfügung einer Wiederaufnahme bzw. Wiedereinsetzung: ein zwischenzeitig durch Zuschlag oder Widerruf abgeschlossenes Konzessionsvergabeverfahren soll nicht mehr wiedereröffnet werden, sondern das Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren fortgeführt werden. Genauso verhält es sich, wenn der VfGH oder der VwGH eine Entscheidung des BVwG über den Antrag auf Nichtigerklärung aufgehoben hat und vor der Entscheidung des VfGH oder VwGH der Zuschlag erteilt oder das Konzessionsvergabeverfahren widerrufen wurde.

Durch Abs. 4 ist jedenfalls klargestellt, dass ein Nachprüfungsverfahren nicht automatisch in ein Feststellungsverfahren umgewandelt wird, wenn während des Nachprüfungsverfahrens das Konzessionsvergabeverfahren durch Zuschlag oder Widerruf beendet wird. Auch in diesem Fall muss ein förmlicher Feststellungsantrag gestellt werden. Für ihn gelten – mit Ausnahme der Fristen – dieselben Anforderungen wie für sonstige Feststellungsanträge (dies gilt insbesondere für den Inhalt solcher Anträge sowie die Wirkungen einer diesbezüglichen Entscheidung, nicht jedoch für die Gebührenpflicht – siehe dazu schon die Regelung des § 85 Abs. 1). Die Frist für die Einbringung beträgt wie bisher sechs Wochen ab Kenntnis vom Zuschlag oder Widerruf, längstens jedoch sechs Monate gerechnet ab dem Zuschlag oder dem Widerruf. Solange ein solcher Feststellungsantrag nicht gestellt wurde, ruht das – noch immer anhängige – Nachprüfungsverfahren. Wird der Feststellungsantrag bis zum Ablauf der dafür maßgeblichen Frist nicht gestellt, ist das Nachprüfungsverfahren ohne Erlassung eines Beschlusses oder Erkenntnisses formlos einzustellen (dabei handelt es sich um eine Abweichung von § 28 Abs. 1 iVm § 31 Abs. 1 VwGVG). Damit werden die Regelungen über die Entscheidungspflicht modifiziert; während dieser Schwebezeit kann daher auch kein Fristsetzungsantrag beim VwGH gestellt werden.

Durch diese Regelung wird außerdem klargestellt, dass ein Unternehmer sein Rechtsschutzbedürfnis hinsichtlich der Bekämpfung einer Entscheidung über einen Antrag auf Nachprüfung beim VwGH oder VfGH nicht dadurch verliert, dass nachträglich das Konzessionsvergabeverfahren beendet wird; die vom VwGH zu einer landesrechtlichen Regelung vertretene anders lautende Auffassung (VwGH vom 24. März 2004, 2001/04/0088) kann auf die Regelung nicht übertragen werden: Wegen der Subsidiarität des Feststellungsverfahrens gegenüber dem Nachprüfungsverfahren (§ 98 Abs. 4) verliert der betroffene Unternehmer sein Rechtsschutzinteresse auf Überprüfung einer Entscheidung über einen Nachprüfungsantrag nicht dadurch, dass das Konzessionsvergabeverfahren mittlerweile beendet worden ist.

Zu § 98 (Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages):

Für den Antragsteller soll es möglich sein, die ihm bekannten Akteure zu bezeichnen; eine genaue Bezeichnung wird gelegentlich nicht möglich sein. Die Angabe der Faxnummer ist nicht erforderlich.

Der Antrag hat insbesondere – soweit zumutbar – auch den Zuschlagsempfänger zu bezeichnen (Z 3). Nicht zumutbar ist diese Bezeichnung insbesondere dann, wenn der Antragsteller bei Vergaben ohne Bekanntmachung keine Kenntnis von der Zuschlagsentscheidung erlangen kann.

Für die „Gegenanträge“ des Auftraggebers werden keine besonderen Regelungen über Inhalt und Antragsfrist getroffen; der Inhalt solcher Anträge ergibt sich aus § 78 Abs. 3 Z 2 und Abs. 4 Z 2 leg. cit., sie können erst nach einem Feststellungsantrag eines Unternehmers während des betreffenden Feststellungsverfahrens gestellt werden.

In § 98 Abs. 2 wird vorgesehen, dass Anträge binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen sind, in dem der Antragsteller vom Zuschlag oder Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können. Dies gilt für alle Arten von Feststellungsverfahren gemäß § 97 Abs. 1, da eine Ungleichbehandlung von Z 1 und 4 auf der einen Seite und Z 2 und 3 auf der anderen Seite sachlich nicht zu rechtfertigen wäre.

§ 98 Abs. 2 iVm § 100 setzt die Grundregel des Art. 2f Abs. 1 lit. b der RMRL und der Sektoren-RMRL um, wonach ein auf die Nichtigkeit des Vertrages gerichteter Antrag binnen sechs Monaten, „gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem der Vertrag geschlossen wurde“, einzubringen ist.

Durch die Frist des § 98 Abs. 2 wird eine sechsmonatige Frist ab Kenntnis bzw. Kennen-können des Zuschlages oder des Widerrufes normiert. Diese Frist entspricht auch dem unionsrechtlichen Grundsatz der Äquivalenz (vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott zu C-166/14, *MedEval* Rz 49).

Diese Frist ist vor allem für die Einbringung eines Feststellungsantrages im Hinblick auf die spätere Erlangung von Schadenersatz von Bedeutung. Hinsichtlich der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages schränkt § 100 Abs. 7 und 8 den Zeitraum der möglichen Antragstellung für eine solche

Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages entsprechend den Vorgaben der RMRL und der Sektoren-RMRL ein (vgl. die Erläuterungen zu § 100).

Die Antragsfrist des Abs. 2 wird als materiell-rechtliche Frist gestaltet, deren Versäumung zum Erlöschen des Feststellungsanspruches führt; ihre Berechnung richtet sich nach den entsprechenden Bestimmungen des materiellen Teiles. Eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung dieser Frist ist damit nicht möglich. Die Frist läuft ab dem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer vom Zuschlag bzw. vom Widerruf tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können; dabei ist davon auszugehen, dass er jedenfalls durch eine Bekanntmachung dieser Entscheidungen von ihnen Kenntnis erlangen kann.

Zu Abs. 3 vgl. die Erläuterungen zu § 88 Abs. 4.

Feststellungsanträge sind nur zulässig, soweit die betreffende Rechtswidrigkeit nicht in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden konnte. Abs. 4 ist Ausdruck des auch im Unionsrecht anerkannten Grundsatzes der Schadensminderungspflicht (vgl. dazu etwa EuGH Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pecheur/Factortame III*, Rz 85, Rs C-429/09, *Günter Fuß*, Rz 75). Der sekundäre Rechtsschutz durch Feststellungs- und Schadenersatzverfahren bleibt daher subsidiär gegenüber dem primären Rechtsschutz durch Nachprüfungsverfahren. Ob ein Verstoß gegen Vergabevorschriften im Nachprüfungsverfahren hätte geltend gemacht werden können, richtet sich nach den Umständen des jeweiligen Verfahrens. Zur Zulässigkeit der Verhinderung von Missbrauch durch den Gesetzgeber vgl. auch EuGH Rs C-137/14*, Kommission/Deutschland*, Rz 81.

In Abs. 5 wird ferner – wie im Nachprüfungsverfahren – ausdrücklich vorgesehen, dass Feststellungsanträge gemäß § 97 Abs. 1 und 2 unzulässig sind, wenn sie trotz Aufforderung nicht ordnungsgemäß vergebührt werden.

Zu § 99 (Verfahrensrechtliche Bestimmungen):

Parteistellung wird ausdrücklich nur dem Antragsteller, dem Auftraggeber und einem allfälligen Zuschlagsempfänger eingeräumt. Wenn aufgrund einer Feststellungsentscheidung des BVwG das Verfahren ex lege als widerrufen gilt, entfaltet diese Entscheidung Wirkungen gegenüber allen Teilnehmern an einem Verfahren; daher soll in diesem Fall auch allen im Verfahren verbliebenen Bietern (das sind jene Bieter, die ihre Teilnahme noch nicht selbst beendet haben oder deren Teilnahme am Verfahren noch nicht rechtskräftig beendet worden ist) im Feststellungsverfahren Parteistellung eingeräumt werden.

Da im materiell-rechtlichen Teil des BVergGKonz an Feststellungen aufgrund von Anträgen bestimmte Wirkungen anknüpfen, ist es zweckmäßig, für derartige Entscheidungen – in Anlehnung an die Regelung des § 92 für Anträge auf Nichtigerklärung – eine Entscheidungsfrist von längstens sechs Wochen vorzusehen.

Zu § 100 (Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen):

§ 100 Abs. 1 stellt klar, dass – ebenso wie im Nachprüfungsverfahren – eine Entscheidung des BVwG nur dann getroffen werden kann, wenn die geltend gemachte Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Konzessionsvergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

Die folgenden Absätze enthalten Regelungen betreffend die Nichtigerklärung von Verträgen bzw. den Umfang der Aufhebung des Vertrages, das Absehen von der Nichtigerklärung und die Verhängung von Geldbußen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die Grundsatzregelungen betreffend die Nichtigkeit von Verträgen für den Oberschwellen- und den Unterschwellenbereich getrennt geregelt (Abs. 2 und 3). Abs. 7 enthält Fristenregelungen im Zusammenhang mit der Nichtigerklärung bzw. Aufhebung von Verträgen; er ist ua. auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-166/14, *MedEval* zurückzuführen (vgl. dazu die Erläuterungen zu § 98). Abs. 8 enthält eine Regelung im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*. Die Regelungen betreffend die Geldbuße finden sich (für Oberschwellen- und Unterschwellenbereich) in den Abs. 9 und 10.

Für den Oberschwellenbereich wird folgendes Regelungsregime vorgesehen: Aus dem ersten Satz des Abs. 2 ergibt sich, dass im Oberschwellenbereich eine Feststellung gemäß § 78 Abs. 3 Z 3 und 4 grundsätzlich zur Nichtigerklärung des Vertrages durch das BVwG führt, wobei der Vertrag für absolut nichtig – somit ex tunc nichtig – zu erklären ist. Eines besonderen Antrages auf Nichtigerklärung durch den Antragsteller im Feststellungsverfahren bedarf es hierzu nicht.

Durch Abs. 2 zweiter und dritter Satz wird Art. 2d Abs. 3 der RMRL und der Sektoren-RMRL umgesetzt. Soweit zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten, ist von der Nichtigerklärung abzusehen. Dies soll nach dem zweiten Satz sowohl für die ex tunc Nichtigerklärung des gesamten Vertrages gemäß Abs. 2 als auch für die nur teilweise Aufhebung des Vertrages wegen mangelnder Rückstellbarkeit gemäß Abs. 4 gelten. Dafür wird zusätzlich auch ein

diesbezüglicher Antrag des Auftraggebers verlangt. Art. 2d Abs. 3 sowie Art. 2e Abs. 1 der RMRL und der Sektoren-RMRL sehen in diesem Zusammenhang vor, dass trotz Vorliegens eines die Unwirksamkeit nach sich ziehenden Verstoßes die vertraglichen Wirkungen bei zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses aufrechterhalten werden können, in diesem Fall sind allerdings so genannte „alternative Sanktionen" zu verhängen. Da ein Antragsteller in einem Verfahren nach § 78 Abs. 3 Z 3 und 4 regelmäßig ein Interesse an der Nichtigerklärung des Vertrages haben wird (da die Folge eine Neuausschreibung sein kann, an welcher sich der Antragsteller beteiligen kann), es aber Konstellationen geben kann, in denen auch ein Auftraggeber eher die ex tunc Nichtigerklärung des Vertrages in Kauf nehmen wird als die Verhängung von Sanktionen, soll eine Verhängung von Sanktionen (im Fall des Abs. 2) bzw. eine Verhängung von Sanktionen für mehr als die nicht-rückabwickelbaren Teile des Vertrages (im Fall des Abs. 4) nur dann in Betracht kommen, wenn der Auftraggeber gemäß Abs. 2 beantragt, von einer Nichtigerklärung abzusehen. Dabei kann der Auftraggeber auch primär beantragen, von der ex tunc Nichtigerklärung bzw. von der teilweisen Vertragsaufhebung gänzlich abzusehen, und subsidiär beantragen, den Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt aufzuheben (vgl. dazu Abs. 5). Das BVwG ist an diesen Antrag nicht gebunden; es hat somit auch bei Vorliegen eines entsprechenden Antrages (aber bei Fehlen der zwingenden Gründe eines Allgemeininteresses bzw. bei Überwiegen der Antragstellerinteressen) den Vertrag ex tunc für nichtig erklären bzw. den Vertrag gemäß Abs. 4 teilweise aufzuheben. Umgekehrt kann das BVwG aber – eine Feststellung gemäß § 78 Abs. 3 Z 3 und 4 vorausgesetzt – ohne einen entsprechenden Antrag gemäß Abs. 2 nicht von der Nichtigerklärung (gemäß Abs. 2 erster Satz) oder teilweisen Aufhebung gemäß (Abs. 4) absehen. Durch diese Antragsbedürftigkeit wird letztlich vermieden, dass das BVwG auch dann prüfen muss, ob von der Nichtigkeit abgesehen werden soll, wenn keine der Parteien dies begehrt (anders hingegen muss das BVwG von Amts wegen prüfen, ob die Voraussetzungen des § 100 Abs. 4 vorliegen und eine teilweise Aufhebung geboten ist). Es obliegt somit dem Auftraggeber, dafür zu sorgen, dass Interessen an der Aufrechterhaltung des Vertrages in die Entscheidung des BVwG einfließen können.

Nach § 100 Abs. 2 dritter Satz können wirtschaftliche Interessen an der Wirksamkeit des Vertrages nur dann als zwingende Gründe gemäß Abs. 2 gelten, wenn die Unwirksamkeit in Ausnahmesituationen unverhältnismäßige Folgen hätte. Wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag dürfen jedoch keinesfalls als zwingende Gründe eines Allgemeininteresses qualifiziert werden. Als derartige wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertrag werden in Art. 2d Abs. 2 dritter UAbs. der RMRL und der Sektoren-RMRL unter anderem die durch die Verzögerung bei der Ausführung des Vertrages verursachten Kosten genannt, die durch die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens verursachten Kosten, die durch den Wechsel des Wirtschaftsteilnehmers, der den Vertrag ausführt, verursachten Kosten sowie die Kosten, die durch rechtliche Verpflichtungen aufgrund der Unwirksamkeit verursacht werden. Derartige Kosten können es somit unter keinen Umständen rechtfertigen, von der Unwirksamkeit des Vertrages abzusehen. § 100 Abs. 2 zweiter und dritter Satz regelt somit die Konsequenzen einer Feststellung, dass rechtswidrigerweise ein Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt oder der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt worden ist in gleicher Weise.

Für den Unterschwellenbereich wird folgendes grundsätzliches Regelungsregime vorgesehen: Eingangs ist festzuhalten, dass der VfGH in seiner Judikatur zum vergaberechtlichen Rechtsschutz im Unterschwellenbereich (zuletzt VfSlg. 17.867/2006) ausführt, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Regelungen bestünden, die bei Verfahren unterhalb bestimmter Wertgrenzen Verfahrensvereinfachungen und Verfahrensbeschleunigungen vorsehen oder denkbare Rechtszüge beschränken. Vor diesem Hintergrund soll das Konzept der Nichtigkeit von Verträgen als Folge bestimmter Verstöße zwischen Ober- und Unterschwellenbereich differenziert ausgestaltet werden.

Abs. 3 sieht daher für den Unterschwellenbereich als Grundregel vor, dass eine Feststellung gemäß § 78 Abs. 3 Z 3 und 4 nur dann zur ex tunc Nichtigerklärung des Vertrages durch das BVwG führt, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers aufgrund des Gesetzes „offenkundig unzulässig" war. Abs. 3 beschränkt daher das Nichtigkeitsregime des Unterschwellenbereiches auf die gravierendsten Verstöße gegen das BVergGKonz (und das Unionsrecht), wobei zusätzlich diese Verstöße als „offenkundig" zu qualifizieren sind. War hingegen die Vorgangsweise des Auftraggebers nicht offenkundig unzulässig, so kommt das gesamte Regime der Abs. 3 bis 6 im Unterschwellenbereich von vornherein nicht zur Anwendung (und in weiterer Folge auch die Abs. 8 und 9).

Zum Konzept der Offenkundigkeit wird auf die einschlägige Rechtsprechung verwiesen: Der Begriff „offenkundig" ist im Sinne der Judikatur des EuGH zur Staatshaftung (vgl. EuGH Rs C-224/01, *Köbler gegen Österreich*: „*Bei der Entscheidung darüber, ob der Verstoß hinreichend qualifiziert ist, muss das zuständige nationale Gericht […] prüfen, ob dieser Verstoß offenkundig ist.*") und der Judikatur des

VwGH auszulegen (vgl. VwGH vom 27. April 1993, 90/04/0265: „*Offenkundig* […] *ist eine Tatsache dann, wenn sie entweder allgemein bekannt (notorisch) oder der Behörde im Zuge ihrer Amtstätigkeit bekannt und dadurch „bei der Behörde notorisch" („amtsbekannt") geworden ist.*"; mit Hinweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 23. Jänner 1986, 85/02/0210). Offenkundig bedeutet somit, dass der Rechtsverstoß evident (gleichsam „ins Auge springend") ist (ebenso auch schon BVA 5.8.2008, F/0003-BVA/10/2008-42) und nicht erst aufgrund von Erhebungen, komplexen rechtlichen Abwägungen bzw. Beurteilungen, Sachverständigengutachten usw. feststeht. Kein „offenkundiger" Rechtsverstoß liegt daher dann vor, wenn der Auftraggeber über das Vorliegen eines Tatbestandes, der die Durchführung eines Verfahrens mit nur einem Bieter rechtfertigt, einem entschuldbaren Irrtum unterlegen ist (etwa hinsichtlich des Vorliegens von Ausschließlichkeitsrechten oder im Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage der technischen Kompatibilität/Inkompatibilität).

Abs. 4 regelt (für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich) den Fall, dass der Vertrag bereits in Vollzug gesetzt wurde. Hier sind verschiedene Konstellationen denkbar: Ist die Leistung zur Gänze noch vorhanden und in natura rückstellbar, so hat das BVwG gemäß der Grundregel des Abs. 2 erster Satz bzw. Abs. 3 den Vertrag (bei Vorliegen einer Feststellung gemäß § 78 Abs. 3 Z 3 und 4) ex tunc für nichtig zu erklären. Kann die Leistung zur Gänze oder (bei teilbaren Leistungen) ein Leistungsteil nicht mehr rückgestellt werden (etwa weil die Leistung bereits ganz oder teilweise konsumiert oder gebraucht wurde) oder kann die Leistung oder ein Leistungsteil nur mehr wertvermindert rückgestellt werden (weil die Leistung/der Leistungsteil „nicht mehr neu ist") so hat das BVwG – bei Vorliegen einer Feststellung gemäß § 78 Abs. 3 Z 3 und 4 – den Vertrag nur teilweise und zwar hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch (ohne Wertminderung) rückstellbaren Leistungsteiles aufzuheben. Der Vertrag bleibt somit hinsichtlich des bereits konsumierten oder nicht rückstellbaren Leistungsteils bestehen (samt den diesbezüglichen vertraglichen Rechten). Die nur teilweise Aufhebung des Vertrags bedarf keines Antrages des Auftraggebers; das BVwG hat dies von Amts wegen zu prüfen (vgl. schon VwGH vom 18. März 2015, 2012/04/0070). Aus der Formulierung des Gesetzes („auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird") folgt, dass hinsichtlich des aufgehobenen Vertragsteiles ein Rückabwicklungsanspruch entsteht. Die Regelung des Abs. 4 (ex nunc Aufhebung hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch ohne Wertminderung rückstellbaren Leistungsteiles) ist nur dann einschlägig, wenn Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt – wenn also der Auftraggeber nicht den Antrag stellt, dass der Vertrag erst mit dem Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben werden soll und das BVwG die Aufhebung nicht erst zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügt. Außerdem sieht Abs. 2 die Möglichkeit für den Auftraggeber vor, auch in einem Fall, der nur eine teilweise Aufhebung des Vertrages gemäß Abs. 4 erfordern würde, einen Antrag auf (gänzliches) Absehen von der Aufhebung zu stellen (vgl. schon die Erläuterungen zu Abs. 2), was dann aber auch eine betragsmäßig höhere Sanktion bei Stattgabe des Antrages zur Folge hätte, als dies nur für ein teilweises Bestehenbleiben des Vertrages der Fall wäre (vgl. zur Festsetzung der Höhe der Geldbuße die Abs. 8 und 9)

Abs. 5 sieht (für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich) vor, dass – abweichend von der Grundregel des Abs. 2 bzw. 3, demzufolge der Vertrag für absolut nichtig (somit ex tunc nichtig) zu erklären ist – das BVwG auf diesbezüglichen Antrag des Auftraggebers aussprechen kann, dass der Vertrag erst mit einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird (frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des BVwG). Die Determinanten für das damit eingeräumte Ermessen (Nichtigerklärung des Vertrages ex tunc trotz Antrag des Auftraggebers oder Aufhebung des Vertrages zu einem anderen Zeitpunkt) werden im letzten Satz normiert.

Abs. 6 sieht im Sinne der zulässigen differenzierten Ausgestaltung des Rechtsschutzes zwischen Ober- und Unterschwellenbereich eine Sonderregelung allein für den Unterschwellenbereich vor. Gemäß Abs. 6 hat das BVwG bei Vorliegen einer Feststellung gemäß § 78 Abs. 3 Z 4 und 5 – selbst wenn die Vorgangsweise offenkundig unzulässig war – die vertraglichen Wirkungen aufrechtzuerhalten, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und eine Interessenabwägung (zwischen den Interessen des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertrages und den Interessen des Antragstellers an der Beendigung des Vertrages) zu seinen Gunsten ausfällt. Bei dieser Interessenabwägung sind auch allfällige von der Vertragsbeendigung betroffene öffentliche Interessen zwingend zu berücksichtigen. Abs. 6 erfasst somit jedenfalls alle Konstellationen gemäß Abs. 2 („zwingende Gründe eines Allgemeininteresses") enthält aber eine darüber hinausgehende Berücksichtigungsregel. Es ist zu prüfen, ob sachliche Gründe für eine spätere Aufhebung des Vertrages sprechen; etwa die Unzumutbarkeit der (sofortigen) ex nunc Aufhebung von Verträgen.

Da nach § 98 Abs. 2 für die Einbringung eines Feststellungsantrages eine subjektive Frist vorgesehen ist, soll die Möglichkeit der Nichtigerklärung in § 356 grundsätzlich auf eine maximale objektive Frist von sechs Monaten ab dem Tag des Zuschlages begrenzt werden (vgl. dazu einerseits die Erläuterungen zu

§ 354 und andererseits Art. 2f Abs. 1 lit. b der RMRL und der Sektoren-RMRL). Damit ist es auch bei einem erst nach Jahren eingebrachten Feststellungsantrag nicht möglich, den Vertrag oder Teile davon für nichtig zu erklären. Dies entspricht den Vorgaben der RMRL und der Sektoren-RMRL und dient der Rechtssicherheit. Voraussetzung für die Nichtigerklärung bzw. teilweise Aufhebung des Vertrages ist nach Abs. 7 daher grundsätzlich, dass der Feststellungsantrag binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag eingebracht wurde. Die Sechsmonatsfrist ist eine Ausschlussfrist (vgl. VwGH vom 16. März 2016, 2015/04/0004).

Davon abweichend enthält der zweite Satz des Abs. 7 zwei Fristverkürzungen. Es ist auch in den Fällen des Abs. 7 zulässig, einen Feststellungsantrag (im Hinblick auf die Erlangung von Schadenersatz) innerhalb der Fristen des § 98 Abs. 2 zu stellen; die Nichtigerklärung bzw. Aufhebung von Teilen des Vertrages ist jedoch nur – entsprechend der Vorgaben der RMRL und Sektoren-RMRL – zulässig, wenn die Voraussetzungen des Abs. 7 erfüllt sind.

Abs. 7 Z 1 enthält folgende Fristverkürzung auf 30 Tage (wie dies aufgrund des Art. 2f Abs. 1 lit. a der RMRL und der Sektoren-RMRL unionsrechtlich zulässig ist): Wenn es sich beim Antragsteller um einen im Konzessionsvergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt, dann kommt es zu einer Fristverkürzung, wenn der Auftraggeber diesem gemäß § 73 Abs. 2 mitgeteilt hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt wurde.

Wenn es sich um einen Antrag gemäß § 97 Abs. 1 Z 2 (Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) handelt und kein Bieter im Konzessionsvergabeverfahren verblieben ist, ist für eine Fristverkürzung zwischen der Rechtslage vor und nach dem 18. Oktober 2018 zu unterscheiden (vgl. Z 2):

Da auf österreichischer Ebene erst mit dem 18. Oktober 2018 eine Bekanntgabe mittels Kerndaten erfolgen soll, soll es bis zu diesem Zeitpunkt nur – aber dies auch im Unterschwellenbereich – erforderlich sein, eine Bekanntmachung auf Unionsebene (freiwillig) zu schalten, um von der Verkürzung auf 30 Tage profitieren zu können.

Ab dem 18. Oktober 2018 muss bei Vergaben im Oberschwellenbereich sowohl eine Bekanntgabe auf Unionsebene als auch auf österreichischer Ebene erfolgen (vgl. Artikel 5 Z 5). Es muss daher eine Bekanntgabe gemäß den §§ 34 Abs. 1 oder 2 und 35 Abs. 1 oder 2 bzw. im Unterschwellenbereich gemäß § 37 Abs. 1 oder 2 stattfinden, um die Fristverkürzung in Anspruch nehmen zu können.

Wenn der Auftraggeber im Fall der Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sicher gehen will, dass es zu einer Verkürzung der grundsätzlich sechsmonatigen Frist auf 30 Tage kommt, dann muss er jedenfalls eine Bekanntgabe vornehmen und zusätzlich den im Konzessionsvergabeverfahren verbliebenen Bietern (sofern es solche gibt) mitteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt worden ist. Eine Verpflichtung zur nachträglichen Bekanntgabe derart vergebener Aufträge wird dadurch nicht normiert. Wenn der Auftraggeber von der eingeräumten Möglichkeit keinen Gebrauch macht, kann eine Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages stattfinden, wenn der Feststellungsantrag binnen der sechsmonatigen Frist des ersten Satzes des Abs. 7 eingebracht wurde.

Eine ex-post Bekanntmachung iSd Abs. 7 Z 2 hat jedenfalls die wesentlichsten Elemente des vergebenen Auftrages wie Auftraggeber (vergebende Stelle), erfolgreicher Bieter, Auftragsgegenstand und Auftragswert zu enthalten, die einem Unternehmer die Einschätzung ermöglichen, ob er ein Interesse am Abschluss dieses Vertrages haben hätte können bzw. ob die Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtmäßig gewesen sein konnte. Der Maßstab, der an die Begründung der ex-post Bekanntmachung zu legen ist, hat jenem Sorgfaltsmaßstab zu entsprechen, der vom EuGH in seinem Urteil in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*, niedergelegt wurde (vgl. die Erläuterungen zu Abs. 8). Dies gilt auch für Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung; die entsprechenden Ausführungen sind daher in das Standardformular der Kommission aufzunehmen (vgl. dazu das entsprechende, frei befüllbare Feld in Anhang D4, Pkt. 2 iVm Pkt. 3 des Standardformulars 25, http://simap.ted.europa.eu/documents/10184/99158/DE_F25.pdf sowie Anhang V Teil B Z 6 des Gesetzes). Anderenfalls beginnt die 30 Tagesfrist nicht zu laufen und es gilt die Sechsmonatsfrist gemäß dem ersten Satz des Abs. 7.

Durch § 100 Abs. 8 wird Art. 2d Abs. 4 der RMRL und der Sektoren-RMRL umgesetzt: Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*, festgehalten, dass im Zusammenhang mit der freiwilligen ex ante Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung (vgl. dazu jeweils Art. 2d Abs. 4 der RMRL bzw. Art. 2d Abs. 4 der Sektoren-RMRL und die Erläuterungen zur RV 327 BlgNR XXIV. GP 15 f) zu beachten ist, dass die im Unionsrecht vorgesehene Konsequenz (Gültigkeit des Vertrages) nur dann eintritt, wenn alle in der genannten Bestimmung der RMRL (bzw. der Sektoren-RMRL) festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Ein Auftraggeber muss daher bei der Entscheidung, ein Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchzuführen,

sorgfältig handeln und hat zu prüfen, ob er zu Recht davon ausgehen darf („der Ansicht sein kann"), dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Ausnahmeverfahrens vorliegen. In diesem Zusammenhang kommt der Begründung des Auftraggebers im Rahmen der ex ante Veröffentlichung besondere Bedeutung zu. Diese Begründung hat in klarer und eindeutiger Weise darzulegen, warum der Auftraggeber rechtmäßiger Weise der Ansicht sein kann, dass die – restriktiv auszulegenden – Voraussetzungen für ein Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung erfüllt sind. Im Oberschwellenbereich sind daher die entsprechenden Ausführungen in das Standardformular der Kommission aufzunehmen (vgl. dazu das entsprechende, frei befüllbare Feld in Anhang D4 des Standardformulars 15), im Unterschwellenbereich in die jeweilige innerstaatliche Bekanntmachung. Da nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der die Ausnahme rechtfertigenden Umstände zur Inanspruchnahme einer Ausnahmevorschrift (hier: der Anwendbarkeit eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) denjenigen trifft, der diese Ausnahmevorschrift in Anspruch nehmen möchte (vgl. etwa EuGH Rs C-275/08, *Kommission/Deutschland*, Rz 56 mwN der Judikatur), hat der Auftraggeber dies sorgfältig zu prüfen und zu begründen. Die Begründung muss es allfälligen interessierten Unternehmen ermöglichen, die Überlegungen des Auftraggebers nachvollziehen und die Rechtskonformität der Vorgangsweise beurteilen zu können. So genügt etwa eine bloß formelhafte Begründung (zB durch Wiedergabe der verba legalia) diesem Maßstab nicht. Auftraggeber müssen daher (die ihnen zumutbaren) Erhebungen in sorgfältiger Weise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes durchführen, auf dieser Bewertungsgrundlage den nachvollziehbaren Schluss ziehen können, ein Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen zu dürfen und diese Überlegungen in der Bekanntmachung offen legen. Hat der Auftraggeber diesen subjektiven, jedoch besonderen Sorgfalts- und Begründungsmaßstab eingehalten, unterlag er dabei jedoch einem entschuldbaren Rechtsirrtum, so schadet dies im Kontext der freiwilligen ex ante Bekanntmachung nicht: sofern auch die weitere Voraussetzung (Beachtung der Zehn-Tages-Frist ab Veröffentlichung der Bekanntmachung) eingehalten wird, kann der Vertrag nicht für „unwirksam" im Sinne der RMRL (bzw. der Sektoren-RMRL) erklärt werden (hingegen ist die Erlangung von Schadenersatz denkbar). Hat hingegen der Auftraggeber diese Vorgaben nicht beachtet oder ist er auffallend sorglos, grob fahrlässig oder gar willkürlich vorgegangen, so wäre trotz Veröffentlichung einer Bekanntmachung und Einhaltung der Stillhaltefrist der Vertrag für „unwirksam" zu erklären, wenn der Antrag entsprechend der Frist des Abs. 7 eingebracht wurde.

Durch die Formulierung „*sofern der Auftraggeber der Ansicht ist, dass .... zulässig ist*" in den Bestimmungen auf die § 100 Abs. 8 verweist, soll im Sinne des zitierten Judikates und in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Richtlinien einerseits zum Ausdruck gebracht werden, dass kein objektiver, sondern ein subjektiver Maßstab heranzuziehen ist (arg. „der Ansicht ist"), und dass andererseits nur bei Einhaltung des oben beschriebenen Sorgfaltsmaßstabes bei der Prüfung der Zulässigkeit der Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung eine ex ante Bekanntmachung überhaupt zulässig ist. Flankierend dazu sieht Abs. 8 vor, dass nur derartige – zulässige – Bekanntmachungen auch dazu führen, dass – bei einem Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen – der Vertrag nicht für „unwirksam" iSd RMRL und der Sektoren-RMRL erklärt werden kann. Darüber hinaus stellt Abs. 8 als weitere Voraussetzung für die Unzulässigkeit der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages darauf ab, dass die publizierte Entscheidung „entsprechend begründet" war. Diese Wortfolge greift die im Urteil des EuGH hervorgehobene Voraussetzung auf, wonach nur klare, eindeutige und nachvollziehbare Begründungen des Auftraggebers in der ex ante Bekanntmachung die Voraussetzung der RMRL (bzw. der Sektoren-RMRL) erfüllen, dass eine Bekanntmachung vorliegt, „*wie sie in Art. 3a der vorliegenden Richtlinie beschrieben ist*" (vgl. dazu jeweils Art. 3a lit. c der zitierten Richtlinien und Rz 48 des Urteils: „*Was diesen letzten Punkt betrifft, muss diese Begründung klar und unmissverständlich die Gründe erkennen lassen, die den öffentlichen Auftraggeber zu der Auffassung veranlasst haben, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben zu können, damit die Beteiligten in voller Sachkenntnis entscheiden können, ob sie es für nützlich erachten, die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle anzurufen, und damit diese eine wirksame Kontrolle vornehmen kann.*" Nur soweit beide (kumulativen) Voraussetzungen erfüllt werden, zieht die Einhaltung der zehntägigen Stillhaltefrist gemäß Abs. 8 auch die Unzulässigkeit der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages nach sich.

Zur Bekanntmachung an sich wird auf die entsprechenden Vorschriften des materiellen Teiles verwiesen. Die Inhalte der Bekanntmachung müssen bei einer österreichischen Bekanntmachung für mindestens zehn Tage verfügbar sein, da der Auftraggeber in dieser Zeit auch mit der Zuschlagserteilung zuwarten muss. Die Verfügbarkeit der Bekanntmachung im ABl. der Europäischen Union kann durch das nationale Recht nicht geregelt werden.

Dass eine freiwillige ex-ante-Bekanntmachung nach den Vorgaben des materiellen Teils stattgefunden hat, muss vom Auftraggeber entsprechend dokumentiert und nachgewiesen werden. Dieser hat mit entsprechenden Mitteln (Speicherung über Server, Screenshots, etc.) nachzuweisen, dass, wann und wie lange eine entsprechende Bekanntmachung auf österreichischer Ebene stattgefunden hat, damit das BVwG dies gegebenenfalls nachprüfen kann.

Ab 18. Oktober 2018, erhalten die verwiesenen Bestimmungen im Abs. 8 aufgrund des Außerkrafttretens anderer Bestimmungen eine andere Bezeichnung (vgl. Artikel 5 Z 6). Inhaltlich bleibt Abs. 8 jedoch unverändert.

Gemäß Art. 2d Abs. 2 der RMRL und der Sektoren-RMRL richten sich die Folgen der Unwirksamkeit des Vertrages nach einzelstaatlichem Recht. Es kann somit vorgesehen werden, dass alle vertraglichen Verpflichtungen rückwirkend aufgehoben werden oder dass die Wirkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen beschränkt ist, die noch zu erfüllen sind. Wenn die Nichtigkeit aber nicht rückwirkend (ex tunc) eintritt, dann sind sogenannte „alternative Sanktionen“ im Sinne des Art. 2e Abs. 2 der RMRL und der Sektoren-RMRL zu verhängen.

Art. 2e Abs. 2 der RMRL und der Sektoren-RMRL nennt die Verkürzung der Laufzeit des Vertrages als eine mögliche alternative Sanktion. Dies ist jedoch, wie auch die Kommission bestätigte, insofern verfehlt, als die Verkürzung der Laufzeit ohnehin nur in Betracht kommt, wenn der Vertrag nicht ex tunc vernichtet wird. Als alleinige „Sanktion“ kommt somit – auch im Einklang mit der Auffassung der Kommission – die Laufzeitverkürzung nicht in Betracht.

Vor diesem Hintergrund sieht Abs. 9 Geldbußen (als „Sanktionen“) für alle Fälle vor, in denen abweichend von den Grundregeln der Abs. 2 erster Satz und 3 das BVwG gemäß den zitierten Bestimmungen den Vertrag nicht für absolut nichtig erklärt und für jene Fälle, in denen der Vertrag nur teilweise bestehen bleibt. Während in Bezug auf den Oberschwellenbereich sich die Regelung des Abs. 9 vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Rechtslage als notwendig erweist, ergibt sich ein, durch die Anwendungsvoraussetzungen des Abs. 3 ohnehin auf die gravierendsten Verstöße eingeschränktes, Regelungsbedürfnis im Unterschwellenbereich durch das Sachlichkeitsgebot. So ist es sachlich nicht zu rechtfertigen, dass in den Fällen, in denen Konzessionsvergabeverfahren offenkundig rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurden oder der Zuschlag offenkundig rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde und in denen darüber hinaus die Leistung nicht mehr vollständig oder ohne Wertverminderung rückgestellt werden kann, ein Auftraggeber lediglich damit „sanktioniert“ wird, dass der Vertrag nur teilweise weiterbesteht.

In der Entscheidung des VwGH vom 18. März 2015, 2012/04/0070 (Pkt. 4.5.1.) hatte der VwGH eine Lücke in § 334 Abs. 7 BVergG 2006 erkannt. Dieser sei um den Verweis auf Abs. 4 zu ergänzen. Die teilweise Aufhebung eines Vertrags dürfe nicht anders behandelt werden als eine gänzliche Nichtigerklärung, da die Richtlinie auch für jene Teile des Vertrages, die nicht aufgehoben werden, eine alternative Sanktion verlange. Da dies aber nicht nur auf Abs. 4, sondern auch auf Abs. 5 und 6 zutrifft, sind auch diese Bestimmungen in Abs. 9 aufzuzählen, da diese Rechtsprechung auch auf den Rechtsschutz betreffend Konzessionsvergabeverfahren zu übertragen ist. Eine spätere Vertragsaufhebung ist nicht anders zu werten als ein nicht rückabwickelbarer Teil des Vertrages gemäß Abs. 4; auch gemäß Abs. 5 wird nämlich ein Teil des Vertrages (der erst in der Zukunft liegt) nicht aufgehoben. Dieser Teil des Vertrags ist aber trotzdem zu missbilligen und daher nach der RMRL auf andere („alternative“) Weise zu sanktionieren. Sinngemäßes gilt für Abs. 6: Auch hier wäre es sachlich nicht zu rechtfertigen keine alternative Sanktion vorzusehen.

Bei der Verhängung einer Geldbuße („alternative Sanktion“) handelt es sich gemäß Abs. 9 nicht um eine Verwaltungsstrafe und stellt das diesbezügliche Verfahren somit kein Verfahren wegen einer Verwaltungsübertretung dar (vgl. die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2010 RV 327 BlgNR XXIV. GP sowie VfGH vom 8. Oktober 2015, G 154/2015 ua).

In bestimmten Fällen ist die Verhängung der Geldbuße antragsbedürftig; das BVwG kann gemäß Abs. 2 zweiter Satz, 5 und 6 überhaupt nur dann eine solche Sanktion verhängen, wenn der Auftraggeber beantragt, von der Nichtigerklärung des Vertrages zur Gänze (oder zumindest teilweise) abzusehen. Die Regelung weist somit Züge einer Wahlmöglichkeit desjenigen auf, über den die Sanktion verhängt werden soll.

Allgemein wird festgehalten, dass der grundsätzliche Maßstab für die Höhe der Geldbuße die in Abs. 9 genannten Kriterien (wirksam, verhältnismäßig und abschreckend) sind. Diese Vorgaben sind insbesondere bei der Bemessung der Höhe einer Geldbuße zu beachten. Hinsichtlich der Begrenzung der Höchstsumme der Geldbuße in Abs. 10 ist Folgendes auszuführen: Da das System der Geldbuße der Wiederherstellung des – durch einen Verstoß gegen Unionsrecht gestörten – Wettbewerbes dient, ist es sachgerecht die Höhe der Geldbuße an der Auftragssumme zu orientieren. Aus unionsrechtlicher Sicht ist

eine Begrenzung der Höchstsumme (orientiert an der Auftragssumme) (auch nach Auffassung der Kommission) zulässig, wobei im Anwendungsbereich der RMRL und der Sektoren-RMRL seitens der Kommission eine Höchstgrenze von weniger als 20% der Auftragssumme nicht mehr als abschreckend angesehen würde. Im Unterschwellenbereich soll – im Sinne der oben erwähnten zulässigen verfassungsrechtlichen Differenzierung zwischen Ober- und Unterschwellenbereich – die Höchstgrenze reduziert und mit 10% des Wertes des Konzession gedeckelt werden.

Da es nicht sachgerecht wäre, bei einer nur teilweisen oder in der Zukunft liegenden Aufhebung des Vertrages die Geldbuße jedenfalls vom gesamten Wert der Konzession zu berechnen, sieht Abs. 9 vor, dass die Geldbuße nach dem Umfang jenes Teiles des Wertes der Konzession zu bemessen ist, der trotz festgestellter Rechtswidrigkeit nicht aufgehoben wird. Ist also etwa eine Konzession mit einem Konzessionswert von 6 Millionen Euro nur mehr zur Hälfte rückabwickelbar, so beträgt die Höchstgrenze für die Geldbuße 600.000 Euro (20% von 3 Millionen Euro). Gemäß Abs. 10 hat das BVwG weiters für die Verhängung einer Sanktion die Schwere des Verstoßes bzw. die Vorgangsweise des Auftraggebers zu berücksichtigen. Die verhängte Sanktion muss daher entsprechend schärfer ausfallen, wenn ein qualifizierter Verstoß des Auftraggebers vorliegt bzw. seine Vorgangsweise offenkundig unzulässig war. Der ebenfalls bezogene § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes – VbVG, BGBl. I Nr. 151/2005, nennt in seinem Abs. 2 als Erschwerungsgründe das Ausmaß der Schädigung bzw. der Gefährdung, das Ausmaß des erlangten Vorteils sowie das Ausmaß, in dem gesetzwidriges Verhalten der Mitarbeiter geduldet wurde. In Betracht zu ziehende Milderungsgründe gemäß § 5 Abs. 3 VbVG sind zB bereits vor der Tat gesetzte Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten (Z 1) oder Schritte zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten (Z 5).

Gemäß EG 19 der RL 2007/66/EG dürfen Geldbußen nicht an den sanktionierten Auftraggeber selbst entrichtet werden. Aus diesem Grund wird der Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung als Empfänger der Geldbußen festgelegt (vgl. § 2 FTFG, BGBl. Nr. 434/1982). Das BVwG hat bei der Verhängung von Geldbußen in der diesbezüglichen Entscheidung gleichzeitig eine Frist zur Zahlung der Geldbuße festzulegen. Die Geldbußen sind in einem ersten Schritt an das BVwG zu zahlen und von diesem an den Fonds weiterzuleiten.

Zu § 101 (Unwirksamerklärung des Widerrufes):

§ 101 enthält die Kompetenz des BVwG, den Widerruf bei Vorliegen eines bestimmten Verstoßes für unwirksam zu erklären. Voraussetzung dafür ist, dass der Antragsteller dies beantragt hat und dass im Rahmen einer Interessenabwägung das BVwG zum Schluss kommt, dass das Interesse der Bieter an der Fortführung des Verfahrens das Interesse des Auftraggebers an der Beendigung des Verfahrens überwiegt.

Zum 3. Teil (Außerstaatliche Kontrolle, Statistik, Verpflichtungen nach Zuschlagserteilung und zivilrechtliche Bestimmungen):

§ 102 dient zur Umsetzung des in der RMRL (Art. 3) bzw. in der Sektoren-RMRL (Art. 8) vorgesehenen Korrekturmechanismus und stellt eine spezifische Ausformulierung des Grundsatzes des Art. 4 Abs. 3 EUV (Loyalitätsgebot) dar. Abs. 2 enthält die bei Beschwerde- und Auskunftsersuchen sowie bei Vertragsverletzungsverfahren einzuhaltende Vorgangsweise. Abs. 3 beinhaltet die Verpflichtung der Auftraggeber und allfällig betroffener Unternehmer, entsprechende Unterlagen für die Erstellung der Stellungnahme der Republik zur Verfügung zu stellen.

Die §§ 103 bis 105 sehen die Übermittlung statistischer Aufstellungen vor, womit im Wesentlichen den Berichtspflichten gegenüber der Kommission entsprochen werden soll (vgl. Art. 45 Abs. 3 der RL 2014/23/EU).

§ 106 enthält die Bestimmungen über die Bekanntgabe neuer Subunternehmer nach Zuschlagserteilung. Ziel dieser Bestimmung ist die Erhöhung der Transparenz im Rahmen der Konzessionsausführung. Die Zustimmung zu einem neuen Subunternehmer oder dessen allfällige Ablehnung ist „unverzüglich“ mitzuteilen; „unverzüglich“ bedeutet ohne schuldhafte Verzögerung. Teilt der Auftraggeber nicht in diesem Sinn „unverzüglich“ die Zustimmung oder Ablehnung mit, wird dies im Rahmen des zivilrechtlichen Auftragsverhältnisses entsprechende Berücksichtigung finden (zB bei Pönalen).

§ 107 bestimmt, dass Verträge zumindest für die Dauer ihrer Laufzeit aufzubewahren sind. Hinzuweisen ist darauf, dass andere gesetzlich festgelegte Aufbewahrungspflichten durch diese Bestimmung nicht berührt werden.

§ 108 setzt Art. 43 der RL 2014/23/EU und die Rechtsprechung des EuGH (vgl. dazu etwa Rs C-337/98, *Kommission gegen Frankreich*, C-454/06, *pressetext*, C-160/08, *Kommission gegen Deutschland*, C-91/08, *Wall AG*, und C-549/14, *Finn Frogne A/S*) um. Danach führen „wesentliche Änderungen von Konzessionsverträgen“ (vgl. dazu die demonstrative Aufzählung in Abs. 2) jedenfalls zur Verpflichtung

zur Neuausschreibung. Abs. 3 enthält jene Konstellationen, die nicht als „wesentliche Änderungen von Konzessionsverträgen“ zu qualifizieren sind. § 109 enthält parallel dazu eine Verpflichtung, unter bestimmten Umständen (vgl. dazu § 109 Z 1 und 2) Verträge „unverzüglich“ zu kündigen.

§ 110 beinhaltet eine neue Meldepflicht im Zusammenhang mit vergebenen Baukonzessionen. Sofern der Wert einer Baukonzession 1 Million Euro übersteigt, sind bestimmte Daten an die Baustellendatenbank zu melden. Die Übermittlungspflicht des Auftraggebers erschöpft sich in der Übermittlung (§ 4 Z 12 des Datenschutzgesetzes 2000 – DSG 2000, BGBl. I Nr. 165/1999) der in Abs. 1 und 2 genannten Daten an die Baustellendatenbank, weshalb es zusätzlicher gesetzlicher Regelungen über die Zulässigkeit der Verwendung der Daten bedarf. Die datenschutzrechtliche Auftraggebereigenschaft (§ 4 Z 4 DSG 2000) an den in die Baustellendatenbank übermittelten Daten richtet sich in der Folge nach den Bestimmungen des BUAG.

Klarstellend wird festgehalten, dass zuerst eine Meldung nach Abs. 1 zu erfolgen hat, die die in Z 1 bis 3 genannten Daten enthält. Zu Abs. 1 Z 2 und 3 und Abs. 2 Z 1 und 2 „Kurzbeschreibung des Gegenstandes der Konzession“ bzw. „Kurzbeschreibung des Gegenstandes der Bauleistung“ ist klarstellend hinzuzufügen, dass eine aussagekräftige schlagwortartige Beschreibung der auszuführenden Leistung ausreichend ist. In weiterer Folge sind Meldungen nach Abs. 2 einzubringen, sofern im Angebot mehrere Subunternehmer für einen Leistungsteil genannt wurden (Z 1), ein Subunternehmer gewechselt wird oder ein neuer Subunternehmer herangezogen werden soll (Z 2) bzw. Berichtigungen oder Ergänzungen notwendig werden (Z 3). In allen Fällen des Abs. 2 sind die Daten nach Abs. 1 (insbesondere daher die Daten gemäß Z 1 und 2) nicht mehr zu melden; die Verknüpfung zur gegenständlichen Konzession ergibt sich über die Kennzahl der Konzession, die dem Auftraggeber nach einer Meldung gemäß Abs. 1 von der BUAK bekannt gegeben wird (und somit naturgemäß bei der Meldung nach Abs. 1 noch nicht gemeldet werden kann, da sie dem Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt noch nicht zur Verfügung steht).

Die Daten, die gemäß Abs. 1 Z 3 sowie Abs. 2 Z 1 und 2 zu melden sind, sind solche, die sich auf den jeweiligen Auftragsteil des betreffenden Subunternehmers beziehen; der Zusammenhang dieser Daten mit den Daten des Abs. 1 Z 1 und 2 ergibt sich einerseits aus der Kennzahl des Auftrages bzw. im Falle des Abs. 1 Z 3 aus der gleichzeitigen Einmeldung.

Zu Abs. 2 Z 3 wird angemerkt, dass damit allgemein Berichtigungen bzw. Ergänzungen erfasst sind. Darunter fällt die Löschung von Daten über Subunternehmer, die vom Konzessionär in weiterer Folge nicht für die Ausführung des jeweiligen Leistungsteiles herangezogen werden (weil etwa der Konzessionär diesen Leistungsteil selbst ausführt). Ebenso erfasst sind zB etwaige Adressänderungen der Subunternehmer, aber auch des Konzessionärs selbst (somit Änderungsmeldungen zu Abs. 1 Z 1).

§ 111 setzt die Regelung des Art. 7 der RL 2014/55/EU um (vgl. dazu auch die Inkrafttretensbestimmung des § 119 Abs. 3). In diesem Zusammenhang ist für den Bund auch auf die Bestimmung des § 5 IKT-Konsolidierungsgesetzes – IKTKonG, BGBl. I Nr. 35/2012, und die e-Rechnungsverordnung, BGBl. II Nr. 505/2012, hinzuweisen. Für den Vollziehungsbereich des Bundes hat dies zur Konsequenz, dass e-Rechnungen verpflichtend von den Vertragspartnern des Bundes zu verwenden und gemäß § 5 e-Rechnungsverordnung über USP/PEPPOL Transport-Infrastruktur einzubringen sind. § 111 ist insofern „entwicklungsoffen“, als auch zukünftige Änderungen der Europäischen Norm bzw. der Syntaxlisten automatisch zu beachten sind. Das Unternehmensserviceportal (USP, www.usp.gv.at) ist das zentrale Internetportal für in Österreich ansässige Unternehmen bzw. sonstige Vertragspartner von öffentlichen Stellen bzw. Auftraggebern. Es bietet eine Authentifizierung und einen direkten Zugang zu zahlreichen E-Government- Anwendungen sowie unternehmensrelevanten Informationen. Von der Internetseite des USP erfolgt eine Weiterleitung zur „e-Rechnung“-Internetseite der jeweiligen Auftraggeber. Eine von der Europäischen Union bereitgestellte Einrichtung zur Abwicklung elektronischer Beschaffungsvorgänge innerhalb der EU ist zB die Pan-European Public Procurement OnLine (PEPPOL)-Transport-Infrastruktur. Hinzuweisen ist auch darauf, dass Konzessionäre die Möglichkeit haben, ihre Rechnungen durch Nutzung der Dienste eines Dritten RL-konform gestalten zu lassen (vgl. dazu auch EG 35 der RL 2014/55/EG).

Die §§ 112 bis 117 enthalten die Bestimmungen über Schadenersatzansprüche, Rückgriffs- und Rücktrittsrechte sowie die diesbezüglichen Zuständigkeiten und Verfahren.

Zum 4. Teil (Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen):

Der 4. Teil enthält ua. die Strafbestimmungen, die Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsbestimmungen, die Vollziehungsklausel sowie die Bezugnahme auf die durch das BVergGKonz 2017 umgesetzten bzw. berücksichtigten Rechtsakte der Europäischen Union.

Zu Art. 5 (Änderung des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2017)

Artikel 5 enthält die Adaption jener Bestimmungen betreffend die Verpflichtung zur Bekanntmachung im Wege von Metadaten und Kerndaten, welche mit 18. Oktober 2018 – wie auch im BVergG 2017 – in Kraft treten sollen.

Zu Art. 6 (Bundesvergaberechtsschutzgesetz Öffentlicher Personenverkehr – BVRG-ÖPV)

Allgemeiner Teil

1. Ausgangslage und Zielsetzung

1.1.

Nach dem BVergG 2006 sind Dienstleistungen des Eisenbahnverkehrs einschließlich U-Bahn als nicht prioritäre Dienstleistungen (Anhang IV Kat 18, § 141 BVergG 2006) vom BVergG 2006 erfasst und unterliegen daher Vergaben von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen dem Rechtsschutzregime des BVergG 2006; dies auch dann, wenn sie im Wege der Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 erfolgen (§ 141 Abs. 3 BVergG 2006), siehe dazu jüngst BVwG 29.9.2016, W1872131055-2/47E ua.

1.2.

Die in Kraft getretenen RL 2014/24/EU und 2014/25/EU nehmen die Vergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten auf Schiene oder per Untergrundbahn von ihrem Anwendungsbereich aus (Art. 10 lit. i bzw. Art. 21 lit. g). Demzufolge ist im Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein BVergG (neu) erlassen wird, die Vergabe von öffentlichen Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen und Personenverkehrsdienstleistungen per U-Bahn von seinem Geltungsbereich ausgenommen (§ 9 Abs. 1 Z 17 bzw. § 178 Abs. 1 Z 17 Entwurf BVergG 2017). Damit wird für diese Vergaben auch der bisher im Wege des BVergG 2006 sichergestellte Rechtsschutz, den jedoch Art. 5 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 (auch in der derzeit gültigen Fassung) weiterhin verlangt, entfallen.

1.3.

Es wird daher mit dem Außerkrafttreten des bisherigen BVergG 2006 eine Rechtsschutzlücke im Zusammenhang mit der Vergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten auf der Schiene oder per Untergrundbahn entstehen. Sie soll durch das BVRG-ÖPV geschlossen werden.

1.4.

Vor dem Hintergrund der künftigen Vergaberechtslage stellt sich die Vergabe von Diensten des öffentlichen Personenverkehrs iSd Art. 2 lit. a iVm lit. i VO (EG) Nr. 1370/2007 insgesamt und im Überblick wie folgt dar, wobei zu beachten ist, dass der Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrages iSd VO (EG) Nr. 1370/2007 sowohl Dienstleistungsaufträge gemäß Art. 2 Z 5 iVm Z 9 RL 2014/24/EU (Art. 2 Z 1 und Z 5 RL 2014/25 EU) als auch – von diesen beiden RL nicht geregelte – Dienstleistungskonzessionen umfasst.

1.5.

Für Dienstleistungskonzessionen (§ 8 BVergG 2006) besteht zwar nach dem BVergG 2006 eine rudimentäre Vergaberegelung (§ 11 BVergG 2006), für die das Rechtsschutzregime des BVergG 2006 nicht gilt. Für die der VO (EG) Nr. 1370/2007 unterfallenden Personenverkehrsdienstleistungs-konzessionen enthält § 11 BVergG 2006 derzeit die Regelung, wonach die Anwendung der Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 unberührt bleibt, somit diese (Vergabe-)Vorschriften jene des § 11 BVergG 2006 – wie es in § 141 Abs. 3 BVergG 2006 derzeit für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen vorgesehen ist – verdrängen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die (neue) KonzessionsvergabeRL 2014/23/EU, die in Österreich in einem eigenen Konzessionsvergabegesetz umgesetzt werden wird, Konzessionen im Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste iSd VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht umfasst (Art. 10 Abs. 3 RL 2014/23/EU). Daher gilt für diese auch nicht die Erstreckung des Rechtsschutzes, die die RL 2014/23/EU gemäß Art. 46 und 47 für Konzessionsvergaben durch Änderung der bestehenden RechtsmittelRL 89/665/EWG bzw. 92/13/EWG in der durch die RechtsmitteländerungsRL geltenden Fassung vornimmt. Es ist zu erwarten, dass auch das zur innerstaatlichen Umsetzung der (neuen) KonzessionsvergabeRL 2014/23/EU notwendige Konzessionsvergabegesetz Konzessionsvergaben für öffentliche Personenverkehrsdienste iSd VO (EG) Nr. 1370/2007 ausklammern wird. Das wird zur Folge haben, dass der Vergaberechtsschutz nicht nur für Dienstleistungen des öffentlichen Schienenpersonenverkehrs und für

Personenverkehrsdienstleistungen mit der U-Bahn, ungeachtet, ob auf Dienstleistungsauftrag oder auf Dienstleistungskonzession beruhend, entfällt, sondern auch für im Konzessionswege vergebene Personenverkehrsdienstleistungen mit Bus und Straßenbahn.

1.6.

Damit ergibt sich für die Vergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten und den darauf bezogenen Rechtsschutz folgendes Regelungssystem, das auch die Rechtsschutzlücken erkennen lässt, wenn der Mindeststandard der „EU-VergabeRL“ (kein „gold-plating“) umgesetzt wird:

Öffentliche Personenverkehrs-dienste mit	Öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß RL 2014/24/EU und RL 2014/25/EU	Dienstleistungs-konzessionen gemäß RL 2014/23/EU	Rechtsschutz
Bus und Straßenbahn	RL 2014/24/EU und 2014/25/EU = BVergG 2017 (Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007)		nach BVergG 2017 (wie bisher)
		VO (EG) Nr. 1370/2007 (keine Anwendung EU-VergabeRL)	Rechtsschutzlücke, weil RL 2014/23/EU alle öffentlichen Personenverkehrs-dienste ausgenommen sind (Art. 10 Abs. 3), daher auch kein Rechtsschutz nach RechtsmittelRL und auch nicht auf nationaler Ebene
Eisenbahn- und Untergrundbahn	VO (EG) Nr. 1370/2007, weil nach RL 2014/24/EU und 2014/25/EU (Art. 10 lit. j und Art. 21 lit. g) ausgenommen von EU-VergabeRL und daher auch von BVergG 2017	VO (EG) Nr. 1370/2007, weil auch von RL 2014/23/EU nicht erfasst (Art. 10 Abs. 3)	Rechtsschutzlücke, wie im vorangehenden Punkt begründet

Daraus folgt, dass eine Rechtsschutzlücke besteht für öffentliche Personenverkehrsdienste:

(a) mit Bus und Straßenbahn, die im Wege von Dienstleistungskonzessionen vergeben werden;

(b) mit Eisenbahn- und U-Bahn, ungeachtet ob sie im Wege eines öffentlichen Dienstleistungs-auftrages oder einer Dienstleistungskonzession vergeben werden.

Die Rechtsschutzlücke für öffentliche Personenverkehrsdienste, die als Dienstleistungs**konzessionen** vergeben werden (das sind die unter (a) genannten Fälle sowie unter (b) die Eisenbahn- und U-Bahn-Personenverkehrsdienstleistungskonzessionen) bestand schon bisher, weil für Konzessionen generell die Nachprüfung nur den Zivilgerichten oblag (keine Geltung des vergabespezifischen Rechtsschutzes). Neu hinzugekommen ist die Rechtsschutzlücke für Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen und für Personenverkehrsdienstleistungen mit U-Bahn, weil diese nunmehr von den „EU-VergabeRL“ ausgenommen sind und damit vom künftigen BVergG 2017 und seinem Rechtsschutzsystem künftig ausgenommen sein werden.

1.7.

Das BVRG-ÖPV regelt aus kompetenzrechtlichen Gründen nur den Rechtsschutz bei Vergaben im **Vollzugsbereich des Bundes** und überdies nur, soweit diese Vergaben nicht ohnedies bereits vom Rechtsschutz nach dem BVergG 2006 erfasst sind und von diesem Rechtsschutz im BVergG 2017 erfasst bleiben werden. Das sind die Vergaben von öffentlichen Personenverkehrsdiensten mit Bus und Straßenbahn im Wege von Dienstleistungsaufträgen.

1.8.

An sich kann im „Restbereich“, dh bei Bus- und Straßenbahndiensten im Wege von Konzessionen sowie bei Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen, ungeachtet ob Auftrags- oder Konzessionsvergabe, auch der Bund bzw. Einrichtungen des Bundes als Auftraggeber (= zuständige Behörde) auftreten und den

dafür erforderlichen Rechtsschutz (Art. 5 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007) kraft seiner darauf bezüglichen Zuständigkeit regeln.

Wenn auch derzeit der Bund bzw. ein anderer, der Vollziehungszuständigkeit des Bundes unterfallender Auftraggeber als zuständige Behörde keine Bus-, Straßenbahn- und keine U-Bahndienstleistungen vergibt, weil diese durch Auftraggeber im Vollziehungsbereich der Länder (und Gemeinden) vergeben werden und die Regelung des Rechtsschutzes im Zusammenhang mit diesbezüglichen Vergaben durch Auftraggeber im Vollziehungsbereich der Länder der Gesetzgebung der Länder obliegt, empfiehlt es sich dennoch, auch diese Vergaben in den Geltungsbereich des BVRG-ÖPV einzubeziehen, soweit sie nicht dem Rechtsschutz nach dem künftigen BVergG 2017 unterliegen werden. In diesem Zusammenhang wird jedoch klargestellt, dass aus der im vorliegenden Gesetzentwurf vorgeschlagenen Einbeziehung auch der Bus- und Straßenbahndienstleistungen im Konzessionswege und der Personenverkehrsdienstleistungen per U-Bahn nicht geschlossen werden darf, dass der Bund beabsichtigt, Personenverkehrsdienstleistungen der genannten Art künftig zu vergeben. Die bisherige Aufgabenteilung soll durch den vorliegenden Gesetzentwurf nicht berührt werden. Die Erstreckung des Rechtsschutzes auch auf diese Personenverkehrsdienste erfolgt nur, um dem Einwand aus EU-rechtlicher Sicht vorzubeugen, auf Bundesebene könnten zuständige Behörden möglicherweise Personenverkehrsdienste der genannten Art vergeben, ohne dass dagegen effizienter Rechtsschutz besteht.

1.9.

Unter öffentlichen Schienenpersonenverkehrsdiensten werden daher in Übernahme der nunmehrigen Terminologie des Art. 2 lit. aa VO (EG) Nr. 1370/2007 nur Dienstleistungen des öffentlichen Schienenpersonenverkehrs mit Ausnahme des Personenverkehrs auf anderen schienengestützten Verkehrsträgern wie Untergrund- und Straßenbahnen verstanden.

Mit öffentlichem Schienenpersonenverkehr sind daher – positiv ausgedrückt – nur öffentliche Personenverkehrsdienste mit der Eisenbahn gemeint, ungeachtet ob sie im Wege eines Dienstleistungsauftrages oder einer Dienstleistungskonzession vergeben werden.

2. Kompetenzgrundlage

Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung der in diesem Bundesgesetz enthaltenen zivilrechtlichen Bestimmungen ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG. Die Zuständigkeit zur Erlassung der übrigen Regelungen dieses Bundesgesetzes ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 16 B-VG (Einrichtung der Bundesbehörden und sonstigen Bundesämter) sowie – hinsichtlich der Gebührenregelungen – aus § 7 Abs. 1 F-VG 1948.

3. Regelungstechnik und Inhalt

3.1.

Um den Anforderungen des Art. 5 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 nach wirksamer und rascher Nachprüfung von Entscheidungen, die in den der Verordnung unterliegenden Verfahren zur Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungen ergehen, bestmöglich zu entsprechen und die durch das Inkrafttreten des künftigen BVergG 2017 entstehende Rechtsschutzlücke in diesem Sinn zu schließen, übernimmt der Entwurf soweit als möglich die seit langem bewährten Regelungen des Rechtsschutzverfahrens nach dem BVergG und dies in der Diktion des künftigen BVergG 2017.

Dabei mussten freilich Adaptierungen insofern vorgenommen werden, als Besonderheiten in der Ablaufstruktur der der VO (EG) Nr. 1370/2007 unterliegenden Vergabeverfahren, die noch das BVergG 2006 durch das im künftigen BVergG 2017 aufgegebene Sonderregime für nicht prioritäre Dienstleistungen erfassen konnte, ergänzende, zusätzliche und geänderte Vorschriften erforderlich bzw. sinnvoll erscheinen ließen.

3.2.

Es wäre an sich möglich gewesen, den Rechtsschutz unter Zuhilfenahme umfassender Verweise auf die sinngemäße Anwendung der Rechtsschutzbestimmungen und der zivilrechtlichen Vorschriften des künftigen BVergG 2017 zu normieren und in dem vorliegenden Gesetzentwurf nur die notwendigen Abweichungen und ergänzenden Regelungen vorzusehen; dies würde jedoch die Vollziehbarkeit erheblich erschweren. Deshalb beschränkt der Entwurf die Verweise auf das BVergG 2017 im Wesentlichen auf rechtsschutzorganisatorische Vorschriften, die für einen künftigen Gesetzesvollzug erforderlich sind, aber für die Verfahrensparteien nicht im Vordergrund stehen, und vereinzelt auf zivilrechtliche Bestimmungen des künftigen BVergG 2017. Diese wenigen Verweise stören nicht das Grundanliegen des Entwurfes, ein in sich geschlossenes Verfahrensreglement für den Rechtsschutz vorzusehen.

3.3.

Der Entwurf geht davon aus, dass sämtliche, der Nachprüfung unterliegenden Vergabeverfahren Aufträge betreffen, die weit über dem für Dienstleistungsaufträge geltenden Schwellenwert von (derzeit) 209 000 Euro bzw. 418 000 Euro (sollte, was in Österreich derzeit nicht der Fall ist, die im Vollzugsbereich des Bundes liegende zuständige Behörde Sektorenauftraggeber sein) liegen. Soweit die Rechtsschutzbestimmungen des künftigen BVergG überhaupt zwischen Ober- und Unterschwellenvergaben unterscheiden, orientiert sich der Entwurf – von wenigen Ausnahmen (z. B. § 22 Abs. 6) abgesehen – an der Oberschwellenregelung.

4. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

Keine.

Besonderer Teil

Zu § 1 (Geltungsbereich):

§ 1 regelt in Abs. 2 den persönlichen Geltungsbereich und in Abs. 3 – iSd unter 1.2. bis 1.6. beschriebenen Beseitigung der Rechtsschutzlücke – den sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes.

Gemäß Art. 2 lit. b VO (EG) Nr. 1370/2007 ist zuständige Behörde „jede Behörde … eines Mitgliedstaates …, oder jede mit einer derartigen Befugnis ausgestattete Einrichtung“. Im Vollziehungsbereich des Bundes ist mit dem Abschluss von Schienenpersonenverkehrsdiensteverträgen auf Grundlage des § 3 Abs. 1 Z 9 SCHIG die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (im Folgenden: SCHIGmbH) betraut. Sie schließt den Verkehrsdienstevertrag im eigenen Namen mit dem jeweiligen Betreiber ab. Im Sinne der vergaberechtlichen Judikatur ist Antragsgegner im Rechtsschutzverfahren der öffentliche Auftraggeber, mit dem der Leistungsvertrag zustande kommen soll bzw. zustande gekommen ist (s dazu jüngst wieder LVwG Vorarlberg, 28.9.2016, LVwG-314-4/2016-S1 et al). Da die SCHIGmbH Verkehrsdiensteverträge nur nach vorheriger Zustimmung des BMVIT abschließen darf, ist (zur Intervention) zuständige Behörde das BMVIT, was in der österreichischen Praxis darin zum Ausdruck kommt, dass die nach der Verordnung geforderte Vorausinformation als zuständige Behörde das BMVIT nennt und im Zuge der Auftragsbeschreibung darauf hinweist, dass die Leistungsvergabe „im Wege der SCHIGmbH“ erfolgt. Nun ist aber die SCHIGmbH mehr als eine „vergebende Stelle“ iSd künftigen BVergG 2017, die gemäß § 2 Z 42 des künftigen BVergG 2017 entweder das Vergabeverfahren (ohne selbst außenwirksame Entscheidungen zu treffen) nur durchführt oder als Bevollmächtigter des Auftraggebers in dessen Namen außenwirksame Entscheidungen trifft bzw. letztlich in dessen Namen den Leistungsvertrag abschließt. Denn die SCHIGmbH schließt den Verkehrsdienstevertrag im eigenen Namen ab.

Die Verordnung kennt den für das Vergaberecht zentralen Begriff des (öffentlichen) Auftraggebers nicht; sie nimmt vielmehr die zuständige Behörde in die Pflicht. Im Sinne des Art. 5 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 sind es auch die Entscheidungen der zuständigen Behörde, gegen die ein effektiver Rechtsschutz bestehen muss. Um jetzt einerseits die Terminologie der Verordnung zu wahren, andererseits aber (iSd vergaberechtlichen Sicht) klarzustellen, dass Antragsgegner im Rechtsschutzverfahren nur der Rechtsträger sein kann, mit dem der Leistungs- (hier: Verkehrsdienste-)vertrag zustande kommen soll oder zustande gekommen ist, wird in Abs. 4 klargestellt, dass nur im Anwendungsbereich dieses (Rechtsschutz-)Gesetzes der im eigenen Namen abschließende Rechtsträger (SCHIGmbH) in seiner Funktion als Antragsgegner und Adressat von Entscheidungen der Vergabekontrollbehörde als zuständige Behörde „im Sinne dieses Bundesgesetzes“ gilt (und dies darüber hinaus nicht ist). Im Übrigen, d.h. soweit es nicht um die Rolle als Antragsgegner und Entscheidungsadressat im Rechtsschutzverfahren geht, ist und bleibt das BMVIT zuständige Behörde iSd Verordnung. Da auch die Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 eine bekämpfbare Entscheidung sein muss, folgt daraus, dass die Vorinformation, obwohl sie von der zuständigen Behörde BMVIT kommt, im Rechtsschutzverfahren der SCHIGmbH zugerechnet wird.

Insofern dient Abs. 4 auch klarstellender Transparenz als sich daraus ergibt, dass für die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdiensten im Vollziehungsbereich des Bundes, ungeachtet des Finanzierungsbeitrages Dritter immer nur der im eigenen Namen abschließende Rechtsträger (hier: SCHIGmbH) passiv-legitimiert ist (und nicht das BMVIT bzw. ein – wenn auch überwiegend finanzierender – Dritter).

Zu § 2 (Zuständigkeit):

Abs. 1 bestimmt das Bundesverwaltungsgericht als zuständige Rechtsschutzeinrichtung. Abs. 2 nennt in Übereinstimmung mit § 334 Abs. 1 des künftigen BVergG 2017 die drei Arten der

Rechtsschutzverfahren. Die Abs. 3 bis 5 legen im Einzelnen die Zuständigkeiten des Bundesverwaltungsgerichts fest und folgen dabei der Gliederung des 334 Abs. 2 bis 4 des künftigen BVergG 2017, indem jene Zuständigkeiten aufgelistet werden, über die das Bundesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagserteilung, nach der Zuschlagserteilung und nach Widerrufserklärung durch die zuständige Behörde verfügt.

Die Regelung des § 334 Abs. 5 BVergG 2017, nach der das Bundesverwaltungsgericht zuständig ist, über Anträge gegen das „Einschlafenlassen" eines Vergabeverfahrens zu befinden, wurde nicht übernommen. Eine derartige Antragsmöglichkeit sieht der Entwurf nicht vor, weil sich schon nach dem BVergG 2006 gezeigt hat, dass kein praktischer Bedarf nach diesem Rechtsbehelf besteht.

In terminologischer Hinsicht ist hervorzuheben, dass der Entwurf im Zusammenhang mit dem wettbewerblichen Verfahren gemäß Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 immer von „Zuschlagsentscheidung" bzw. von „Zuschlagserteilung" spricht, während bei Vergabe an den internen Betreiber und bei der Direktvergabe (Art. 5 Abs. 2 und 6 VO (EG) Nr. 1370/2007) vom „Abschluss des Verkehrsdienstevertrages" die Rede ist. Diese terminologische Unterscheidung wird erstmals in § 2 vorgenommen und durchgängig beibehalten. Damit ist die jeweilige Verfahrensart, in der die bekämpfte Entscheidung getroffen wurde, klar gekennzeichnet.

An sich enthält sich der Entwurf jeglicher materieller Regelung des Vergabeverfahrens (s 1.6.). Es gibt aber einzelne Bestimmungen, die für einen effizienten Rechtsschutz iSd Art. 5 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 unverzichtbar sind, jedoch im Gesetzentwurf BVergG 2017 im vergabeverfahrensrechtlichen, sohin im materiellrechtlichen Teil enthalten sind. Dabei handelt es sich ua um die §§ 143 sowie 144 (Mitteilung der Zuschlagsentscheidung sowie Stillhaltefrist und Zuschlagserteilung) und die §§ 148 bis 150 (Gründe für den Widerruf, Mitteilung der Widerrufsentscheidung, Stillhaltefrist, Unwirksamkeit des Widerrufs). Diese Regelungen gelten indessen nicht für die hier gegenständlichen Personenverkehrsdienstleistungen. Sie werden daher – im Rahmen der Zuständigkeitsregelung – als Verpflichtung der zuständigen Behörde, die entsprechenden Vorkehrungen in der Ausschreibung des wettbewerblichen Verfahrens zu treffen, vorgesehen. Dies erfolgt in § 2 Abs. 4 Z 4 und Abs. 5 und wird als möglicher Inhalt eines Feststellungsantrages in § 19 Abs. 1 Z 4 und 5 sowie in § 23 darauf referenziert.

Der Entwurf geht davon aus, dass es für einen effektiven Rechtsschutz nicht erforderlich ist, zwischen dem Widerruf vor und nach Ablauf der Angebotsfrist im wettbewerblichen Verfahren zu differenzieren und dass die Festhaltung genügt, das für die Zulässigkeit des Widerrufs sachliche Gründe vorliegen müssen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass Art. 5 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 auch Rechtsschutz gegenüber unzulässiger Vergabe an einen internen Betreiber verlangt (arg: Verweis auf Art. 5 Abs. 2 in Art. 5 Abs. 7). Diesem Rechtsschutzbedürfnis kommen §§ 2 Abs. 4 Z 2, 19 Abs. 1 Z 2 und 28 Abs. 2 Z 2 sowie die Bekanntmachungsverpflichtung des § 6 Abs. 2 nach.

Abs. 6 regelt die Zuständigkeit für die Geltendmachung des in Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 vorgesehenen Widerspruchsrechts.

Zu § 3 (Allgemeine Bestimmungen):

§ 3 verweist auf die in § 333 BVergG 2017 angeordnete subsidiäre Geltung des AVG für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und erklärt die Vorschriften des BVergG 2017 über Auskunftspflicht, Akteneinsicht, Zustellungen und mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht für sinngemäß anwendbar.

Zu den §§ 4 und 5 (Gebühren, Gebührenersatz):

Die Bestimmungen übernehmen die an die Paragrafenzitierung des Entwurfs angepasste Regelung der §§ 340 und 341 BVergG 2017.

Zu § 6 (Anfechtbare Entscheidungen):

Abs. 1 übernimmt die Definition der Entscheidung aus § 2 Z 15 BVergG 2017. Die Abs. 2 und 3 enthalten die taxative Aufzählung jener Entscheidungen, die bei Vergabe an einen internen Betreiber bzw. im Verfahren der Direktvergabe angefochten werden können.

Der Entwurf geht davon aus, dass die zuständige Behörde den Ablauf des wettbewerblichen Vergabeverfahrens in den Grenzen der zwingenden Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 möglichst frei gestalten sollte können. Daher empfiehlt es sich nicht, die im wettbewerblichen Verfahren anfechtbaren Entscheidungen aufzuzählen. Der Entwurf greift daher die vom gleichen Gedanken getragene Definition der anfechtbaren Entscheidung in (dem nunmehr nicht mehr geltenden) § 141 Abs. 5 BVergG 2006 auf (§ 6 Abs. 4 erster Satz).

Da die Abs. 2 und 3 die (überhaupt) anfechtbaren Entscheidungen taxativ aufzählen und nach Abs. 4 ohnedies jede nach außen tretende Festlegung anfechtbare Entscheidung ist (so wie bisher), erübrigt sich die auch im BVergG 2017 nach wie vor vorgenommene Unterscheidung in gesondert und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (s § 2 Z 15 lit. a und b BVergG 2017).

Präklusion und Bestandskraft nicht rechtzeitig angefochtener Entscheidungen folgen aus den Anfechtungsfristen (s § 8 Abs. 4).

Klargestellt wird, dass die Vorinformation gemäß § 6 Abs. 2 die Funktion einer bloßen Bekanntmachung hat und daher nicht dem Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 unterliegt.

Zu § 7 (Einleitung des Verfahrens):

§ 7 übernimmt die Abs. 1, 3 und 4 des § 342 BVergG 2017, nicht jedoch Abs. 2. Dies aus der Überlegung, dass in der Praxis einem Bieter sein Ausscheiden so knapp vor der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung nicht mehr extra bekanntgegeben wird, sondern als Begründung für die nicht auf ihn lautende Zuschlagsentscheidung bzw. als sachliche Rechtfertigung für den Widerruf (z. B. es bleibt kein oder nur mehr ein Angebot übrig) dienen wird, sohin vorher keine nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung vorliegt, und der betroffene Bieter immer noch die Zuschlags- bzw. Widerrufsentscheidung anfechten kann.

Zu § 8 (Fristen für Nachprüfungsanträge):

Abs. 1 und 3 übernehmen die Regelungen des § 343 Abs. 1 und 3 des künftigen BVergG 2017. Da nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 die Einleitung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und einer Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 4 und 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 einer Vorinformation bedarf und zwischen letzterer und ersterer mindestens ein Jahr liegen muss, kann für die Direktvergabe eine längere Anfechtungsfrist eingeräumt werden (Abs. 2). Der Entwurf geht davon aus, dass bei Vergabe an einen internen Betreiber gemäß Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007 eine Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht erforderlich ist, weil sich die zuständige Behörde so, wie im Fall, dass sie die Verkehrsdienste selbst betreiben würde, bei Vergabe an einen internen Betreiber nicht an den Markt wendet. Da in diesem Fall eine Bekämpfung der Entscheidung, an einen internen Betreiber zu vergeben, nur darauf gestützt werden kann, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht vorliegen, muss eine Frist von drei Monaten zwischen der Bekanntgabe dieser Absicht, an einen internen Betreiber zu vergeben und dem Abschluss des Verkehrsdienstevertrages mit diesem internen Betreiber – wie dies § 6 Abs. 2 des Entwurfs vorsieht – genügen und ist eine Anfechtungsfrist von einem Monat, wie in § 8 Abs. 2 des Entwurfs vorgesehen, ausreichend.

Zu § 9 (Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages):

Die Bestimmung übernimmt unter Anpassung an die Paragrafenzitierung des Entwurfs § 344 BVergG 2017.

Zu § 10 (Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung und einer Verhandlung):

Die Bestimmung übernimmt unter Anpassung an die Paragrafenbezeichnung des Entwurfs § 345 BVergG 2017.

Zu § 11 (Parteien des Nachprüfungsverfahrens):

Die Bestimmung übernimmt unter Anpassung an die Paragrafenbezeichnung des Entwurfs § 346 BVergG 2017, ausgenommen die Nebeninterventionsregelung bzw. Streitgenossenschaftsregelung bei Einschaltung einer zentralen Beschaffungsstelle bzw. bei Auftragsvergabe durch mehrere Auftraggeber in Abs. 2, weil diese Voraussetzungen für die gegenständlichen Verfahren nicht gegeben sind.

Zu § 12 (Nichtigerklärung von Entscheidungen der zuständigen Behörde):

Die Bestimmung übernimmt unter Anpassung an die Paragrafenbezeichnung des Entwurfs und unter Bedachtnahme auf den Verzicht einer Unterscheidung zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen (s Erl zu § 6) § 347 BVergG 2017.

Zu den §§ 13 und 14 (Entscheidungsfrist, Mutwillensstrafen):

Die Bestimmung übernimmt die Gesetzestextentwürfe der §§ 348 und 349 BVergG 2017.

Zu § 15 (Zulässigkeit):

Mit der Bekanntgabe des internen Betreibers (s § 6 Abs. 2) bzw. der Nennung des ausgewählten Betreibers in der Vorinformation (Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007) beginnt eine dreimonatige bzw. einjährige Frist, innerhalb der ein Vertragsabschluss nicht stattfinden kann. Eine einstweilige Verfügung als Eilmaßnahme erübrigt sich daher, zumal die bekanntgegebene Entscheidung ohnedies binnen kurzer Frist bekämpft werden muss (s § 8 Abs. 1 und 2).

Zu § 16 (Antragstellung):

Die Bestimmung übernimmt für das EV-Verfahren unter Anpassung an die Paragrafenbezeichnung des Entwurfs § 350 BVergG 2017.

Zu § 17 (Erlassung der einstweiligen Verfügung):

Die Bestimmung übernimmt § 351 BVergG 2017.

Zu § 18 (Verfahrensrechtliche Bestimmungen):

Die Bestimmung übernimmt § 352 BVergG 2017, ausgenommen die Sondervorschriften des Abs. 2 (s dazu Erl zu § 11).

Zu § 19 (Einleitung des Verfahrens):

Die Bestimmung übernimmt für das Feststellungsverfahren angepasst an den Regelungsgegenstand des Entwurfs und an dessen Paragrafenbezeichnung § 353 BVergG 2017. Allerdings geht der Entwurf davon aus, dass für die zuständige Behörde kein Bedarf besteht, das wettbewerbliche Verfahren als Rahmenvereinbarung oder als dynamisches Beschaffungssystem iSd BVergG 2017 auszugestalten. Daher wurde der Feststellungsgegenstand des § 353 Abs. 1 Z 4 BVergG 2017 nicht übernommen.

Zu § 20 (Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages):

Die Bestimmung übernimmt angepasst an die Paragrafenbezeichnung des Entwurfs § 354 BVergG 2017.

Zu § 21 (Verfahrensrechtliche Bestimmungen):

Die Abs. 1 und 2 übernehmen angepasst an die Paragrafenbezeichnung des Entwurfs § 355 Abs. 1 und 2 BVergG 2017, ausgenommen die Regelung über die Parteienstellung bei Anträgen gegen das „Einschlafenlassen“ eines Vergabeverfahrens (s Erl zu § 2) und die Sondervorschriften in § 355 Abs. 1 dritter bis sechster Satz BVergG 2017(s Erl zu § 11).

Abs. 3 enthält die Verfahrenshilferegelung des § 335 BVergG 2017, die nur für das Feststellungsverfahren besteht.

Zu § 22 (Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen):

Die Bestimmung folgt unter Adaptierung an den Regelungsinhalt des Entwurfs und die Paragrafenzitierung im Aufbau und Inhalt § 356 BVergG 2017. Aus dem in den Erl zu § 19 genannten Grund wird auf den Feststellungsgegenstand des § 353 Abs. 1 Z 4 BVergG 2017 verzichtet, ebenso auf die Sondervorschrift des § 356 Abs. 8 zweiter Satz BVergG 2017 (s Erl zu §§ 11 und 18). Abweichend von § 356 Abs. 8 BVergG 2017 wird die maximale Höhe der Geldbuße mit 10% (obwohl sonst die Oberschwellenregelung zum Vorbild genommen wird) festgelegt. Da (rechtswidrig) erbrachte Personenverkehrsdienstleistungen nicht wertvermindert rückstellbar sind, wird in § 22 Abs. 3 auf diese Tatbestandsalternative verzichtet.

Zu § 23 (Unwirksamerklärung des Widerrufes):

Die Bestimmung übernimmt § 357 BVergG 2017.

Zu den § 24, 25 und 27 (Schadenersatzansprüche, Rückgriff gegen den begünstigten Unternehmer, Verhältnis zu sonstigen Rechtsvorschriften):

Die Bestimmungen übernehmen die §§ 370, 371 und 373 BVergG 2017.

Zu § 26 (Berechtigung und Verpflichtung der zuständigen Behörde zur Kündigung des Verkehrsdienstevertrages):

Da es sich bei den Verkehrsdiensteverträgen um Dauerschuldverhältnisse handelt, wird einheitlich und abweichend von der Marginalie zu § 372 BVergG 2017 von Kündigung gesprochen. Im Übrigen zieht der Entwurf die Fälle des Kündigungsrechts (§ 372 BVergG 2017) und der Kündigungspflicht (§ 367 BVergG 2017) der zuständigen Behörde in § 26 zusammen (Abs. 1 und 2 einerseits und Abs. 3 andererseits) und regelt auch, wann der Vertrag nur unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfristen und -termine und in welchen Fällen ohne Rücksichtnahme darauf gekündigt werden kann bzw. muss. Wann eine zur Kündigung berechtigende Vertragsänderung wesentlich ist, wird durch Verweis auf § 366 BVergG 2017 beantwortet.

Zu § 28 (Zuständigkeit und Verfahren):

§ 28 übernimmt unter Anpassung an die Paragrafenzitierung des Entwurfs und unter Modifikation der für eine Schadenersatzklage erforderlichen Feststellungsinhalte (für den Widerruf s Erl zu § 2; für den Verzicht auf den Feststellungsinhalt gemäß § 353 Abs. 1 Z 4 BVergG 2017, s Erl zu §§ 19 und 22) § 374 BVergG 2017.

Der Entwurf sieht in Abs. 3 eine im BVergG 2017 nicht enthaltene Regelung vor, die dem EuGH-Urteil „MedEval“ (26.22.2015, Rs C-166/14) geschuldet ist. Dass durch § 354 Abs. 2 BVergG 2017 (= § 20 Abs. 2 Entwurf) sichergestellt ist, dass das Recht, einen Feststellungsantrag einzubringen nicht mehr – anders als nach der alten Rechtslage – ohne Kenntnis oder zumindest Kennenmüssen der rechtswidrigen Entscheidung verloren gehen kann und dank des jetzt „subjektiven“ Fristbeginns auch der Schadenersatzanspruch gewährleistet bleibt, ändert nichts daran, dass dieser nach Ablauf der „subjektiven“ Antragstellungsfrist verloren geht. Daher hat der EuGH im zit. Urteil verlangt, dass die Verfahrensmodalitäten für Schadenersatzklagen nicht weniger günstig ausgestaltet sein dürfen als für vergleichbar innerstaatliche Rechtsbehelfe (Grundsatz der Äquivalenz). Vergleichbare Rechtsbehelfe sind aber Schadenersatzansprüche nach allgemeinem Zivilrecht, für welche eine subjektive Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers gilt (§ 1489 ABGB). Aus Gründen der Vorsicht sieht daher § 28 Abs. 3 eine dem allgemeinen Schadenersatzrecht äquivalente Regelung vor.

Zu § 29 (Wirkung eines aufhebenden Erkenntnisses auf den abgeschlossenen Vertrag):

Die Bestimmung übernimmt § 375 BVergG 2017.

Zu § 30 (Bekanntmachungen):

Die Bestimmung legt unter Verweis auf die sinngemäße Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2017 die Bekanntmachungsmodalitäten fest.

Zu § 31 (Berechnung und Bemessung von Fristen):

Die Bestimmung orientiert sich an den einschlägigen Bestimmungen zum Entwurf des BVergG 2017.

Zu den §§ 32 bis 34 (Inkrafttretensvorschrift, Vollziehung, Verweisungen, personenbezogene Bezeichnungen):

Die Bestimmungen enthalten die notwendige Inkrafttretensbestimmung, die Vollzugsklausel und die Verweis- und Genderreglung.