

# Das Bundesvergaegesetz 2018

Michael Fruhmann\*

## Einleitung

Am 7. Juni 2017 beschloß die Bundesregierung die RV zum Vergaberechtsreformgesetz 2017.<sup>1</sup> Mit dieser RV sollte insbesondere das RL-Paket aus 2014<sup>2</sup> umgesetzt werden, dessen Umsetzungsfrist bereits seit 18.4.2016 abgelaufen war. Die Verzögerung bei der Umsetzung resultierte aus der langwierigen Entstehungsgeschichte der von der politischen Ebene als prioritär eingestuften BVergG Novelle 2015,<sup>3</sup> mit der für bestimmte Bereiche des öffentlichen Auftragswesens das verpflichtende „Bestangebotsprinzip“ verankert wurde.<sup>4</sup> Aufgrund politischer Divergenzen zwischen den Regierungsparteien iZm der Regelung des Öffentlichen Personenverkehrs<sup>5</sup> wurde diese RV vom Parlament jedoch nicht in Behandlung genommen.

Aus diesem Grund war aufgrund der zwischenzeitig erfolgten Nationalratswahl die Ausarbeitung einer neuen RV dringend erforderlich, nicht zuletzt auch deswegen, weil die EK zwischenzeitig Klagen gegen die Republik Österreich wegen Nicht-Umsetzung des RL-Paketes eingebracht hatte.<sup>6</sup> Am 21. März 2018 beschloss die Bundesregierung die RV für ein Vergaberechtsreformgesetz 2018<sup>7</sup> welches am 20. August 2018 im BGBl I Nr. 65/2018 publiziert wurde. Am selben Tag wurden ferner die SchwellenwerteVO 2018<sup>8</sup> und die BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018<sup>9</sup> publiziert. Der nachfolgende Beitrag skizziert die wesentlichsten Inhalte dieses Reformpaketes mit Schwerpunkt der Darstellung der neuen Regelungen des BVergG 2018.<sup>10</sup> Da es sich um eine vollständige Neuerlassung

---

\* Dieser Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder.

<sup>1</sup> 1658 BlgNR XX. GP.

<sup>2</sup> RL 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU.

<sup>3</sup> BGBl I Nr. 7/2016.

<sup>4</sup> Zu dieser Novelle vgl. *Fruhmann*, Die BVergG-Novelle 2015, ZVB 2016, 98.

<sup>5</sup> Inhaltlich ging es um die Frage einer allfälligen Einschränkung der Direktvergabemöglichkeiten im ÖPNV (vgl. Art. 5 der VO 1370/2007; idF: PSO-VO).

<sup>6</sup> Vgl. dazu die Rs C-76/18 (RL 2014/25/EU), C-77/18 (RL 2014/24/EU) und C-79/18 (RL 2014/23/EU). In diesen Klagen beehrte die EK vom EuGH die Verhängung von Bußgeldern in der Höhe von insgesamt 137.726.- Euro pro Tag ab Urteilsverkündung.

<sup>7</sup> 69 BlgNR XXVI. GP.

<sup>8</sup> BGBl II Nr. 211/2018.

<sup>9</sup> BVwG-PauschGebV Vergabe 2018, BGBl II Nr. 212/2018. In dieser VO werden die jeweiligen Antragsbeühren für die Inanspruchnahme der Vergabekontrollorgane im Rahmen des BVergG 2018 und des BVergGKonz 2018 festgesetzt.

<sup>10</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass sich die Regelungen des Vergaberechtsreformgesetzes 2017 (Fassung: RV) und jene des Vergaberechtsreformgesetzes 2018 weitestgehend decken. Die wesentlichsten Unterschiede sind: Aufnahme der Regelungen betreffend ÖPNV-Vergaben in das BVergG bzw. das BVergGKonz (Einbeziehen dieser Vergaben in das vergaberechtliche Rechtssystem) unter ungeschmälerter Beibehaltung der Möglichkeiten zur unmittelbaren Vergabe gemäß Art. 5 PSO-VO, Beibehaltung der seit der BVergG-Novelle 2015 geltenden Regelung betreffend Bekanntgabe von Subunternehmern nach Zuschlagserteilung (insbes. Beibehaltung der Zustimmungsfiktion nach Ablauf einer Frist von drei Wochen), Geltung des Bestangebotsprinzips (Variante: mehrere Zuschlagskriterien) für Bauaufträge im Sektorenbereich ab einem Auftragswert von 10 Mio. Euro.

---

des Gesetzes handelt, würde eine umfassende Darstellung aller Neuerungen den gegebenen Rahmen sprengen.

## **Die wesentlichsten Neuregelungen des BVergG 2018 im Überblick**

### **Neuer erweiterter Katalog von Ausnahmetatbeständen**

Im Vergleich zum geltenden BVergG 2006 enthält das BVergG 2018 einen wesentlich erweiterten Katalog von Ausnahmetatbeständen. Wie schon bisher sind diese Tatbestände restriktiv auszulegen und die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen trifft den Auftraggeber, der die Ausnahme in Anspruch nehmen möchte.<sup>11</sup> Nachfolgend werden lediglich die wichtigsten neuen Ausnahmen vom Geltungsbereich kurz dargestellt.

### **Juristische Dienstleistungen**

Gemäß § 9 Abs. 1 Z 9 bzw. § 178 Abs. 1 Z 9<sup>12</sup> ist die Vergabe von bestimmten Dienstleistungen von Rechtsanwälten, Notaren und von Gericht bestellten Treuhändern oder Vormündern aus dem Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen. Hintergrund dieser Ausnahmeregelung sind einerseits die mangelnde Möglichkeit, den Rechtsdienstleister selbst zu bestimmen (weil von Gericht bestellt) und andererseits der Vorbehalt der Ausübung der Dienstleistung zugunsten von bestimmten Berufsgruppen. Darüber hinaus spielt auch das subjektive Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beaufragtem eine wesentliche Rolle, welches in einem Vergabeverfahren nicht adäquat berücksichtigt werden könnte.

Ausgenommen sind gemäß Z 9 lit. a die Vertretung eines Auftraggebers durch einen Rechtsanwalt in einem Schiedsgerichts- oder Schlichtungsverfahren<sup>13</sup> oder in einem gerichtlichen oder behördlichen Verfahren in Österreich, in einem anderen Staat oder vor internationalen Gerichten oder Einrichtungen. Erfasst von der Ausnahme ist ausschließlich die Dienstleistung der „Vertretung“ in den genannten Verfahren selbst. Es ist nicht erforderlich, dass der Rechtsanwalt in Österreich seinen Sitz hat oder hier tätig ist. Daher ist auch die Beauftragung von Rechtsanwälten in „ausländischen“ Verfahren von der Ausnahmeregelung erfasst. Unter „gerichtlichen oder behördlichen Verfahren“ 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.).

Überdies sind gemäß Z 9 lit. b Rechtsberatungsdienstleistungen durch einen Rechtsanwalt zur Vorbereitung eines unter Z 9 lit. a genannten Verfahrens vom Anwendungsbereich ausgenommen. Gleiches gilt für

---

<sup>11</sup> Vgl. dazu jüngst EuGH 20.3.2018 Rs C-187/16, *Kommission gegen Österreich*, Rz 77.

<sup>12</sup> Paragraphenzitate ohne Gesetzesangabe beziehen sich in der Folge auf das BVergG 2018, BGBl I Nr. 65/2018.

<sup>13</sup> Dieses Verfahren kann in Österreich, in einem anderen Staat oder vor einer internationalen Schiedsgerichts- oder Schlichtungsinstanz durchgeführt werden.

---

Rechtsberatungsdienstleistungen durch einen Rechtsanwalt, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen und eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Angelegenheit, auf die sich die Beratung bezieht, Gegenstand eines Verfahrens nach Z 9 lit. a werden wird. In beiden Fällen ist erforderlich, dass die Beratungsdienstleistung einen unmittelbaren Zusammenhang zu einem der in Z 9 lit. a genannten Verfahren aufweisen muß. Dies gilt insbesondere für den zweitgenannten Fall einer absehbaren anwaltlichen Vertretung: hier müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen und eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass sich die drohende Gefahr eines Verfahrens gemäß Z 9 lit. a tatsächlich realisiert.<sup>14</sup>

### **Finanzdienstleistungen**

Weitergehend als bisher, sind hinkünftig gemäß § 9 Abs. 1 Z 14 und 15 bzw. § 178 Abs. 1 Z 14 und 15 neben Aufträgen über Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausgabe, dem Verkauf, dem Ankauf oder der Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten,<sup>15</sup> Dienstleistungen der Zentralbanken sowie mit der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität und dem Europäischen Stabilitätsmechanismus durchgeführte Transaktionen auch alle Aufträge über Kredite und Darlehen, unabhängig davon, ob sie im Zusammenhang mit der Ausgabe, dem Verkauf, dem Kauf oder der Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten stehen oder nicht, vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen.<sup>16</sup>

### **Dienstleistungen im Bereich des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, Notfalltransporte**

Gemäß § 9 Abs. 1 Z 17 bzw. § 178 Abs. 1 Z 17 sind bestimmte, im Bereich des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr angesiedelte und im Gesetz abschließend angeführte Dienstleistungsaufträge ausgenommen, sofern sie von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen<sup>17</sup> erbracht werden. Betroffen davon sind: Dienstleistungen der

---

<sup>14</sup> Dies wäre etwa schon dann der Fall, wenn dem Auftraggeber bekannt geworden ist, dass er (zB zivilrechtlich) verklagt werden soll (die Klage ihm aber noch nicht zugestellt worden ist), ein Unternehmer die Verhandlungen in einem Vergabeverfahren mit der Drohung „wir sehen uns bei Gericht wieder“ verlässt udgfm. Abstrakte Behauptungen, wonach bei bestimmten Vorgängen, Handlungen oder Verfahren (zB Vergabeverfahren) typischer Weise und mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einem behördlichen oder gerichtlichen Verfahren zu rechnen sei, rechtfertigen mangels konkreter Anhaltspunkte daher nicht die Anwendung dieser Ausnahmevorschrift.

<sup>15</sup> Siehe dazu § 1 Z 4, 6 und 7 des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007 – WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007.

<sup>16</sup> Zur bisherigen Situation betreffend Darlehen vgl. das Gutachten des BKA-VD, GZ BKA-600.883/0018-V/A/8/2006.

<sup>17</sup> Vgl. dazu auch das derzeit beim EuGH anhängige Verfahren Rs C-465/17, *Falck Rettungsdienste*. Die „Gemeinnützigkeit“ ist als autonomes Konzept des Unionsrechtes jedenfalls nicht im Sinne der „Gemeinnützigkeit“ nach innerstaatlichem Recht (vgl. etwa die §§ 34 ff der BAO) zu beurteilen. Die Erläuterungen verstehen darunter Rechtsträger deren Ziel – im Gegensatz zum Zweck eines gewerblichen Unternehmens – nicht darauf ausgerichtet ist, durch die Erbringung ihrer Leistungen Gewinne zu erzielen (vgl. dazu auch Rs C-50/14, *CASTA*). Es handelt es sich wohl um Organisationen, deren Ziel in der Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben besteht, die nicht

---

Feuerwehr und von Rettungsdiensten, Dienstleistungen der Feuerwehr, Brandbekämpfung, Brandverhütung, Waldbrandbekämpfung, Rettungsdienste, Zivilverteidigung, Dienstleistungen im Bereich der nuklearen Sicherheit und der Einsatz von Krankenwagen, wobei die Vergabe der Dienstleistung des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung jedoch dem Gesetz unterliegt. Hintergrund dieser Ausnahme für bestimmter Notfalldienste ist, dass der „spezielle Charakter“ von gemeinnützigen Organisationen gewahrt werden soll, der anderenfalls gefährdet werden könnte.<sup>18</sup> Gerade die Frage des genauen Anwendungsbereiches hat aufgrund der unklaren Formulierung der RL (und deshalb auch des Gesetzes) zur Frage geführt, welche Transportleistungen unter die Ausnahmeregelung fallen. Jedenfalls sind 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 und dabei eine sanitätsdienstliche Betreuung während des Transportes erforderlich ist, von der Ausnahmeregelung erfasst. Aufgrund der Anordnung, dass „reine“ Patientenbeförderung mit Krankenwagen dem BVergG unterliegt, sprechen gute Gründe dafür, alle Patiententransporte mit Betreuung durch qualifiziertes Personal (Ärzte, Sanitäter) unter die Ausnahmeregelung zu subsumieren.

### **Dienstleistungsaufträge über nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse**

Wie die Erläuterungen ausführen, wurde die Ausnahmebestimmung des § 9 Abs. 1 Z 18 – anders als § 178 Abs. 1 Z 18 der auf einer entsprechenden RL-Bestimmung beruht – zur Klarstellung in das Gesetz aufgenommen. Z 18 nimmt die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen über nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom Anwendungsbereich des BVergG aus. Zur Auslegung des Begriffes der „nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ wird auf die einschlägigen Dokumente der EK verwiesen.<sup>19</sup> In Anlehnung an die Judikatur des EuGH unterstreicht die EK, 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.<sup>20</sup> Aus diesem Grund hat die Kommission es bislang abgelehnt, eine Liste

---

erwerbswirtschaftlich tätig sind und allfällige Gewinne reinvestieren, um das Ziel der Organisation zu erreichen.

<sup>18</sup> So Erwägungsgrund 28 der RL 2014/24/EU.

<sup>19</sup> Vgl. dazu den 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 Beihilfenvorschriften 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.

<sup>20</sup> 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.*, vor dem Hintergrund der deutschen Rechtslage darauf hingewiesen, dass im Bereich der sozialen Sicherheit bestimmte Einrichtungen, die mit der

---

jener Tätigkeiten zu erstellen, die grundsätzlich nie wirtschaftlicher Natur sind. Sie hat in Anlehnung an die Judikatur des EuGH 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“, die „Gesundheitsfürsorge“ und das öffentliche Bildungswesen. Vor diesem Hintergrund müssen im Einzelfall Dienstleistungen und deren (gesetzliche) Rahmenbedingungen analysiert werden, ob sie den Anforderungen der Rechtsprechung des EuGH genügen. In Frage kämen Leistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung (wie zB Kur- und Rehabilitationsleistungen) sowie im landesgesetzlich geregelten Bereich Leistungen der Kinder- und Jugendfürsorge und der Sozialhilfe.

### **In-house- Vergaben**

Im BVergG 2018 wird der Bereich der „in-house“ – Ausnahme völlig neu geregelt. Die §§ 10 und 179 enthalten die diesbezüglichen Regelungen.

Abs. 1 Z 1 enthält die bisher in § 10 Z 7 und § 175 Z 6 BVergG 2006 geregelte „vertikale“ in-house-Ausnahme. Aufträge, die ein (öffentlicher) Auftraggeber durch einen Rechtsträger erbringen lässt, über den der (öffentliche) Auftraggeber eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt („Kontrollkriterium“),<sup>21</sup> und der „im Wesentlichen“ die Leistungen für den ihn beherrschenden (öffentlichen) Auftraggeber erbringt („Tätigkeitskriterium“), sind vom Geltungsbereich des BVergG ausgenommen. Neu ist, dass die „Wesentlichkeitsgrenze“ des Tätigkeitskriteriums genauer determiniert wurde: dieses Kriterium ist erfüllt, wenn mehr als 80% der Tätigkeiten des kontrollierten Rechtsträgers der Ausführung der Aufgaben dienen, mit denen er von dem die Kontrolle ausübenden (öffentlichen) Auftraggeber oder von anderen von diesem (öffentlichen) Auftraggeber kontrollierten Rechtsträgern betraut wurde. Eine weitere Neuerung gegenüber der bisherigen Rechtslage ist, dass – anders als dies noch der EuGH in der Rs C-26/03, *Stadt Halle*, postulierte – in gewissen Fällen eine direkte private Kapitalbeteiligung am kontrollierten Rechtsträger bestehen darf: dies betrifft Minderheitsbeteiligungen am Kapital, die in Übereinstimmung mit dem AEUV durch gesetzliche Bestimmungen eines

---

Verwaltung gesetzlicher Kranken- und Rentenversicherungssysteme betraut sind, einen rein sozialen Zweck verfolgen und keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Als wesentlich erachtete der EuGH dabei das in Deutschland implementierte Solidaritätsverhältnis, gemäß dem ein Ausgleich zwischen den Krankenkassen stattfand, um die finanziellen Unterschiede auszugleichen, die sich aus dem unterschiedlichen Umfang der versicherten Risiken ergeben (Risikostrukturausgleich). Im Gegensatz dazu hat der Gerichtshof in Bezug auf andere Mitgliedstaaten Leistungen von Einrichtungen, die gesetzliche Systeme der sozialen Sicherheit verwalten, als wirtschaftliche Tätigkeiten qualifiziert (vgl. Rs C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance ua.*, und Rs C-67/96, *Albany*).

<sup>21</sup> Das Kontrollkriterium wird in Anlehnung an die „Parking Brixen“ – Formel (vgl. Rs C-458/03) in jeweils Abs. 1 letzter UAbs. wie folgt definiert: Eine Kontrolle liegt vor, wenn der (öffentliche) Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen des kontrollierten Rechtsträgers ausübt. Eine derartige Kontrolle kann auch durch einen anderen Rechtsträger ausgeübt werden, der vom (öffentlichen) Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.

---

Mitgliedstaates vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss auf den kontrollierten Rechtsträger vermitteln.

Abs. 1 Z 2 enthält zwei neue Ausnahmetatbestände iZm der in-house – Vergabe: 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 eine in-house-Einheit gemäß Abs. 1 Z 1, die zugleich (öffentlicher) Auftraggeber sein muss, Aufträge an den sie kontrollierenden Auftraggeber (dh. an ihre „Mutter“) vergeben, ohne die Bestimmungen des BVergG beachten zu müssen. In dieser Konstellation ist es unerheblich, ob am Auftragnehmer - das ist der kontrollierende (öffentliche) Auftraggeber - 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. Ferner ist im Fall der „bottom-up“ in-house-Vergabe das Tätigkeitskriterium in Bezug auf die „Mutter“ (als Auftragnehmerin) irrelevant. Aus der Formulierung des Gesetzes und der RL (bewusste Verwendung des Singulars: „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 nach den Erläuterungen 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 (d.h. an der „Schwester“) darf grundsätzlich keine private Kapitalbeteiligung bestehen mit Ausnahme unionsrechtskonformer gesetzlich vorgesehener und zwingender Formen direkter privater Kapitalbeteiligung (vgl. dazu oben die Ausführungen zu Abs. 1 Z 1). 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“ (dh Vergabe zwischen „Tante“ und „Nichte“) desselben (beide in-house beherrschenden) (öffentlichen) Auftraggebers.<sup>22</sup> In diesem Fall ist jedoch sicherzustellen, dass in-house-Verhältnisse sowohl zwischen „Enkelin“ und „Großmutter“ wie auch zwischen „Großmutter/Mutter“ und „Tochter“ bestehen.

Abs. 1 Z 3 regelt zusammen mit Abs. 2 den Fall der „in-house“-Vergabe in der sogenannten „Coditel“-Situation,<sup>23</sup> dh dass mehrere (öffentliche) Auftraggeber

---

<sup>22</sup> Vgl. dazu etwa den Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 der RL 2014/24/EU: „Auftrag ... an eine andere von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrollierte juristische Person“.

<sup>23</sup> Vgl. Rs C-324/07, *Coditel*.

---

gemeinsam einen Rechtsträger beherrschen. Auch in diesem Fall gelten die kumulativen in-house-Kriterien („Kontrollkriterium“, „Tätigkeitskriterium“, „Beteiligungskriterium“) allerdings mit gewissen Modifikationen.

### **Öffentlich-öffentliche Kooperationen**

Die §§ 10 Abs. 3 und 179 Abs. 3 enthalten die neue Ausnahmebestimmung für sog. „öffentlich-öffentliche“ Kooperationen, die auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgeht,<sup>24</sup> diese aber in gewisser Hinsicht modifiziert. Es handelt sich dabei um Vertragskonstruktionen, die von Aufträgen insbesondere darin abweichen, als neben dem Austausch von Leistung gegen Entgelt weitere Elemente in der Leistungsbeziehung zwischen den involvierten Auftraggebern eine wesentliche Rolle spielen. Derartige Kooperationen können ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern (im klassischen und Sektorenbereich)<sup>25</sup> geschlossen werden, sie sind aber nicht auf bestimmte Typen von öffentlichen Auftraggebern beschränkt.

Damit die Ausnahme zur Anwendung kommen kann, müssen folgende Bedingungen kumulativ erfüllt sein: 1. der Vertrag begründet oder implementiert eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Auftraggebern, mit der sichergestellt werden soll, dass von den beteiligten Auftraggebern zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden können, 2. die Implementierung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und 3. die beteiligten Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20% der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

Das kooperative Konzept impliziert, dass alle Beteiligten einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung erbringen müssen, der über eine allfällig vorgesehene Entgeltszahlung hinausgeht. Keine Kooperation im Sinne des Abs. 3 liegt nach den Erläuterungen daher vor, wenn einer der beteiligten Auftraggeber als reiner Leistungsbeschaffer („Geld gegen Leistung“) auftritt.<sup>26</sup> Es ist nicht erforderlich, dass alle an einer Kooperation Beteiligten äquivalente Pflichten übernehmen. Im Einzelfall wird zu beurteilen sein, 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 Auftraggebern obliegen. Jedoch hat der Gerichtshof schon mehrfach betont, dass die Kooperationspartner Adressat „derselben“ – nicht notwendiger Weise hoheitlichen - Aufgabe sein müssen.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Vgl. dazu die mit dem Urteil in der Rs C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, beginnende Judikaturlinie des EuGH.

<sup>25</sup> Daraus folgt, dass diese Ausnahme nicht auf Kooperationen mit „öffentlichen Unternehmen“ und „privaten Sektorenauftraggebern“ (vgl. dazu die §§ 168 und 169) anwendbar ist.

<sup>26</sup> Dies wäre nach der Systematik der RL und des Gesetzes ein „Auftrag“ aber keine „Kooperation“ (anders noch zur Rechtslage vor den VergabeRL 2014 VwGH vom 17. Juni 2014, 2013/04/0020, und vom 22. September 2017, 2013/04/0174).

<sup>27</sup> 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*.

---

Das kooperative Konzept bringt es mit sich, dass die Leistungsbeiträge der Kooperationspartner inhaltlich ident oder komplementär sein können.

Dass die Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt sein muss bedeutet, dass durch die Kooperation kein privater Dienstleister einen Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern erhalten darf<sup>28</sup> und auch für etwaige Finanztransfers zwischen den teilnehmenden Auftraggebern ausschließlich Erwägungen des öffentlichen Interesses maßgeblich sein dürfen. Letztere Bedingung wäre dann erfüllt, wenn die Finanztransfers zwischen den beteiligten Auftraggebern sich auf einen reinen Kostenausgleich beschränken würden.

Die dritte Tatbestandsvoraussetzung schränkt die Betätigungsmöglichkeiten der Kooperationspartner auf dem freien Markt ein. Berechnungsbasis für das Ausmaß der zulässigen Betätigung am Markt ist der Gesamtwert jener Leistungen, die im Rahmen der Kooperation durch alle Kooperationspartner erbracht werden sollen.

Die neue Ausnahmeregelung bezüglich öffentlich-öffentlicher Kooperationen wird insbesondere für sog. „shared-services“ im öffentlichen Bereich Bedeutung haben. Anwendungsbereiche wären etwa der Betrieb eines gemeinsamen Maschinenringes durch mehrere Kommunen, die Organisation eines gemeinsamen Winterdienstes (Straßenräumung), die gemeinsame Müll- oder Abwasserentsorgung uvm.

### **Grenzüberschreitende gemeinsame Auftragsvergaben**

Die §§ 11 und 180 regeln erstmalig grundsätzliche Aspekte von gemeinsamen grenzüberschreitenden Auftragsvergaben. Damit wird versucht, die rechtlichen Hindernisse bei derartigen Auftragsvergaben zu eliminieren.<sup>29</sup>

Das Gesetz kennt nunmehr drei verschiedene Arten der grenzüberschreitenden gemeinsamen Auftragsvergabe: die gemeinsame Durchführung eines Vergabeverfahrens durch mehrere (öffentliche) Auftraggeber, die grenzüberschreitende Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle und die Gründung einer gemeinsamen „Tochter“ zwecks Durchführung von Vergabeverfahren durch mehrere (öffentliche) Auftraggeber mit Sitz in verschiedenen Vertragsparteien des EWR. In allen Fällen enthält das Gesetz nunmehr Regelungen, welches nationale Recht auf derartige „gemeinsame“ Vergaben anwendbar ist, in manchen Fällen eröffnet es sogar gewisse Wahlmöglichkeiten (sog. „forum-shopping“).

So können (öffentliche) Auftraggeber mit „ausländischen“ (öffentlichen) Auftraggebern vertraglich vereinbaren, welches nationale Recht (materielles Recht und Rechtsschutz) auf das von ihnen gemeinsam durchgeführte Vergabeverfahren anwendbar sein soll. Zur Wahl stehen in dieser Konstellation die nationalen Rechtssysteme der an diesem Vergabeverfahren beteiligten (öffentlichen) Auftraggeber. Soll eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen oder

---

<sup>28</sup> Vgl. dazu etwa Rs C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, Rz 35 und 38.

<sup>29</sup> Eines der größten rechtlichen Hindernisse vor der Erlassung der VergabeRL 2014 bzw. des BVergG 2018 war, dass Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten idR aus verfassungsrechtlichen Gründen verpflichtet sind, „ihr“ jeweiliges nationales Recht anzuwenden zu müssen (Territorialitätsprinzip; vgl. etwa für Österreich Art. 49 Abs. 1 B-VG) und dieses nicht abbedingen können (vgl. etwa VwGH 14.10.2015, 2013/04/0097 mwN der Rspr). Vgl. dazu etwa auch Erwägungsgrund 73 der RL 2014/24/EU.



---

ein Dynamisches Beschaffungssystem (DBS) eingerichtet werden besteht überdies die Möglichkeit, unterschiedliche nationale Regelungen für die zwei Phasen der Rahmenvereinbarung bzw. des DBS für anwendbar zu erklären: zB Einrichtung des DBS nach österreichischem Recht, Abruf aus DBS für den deutschen Partner nach deutschem Recht. Damit wird – soweit ersichtlich erstmalig in Österreich – die Durchbrechung des Territorialitätsprinzips auf vertraglicher Grundlage ermöglicht.

Im Fall der gemeinsamen Beschaffung im Wege einer zentralen Beschaffungsstelle existiert diese Rechtswahlmöglichkeit nicht: in diesem Fall unterliegt die Abwicklung des Vergabeverfahrens ebenso wie die Abrufe aus einer Rahmenvereinbarung bzw. die Vergabe aufgrund eines DBS den nationalen Regelungen des Sitzstaates der zentralen Beschaffungsstelle. Trotzdem können sich auch in dieser Konstellation für (öffentliche) Auftraggeber „interessante“ Optionen eröffnen.<sup>30</sup>

Für den Fall der Durchführung gemeinsamer Auftragsvergaben im Wege einer eigens dazu gegründeten Tochter mehrerer (öffentlicher) Auftraggeber ist die Rechtswahl auf die Wahl der nationalen Vergaberegulungen des Sitzstaates der „Tochter“ oder die nationalen Vergaberegulungen jener Vertragspartei(en) des EWR eingeschränkt, in dem bzw. denen die „Tochter“ ihre Tätigkeiten entfaltet. Interessant an dieser Variante ist, dass (theoretisch) die „Entfaltung der Tätigkeiten“ auch in einem Staat erfolgen könnte, der weder Sitzstaat der Tochter noch Sitzstaat eines der involvierten (öffentlichen) Auftraggeber ist.

## **Neue Grundsätze des Vergabeverfahrens**

Die §§ 20 und 193 enthalten nunmehr die Grundsätze des Vergabeverfahrens. Deren große Bedeutung als Auslegungsmaximen des Gesetzes und als allgemeiner Beurteilungsmaßstab in Bezug auf alle Vorgänge im Rahmen eines Vergabeverfahrens<sup>31</sup> wird durch die Erläuterungen besonders hervorgehoben.

In der Aufzählung der relevanten Grundsätze finden sich neben den schon bisher bekannten unionsrechtlichen Grundsätzen, dem freien und lauterem Wettbewerb, der Vergabe (ausschließlich) an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (= geeignete) Unternehmen und der Vergabe zu angemessenen Preisen nunmehr neu auch der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. Dieser bereits bisher als verfassungsrechtlicher Grundsatz (vgl. Art. 126b Abs. 5 B-VG) zu beachtende Leitgedanke, wurde zur Klarstellung in den Kanon des Abs. 1 aufgenommen. 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 im Vergaberecht auch schon bisher zu beachtenden allgemeinen Effizienzprinzips.

---

<sup>30</sup> ZB durch die Wahl einer zentralen Beschaffungsstelle in Mitgliedstaaten, in denen (aus welchen Gründen immer) wenige Vergabekontrollverfahren abgewickelt werden. Vgl. zu einer Evaluierung der Vergaberechtsschutzsysteme der Mitgliedstaaten die Studie im Auftrag der EK MARKT/2013/072/C: Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts (2015).

<sup>31</sup> Dies gilt nicht nur im Hinblick auf Anforderungen an die Gestaltung und Durchführung eines Vergabeverfahrens sondern auch im Hinblick auf die ex post Beurteilung im Rahmen eines Vergabekontrollverfahrens.

---

In Abs. 5 findet sich das schon bisher existierende Gebot, auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Neu ist, dass in der demonstrativen Aufzählung der „ökologischen Aspekte“ die Materialeffizienz, die Abfall- und Emissionsvermeidung und der Bodenschutz explizite Erwähnung finden. Eine materielle Änderung ist damit nicht verbunden. Neu und systematisch unpassend findet auch der „Tierschutz“ Erwähnung in Abs. 5. Aufgrund des Wortlautes und der Systematik der Bestimmung könnte zu schließen sein, dass der „Tierschutz“ Teil der „Umweltgerechtigkeit“ sein soll. Angesichts der sonst üblichen Trennung dieser Konzepte<sup>32</sup> dürfte die Anordnung so zu verstehen sein, dass – sofern dies aufgrund des Leistungsgegenstandes in Betracht kommt<sup>33</sup> – auf Aspekte des Tierschutzes neben der Umweltgerechtigkeit Bedacht zu nehmen ist.

Abs. 8 enthält einen neuen Grundsatz: danach soll „die Konzeption und Durchführung eines Vergabeverfahrens ... nach Möglichkeit so erfolgen, dass kleine und mittlere Unternehmen am Vergabeverfahren teilnehmen können“. Es handelt sich hierbei ausweislich der Erläuterungen um die grundsätzliche Zielvorgabe, dass bei der Konzeption und bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens auf die Teilnahmemöglichkeit von KMUs Bedacht zu nehmen ist.<sup>34</sup> Einen Rechtsanspruch auf eine KMU-gemäße Vergabe räumt Abs. 8 jedoch nicht ein.<sup>35</sup>

Abs. 9 verankert nunmehr als allgemeinen Grundsatz des Vergabeverfahrens ein umfassendes Umgehungsverbot. Dieses in der Judikatur des EuGH<sup>36</sup> bereits mehrfach betonte Prinzip war im BVergG 2006 systematisch an verschiedenen Stellen spezifisch verankert. Um dessen allgemeine Bedeutung hervorzuheben, wurde es nunmehr als allgemeiner Grundsatz in das Gesetz aufgenommen. 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 zu torpedieren (zB durch Auftragsplitting). Das Umgehungsverbot entfaltet aufgrund seines umfassenden Charakters auch Wirkungen, die über die Phase des eigentlichen Vergabeverfahrens hinausreichen (Vorwirkungen auf die Konzeptionsphase und

---

<sup>32</sup> Die im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck kommende Verbindung verwundert, da „Tierschutz“ und „Umweltschutz“ (bzw. „Nachhaltigkeit“) bislang rechtlich als unterschiedliche Konzepte behandelt wurden. Vgl. etwa das Bundesverfassungsgesetz über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung, BGBl I Nr. 111/2013, sowie Art. 11 Abs. 1 Z 8 B-VG.

<sup>33</sup> Anwendungsbeispiele wären etwa die Beschaffung von Lebensmitteln (keine „Käfighaltungen“) und bestimmte Bauaufträge (zB Fischaufstiegshilfen bei Staumauern).

<sup>34</sup> Vgl. dazu auch § 122 Abs. 2 zweiter Satz und § 154 Abs. 1 letzter Satz.

<sup>35</sup> Dies geht auch klar aus dem Wortlaut hervor: arg. „soll nach Möglichkeit so erfolgen...“. Vgl. demgegenüber etwa § 97 Abs. 4 des dt. GWB: „*Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge vergibt, nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren.*“ Dieser Zwang zur Losvergabe hat in der Vergangenheit immer wieder zu Unsicherheiten bei den Auftraggebern und zu Vergabenaachprüfungsverfahren geführt. Überdies hatte diese Bestimmung bislang keine signifikanten Auswirkungen auf die Erfolgsquoten von KMUs.

<sup>36</sup> Vgl. etwa Rs C-29/04, *Kommission gegen Österreich*, Rz 40ff.

---

Nachwirkungen auf die Vertragserfüllungsphase wie etwa das Verbot wesentlicher Änderungen eines Vertrages).

Ferner wird in Anlehnung an die RL und die Rechtsprechung des EuGH das Verbot der „künstlichen Einschränkung des Wettbewerbes“ in Abs. 9 angeführt. Eine derartige Einschränkung liegt jedenfalls dann vor, wenn durch die Konzeption oder Durchführung des Vergabeverfahrens bestimmte Unternehmer auf unzulässige Weise bevorzugt oder benachteiligt werden. Ob dies vorliegt ist insbesondere in einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu beurteilen, die die tatsächlichen (wirtschaftlichen) Effekte der zu beurteilenden Maßnahme bewertet.

### **Neuerungen bei der Eignung (Ausschlussstatbestände, Selbstreinigung)**

Gemäß den vergaberechtlichen Grundsätzen<sup>37</sup> sind Leistungen nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu vergeben. Im Rahmen der Eignungsprüfung sind insbesondere die Einführung neuer Ausschlussstatbestände und die Neuregelung der sog. „Selbstreinigung“ hervorzuheben.

Die §§ 78 und 249 enthalten nunmehr die Regelungen betreffend den Ausschluss. Es ist darauf hinzuweisen, dass das Ausschlussregime differenzierte Ansätze zwischen dem klassischen Bereich und dem Sektorenbereich verfolgt. Während für öffentliche Auftraggeber (auch als Sektorenauftraggeber) alle im Gesetz genannten Ausschlussgründe zwingend gelten, sind für öffentliche Unternehmen gemäß § 168 und private Sektorenauftraggeber gemäß § 169 lediglich die in § 249 Abs. 1 aufgezählten strafgerichtlichen Verurteilungen als zwingender Ausschlussgrund vorgesehen; die in § 249 Abs. 2 genannten Ausschlussgründe sind für diese Sektorenauftraggebertypen lediglich fakultativ, dh deren Anwendung muß in der Ausschreibung angeordnet werden.<sup>38</sup>

Wie bisher sind Unternehmer in jeder Phase des Vergabeverfahrens auszuschließen, wenn der Auftraggeber Kenntnis von bestimmten, im Gesetz taxativ aufgezählten rechtskräftigen Verurteilungen hat bzw. erhält. Den Auftraggeber trifft keine unumschränkte Nachforschungspflicht, ob derartige Verurteilungen vorliegen oder nicht, der Auftraggeber hat aber jedenfalls im Wege der verpflichtend vorzuschreibenden Nachweise zu prüfen, ob eine derartige Verurteilung besteht. Darüber hinaus kann dieser Ausschlussgrund auch dann schlagend werden, wenn der Auftraggeber auf anderweitige Weise (etwa durch Medienberichte) von einer einschlägigen Verurteilung Kenntnis erlangt. Der Ausschlussstatbestand wird auch dann schlagend, wenn diese Verurteilung „in Bezug auf eine Person erfüllt ist, die Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmers ist oder die darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat“.<sup>39</sup> Dies hat im Rahmen des Begutachtungsverfahrens (und darüber hinaus) Anlass zur Diskussion gegeben, ob auch „Prokuristen“ unter diesen Ausschlussstatbestand fallen und deswegen

---

<sup>37</sup> Vgl. die §§ 20 Abs. 1 und 193 Abs. 1.

<sup>38</sup> Siehe dazu § 249 Abs. 2 („Der Sektorenauftraggeber kann ... ausschließen ...“) iVm Abs. 3.

<sup>39</sup> Vgl. § 78 Abs. 2 Z 1 und § 249 Abs. 1.

---

zu überprüfen sind.<sup>40</sup> ME ist es unzweifelhaft, dass dies der Fall ist: einerseits bezieht sich – wie auch die Kommission bestätigte – der Begriff „darin“ auf das Unternehmen (und nicht auf das „Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan“) und andererseits kann angesichts der gesetzlichen Regelungen betreffend die Prokura (vgl. die §§ 48ff UGB) wohl nicht bestritten werden, dass dem Prokuristen „Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse“ im Unternehmen zukommen. Im Übrigen war es auch für den deutschen Gesetzgeber bei Umsetzung der RL evident, dass Prokuristen von der og. Regelung erfasst werden.<sup>41</sup>

Der Auftraggeber hat bzw. kann Unternehmer auch vom Vergabeverfahren aus(zu)schließen, wenn er über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür verfügt, dass der Unternehmer mit anderen Unternehmern für den (öffentlichen) Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen hat, die gegen die guten Sitten verstoßen, oder mit anderen Unternehmern Abreden getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen. Schon die RL wählten bewusst diesen Wortlaut („hinreichend plausibel“), weil es im Kontext dieses Ausschlussstatbestandes nicht auf eine (rechtskräftige) Verurteilung ankommen sollte. Es obliegt vielmehr dem Auftraggeber zu beurteilen, ob die ihm zur Verfügung stehenden Informationen „verdichtet genug“ sind, um bei ihm die Überzeugung hervorzurufen, dass einer der zwei in Z 4 genannten Tatbestände verwirklicht ist: entweder für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten verstoßende Abreden mit anderen Unternehmern bzw. Abreden mit anderen Unternehmern, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen. Im zweiten Fall ist es nach den Erläuterungen nicht erforderlich, dass die „Abreden“ auf eine Benachteiligung des Auftraggebers abzielen müssen.<sup>42</sup> Sanktioniert werden soll vielmehr ein durch entsprechende Anhaltspunkte belegtes, allgemein verpönte und im Kontext der öffentlichen Beschaffung besonders relevantes (negatives) Verhalten.

Für die Praxis besonders relevant ist der neue Ausschlussstatbestand wonach jene Unternehmen auszuschließen sind bzw. ausgeschlossen werden können, die bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen haben, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben. Hintergrund dieser Regelung ist, dass es Auftraggebern nicht zugemutet werden soll, sich mit Unternehmen in einem Vergabeverfahren zu beschäftigen, die nachweislich gravierende Mängel bei früheren Vertragserfüllungen aufgewiesen haben. Anders als in anderen

---

<sup>40</sup> Das Argument gegen eine Einbeziehung der Prokuristen war, dass aufgrund der oft großen Anzahl derselben deren Überprüfung großen Aufwand und praktische Probleme verursachen würde.

<sup>41</sup> Vgl. dazu die Erläuterungen zu § 123 Abs. 3 GWB, Drucksache 18/6281 vom 08.10.2015, S. 103: *„Das Wort „darin“ bezieht sich auf das Unternehmen insgesamt und nicht nur eingeschränkt auf das Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium dieses Unternehmens. Ansonsten würde der zweite Halbsatz weitgehend leerlaufen und insbesondere der Fall eines Prokuristen nicht erfasst werden, der eventuell nur für einen Teil der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens Prokura besitzt und nicht Mitglied eines Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums des Unternehmens ist. Auch Straftaten eines solchen Prokuristen sollten aber dem Unternehmen, für das der Prokurist tätig ist, zugerechnet werden können.“* Vgl. im Übrigen ebenso schon VwGH vom 12. September 2016, Ra 2015/04/0081.

<sup>42</sup> Z.B. weil den Tätern bewusst ist, dass der Auftraggeber die verursachten Mehrkosten auf Dritte überwälzen kann bzw. wird.

---

Mitgliedstaaten ist das Führen von sog. „schwarzen Listen“ in Österreich nicht unproblematisch.<sup>43</sup> Aufgrund des nicht differenzierenden Verweises auf „frühere Aufträge“ bzw. „frühere Konzessionsverträge“ können nicht nur eigene Erfahrungen des Auftraggebers sondern auch Erfahrungen anderer Auftraggeber im Rahmen dieses Ausschlussstatbestandes verwendet werden. Wichtig ist die Einzelfallbetrachtung: es muss sich um gravierende Mängel bei der vorhergehenden Vertragserfüllung gehandelt haben, die (kumulativ) zu einer vorzeitigen Beendigung dieses Vertrages, zu Schadenersatz oder anderen vergleichbaren Sanktionen geführt haben. Ob es sich um einen „gravierenden Mangel“ handelt, ist aufgrund der Festlegungen des entsprechenden Vertrages zu prüfen. So können bereits kurze zeitliche Verzögerungen bei bestimmten Zielschuldverhältnissen diese Voraussetzung erfüllen (die Erläuterungen nennen als Beispiel die Errichtung von Zelten für das Fußball WM-Finale) während dies in anderen Situationen nicht der Fall ist.

Obwohl dies aufgrund ihrer Natur bei einigen Ausschlussstatbeständen evident ist - bei anderen jedoch nicht -, ist darauf hinzuweisen, dass alle im Gesetz genannten Ausschlussstatbestände Handlungen und Unterlassung von Unternehmen bzw. Personen erfassen, unabhängig davon, ob sie vor oder während des konkreten Vergabeverfahrens stattfinden, in dem die Eignungsprüfung gerade stattfindet.<sup>44</sup> Deshalb rechtfertigen auch falsche Auskünfte oder die Übermittlung irreführender Informationen in früheren Vergabeverfahren einen Ausschluss.<sup>45</sup>

### **Bestangebotsprinzip neu**

Der grundsätzliche Ansatz des Gesetzes, wonach das Bestangebotsprinzip den Regelfall bildet und der niedrigste Preis nur ausnahmsweise zur Anwendung kommen kann, bildet unverändert die Grundlage für die Vergabe von Leistungen (siehe die §§ 91 Abs. 4 und 262 Abs. 3). Neu ist, dass unter dem Konzept des „Bestangebotsprinzipes“ nunmehr zwei Ansätze zur Ermittlung des „technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes“ vereint sind: einerseits die Ermittlung anhand eines Kostenmodells (vgl. dazu die §§ 91 Abs. 7 Z 1 und 92 sowie 262 Abs. 6 Z 1 und 263 - bei diesem werden Folgekosten berücksichtigt) oder anhand von mehreren Zuschlagskriterien (wobei der Preis jedenfalls ein Zuschlagskriterium sein muss<sup>46</sup>).

Die durch die BVergG-Novelle 2015 neu gefassten Regelungen betreffend die Verpflichtung zur Verwendung des Bestangebotsprinzipes<sup>47</sup> sind im klassischen Bereich inhaltlich weitgehend unverändert übernommen worden. Änderungen ergaben sich einerseits aufgrund der Vorgaben der RL

---

<sup>43</sup> Vgl. dazu VfGH 24. Juni 1998, G 462/97, wonach ein automatisch Ausschluss aufgrund von verwaltungsstrafrechtlichen Verurteilungen verfassungrechtlich unzulässig ist. Vgl. demgegenüber die Verordnung 1302/2008 über die zentrale Ausschlussdatenbank, ABl. Nr. L 344 vom 20.12.2008, S. 12.

<sup>44</sup> Vgl. dazu Art. 57 Abs. 5 der RL 2014/24/EU.

<sup>45</sup> Siehe § 78 Abs. 1 Z 11 bzw. § 249 Abs. 2 Z 10.

<sup>46</sup> Vgl. etwa Erwägungsgrund 90 und Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24/EU. Dass der Preis jedenfalls als Zuschlagskriterium heranzuziehen ist, folgt im innerstaatlichen Kontext u.a. auch aus dem Gebot der Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung (vgl. Art. 126b Abs. 5 B-VG) und den Grundsätzen des Vergaberechts (vgl. § 20 Abs. 1).

<sup>47</sup> Vgl. dazu *Fruhmann* (FN 4), 105ff.

---

2014/24/EU<sup>48</sup> und andererseits aus systematischen Überlegungen.<sup>49</sup> Eine Verpflichtung zur Verwendung des Bestangebotsprinzipes besteht gemäß § 91 Abs. 5 nunmehr bei der Vergabe von Dienstleistungen im Verhandlungsverfahren gemäß § 34 Z 2 bis 4 (somit insbesondere bei der Vergabe von geistigen Dienstleistungen), wenn die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt, bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 1 Million Euro beträgt und bei Auftragsvergaben im Wege eines wettbewerblichen Dialoges oder einer Innovationspartnerschaft.

Darüber hinaus wurde dieses „Bestangebotsprinzip“ durch ein sog. „horizontales Bestangebotsprinzip“ für bestimmte Leistungen ergänzt (siehe § 91 Abs. 6).<sup>50</sup> Hierbei hat der öffentliche Auftraggeber bei bestimmten, im Gesetz taxativ angeführten Leistungsvergaben verpflichtend qualitätsbezogene Aspekte im Sinne des § 20 – nach seiner Wahl - bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungskriterien oder der Zuschlagskriterien oder bei der Festlegung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrages festzulegen und in den Ausschreibungsunterlagen diese „Qualitätskriterien“ ausdrücklich als solche zu bezeichnen.<sup>51</sup> Das „horizontale Bestangebotsprinzip“ ist bei folgenden Leistungsvergaben verpflichtend vorgeschrieben: bei der Vergabe von unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich gemäß Anhang XVI, bei der Vergabe von Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr<sup>52</sup> wobei in diesem Fall jedenfalls soziale Aspekte zu berücksichtigen sind, bei der Beschaffung von Lebensmitteln und bei der Vergabe von Gebäudereinigungs- und Bewachungsdienstleistungen.

Demgegenüber sind die Regelungen über die zwingende Anwendung des Bestangebotsprinzipes im Sektorenbereich anders strukturiert. Im Gegensatz zu den Regelungen der BVergG-Novelle 2015, sieht das Gesetz nunmehr die zwingende Verwendung des Bestangebotsprinzipes lediglich bei der Vergabe von Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 10 Million Euro

---

<sup>48</sup> ZB aufgrund der Neufassung der Tatbestände für die zulässige Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung wodurch die Textierung des § 79 Abs. 3 Z 4 und 6 BVergG 2006 obsolet wurde.

<sup>49</sup> ZB Zusammenziehen von überschneidenden Tatbeständen (vgl. § 79 Abs. 3 Z 1 und 6 BVergG 2006).

<sup>50</sup> Ein Grund (neben anderen) für die Einführung des horizontalen Bestangebotsprinzipes war, dass im System des Bestangebotsprinzipes gemäß § 91 Abs. 5 das qualitative Zuschlagskriterium durch einen niedrigen Preis de facto ausgehebelt werden kann.

<sup>51</sup> Klarzustellen ist, dass es nach § 91 Abs. 6 hinreichend ist, dass in einer der im Gesetz genannten Phasen des Vergabeverfahrens zumindest ein Qualitätskriterium vorgesehen wird. Dies könnte zB die Vorschreibung eines ökologischen Gütezeichens (zur zulässigen Verwendung derselben siehe § 108) im Rahmen der Leistungsbeschreibung sein. Durch die freie Wahlmöglichkeit des Auftraggebers ist sichergestellt, dass er über die optimale Verankerung des oder der Qualitätskriterien entscheiden kann. Überdies kann – anders als bei einer Fokussierung auf Zuschlagskriterien – das Qualitätskriterium zB im Rahmen der Leistungsbeschreibung, der Technischen Spezifikationen oder bei den Ausführungsbedingungen nicht durch einen niedrigen Kampfpriis ausgehebelt werden.

<sup>52</sup> Gemäß dem Öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 – ÖPNRV-G 1999, BGBl. I Nr. 204/1999. Für Vergaben betreffend Bustransportleistungen und Transportleistungen mit der Straßenbahn gilt diese Verpflichtung jedenfalls, für Vergaben betreffend Transportleistungen mit der U-Bahn oder per Schiene nur bei Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens (vgl. § 151 Abs. 2). Zum differenzierten Regime bei der Vergabe von sog. „PSO“-Dienstleistungen vgl. die Ausführungen unten.

---

beträgt<sup>53</sup> und bei Auftragsvergaben im Wege eines wettbewerblichen Dialoges oder einer Innovationspartnerschaft vor. Das „horizontalisierte Bestangebotsprinzip“ findet bei Auftragsvergaben Anwendung, sofern die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt, bei der Vergabe von unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich gemäß Anhang XVI, bei der Vergabe von Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr (auch hier sind jedenfalls soziale Aspekte zu berücksichtigen), bei der Beschaffung von Lebensmitteln und bei der Vergabe von Gebäudereinigungs- und Bewachungsdienstleistungen.

### **Besondere Dienstleistungsaufträge und die Vergabe von Dienstleistungen im Öffentlichen Personenverkehr**

Das Gesetz vollzieht die Aufgabe der bisherigen Trennung des Dienstleistungsbereiches in sog. prioritäre und nicht-prioritäre Dienstleistungen nach. Dieses System wird durch ein ähnliches System ersetzt, das auf einer Zweiteilung in „besondere Dienstleistungen“, die einem Vergaberegime „light“ unterliegen, und allen übrigen Dienstleistungen, die dem Vollregime des Gesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen unterliegen, beruht. Die materiellen Vorschriften über die Vergabe der besonderen Dienstleistungen ist den bisher geltenden Regelungen für nicht-prioritäre Dienstleistungen nachgebildet (vgl. dazu die §§ 151 und 312). Insbesondere kann der Auftraggeber das Verfahren zur Vergabe dieser Dienstleistungsaufträge frei gestalten. Als wesentliche Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage sind einerseits die erhöhten Schwellenwerte (750.000 € bzw. 1 Mio. €)<sup>54</sup> sowie die Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung hervorzuheben. Ferner ist zu betonen, dass die dem besonderen Regime unterliegenden Dienstleistungen nunmehr unter Angabe des jeweiligen CPV-Codes taxativ in Anhang XVI des Gesetzes aufgelistet sind.<sup>55</sup>

Die §§ 152 und 313 sehen im Kontext der besonderen Dienstleistungen eine zusätzliche Möglichkeit<sup>56</sup> eines reservierten Wettbewerbes vor: hinsichtlich der Vergabe von abschließend in Anhang XVII genannten Dienstleistungen<sup>57</sup> kann die Teilnahme am wettbewerblichen Vergabeverfahren auf sog. „partizipatorische Organisationen“ eingeschränkt werden. Die Definition der

---

<sup>53</sup> Die im Vergleich zum klassischen Regime erhöhte Schwelle erklärt sich insbesondere daraus, dass der Sektorenbereich generell liberaler geregelt ist und sich viele Sektorenauftraggeber (zB Stadtwerke) bereits in einem intensiven Wettbewerbsumfeld befinden.

<sup>54</sup> Vgl. dazu die §§ 12 Abs. 1 Z 2 bzw. 185 Abs. 1 Z 1. Die erhöhten Schwellenwerte erklären sich daraus, dass der Unionsgesetzgeber davon ausgeht, dass Auftragsvergaben unter diesen Schwellenwerten „in der Regel für Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse sein“ werden (und deswegen die RL nicht anwendbar sein sollten; vgl. Erwägungsgrund 114 der RL 2014/24/EU). Hervorzuheben ist, dass dieses mangelnde grenzüberschreitende Interesse lediglich vermutet wird (arg „in der Regel“) und nach stRspr des EuGH stets konkret im Einzelfall zu überprüfen ist (vgl. etwa jüngst Rs C-65/17, *Oftalma Hospital Srl*, Rz 35ff).

<sup>55</sup> Im Gegensatz dazu war die bisherige Aufzählung der nicht-prioritären Dienstleistungen lediglich demonstrativ.

<sup>56</sup> Zu anderen Möglichkeiten vgl. die §§ 23 und 196.

<sup>57</sup> Die in Anhang XVII gelisteten Dienstleistungen bilden eine Teilmenge der in Anhang XVI aufgeführten „besonderen Dienstleistungen“. Es handelt sich hierbei hauptsächlich um Dienstleistungen im Sozial- und Gesundheitsbereich.

---

„partizipatorischen Organisation“ enthält jeweils Abs. 2 der §§ 152 und 313. Es handelt sich um Rechtsträger, deren Ziel die Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe in Verbindung mit Dienstleistungen gemäß Anhang XVII ist, deren Gewinne reinvestiert werden, um das Ziel der Organisation zu erreichen<sup>58</sup> und deren Management- oder Eigentümerstruktur auf der Eigenverantwortung der Arbeitnehmer oder auf partizipatorischen Grundsätzen beruht oder die aktive Mitwirkung der Arbeitnehmer, Nutzer oder Interessenträger erfordert. Es dürfte sich hier um genossenschaftlich strukturierte, gemeinnützige oder nicht gewinnorientierte Rechtsträger zur Besorgung von in Anhang XVII genannten Dienstleistungen handeln.<sup>59</sup> Als Ausgleich für die Zulässigkeit der Teilnahmebeschränkung ist eine Laufzeitbegrenzung von drei Jahren vorgesehen<sup>60</sup> bzw. darf der präsumtive Zuschlagsempfänger vom selben Auftraggeber in den letzten drei Jahren keinen Auftrag über die gleichen Dienstleistungen unter Anwendung dieses Sonderregimes erhalten haben. Wie die Erläuterungen hervorheben, schließt dies aufeinander folgende Beauftragungen (mit dazwischen liegender „gedanklicher“ Sekunde) nicht aus, verunmöglicht aber die Vergabe zeitlich gestaffelter Aufträge über dieselbe Dienstleistung durch den selben Auftraggeber an dieselbe Organisation.

Anders als noch die RV 2017 (vgl. dazu deren Art. 6<sup>61</sup>) enthält nunmehr das BVergG selbst alle Regelungen für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Öffentlichen Personenverkehr.<sup>62</sup> Die Erforderlichkeit der Aufnahme von Regelungen betreffend die Vergabe von PSO-Leistungen beruht auf der von der VO 1370/2007 geforderten Implementierung eines den Vergaberechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG bzw. 92/13/EWG „vergleichbaren“ Rechtsschutzes (vgl. Erwägungsgrund 21 der VO).

---

<sup>58</sup> Etwaige Gewinnausschüttungen oder –zuweisungen beruhen nach der Definition ebenfalls auf partizipatorischen Überlegungen.

<sup>59</sup> Angesichts der unionsrechtlichen Entstehungsgeschichte dieser in einer sehr späten Phase der Verhandlungen aufgenommenen Bestimmung (ursprünglich Wunsch des UK nach zeitlich begrenzter Absicherung bestimmter ausgegliederter Einrichtungen) lassen sich keine exakten Aussagen über die Intentionen und Vorstellungen des Unionsgesetzgebers machen. Letztlich wird der EuGH entsprechende Abgrenzungen vorzunehmen haben.

<sup>60</sup> Die Inanspruchnahme des Sonderverfahrens liegt im Ermessen des Auftraggebers. In diesem Zusammenhang wird der Auftraggeber zu prüfen haben, ob angesichts dieser gesetzlichen Laufzeitbeschränkung eine Nutzung des Sonderverfahrens sinnvoll ist. So wird die Beauftragung bestimmter Dienstleistungen gemäß dem Sonderregime nicht angebracht sein, wenn der Dienstleister hohe Anfangsinvestitionen zu tragen hat, die sich erst bei längeren Vertragslaufzeiten rechnen (vgl. Untersuchungsdienstleistungen, die die Einrichtung eines Labors erfordern wie Blutuntersuchungen, bakteriologische Untersuchungen oder Blut-, Sperma oder Organbanken).

<sup>61</sup> Art. 6 der RV 2017 enthielt die Regelungen für ein Bundesgesetz über die Regelung des Rechtsschutzes für Vergaben des Bundes im Öffentlichen Personenverkehr (Bundesvergaberechtsschutzgesetz Öffentlicher Personenverkehr – BVRG-ÖPV). Dieser Artikel war auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen) gestützt, enthielt allein die Regelungen für den Rechtsschutz bei Vergaben des Bundes (soweit diese Vergaben nicht ohnehin dem BVergG unterlagen) und wies die Zuständigkeit zur Kontrolle dem BVwG zu. Abgesehen davon, dass die Kompetenzgrundlage angezweifelt werden konnte (die früheren Regelungen betreffend die Vergabe dieser Dienstleistungen wurden auf Art. 14b B-VG gestützt; vgl. 327 BgNR XXIV. GP), war auch die Zuweisung an das BVwG angesichts des taxativen Kataloges des Art. 130 Abs. 2 B-VG problematisch.

<sup>62</sup> Die zwischen den damaligen Koalitionsparteien heftig umstrittene Frage einer allfälligen Einschränkung der Direktvergabemöglichkeiten gemäß Art. 5 der PSO-VO führte letztlich dazu, dass die RV 2017 im Verfassungsausschuss nicht beschlossen wurde.



---

Wie bereits in den Erläuterungen 327 BlgNR XXIV. GP 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 bzw. des nunmehrigen BVergGKonz sondern auch „Vergaben“ in Form eines Gesetzes oder eines Bescheides. Die zuletzt genannten „Vergabeformen“ unterliegen (ebenso wie Konzessionen, vgl. dazu jedoch das BVergGKonz) nicht dem Anwendungsbereich des BVergG, das (wie auch die VergabeRL) auf den Abschluss eines „Vertrages“ abstellt.

Das unionsrechtliche Regime der Vergabe von Leistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs differenziert darüber hinaus in folgender Weise:<sup>63</sup>

1. Soweit es sich um die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen gemäß den Definitionen der VergabeRL handelt, ist das Regime dieser RL anwendbar. Die VergabeRL selbst beziehen Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste im Straßenbereich (Busse und Straßenbahn) in ihren Anwendungsbereich ein, schließen hingegen öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene und per U-Bahn von ihrem Anwendungsbereich aus.<sup>64</sup> Für die zuletzt genannten Vergaben gilt somit primär das materielle Regime der PSO-VO.
2. Soweit es sich um die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen über Personenverkehrsdienste auf der Schiene und auf der Straße handelt, unterliegen diese Verfahren ebenfalls primär dem materiellen Regime der PSO-VO.

Um nunmehr die ausschließlich von der PSO-VO erfassten Dienstleistungsaufträge<sup>65</sup> in das Vergaberechtsschutzregime des BVergG aufzunehmen und gleichzeitig die von der VO gewährte Flexibilität (insbesondere die erweiterten Möglichkeiten der Direktvergabe) beizubehalten, wurde die Vergabe dieser Dienstleistungsaufträge gleich dem Vergaberegime für „besondere Dienstleistungen“ gestaltet. Darüber hinaus können Auftraggeber uneingeschränkt alle in Art. 5 der PSO-VO vorgesehenen Formen der unmittelbaren Beauftragung in Anspruch nehmen.<sup>66</sup> Die §§ 151 Abs. 2 und 312 Abs. 2 enthalten die diesbezüglichen zentralen Regelungen. Wie auch die PSO-VO<sup>67</sup> sieht das BVergG grundsätzlich die Durchführung eines wettbewerblichen, jedoch frei gestaltbaren Vergabeverfahrens für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per U-Bahn vor. In diesem Fall gelten die in Abs. 2 jeweils taxativ angeführten Bestimmungen des Gesetzes. Sofern jedoch eine der Direktvergabebetätbestände der PSO-VO anwendbar ist, kann der Auftraggeber auch auf diese uneingeschränkt zugreifen. In diesen Fällen gelten ausschließlich

---

<sup>63</sup> Vgl. dazu Erwägungsgrund 27 der RL 2014/24/EU und Erwägungsgrund 35 der RL 2014/25/EU.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 10 lit. i der RL 2014/14/EU und Art. 21 lit. g der RL 2014/25/EU.

<sup>65</sup> Das sind die Vergaben betreffend U-Bahn und „auf der Schiene“ (ausgenommen Dienstleistungsaufträge betreffend Straßenbahn, die – ebenso wie der Busbereich – von den VergabeRL erfasst wird).

<sup>66</sup> Diese explizite Regelung war nicht nur aus politischen Gründen erforderlich, sondern auch zur Vermeidung von „gold-plating“, denn die Formen der unmittelbaren Beauftragung stehen nach der PSO-VO unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass dies „nicht nach nationalem Recht untersagt ist“, bzw. dass die „zuständigen Behörden“ in bestimmter Weise vorgehen „können“.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 3 der VO 1370/2007 idF der VO 2016/2338.

---

die in Abs. 2 letzter Satz taxativ angeführten Bestimmungen des Gesetzes (insbesondere daher auch der Rechtsschutzteil). Durch den Begriff „ausschließlich“ wird auch klargestellt, dass in diesen Fällen die restlichen Absätze der §§ 151 und 312 ebenfalls keine Anwendung finden.<sup>68</sup>

### **(Un)Zulässige Vertragsänderungen**

§ 365 regelt erstmalig den Problemkomplex der (un)zulässigen Änderung von vergebenen Aufträgen. Da es sich hierbei um eine Regelung nach Abschluss des Vergabeverfahrens handelt, findet sie sich systematisch im 5. Teil. Sie basiert auf der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH<sup>69</sup> und ist daher auch im Sinn dieser (auch zukünftigen) Rechtsprechung auszulegen.

§ 365 weist – ohne inhaltliche Abweichung – zur besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit einen anderen systematischen Aufbau als die entsprechenden RL-Bestimmungen auf: Abs. 1 enthält die Grundsatzregelung, dass „wesentliche Änderungen“ von abgeschlossenen Verträgen und Rahmenvereinbarungen unzulässig bzw. nur nach neuerlicher Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig sind, Abs. 2 führt demonstrativ jene Fälle an, die jedenfalls als wesentliche Änderungen anzusehen sind, Abs. 3 nennt taxativ 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 kommt als Generalklausel – insbesondere im Verhältnis zu Abs. 2 – Bedeutung zu: selbst wenn nicht eine der in Abs. 2 genannten Konstellation einer „wesentlichen Vertragsänderung“ vorliegt, ist doch nach Abs. 1 zu prüfen, ob eine relevante erhebliche Änderung im Vergleich zum ursprünglichen Vertrag bzw. der ursprünglichen Rahmenvereinbarung vorliegt. Der Grundgedanke der Regelung ist, dass ein neues Vergabeverfahren immer dann durchgeführt werden muss, wenn die Änderungen des ursprünglichen Vertrages (bzw. der ursprünglichen Rahmenvereinbarung) die Absicht der Vertragsparteien zum Ausdruck bringen, wesentliche Bedingungen des betreffenden Vertrages bzw. der Rahmenvereinbarung 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. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Beurteilung, ob eine wesentliche Änderung vorliegt, nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmen.<sup>70</sup> Da unwesentliche Vertragsänderungen vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen sind,<sup>71</sup> kann auch über die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen nicht verfügt werden.<sup>72</sup> Sind daher Änderungen

---

<sup>68</sup> Darauf wird in den Erläuterungen auch mehrfach hingewiesen.

<sup>69</sup> 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*.

<sup>70</sup> Siehe Rs C-549/14, *Finn Frogne A/S*, Rz 33.

<sup>71</sup> Siehe dazu § 9 Abs. 1 Z 27 und § 178 Abs. 1 Z 31. Ohne diese Ausnahmeregelungen würden Vertragsänderungen als reguläre Vergabeverfahren dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegen.

<sup>72</sup> 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,

---

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: Z 1 betrifft Änderungen, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten, die Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebotes ermöglicht hätten („Bietersturz“) oder das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten. Gemäß Z 2 sind alle Änderungen „wesentlich“ die das wirtschaftliche Gleichgewicht zugunsten des Auftragnehmers verschieben und die nicht im ursprünglichen Vertrag (bzw. der Rahmenvereinbarung) vorgesehen waren. Darunter fallen etwa längere Leistungsfristen, höhere Entlohnungen, sonstige vergünstigende Konditionen. Änderungen zugunsten des Auftraggebers (zB Verringerung der Auftragssumme, Rabattierungen, Verkürzung der Vertragslaufzeit<sup>73</sup>) fallen hingegen nicht unter Z 2. Z 3 erfasst den Fall der erheblichen Auftragsverweigerung bzw. Auftragsreduktion, wobei die zuletzt genannte Fallkonstellation sich nicht aus den RL, sondern aus dem Judikat des EuGH in der Rs C-549/14, *Finn Frogne A/S*, ergibt.<sup>74</sup> Die in Z 3 angesprochene Änderung des „Umfanges“ eines Vertrages oder einer Rahmenvereinbarung ist nach den Erläuterungen nicht bloß in quantitativer Hinsicht sondern auch in qualitativer Hinsicht relevant. Gemäß Z 4 ist schließlich ein Wechsel des Auftragnehmers grundsätzlich stets als „wesentliche Änderung“ anzusehen. Lediglich jene Situationen, die im verwiesenen Abs. 3 Z 3 abschließend angeführt werden, fallen als „unwesentliche Änderungen“ nicht darunter.

Abs. 3 enthält abschließend jene Änderungen, die als „unwesentliche Änderungen“ von Verträgen oder Rahmenvereinbarungen auch ohne Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens zulässig sind.

Z 1 enthält die sogenannte „safe haven“ bzw. „de minimis“ oder „Bagatell“ – Klausel; wertmäßige Änderungen innerhalb der in Z 1 angeführten kumulativen Wertgrenzen sind jedenfalls zulässig. Diese Änderungen dürfen einerseits 10% der ursprünglichen Auftragssumme bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bzw. 15% der ursprünglichen Auftragssumme bei Bauaufträgen und andererseits den „betreffenden“<sup>75</sup> Schwellenwert nicht übersteigen. Auch darf durch die Änderung(en) der Gesamtcharakter des Vertrages nicht verändert werden (zB Wechsel des Auftragsstypus). Die wertmäßigen Bagatellgrenzen der Z 1 gelten auch für Änderungen von Verträgen und Rahmenvereinbarungen, die

---

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.

<sup>73</sup> Ebenso schon VwGH 16. Dezember 2015, Ro 2014/04/0065.

<sup>74</sup> Siehe dort Rz 28/29.

<sup>75</sup> Der Begriff „betreffend“ in Abs. 3 Z 1 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 (vgl. dazu die §§ 12 Abs. 1 und 185 Abs. 1). Dieser Schwellenwert bildet die äußerste Grenze einer wertmäßigen Änderung gemäß Z 1. Bei mehreren sukzessiven Änderungen ist der kumulierte Wert aller Änderungen für die Beurteilung gemäß Z 1 heranzuziehen.

---

(rechtskonform) gemäß dem Regime des Unterschwellenbereiches abgeschlossen worden sind. In diesem Zusammenhang ist aber auch zu beachten, dass wertmäßige Änderungen im Unterschwellenbereich über den Bagatellgrenzen als unwesentliche Änderungen gemäß Z 4 qualifiziert werden können; unabdingbare Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der kumulierte Nettowert solcher Änderungen nicht dazu führt, dass der (neue) Gesamtwert die in § 12 Abs. 1 bzw. § 185 Abs. 1 genannten Schwellenwerte erreicht oder übersteigt (ein „Unterschwellenauftrag“ durch nachträgliche Änderungen sohin zum „Oberschwellenauftrag“ mutiert).

Z 2 gestattet Änderungen aufgrund klar, präzise und eindeutig formulierter „Vertragsänderungsklauseln“. Derartige Vertragsänderungsklauseln können auch wesentliche Punkte des ursprünglichen Vertrages betreffen.<sup>76</sup> Es ist in diesem Fall stets zu beachten, dass jede derartige Vertragsänderungsklausel bereits im ursprünglichen Vertrag enthalten sein muss. Zwingender Inhalt der Änderungsklauseln sind präzise Angaben zu Umfang (Volumen) und Art der möglichen Änderung sowie die ebenfalls präzise festgelegten Anwendungsvoraussetzungen unter denen die Klausel zum Tragen kommen soll. Auch im Fall der 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.

Z 3 regelt taxativ jene Fälle des Auftragnehmerwechsels, die als „unwesentliche Änderungen“ keine Neuausschreibung erfordern (vgl. zur Grundregel Abs. 2 Z 4). Einerseits muss dieser Auftragnehmerwechsel auf einer eindeutig formulierten Vertragsänderungsklausel basieren und andererseits darf dies nur als Folge einer Unternehmensumstrukturierung erfolgen und nicht auf eine Umgehung der gesetzlichen Vorschriften (insbes. Verhinderung der Neuausschreibung) hinauslaufen. Erfasst werden alle Arten von Unternehmensumstrukturierungen (arg. „einschließlich“) wie etwa rein interne Umstrukturierungen, die „Weitergabe“ des Auftrages im „in-house“-Konzern,<sup>77</sup> die Übernahme des Auftragnehmers, der Zusammenschluss des Auftragnehmers mit anderen Unternehmen, der Erwerb des Auftragnehmers (oder Teilen desselben) durch Kauf oder ein Erwerb des Auftragnehmers aus der Masse im Insolvenzfall. Erfasst sind sowohl Fälle der Gesamtrechtsnachfolge wie auch der Teilrechtsnachfolge sowie Fälle des Ausscheidens eines Mitgliedes einer Arbeitsgemeinschaft während der Auftragsausführung (und Übernahme des betroffenen Auftragsteiles durch die verbleibenden Mitglieder). Ferner erfasst Z 3 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.

Z 4 stellt eine Auffangregelung dar: alle Änderungen, die keine wesentliche Änderungen sind, sind – ungeachtet ihres Wertes – ebenfalls als „unwesentliche Änderungen“ ohne Neuausschreibung zulässig.

---

<sup>76</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen des EuGH in der Rs C-549/14, *Finn Frogne A/S*, Rz 36. Die vom Gerichtshof dargelegte Vorgangsweise wirft ihrerseits jedoch weitere Folgeprobleme auf: wenn wie in der zit. Rs der Auftraggeber derartige Vertragsklauseln aufgenommen hätte, dann wären einerseits nicht vergleichbare aber auch nicht kalkulierbare Angebote die Folge gewesen (einerseits Angebote über einen Dienstleistungsauftrag über 70 Mio € und als Variante ein Angebot über eine Lieferung von Funksystemen und Servern über 10 Mio €) und andererseits wären völlig unterschiedliche Bieterkreise durch die Ausschreibungsvarianten angesprochen worden.

<sup>77</sup> Vgl. den der Rs C-454/06, *pressetext*, zugrunde liegenden Sachverhalt.

---

Z 5 qualifiziert bestimmte erforderliche Zusatzleistungen zu einem bereits erteilten Auftrag als „unwesentliche Änderungen“ und stellt dafür kumulative Bedingungen auf.<sup>78</sup> 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. Es handelt sich um Fälle der wirtschaftlichen bzw. technischen „Unmöglichkeit“ eines Auftragnehmerwechsels. Bedeutsam 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, dh. das Kumulationsprinzip gilt nicht). Im Kontext einer Rahmenvereinbarung ist dabei gemäß den Erläuterungen 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.

Z 6 trägt dem Umstand Rechnung, dass insbesondere bei langfristigen Vertragsverhältnissen Änderungen der externen Umstände erfolgen können, die Auswirkungen auf die Ausführung des Vertrages haben. Für diese Fälle gewährleistet Z 6 ein gewisses Maß an Flexibilität, um den Vertrag an diese Gegebenheiten anpassen zu können, ohne ein neues Vergabeverfahren einleiten zu müssen. Z 6 enthält dabei kumulativ zu erfüllende Bedingungen: einerseits muss es sich um erforderliche Änderungen handeln, die ein sorgfältig vorgehender Auftraggeber nicht vorhersehen konnte<sup>79</sup> und andererseits darf sich durch die Änderung der Gesamtcharakter des Auftrages nicht verändern. Auch im Fall der 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

---

<sup>78</sup> Diese Bestimmung tritt an Stelle der bisherigen Regelungen für die Inanspruchnahme eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung (vgl. die §§ 28 Abs. 2 Z 4, 29 Abs. 2 Z 5 und 30 Abs. 2 Z 4 BVergG 2006) erweitert aber den Anwendungsbereich gegenüber der bisherigen Regelung.

<sup>79</sup> Erwägungsgrund 109 der RL 2014/24/EU führt dazu aus: *„Der Begriff ‚unvorhersehbare Umstände‘ bezeichnet Umstände, die auch bei einer nach vernünftigen Ermessen sorgfältigen Vorbereitung der ursprünglichen Zuschlagserteilung durch den öffentlichen Auftraggeber unter Berücksichtigung der diesem zur Verfügung stehenden Mittel, der Art und Merkmale des spezifischen Projekts, der 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. Dies kann jedoch nicht für Fälle gelten, in denen sich mit einer Änderung das Wesen des gesamten Auftrags verändert — indem beispielsweise die zu beschaffenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch andersartige Leistungen ersetzt werden oder indem sich die Art der Beschaffung grundlegend ändert —, da in einer derartigen Situation ein hypothetischer Einfluss auf das Ergebnis unterstellt werden kann.“*

---

abzustellen. Da derartige Kettenänderungen zur Umgehung der Vorschriften des Vergaberechts genutzt werden können, wird das Umgehungsverbot in diesem Kontext im BVergG nochmals besonders hervorgehoben.

Aus dem System der Abs. 1 bis 3 ergibt sich folgendes Prüfschema hinsichtlich der Frage, ob eine wesentliche bzw. unwesentliche Änderung vorliegt: Sofern eine Änderung eines Vertrages bzw. einer Rahmenvereinbarung nicht in einer in den Ausschreibungsunterlagen klar, präzise und eindeutig formulierten Änderungsklausel Deckung findet (vgl. dazu Abs. 3 Z 2) ist zu prüfen, ob sie nicht einem der Tatbestände des Abs. 3 Z 1, 3, 5 oder 6 zugeordnet werden kann. Ist dies nicht möglich, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob einer der Tatbestände des Abs. 2 vorliegt. Ist auch dies nicht der Fall, so ist gemäß der Generalklausel des Abs. 1 zu untersuchen, ob die Änderung trotzdem als eine „erhebliche Änderung“ des ursprünglichen Vertrages bzw. der ursprünglichen Rahmenvereinbarung zu qualifizieren ist. Erst im Fall, dass auch diese Frage zu verneinen ist, kann von einer zulässigen, weil unwesentlichen Änderung gemäß Abs. 3 Z 4 ausgegangen werden.

Abs. 2 und 3 enthalten keine ausdrückliche Regelung in Bezug auf Vertragsverlängerungen; diese sind daher an Hand der Grundregel des Abs. 1 in Verbindung mit den Kriterien gemäß Abs. 2 und 3 zu beurteilen. So stellt daher nach den Erläuterungen die Umwandlung eines befristeten Rechtsverhältnisses in ein unbefristetes jedenfalls eine wesentliche Vertragsänderung dar, weil dadurch der Gesamtcharakter des Vertragsverhältnisses grundlegend geändert wird.

§ 365 Abs. 4 enthält die Verpflichtung, bestimmte Änderungen eines Vertrages oder einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich (mittels Standardformular<sup>80</sup>) bekannt zu geben. Im Unterschwellenbereich besteht keine Pflicht zur Bekanntgabe.

§ 365 Abs. 5 enthält eine Berechnungsregel für die durch Änderungen des Vertrages bewirkten geänderten Auftragssummen bzw. Werte falls der ursprüngliche Vertrag eine Indexierungsklausel aufweist.

### **Sonstiges (e-Vergabe, neues OGD-Publikationssystem, e-Rechnungen)**

Eine der wesentlichsten und für die zukünftige Praxis wohl bedeutsamsten Neuerungen betrifft die verpflichtende elektronische Durchführung von Vergabeverfahren. Die zentralen Regelungen dazu enthalten die §§ 48 und 217 sowie Art. 2 des Vergaberechtsreformgesetzes.

Ab 18.10.2018 sind alle Auftraggeber verpflichtet, ihre Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich elektronisch abzuwickeln. Dies bedeutet, dass grundsätzlich von der Bekanntmachung bis zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung die Kommunikation zwischen Auftraggeber und Unternehmern unter Verwendung elektronischer Medien zu erfolgen hat. Nicht unter diese Verpflichtung fallen rein interne Vorgänge wie die Verarbeitung bzw. Bewertung von Angeboten oder die rein interne Kommunikation des Auftraggebers (bzw. der vergebenden Stelle). Ebenso nicht erfasst sind der

---

<sup>80</sup> Zum Inhalt der Bekanntgabe siehe Standardformular 20 und Anhang VI Teil G bzw. Anhang XX Kapitel H.

---

Vertragsschluss selbst sowie Vorgänge nach der Auftragsvergabe. Dies bedeutet aber nicht, dass nicht auch diese Vorgänge elektronisch abgewickelt werden können, sofern der Auftraggeber dies will und – sofern die externe Kommunikation betroffen ist – dies auch entsprechend in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt hat. Eine unbedingte Verpflichtung zur Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel sowohl im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich besteht hingegen bei jenen Verfahren bzw. Verfahrensschritten, bei denen grundsätzlich nur die elektronische Kommunikation zulässig ist, da dies in der Natur dieses Verfahrens bzw. Verfahrensschrittes liegt: dies gilt für das dynamische Beschaffungssystem,<sup>81</sup> die elektronische Auktion<sup>82</sup> und die Verwendung von elektronischen Katalogen.<sup>83</sup>

Die für die elektronische Kommunikation zu verwendenden Kommunikationsmittel sowie deren technische Merkmale dürfen gemäß den §§ 48 Abs. 5 und 217 Abs. 5 keinen diskriminierenden Charakter haben, müssen allgemein verfügbar sowie mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel sein und dürfen den Zugang von Unternehmern zum Vergabeverfahren nicht beschränken. Es handelt sich hierbei um eine spezifische Ausformulierung des Diskriminierungsverbotes im Kontext der elektronischen Kommunikation. Nur unter gewissen, im Gesetz spezifisch aufgestellten Bedingungen können sog. „proprietäre“ Lösungen, das sind insbesondere nicht allgemein verfügbare Kommunikationssysteme, verwendet werden (vgl. die jeweiligen Abs. 10): in diesem Fall hat der Auftraggeber einen uneingeschränkten und vollständigen Zugang zu gewährleisten, damit keine Marktzugangshindernisse entstehen. Im Gesetz sind ferner jene Fälle aufgelistet, in denen von der Nutzung elektronischer Kommunikation dispensiert wird (vgl. die jeweiligen Abs. 6): dies betrifft etwa Fälle der Verletzung der Sicherheit („Hacks“) oder die Unmöglichkeit der Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel (zB bei physischen Modellen). Diese Freistellung gilt allerdings nur in diesem Ausmaß, in dem dies unbedingt erforderlich ist (arg. „insoweit“ in der Einleitung zu Abs. 6).

Aufgrund der zeitlichen Verzögerung bei der Umsetzung der VergabeRL steht den Auftraggebern nur mehr eine kurze Zeit zur Verfügung, die Umstellung auf die e-Vergabe vorzubereiten. Viele Auftraggeber haben diese Umstellung auch dazu genutzt, ihre internen Abläufe zu systematisieren um Synergieeffekte nutzen zu können. Die ursprüngliche Intention, für den Bundesbereich in möglichst umfassender Weise eine einheitliche Kommunikationsplattform zur Abwicklung der e-Vergabe zu implementieren (vgl. dazu die Verordnungsermächtigung in den §§ 48 Abs. 13 und 217 Abs. 13 jeweils erster Satz), wird vor dem Hintergrund der faktischen Situation wohl nicht mehr realisierbar sein.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Siehe dazu die Definition des Verfahrens in den §§ 31 Abs. 8 und 203 Abs. 8 („vollelektronisches Verfahren“).

<sup>82</sup> Siehe die §§ 156 Abs. 1 und 317 Abs. 1.

<sup>83</sup> Vgl. dazu etwa die §§ 102 und 271.

<sup>84</sup> Aufgrund der zeitlichen Verzögerung der Beschlussfassung haben viele Auftraggeber bereits eigene Vorsorge getroffen und entweder eigene e-Vergabe-Systeme implementiert oder entsprechende Dienstleister beauftragt. Sollte nunmehr von der VO-Ermächtigung Gebrauch gemacht werden, so müsste diesen Auftraggebern wohl der frustrierte finanzielle Aufwand abgegolten werden. Die grundsätzliche Problematik („Gefahr einer Zersplitterung der Vergabesysteme mit unterschiedlichsten Anforderungen“) wird glücklicher Weise dadurch entschärft, dass in Österreich

---

Einen weiteren wichtigen Baustein bei der Neukonzeption des BVergG stellt die Umstellung des innerstaatlichen vergaberechtlichen Publikationssystems auf das „Open Government Data“ (OGD) – System dar. OGD sind nicht-personenbezogene und nicht-infrastrukturkritische Datenbestände, die im Interesse der Allgemeinheit ohne jedwede Einschränkung zur freien Nutzung, zur Verbreitung und zur Weiterverwendung frei zugänglich gemacht werden. Die zentrale Plattform für OGD ist „data.gv.at“. Dieses Portal erfasst zentral die Metadaten der dezentralen Datenkataloge in Österreich (im Bereich des Vergaberechts hinkünftig: die Datenkataloge der Auftraggeber, in denen die Kerndaten der Vergabeverfahren zugänglich gemacht werden).

Ab 1.3.2019 sind alle innerstaatlichen Bekanntmachungen (im Oberschwellenbereich neben den Bekanntmachungen auf Unionsebene) im OGD-System durchzuführen. Dabei werden vom Auftraggeber Metadaten (auf „data.gv.at“) zur Verfügung gestellt, die über Kerndatenquellen zu sogenannten Kerndaten (vgl. dazu den 1. Abschnitt des Anhangs VIII) der einzelnen Verfahren verknüpfen. Aufgrund des offenen und maschinenlesbaren Formats unter freier Lizenz können diese Kerndaten von allen Interessierten (Unternehmen, Zivilgesellschaft) aufgegriffen und weiterverwendet werden. Dadurch soll eine bessere Zugänglichkeit von Informationen über Vergabeverfahren erzielt werden. In diesem Zusammenhang ist besonders wichtig hervorzuheben, dass eine rechtsgültige Bekanntmachung im OGD-System nur dann vorliegt, wenn alle einschlägigen Kerndatenfelder ausgefüllt sind (vgl. dazu die §§ 59 Abs. 1, 64 Abs. 1, 229 Abs. 1 und 234 Abs. 1 idF des Art. 2 des Vergaberechtsreformgesetzes 2018).<sup>85</sup> Parallel zum System der (ex ante) Bekanntmachungen wird ein System der (ex post) Bekanntgaben eingeführt. Auftraggeber aus dem Vollziehungsbereich des Bundes haben Kerndaten über alle vergebenen Aufträge mit einem Auftragswert über 50.000.- € im Wege des OGD-Systems bekannt zu geben, Auftraggeber aus dem Vollziehungsbereich eines Landes jedoch nur bei Aufträgen im Oberschwellenbereich.<sup>86</sup>

Dieses System wird hinkünftig eine Auswertung und Analyse des österreichischen Beschaffungswesens in verschiedenster Hinsicht ermöglichen. Einerseits wird durch die Bestimmung des Unternehmensserviceportals (USP) als Dienstleister zur Aufbereitung aller Bekanntmachungen (in einer für natürliche Personen les- und suchbaren Weise)<sup>87</sup> gewährleistet, dass alle Unternehmen grundsätzlich Zugang zu allen relevanten Informationen über

---

bislang eine überschaubare Anzahl an Systemen implementiert wurde. Um hier eine Interoperabilität der Systeme zu gewährleisten wird der VO gemäß den §§ 48 Abs. 13 und 217 Abs. 13 jeweils letzter Satz eine besondere Bedeutung zukommen.

<sup>85</sup> Die Vollständigkeit der Bereitstellung des kompletten Kerndatensatzes kann in elektronischen Vergabesystemen in unkomplizierter Weise gewährleistet werden, da die relevanten, bereits im System verfügbaren Daten bloß im OGD-Format zugänglich gemacht werden müssen.

<sup>86</sup> Vgl. dazu die §§ 62 Abs. 1, 66 Abs. 1, 232 Abs. 1 und 237 Abs. 1. Da sich die Länder im Gesetzgebungsprozess strikt weigerten, diese Verpflichtung auf den Unterschwellenbereich auszudehnen, wurde diese differenzierte Lösung implementiert. Hintergrund des proaktiven Ansatzes des Bundes war u.a. ein Prüfbericht des Rechnungshofes (vgl. dazu Rechnungshofbericht Bund 2015/6, Internes Kontrollsystem bei Direktvergaben in ausgewählten Ressorts BMVIT und BMWFV), der insbesondere ein standardisiertes ressortweites Controlling einmahnte.

<sup>87</sup> Siehe dazu die §§ 54 Abs. 2 und 223 Abs. 2. Zu betonen ist, dass durch diese Regelung kein Exklusivrecht zugunsten des USP geschaffen wurde.



---

laufende Vergabeverfahren haben (inklusive des Zuganges zu den diesbezüglichen Ausschreibungsunterlagen<sup>88</sup>) und andererseits werden durch die Zugänglichkeit der Daten über vergebene Aufträge insbesondere Auswertungen über allfällige Preisentwicklungen, Preisdifferenzen oder marktverzerrende Praktiken ermöglicht. Insoweit stellt daher die Einführung des OGD-Systems nicht nur einen Meilenstein hinsichtlich der Transparenz dar, sondern hilft auch der Auftraggeberseite wertvolle Daten über das Beschaffungswesen gewinnen zu können.

Abgerundet werden die Bestimmungen über die e-Vergabe durch § 368 der ab 18.4.2019 bzw. 18.4.2020 eine Verpflichtung aller Auftraggeber statuiert, e-Rechnungen<sup>89</sup> in einem bestimmten Format bzw. in bestimmten Syntaxen zu akzeptieren und zu verarbeiten. Aus dieser Bestimmung folgt jedoch – anders als dies etwa § 5 IKT-Konsolidierungsgesetz – IKTKonG<sup>90</sup> für den Bundesbereich vorschreibt - nicht, dass Unternehmer e-Rechnungen verwenden müssen. Die e-Rechnungsfunktion wird derzeit schon vom USP angeboten.

## Das BVergGKonz

Durch das BVergGKonz wird die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen in Österreich erstmals umfassend geregelt.

In Übernahme der Definitionen der RL 2014/23/EU sowie der Rspr des EuGH werden Bau- und Dienstleistungskonzessionen definiert als entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen oder mit der Erbringung und der Durchführung von Dienstleistungen beauftragen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerkes oder in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Entscheidendes Abgrenzungskriterium zu den dem BVergG unterliegenden „Aufträgen“ ist, dass mit der Vergabe einer Konzession auf den Konzessionär das Betriebsrisiko für die Nutzung des entsprechenden Bauwerkes oder die Verwertung der Dienstleistungen übergehen muss; es kann sich hierbei um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko handeln. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des vertragsgegenständlichen Bauwerkes oder die Kosten für die Erbringung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Siehe dazu die Regelungen der §§ 89 und 260, zu den Ausnahmen siehe die §§ 90 und 261.

<sup>89</sup> Siehe dazu insbesondere die einschlägige Definition in § 2 Z 14. Zu betonen ist, dass nach dieser Definition ausschließlich e-Rechnungen in "einem strukturierten elektronischen Format, das ihre automatische und elektronische Verarbeitung ermöglicht" als e-Rechnungen iSd BVergG anzusehen sind. Rechnungen in pdf-Format erfüllen diese gesetzlichen Anforderungen nicht.

<sup>90</sup> BGBl I Nr. 35/2012.

<sup>91</sup> Siehe dazu die §§ 5 und 6 BVergGKonz 2018.

---

Die Regelungen des BVergGKonz sind grundsätzlich den Sektorenregelungen des BVergG nachempfunden, hinsichtlich der Grundsätze und des Ablaufes von Konzessionsvergabeverfahren den Regelungen über die Vergabe besonderer Dienstleistungen.

Abweichungen zum BVergG ergeben sich insbesondere hinsichtlich der Berechnung des geschätzten Wertes einer Konzession (vg. § 12), der auf der Basis des während der Vertragslaufzeit erzielten Gesamtumsatzes ohne Umsatzsteuer aller im Zusammenhang mit der Konzession stehenden Gegenleistungen nach einer objektiven Methode<sup>92</sup> zu berechnen ist und des Fehlens einer Verpflichtung zur elektronischen Abwicklung von Konzessionsvergabeverfahren (vgl. § 26).

Der bisher bei den ordentlichen Gerichten angesiedelte Rechtsschutz wird in das vergaberechtliche Vergabekontrollsystem bei den Verwaltungsgerichten überführt und ident wie im BVergG ausgestaltet.

## Abschließende Bemerkungen

Das Vergaberechtsreformgesetz 2018 ist sicher als ein weiterer Meilenstein in der Entwicklung des österreichischen Vergaberechts zu bezeichnen. Allein die verpflichtende Einführung der e-Vergabe im Oberschwellenbereich wird tiefgreifende Änderungen in der Praxis bewirken, die - mE kurzfristig - auch auf den Unterschwellenbereich ausstrahlen werden.<sup>93</sup> Im Übrigen fordert das Gesetz von den Auftraggebern ein Mehr an Verantwortung und Kontrolle ein: so wird ein öffentlicher Auftraggeber intensiver als bisher zu überlegen haben, welches Vergabeverfahren das optimalste für die konkret nachgefragte Leistung ist,<sup>94</sup> die Auftraggeber werden im Rahmen der Festsetzung der (gesetzlich sehr kurzen) Fristen stärker als bisher deren Verhältnismäßigkeit prüfen müssen und die Auftraggeber werden stärker in ihre Verantwortung nach Abschluss des Leistungsvertrages eingebunden. Des Weiteren bietet das Gesetz nunmehr vielfältige Möglichkeiten, Nachhaltigkeitsaspekte bei der Beschaffung von Leistungen einfließen lassen zu können. Dass dies zu einer Steigerung der Komplexität von Verfahren führt ist ebenso unbestritten wie die Erfahrung, dass es letztlich an den einzelnen Auftraggebern liegen wird, die unterschiedlichen (oft konkurrierenden) Interessen, Anforderungen und Wünsche im konkreten Einzelfall abzustimmen, um einen optimalen Ausgleich zwischen diesen sicherzustellen. Das Vergaberechtsreformgesetz 2018 belegt überdies wieder einmal, dass das Vergabewesen ein stetiger „work in progress“ ist.

---

<sup>92</sup> Vgl. zu den dabei zu berücksichtigenden Faktoren § 12 Abs. 4 BVergGKonz.

<sup>93</sup> Sobald Auftraggeber e-Vergabesysteme eingeführt haben, wird deren Nutzung nicht auf den Oberschwellenbereich beschränkt bleiben. Es liegt in der Entscheidungsautonomie der Auftraggeber inwieweit sie davon Gebrauch machen. Aufgrund der möglichen Synergien, der Einsparungseffekte und der Vorteile einer lückenlosen Dokumentation erwarte ich, dass diese Systeme in einem großen Ausmaß auch im Unterschwellenbereich zum Einsatz kommen werden. Eine kurze Umfrage unter anderen EU-MS bestätigt diese Einschätzung wobei in vielen anderen MS die verpflichtende Nutzung der e-Vergabe auch für weite Bereiche des Unterschwellenbereiches vorgeschrieben wurde.

<sup>94</sup> Durch die de facto Öffnung des Verhandlungsverfahrens im klassischen Bereich (vgl. dazu § 34) können öffentliche Auftraggeber hinkünftig stets verhandeln, sofern dies erforderlich ist.