

AUFSÄTZE

Die Neuerungen des BVergG 2018 – Ein Überblick

Nach langem Warten beschloss der Nationalrat am 20. 4. 2017 das Vergaberechtsreformpaket. Mit über zwei Jahren Verzug wurden damit endlich die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU umgesetzt.

Deskriptoren: Vergaberechtsreformpaket, BVergG 2018, BVergGKonz 2018.

Normen: BVergG 2018; BVergGKonz 2018.

Von Beatrix Lehner

1. Einleitung

In diesen Wochen kommt es zu einer Totalrevision des österreichischen Vergaberechts. Am 20. 4. 2018 wurde im Nationalrat das Vergaberechtsreformpaket beschlossen, im Bundesrat erfolgte die Beschlussfassung am 26. 4. 2018. In den nächsten Wochen werden voraussichtlich auch die Landtage der Gesetzesvorlage zustimmen. Im Gesetzespaket enthalten sind das Bundesvergabegesetz 2018 sowie das Bundesvergabegesetz zur Konzessionsvergabe. Mit Inkrafttreten des BVergG 2018 wird das BVergG 2006 aufgehoben.

Diese grundlegende Überarbeitung und Neufassung des österreichischen Vergaberechts war aus drei Gründen erforderlich:

Hauptgrund sind die bereits am 28. 3. 2014 im Amtsblatt der Europäischen Union kundgemachten neuen Richtlinien über die Auftragsvergabe, die Sektorenvergabe und über die Konzessionsvergabe¹, die bis zum 18. 4. 2016 hätten umgesetzt werden sollen. Der österreichische Gesetzgeber ließ diese Frist jedoch ohne Vorlage eines Gesetzesentwurfes verstreichen. Bereits vor einem Jahr wurde dann ein Gesetzesentwurf vorgelegt, der einige legistische Schwächen zeigte und dem auch recht dürftige Erläuterungen beigelegt waren. Er scheiterte an den Modalitäten zur Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen. Nun wurde ein weite-

rer überarbeiteter Entwurf vorgelegt, der inhaltlich dem vorherigen im Wesentlichen entspricht, wobei die fraglichen Passagen des Erstentwurfes überarbeitet wurden. Dem Entwurf sind nunmehr auch umfangreiche Erläuterungen beigelegt.

Neben der Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU wurden im jetzt weitgehend beschlossenen Gesetzesentwurf zum BVergG 2018 auch die EuGH-Entscheidungen zum Vergaberecht berücksichtigt. Insofern wurde das österreichische Vergaberecht wieder einem gemeinschaftsrechtlichen Judikatur-Update unterzogen.

Ein weiterer Teil der Neuerungen ist letztlich der intendierten Vereinfachung im Unterschwellenbereich geschuldet.

2. Einschränkung des sachlichen Geltungsbereichs – Erweiterung der Ausnahmetatbestände

In § 9 BVergG 2018 sind die Ausnahmetatbestände dahingehend geregelt, dass nunmehr auch Aufträge über Dienstleistungen des Rechtsanwaltes im Zusammenhang mit der Vertretung vor Gerichten (auch Schiedsgerichten) und Behörden umfasst sind, wobei es irrelevant ist, ob es sich hierbei um österreichische, sonstige nationale oder internationale Einrichtungen handelt (Z 9 leg cit¹). Die Beratung durch einen Rechtsanwalt sowie Vorbereitungsarbeiten für eines der soeben angeführten Verfahren führt ebenfalls zu keinem ausschreibungsrelevanten Sachverhalt, solange der Konnex zwischen Vertretung vor den Gerichten, Behörden und Vorbereitungsarbeiten nachvollziehbar sind. Es ist jedoch nicht zwingend erforderlich, dass es tatsächlich zu einem Verfahren kommt, in dem ein Rechtsanwalt vertritt. Es müssen lediglich konkrete Anhaltspunkte bzw eine hohe Wahrscheinlich-

1 Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl L 94 v 28. 3. 2014, S 1 (KonzRL); Richtlinie 2014/24/RL des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl L 94 v 28. 3. 2014, S 65 (VergRL); Richtli-

nie 2014/24/RL des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl L 94 v 28. 3. 2014, S 243 (SektorenRL).

keit gegeben sein, dass es zu einem solchen Verfahren vor einem Gericht oder einer Behörde kommt.

Ein weiterer Ausnahmetatbestand ist die Vergabe von Krediten und Darlehen (Z 8 leg cit).

Dienstleistungsaufträge für Verkehrsdienstleistungen sind gemäß § 151 BVergG 2018 einem vereinfachten Vergaberechtsregime unterworfen. In diesem Bereich soll die Vergabe primär nach den Regelungen der PSO-VO² erfolgen.

Des Weiteren wurde mit der Neufassung der Richtlinie – und in deren Umsetzung – des BVergG eine Anpassung der Regelung hinsichtlich der Ausnahme für In-house-Vergaben (§ 10 Abs 3 BVergG 2018) vorgenommen, die auf Grund der EuGH Judikatur der letzten Jahre erforderlich geworden war.³ Dementsprechend war auch eine Klarstellung hinsichtlich vertraglich vereinbarter Kooperationen von zwei oder mehr öffentlichen Körperschaften erforderlich, womit nunmehr gesetzlich die Ausdehnung auf solche Vertragsverhältnisse verankert ist.

Das BVergG konkretisiert ebenso wenig wie die Richtlinie die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses, das zwischen den öffentlichen Auftraggebern bestehen muss. Vielmehr wird auf die tatsächliche Zusammenarbeit der Vertragsparteien abgestellt. Einer Kooperation entsprechend müssen in so einem Vertragsverhältnis alle Parteien einen Beitrag leisten, wobei dieser über eine allenfalls vorgesehene, schlichte Entgeltzahlung hinausgehen muss. (§ 10 Abs 3 Z 1 BVergG 2018). Ein Vertragsverhältnis, das vorsieht, dass ein öffentlicher Auftraggeber für einen anderen öffentlichen Auftraggeber Leistungen gegen Entgelt erbringt, wäre nicht als Kooperation iSd § 10 Abs 3 BVergG 2018 zu qualifizieren.

§ 11 BVergG 2018⁴ ergänzt die bereits bestehenden Kollisionsnormen für das auf grenzüberschreitende Schuldverhältnisse anzuwendende Recht⁵ schließlich auch auf die gemeinsame grenzüberschreitende Auftragsvergabe mehrerer öffentlicher Auftraggeber.

Die Ausnahmen für bestimmte Konstellationen von öffentlichen-öffentlichen Rechtsverhältnissen vom Gel-

tungsbereich des Bundesvergabegesetzes bleibt auch auf grenzüberschreitende Vertragsverhältnisse anwendbar. Daher ist in diesem Zusammenhang auf die entsprechenden Bestimmungen des § 9 Abs 1 Z 20 bis Z 22 BVergG 2018 zu verweisen.

3. Relevanter Auftragswert und Neuordnung der Schwellenwerte

Für die Berechnung des für die Schwellenwertermittlung erforderlichen Auftragswert ist bei Organisationseinheiten nunmehr festgelegt, dass diese getrennt zu betrachten sind, sofern diese Organisationseinheit selbständig für die Auftragsvergaben oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergaben zuständig ist (§ 13 Abs 4 BVergG 2018).

Der **Verfassungsausschuss** fasste zuletzt hinsichtlich der Bestimmung des § 16 Abs 4 BVergG 2018 einen **Feststellungsbeschluss**, da ihm die Erläuterungen zu dieser Bestimmung missverständlich erschienen und auch unter den Wirtschaftstreibenden für Unruhe gesorgt hatten.

So ließ die Bestimmung den Schluss zu, dass hinkünftig Dienstleistungsaufträge wie Architektur- und Fachplanung, Projektsteuerung, rechtliche Beratungsleistungen oder Vermessungsleistungen bei der Ermittlung des maßgeblichen Auftragswertes gemeinsam betrachtet werden müssen. Dies hätte zur Folge gehabt, dass auch verhältnismäßig kleine Aufträge, durch die Zusammenrechnung mit anderen Aufträgen, dennoch nach den Regelungen des Oberschwellenbereichs auszuschreiben gewesen wären. Diese Interpretation hätte durchaus der vom EuGH entwickelten funktionalen Betrachtungsweise von Dienstleistungsaufträgen entsprochen.⁶ Die Betrachtungsweise orientiert sich daran, ob ein einheitlicher Charakter in Bezug auf die wirtschaftliche und technische Funktion besteht.

Diese Rechtsansicht wurde allerdings nicht in den RL abgebildet. Es wäre bei einer solchen Auslegung somit zu einer Übererfüllung der Vorgaben der RL gekommen

2 Verordnung (EG) 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) 1191/69 und (EWG) 1107/70 des Rates, ABl L 315 v 3. 12. 2007, S 1, idF VO (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Verordnung (EG) 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, ABl L 354 v 23. 12. 2016, S 22.

3 Ua EuGH 15. 10. 2009, C-196/08, *Acoset*, Slg 2009, I-9913 = FJ 2010, 118 = RdW 2009/827 = RPA 2010, 22 (*Reisner*); 9. 6. 2009, C-480/06, *Kommission/Deutschland – Stadtreinigung Hamburg*, Slg 2009, I-4747 = RdW 2009/825 = RPA 2009, 272 (*Hajek*); 13. 11. 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, Slg 2008, I-8457 = RdW 2009/97 = RPA 2009, 43 (*Reisner*) = wbl 2009/48; 19. 4. 2007,

C-295/05, *Asemfo*, Slg 2007, I-2999 = RPA 2007, 152 (*Reisner*) = wbl 2007/147 = ZER 2007/107 = ZVB 2007/54 (*Harrer*) = ZVB-LSK 2007/52; 18. 1. 2007, C-220/05, *Jean Auroux ua*, Slg 2007, I-385 = RPA 2007, 41 (*Reisner*) = wbl 2007/56 = ZER 2007/16 = ZVB 2007/46 (*Gutknecht*) = ZVB-LSK 2007/45; 11. 5. 2006, C-340/04, *Carbotermo und Consorzio Alisei*, Slg 2006, I-4137 = RPA 2006, 175 (*Bauer*) = wbl 2006/160 = ZER 2007/168 = ZVB 2006/63 (*Harrer*) = ZVB-LSK 2006/67 = ZVB-LSK 2006/68.

4 Art 39 RL 2014/24 EU.

5 Verordnung (EG) 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 177 v 4. 7. 2008, S 6.

6 EuGH 15. 3. 2012, C-574/10, *Kommission/Deutschland – „Autalhalle“*, RdW 2012/229 = RPA 2012, 226 (*Heid*) = VIL-Slg 2012/36 = ZVB 2012/75 (*Elsner*).

und ein solches „golden plating“ war mit dem Gesetzesentwurf nicht intendiert. Daher hielt der Ausschuss fest, dass die Bestimmung des § 16 Abs 4 BVergG 2018 dahingehend zu verstehen sei, dass nur Aufträge über Dienstleistungen desselben Fachgebietes bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes zusammenzurechnen sind.

4. Differenzierung in einfache und besondere Dienstleistungen

Die Klassifizierung in einfache und besondere Dienstleistungen löst die bisher bestehende Differenzierung in prioritäre und nicht prioritäre Dienstleistungen ab (§ 312 Abs 1 iVm Anh XVI BVergG 2018).

Bei besonderen Dienstleistungen fällt ein Auftrag erst ab einem geschätzten Auftragswert von € 750.000 in den Oberschwellenbereich. Im Unterschwellenbereich gelten bei der Vergabe solcher Aufträge bereits gesetzlich höhere Schwellenwerte als bei einfachen Dienstleistungen. So ist eine Direktvergabe bis € 100.000 zulässig, eine Direktvergabe mit Bekanntmachung bis zu einem geschätzten Auftragswert von bis zu € 150.000.

Nachdem diese Werte bereits im BVergG 2018 vorgesehen sind, ist dafür keine gesonderte Verordnung durch den Bundeskanzler erforderlich.

5. Neue Verfahrensart: Innovationspartnerschaft

In § 31 BVergG 2018 führt der Gesetzgeber eine Abwandlung des Verhandlungsverfahrens ein, mit der die innovative Beschaffung gefördert werden soll. Auftragsgegenstand kann bei einer Innovationspartnerschaft nicht ein bereits vorhandenes Produkt sein, sondern die Entwicklung eines solchen und anschließender Eigentumserwerb durch den Auftraggeber. Hierbei ist es nicht relevant, ob es sich um die Entwicklung einer Bau- oder Dienstleistung handelt oder auch die Beschaffung von zu liefernden – noch zu entwickelnden – Waren.

Das Verfahren zur Vergabe einer Innovationspartnerschaft stellt im Wesentlichen eine abgewandelte Form des Verhandlungsverfahrens dar. Es ist ein zweistufiges Verfahren, bei dem die Bewerber in der ersten Stufe Teilnahmeanträge legen. Die in der Ausschreibung vorgesehene Anzahl der geeigneten Unternehmer wird in der zweiten Stufe zur Angebotslegung eingeladen. Auf Basis der eingelangten ausschreibungskonformen Angebote, tritt der Auftraggeber in Verhandlungen mit den Bietern. Die Besonderheit bei diesem Vergabeverfahren liegt jedoch darin, dass in der Ausschreibung Regelungen ent-

halten sind, die den Zeitpunkt nach der Zuschlagserteilung betreffen, also die Entwicklungs- und Erwerbsphase.

6. Neuer Ausschlussgrund: Verfehlungen bei vorherigen Aufträgen

Die Ausschlussgründe aus dem Vergabeverfahren sind nunmehr in § 78 BVergG 2018 geregelt. Neben redaktionellen Anpassungen wie zB in Abs 1 Z 1 leg cit wurde in Umsetzung des Art 57 Abs 4 lit g der RL 2014/24/EU ein neuer Umstand aufgenommen, der grundsätzlich zum zwingenden Ausschluss eines Unternehmers aus dem Vergabeverfahren führen soll. Für die Verwirklichung desselben ist das Vorliegen zweier Aspekte erforderlich: Zunächst muss es bei vergangenen Aufträgen zu schweren oder dauerhaften Mängeln gekommen sein. Des Weiteren müssen diese dem entsprechenden Unternehmer, der sich nunmehr auch am neuen Vergabeverfahren beteiligt, zuzurechnen sein und dies kann nur dann als gesichert vorausgesetzt werden, wenn als Konsequenz dieser Verfehlungen Schadenersatz geleistet werden musste, bzw eine gleichwertige Sanktionierung erfolgt ist (zB Vergleich).

Dies hat zur Folge, dass eine reine Mängelrüge durch den Auftraggeber anlässlich des vorherigen – mangelhaft erfüllten – Auftrages nicht ausreicht. Sehr wohl ist es jedoch ausreichend, wenn auf Grund des bestehenden Leistungsvertrages hinsichtlich des damaligen Auftrages ein pauschalierter Schadenersatz im Sinne einer Vertragsstrafe geleistet wurde.

Hinzuweisen ist darauf, dass eine Interpretation des Begriffes der „schweren und dauerhaft Mängel“ im Sinne des § 922 ABGB ausscheidet, da es sich um einen Terminus handelt, der ebenso im Text der Richtlinie verwendet wird und daher ist die Auslegung dieses Begriffes auch anhand von unionsrechtlichen Regeln und Maßstäben zu interpretieren.

Ebenso bleibt einem Unternehmer die Möglichkeit zur Selbstreinigung, indem er nachweislich Maßnahmen setzt, die eine neuerliche mangelhafte Ausführung der Arbeiten verhindern sollen. Ein solcher Freibeweis ist ebenso wie bei den sonstigen Ausschlussgründen mit großer Skepsis zu betrachten, da der Bieter seine Maßnahmen nur nachvollziehbar darzulegen hat und der Gegenbeweis dann wiederum durch den Auftraggeber zu erbringen ist. Damit engt dies die tatsächliche Möglichkeit eines Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren erheblich ein. Dennoch bleibt diese Prüfung beim Auftraggeber, weshalb der Bieter die Selbstreinigung glaubhaft und überzeugend machen muss.⁷

7 EuGH 20. 12. 2017, C-178/16, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani und Guerrato*, RPA 2018, 121 (Reisner).

7. Verpflichtende Elektronische Beschaffung

Die zentralen Beschaffungsstellen iSd § 2 Z 47 BVergG 2018 haben im Oberschwellenbereich verpflichtend ein elektronisches Vergabeverfahren durchzuführen (§ 48 Abs 2a BVergG 2018).

Sonstigen öffentlichen Auftraggebern räumt das Gesetz noch bis zum 18.10.2018 Zeit ein, sich auf diese Regelung einzustellen.

Mit der Einführung der verpflichtenden elektronischen Abwicklung soll ein Mehr an Transparenz und Effizienz bewirkt werden. Des Weiteren soll es den Unternehmern in den Mitgliedsstaaten durch die elektronische Kommunikation mit dem Auftraggeber, aber auch durch die elektronische Einreichung von Teilnahmeanträgen oder Angeboten erleichtert werden, sich an Ausschreibungen im Gebiet des gesamten Binnenmarktes zu beteiligen. Die verpflichtende elektronische Durchführung betrifft nicht die interne Kommunikation beim Auftraggeber, ebenso wenig hat die Bestimmung Auswirkungen auf die Zeit nach der Zuschlagserteilung oder Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw der zu erfolgenden Bekanntmachung dieser Entscheidung. Es bleibt dem Auftraggeber also nach wie vor überlassen, zu entscheiden, ob er in der Phase der Vertragserfüllung die Kommunikation elektronisch weiterführt, oder sie fortan postalisch führt. Die Regelung hinsichtlich der elektronischen Kommunikation zwischen Auftraggeber und Unternehmern findet sich im 3. Hauptstück betreffend Bestimmung für die Durchführung von Vergabeverfahren in § 48 BVergG 2018⁸. Diese gesetzliche Festlegung stellt die Auftraggeber in Hinblick auf die Unterfertigung durch digitale Signatur aber auch in Hinblick auf die Datenintegrität vor einige Herausforderungen.

Hinzuweisen ist auf die Unterscheidung, die der Gesetzgeber basierend auf der Richtlinie in Abs 4 leg cit tätigt: Es ist zu unterscheiden, ob ein Auftraggeber Unterlagen zu übermitteln hat oder ob es ausreichend ist, wenn er diese bloß elektronisch verfügbar macht.

Auch im Zuge von elektronischen Vergabeverfahren steht es dem Auftraggeber frei, Mitteilungen deren Inhalt minder bedeutsam ist, mündlich zu kommunizieren, wobei zur mündlichen Kommunikation auch die Korrespondenz per Telefon zu verstehen ist. Da eine solche Kommunikation schwerlich nachvollziehbar ist und demnach nicht den Anforderungen der Transparenz entspricht, sollte diese Kommunikationsart tatsächlich auf für das Verfahren nahezu unbedeutende Mitteilungen beschränkt bleiben und auf eine entsprechende Dokumentation (zB Aktenvermerk) dem Vergabeakt – elektronisch oder auch auf Papier – angeschlossen werden.

Ab 18. 4. 2019 (zentrale Beschaffungsstellen) bzw 18. 4. 2020 (öffentliche Auftraggeber)⁹ besteht des Weiteren die Verpflichtung zur Annahme von elektronischen Rechnungen (§ 368 BVergG 2018).

8. Billigsangebots- vs Bestangebotsprinzip

Nach wie vor kann sich der Auftraggeber bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen entscheiden, ob der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Angebotspreis oder jenem mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis erfolgen soll (§ 91 Abs 4 BVergG 2018). In Relation zur Novelle des BVergG 2006 im Jahr 2016 wurde das Primat des Bestangebotsprinzips wieder aufgeweicht, dafür jedoch weitergehende verpflichtende Anwendungsfälle für das Bestangebotsprinzip festgelegt. Die RL kennt neben der Unterscheidung nach billigsten und besten Angebot des Weiteren noch die Unterteilung in niedrigsten Preis oder niedrigste Kosten. Diese Dreiteilung wurde im BVergG 2018 zu Gunsten der Beibehaltung der Einteilung in Billigst- und Bestangebotsprinzips nicht übernommen. Bei einem Zuschlagssystem zu Gunsten des niedrigsten Angebotspreises können auch Kostenmodelle bewertet werden.

Grundsätzlich soll ein Auftraggeber dem Bieter mit dem günstigsten Angebot den Zuschlag erteilen. Um auch bei Anwendung des Billigstangebotsprinzips ein qualitativ gutes Produkt zu einem möglichst niedrigen Preis zu erhalten, sollte der Auftraggeber in der Ausschreibung Anforderungen an die Leistung festlegen. Diese Anforderungen hat die angebotene Leistung dann mindestens zu erfüllen. Eine höhere Qualität des Produkts führt jedoch beim Billigstangebotsprinzip zu keiner besseren Bewertung im Zuge der Angebotsprüfung.

Abs 5 leg cit determiniert die verpflichtende Anwendung des Bestangebotsprinzips für bestimmte Leistungen. So hat der Auftraggeber den Zuschlagsempfänger an Hand von Qualitäts- und Preiskriterien zu ermitteln, sofern ein Bauauftrag mit einem geschätzten Auftragswert von über € 1 Mio zur Vergabe gelangt.

Wie bisher schon betrifft diese Verpflichtung zur Anwendung des Bestangebotsprinzips Dienstleistungen, die im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens vergeben werden sollen aber auch jene Vergabeverfahren, in denen die Leistungsbeschreibung im Wesentlichen funktional erfolgt. Des Weiteren hat das Bestangebotsprinzip Anwendung zu finden, sofern die Vergabe der Leistung im Wege eines wettbewerblichen Dialogs oder einer Innovationspartnerschaft erfolgen soll (§ 91 Abs 5 BVergG 2018).

Auch im Sektor ist das Billigstprinzip nur zulässig, sofern der Qualitätsstandard der Leistung in den Ausschrei-

⁸ Art 22 RL 2014/24/EU.

⁹ Gemäß Übergangsbestimmung § 376 Abs 3 BVergG 2018.

bungsunterlagen im Hinblick auf technische, rechtliche und wirtschaftliche Aspekte der Leistung klar definiert werden kann.

Wie bislang kann ein Sektorenauftraggeber eine Dienstleistung im Verhandlungsverfahren gemäß dem Prinzip des niedrigsten Angebots vergeben, bei Bauleistungen ist das Bestangebotsprinzip erst ab einem Auftragswert von € 10 Mio anzuwenden (§ 262 Abs 5 BVergG 2018).

9. Entfall der öffentlichen Angebotsöffnung

Mit In-Kraft-Treten des BVergG 2018 entfällt die Verpflichtung zur Durchführung einer öffentlichen Angebotsöffnung im offenen und im nicht-offenen Verfahren (§ 133 Abs 4 bzw § 298 Abs 5 BVergG 2018). Führt der Auftraggeber freiwillig eine öffentliche Angebotsöffnung durch, kann er den Bietern nicht nur wie bisher vor Ort eine Teilnahmemöglichkeit bieten, sondern diese auch elektronisch (etwa via Videotelefonie, Skype udgl) an der Angebotsöffnung teilnehmen lassen. Denkbar wäre auch ein Live-Stream, der nur für die Bieter verfügbar ist. Dies führt dazu, dass Fehler im Zuge der Angebotsöffnung nicht wie bisher zu unbehebbar Fehlern im Vergabeverfahren führen. Relevant ist das Angebotsöffnungsprotokoll. Dieses ist den Bietern zwingend zu übermitteln bzw bereitzustellen (Abs 5 leg cit). Eine Unterlassung von verpflichtenden Verlesungen bei der Angebotsöffnung führte bislang zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, sofern der antragstellende Bieter nicht im Zuge der Angebotsprüfung zur Rüge dieses Fehlers verpflichtet war.¹⁰ Solche Fälle sind in Zukunft auf Grund der Optionalität der öffentlichen Angebotsöffnung ausgeschlossen.

10. Geänderte Bekanntmachungsvorschriften

10.1 Vorinformation

Hinkünftig ist es beim nicht-offenen Verfahren und einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung möglich, auf die Bekanntmachung zu verzichten, sofern eine Vorinformation (unverbindliche Bekanntmachung, § 56 BVergG 2018) erfolgt ist (§ 57 Abs 2 BVergG 2018). Dies setzt jedoch voraus, dass der Auftraggeber bereits in der Vorinformation mitgeteilt hat, auf eine gesonderte Bekanntmachung des Vergabeverfahrens zu verzichten. Nach wie vor hat die Vorinformation sich auf den konkreten Leistungsgegenstand zu beziehen, der hiernach tatsächlich ausgeschrieben wird und darf die Aufforderung zur Angebotslegung frühes-

tens 35 Tage und spätestens 12 Monate nach Absendung der Vorinformation erfolgen.

Nachdem die Veröffentlichung einer Vorinformation den Auftraggeber nicht zur Einleitung des Bezug habenden Beschaffungsvorganges verpflichtet, entsteht durch diese Regelung eine Möglichkeit zur Zeitersparnis für den Auftraggeber auf Grund der geltenden verkürzten Fristen. Auf der anderen Seite wird dadurch, dass keine Verpflichtung zur Ausschreibung besteht, die Möglichkeit einer flexibleren Planung von Vergabeverfahren geschaffen. Dies kann etwa von Vorteil sein, wenn ein Beschaffungsvorgang zwar für die nächsten 12 Monate geplant, aber die budgetäre Abdeckung noch nicht geklärt ist.

Mit der Veröffentlichung der Vorinformation hat der Auftraggeber auch alle Unternehmer zur Abgabe von Interessensbestätigungen aufzufordern, wenn er die Leistung tatsächlich vergeben will (§ 124 BVergG 2018).

10.2 Bekanntmachung über vergebene Aufträge

Entsprechend der neuen gesetzlichen Regelung hat nunmehr auch im Unterschwellenbereich ab € 50.000 eine Bekanntmachung über vergebene Aufträge zur erfolgen, wobei hier umfangreiche Daten auf der Internetseite www.data.gv.at für fünf Jahre zur Verfügung zu stellen sind.

Ab 1. 3. 2019 ändern sich auch die Fristen für die Verpflichtung zur Veröffentlichung einer Bekanntmachung über vergebene Aufträge. Diese hat hinkünftig längstens 30 Tage nach Zuschlagserteilung zu erfolgen (§§ 61 Abs 1, 63 Abs 1 sowie 66 Abs 1 BVergG 2018).

Ebenfalls gesetzlich geregelt ist nunmehr, dass die Veröffentlichung im EU Amtsblatt vor der nationalen Veröffentlichung zu erfolgen hat bzw die nationale Veröffentlichung der Bekanntmachung im Amtsblatt erst frühestens 48 Stunden nach Absendung der europaweiten Bekanntmachung zulässig ist (§§ 59 Abs 6 und 230 Abs 6 BVergG 2018).

11. Verkürzung der Teilnahme- und Angebotsfristen

Die Teilnahme- und Angebotsfrist wird im Oberschwellenbereich auf 30 Tage verkürzt. Im Unterschwellenbereich erfolgt eine Verkürzung auf 14 bzw 20 Tage. Die Anwendung dieser Fristen setzt eine elektronische Übermittlung bzw das Bereitstellen der Unterlagen durch den Auftraggeber voraus (§ 70 BVergG 2018). Generell ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber eine angemessene längere Teilnahme- bzw Angebotsfrist zu

¹⁰ VwGH 17. 9. 2010, 2009/04/0289, *Vollwartung der Rohrpostanlage im Krankenhaus Hietzing*, RPA 2011, 16 (Etlinger).

setzen hat, falls Angebote nur nach erfolgter Ortsbesichtigung oder Einsicht in weitere Unterlagen vor Ort gelegt werden können. Die Frist ist so zu verlängern, dass gesichert ist, dass alle Unternehmer die Möglichkeit haben vor Erstellung des Angebotes die hierfür erforderlichen Informationen zu bekommen (§ 78 Abs 7 BVergG 2018).

12. Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen

Der Begriff der Ausschreibungsunterlagen ist im BVergG 2018 selbst erneut nicht definiert. Die RL verwenden lediglich den Begriff und differenzieren nicht weiter. Das BVergG 2018 seinerseits enthält den Begriff der Ausschreibung als solche und den Begriff der Ausschreibungsunterlagen. Gemäß § 2 Z 7 BVergG 2018 umfasst die Ausschreibung jene Erklärungen des Auftraggebers, in denen dieser festlegt, zu welchen Bedingungen er die konkrete Leistung erhalten möchte. Von diesem Begriff sind die Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen ebenso umfasst, wie die Bekanntmachung. Zu beachten ist hierbei, dass sich der Begriff „Ausschreibung“ in der Richtlinie und somit auch im BVergG geändert hat. Nach dieser weiten Definition der Ausschreibung sind nunmehr wohl auch die Teilnahmeunterlagen umfasst, was nach bisheriger Gesetzeslage nicht der Fall war. Mit Inkrafttreten des BVergG 2018 sind Auftraggeber nunmehr verpflichtet, die Ausschreibungsunterlagen bereits zum Zeitpunkt der Bekanntmachung für die Unternehmer bereit zu stellen oder zu übermitteln (§ 89 Abs 1 BVergG 2018). Diese Bestimmung verwendet ausschließlich den Begriff der Ausschreibungsunterlagen und auch die erläuternden Bemerkungen beziehen sich ausschließlich auf diesen Terminus. Eine Auslegung dahingehend, dass im zweistufigen Verfahren nur die Teilnahmeunterlagen bereit zu halten sind dh der Begriff der Ausschreibung synonym zu den Ausschreibungsunterlagen zu verwenden ist, ist somit nicht zu rechtfertigen.

Im Gegensatz zu den Ausschreibungsunterlagen, die den inhaltlichen Anforderungen des § 91 BVergG 2018 zu genügen haben, fehlt eine solche Bestimmung hinsichtlich des Inhaltes von Teilnahmeunterlagen. Die Teilnahmeunterlagen haben im Wesentlichen jene Angaben zu beinhalten, aus denen der interessierte Unternehmer ableiten kann, inwiefern eine Beteiligung am Verfahren für ihn attraktiv ist bzw ob er die für den Auftrag erforderliche Eignung besitzt.

Bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung hat die Bereitstellung oder Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu erfolgen. Die Unterlagen müssen grundsätzlich elektronisch zur Verfügung gestellt bzw übermittelt werden, wobei es im Falle von besonderen Vertraulichkeits-

anforderungen (vgl hierzu § 27 Abs 3 BVergG 2018) oder mangelnder Verpflichtung des Auftraggebers zur Nutzung elektronische Kommunikationsmittel geregelte Ausnahmen gibt (§§ 89 Abs 3 bzw 90 Abs 2 BVergG 2018).

In zweistufigen Verfahren mit Bekanntmachung hat die Bereitstellung ebenfalls bereits mit der Bekanntmachung des Verfahrens zu erfolgen. Ausgenommen sind nur jene Fälle, in denen eine Vorinformation veröffentlicht wird. In einer solchen Konstellation müssen die Unterlagen erst mit dem Tag der Aufforderung zur Bestätigung des Interesses aufliegen. Weder die RL noch das BVergG 2018 sieht eine Beschränkung jenes Personenkreises vor, denen die Ausschreibungsunterlagen zugänglich zu machen sind. Der Gesetzgeber hat den Auftraggeber daher zur Bereitstellung der Ausschreibungsunterlagen verpflichtet und nicht unternehmerseitig einen Anspruch auf Zugang zu denselben. Allerdings ergibt dies im zweistufigen Verfahren, dass die Ausschreibungsunterlagen auch solchen Unternehmern zugänglich sind, die noch keinen Teilnahmeantrag gestellt haben, da bei solchen Verfahren der Bieterkreis zum Zeitpunkt der Bekanntmachung schließlich noch nicht feststeht. Im Gegensatz zur Rechtslage des BVergG 2006, bei der die Ausschreibungsunterlagen nur einer begrenzten Anzahl von Wirtschaftsteilnehmern, jenen, die sich in der ersten Stufe als geeignet erwiesen haben, zugänglich gemacht wurden, ist der Kreis jener, die Einsicht in die Unterlagen nehmen können, somit prinzipiell unbegrenzt.

Beim zweistufigen Verhandlungsverfahren verdeutlicht sich die fragliche Sinnhaftigkeit dieser Regelung in besonderem Ausmaß. In der zweiten Stufe eines Verhandlungsverfahren sind die Ausschreibungsunterlagen bis zu einem gewissen Grad potentiell einer inhaltlichen Wandlung unterworfen. Ein Mehrwert aus der Übermittlung der gesamten Ausschreibungsunterlagen schon zum Zeitpunkt der Bekanntmachung ist somit nicht erkennbar. Dem gegenüber steht der Umstand, dass in den Ausschreibungsunterlagen beim nicht-offenen und beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht wie bisher bereits eine genaue Leistungsbeschreibung enthalten sein muss. Das Gesetz determiniert als Mindestinhalt der Ausschreibungsunterlagen bei diesen Verfahrensarten lediglich die unveränderlichen Mindestanforderungen an die Leistung und die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien.

In der Praxis läuft diese Verpflichtung zur Übermittlung bzw. Bereitstellung der Ausschreibungsunterlagen auch den Gepflogenheiten vieler Auftraggeber zuwider, die Unterlagen für die zweite Stufe erst während der Teilnahmefrist zu erstellen, was dazu dient, dass Zeitmanagement effektiver zu gestalten.

13. Die einheitliche Europäische Eigenerklärung

Eine selbstgestaltete Eigenerklärung, wie sie bislang in Österreich verwendet wurde, ist hinkünftig nur mehr im Unterschwellenbereich zulässig. Im Oberschwellenbereich ist die Einheitliche Europäische Einheitserklärung¹¹ (in der Folge „EEE“) zu verwenden. Es handelt sich hierbei um ein Standardformular, das in allen Sprachen der Mitgliedsstaaten verfügbar ist. Der Unternehmer befüllt dieses in seiner bevorzugten Sprache und kann diese Erklärung in Folge in jedem Mitgliedsstaat in der benötigten Sprache vorlegen. Anstatt für jedes Verfahren eine neue Erklärung für das jeweilige Vergabeverfahren auszufüllen, muss der Unternehmer dies – vorbehaltlich allfälliger erforderlicher Änderungen der Angaben – nur einmal zu tun.

Im Unterschwellenbereich ist die Vorlage der EEE zulässig, aber die Verwendung dieses Standardformulars bei Vorlage einer Eigenerklärung nicht erforderlich. Der Unternehmer kann diese frei gestalten, solange sich aus der Eigenklärung des Unternehmers ergibt, dass er in Hinblick auf das konkrete Vergabeverfahren über die erforderliche Eignung verfügt. Des Weiteren hat der Unternehmer in dieser Eigenerklärung all jene Befugnisse anzuführen, über die er verfügt.

Wird im Oberschwellenbereich eine Eigenerklärung ohne Verwendung der EEE vorgelegt, sind die Form-erfordernisse gemäß § 80 Abs 2 BVergG 2018 nicht erfüllt und es liegt somit keine Eigenerklärung vor. Eine mangelhafte Eigenerklärung ist keiner Verbesserung zugänglich. Der Unternehmer wird sohin, sofern eine Eignungsprüfung erforderlich ist, die entsprechenden Nachweise der Eignung vorzulegen haben. Werden hierbei nicht alle Unterlagen vorgelegt oder sind diese mangelhaft, hat bei Verbesserungsfähigkeit der Mängel ein entsprechender Auftrag zur Behebung zu erfolgen.

14. Neue Regelungen im Bereich der Subunternehmer

Wie viele andere Bestimmungen ist auch die Erweiterung des § 98 BVergG 2018¹² eine Folge des Nachvollziehens der EuGH-Judikatur in den neuen Richtlinien. In Abs 4 Z 1 leg cit ist die Möglichkeit der Beschränkung für Subvergaben determiniert, die allerdings nicht im freien Ermessen des Auftraggebers liegt, sondern vom im Gesetz geregelte Tatbestände abhängt.

So kann der Auftraggeber einen Vorbehalt hinsichtlich einzelner Leistungsteile vorsehen, wonach diese vom Bieter selbst zu erbringen sind. Zulässig ist dies jedoch nur bei „kritischen“ Leistungsteilen. Unter solchen sind jene zu verstehen, bei denen aus Sicht des Auftraggebers besondere Fähigkeiten oder Fachkenntnisse erforderlich sind und bei denen jene Personen, die im Zuge des Vergabeverfahrens hinsichtlich ihrer Kenntnisse geprüft wurden (Schlüsselpersonal) zum Einsatz kommen sollen, da diese entscheidend für die Qualität der Leistungserbringung sind. Die Entscheidung, welche Leistungsteile als „kritisch“ zu qualifizieren sind, liegt im Ermessen des Auftraggebers, welches beschränkt ist durch das allgemeine Sachlichkeitsgebot und auch durch die einschlägige Judikatur des EuGH, wonach der Rückgriff auf die Kapazitäten Dritter grundsätzlich zu den Rechten eines Unternehmers zählt, um nicht in seinen Wettbewerbsmöglichkeiten beschränkt zu sein. In Einzelfällen ist es zwar zulässig, diese Möglichkeiten einzuschränken, eine generelle Beschränkung wäre jedoch jedenfalls nicht zulässig.¹³ Ebenso gesetzlich zulässig ist hinkünftig auch ein genereller Ausschluss der Zulässigkeit von Subunternehmern.

15. Längere Laufzeit von Rahmenvereinbarung

Bislang war der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer Laufzeit von bis zu drei Jahren zulässig. Unter gewissen Umständen durfte die Laufzeit bis auf fünf Jahre verlängert werden. Mit Inkrafttreten des BVergG 2018 wird die Grundlaufzeit von Rahmenvereinbarungen auf maximal vier Jahre erweitert. Nur in Ausnahmefällen darf diese Laufzeit auf fünf Jahre erstreckt werden (§ 154 Abs 5 BVergG 2018). Dies ist vor allem dann der Fall, wenn dies auf Grund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung sachlich gerechtfertigt ist. Es ist weiterhin darauf zu achten, dass die Gründe für eine Ausdehnung der Laufzeit auf fünf Jahre im Vergabeakt festzuhalten sind.

16. Elektronische Kataloge

Nach der neuen gesetzlichen Regelung ist es nunmehr möglich, in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, dass Angebote in Form eines elektronischen Kataloges abzugeben sind bzw ob die Angebote einen solchen enthalten müssen (§ 102 BVergG 2018).¹⁴

11 Einheitliche Europäische Eigenerklärung entsprechend der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission vom 5. Januar 2016 zur Einführung eines Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, ABl L 3 v 6. 1. 2016 S 16.

12 Art 63 Abs 1 und 2, Art 71 Abs 2 RL 2014/24/EU.

13 EuGH 7. 4. 2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, RPA 2016, 241 (*Vrbovszky*) = VIL-Slg 2016/12 = ZVB 2016/110 (*Gölles*);

EuGH 17. 11. 2015, C-115/14, *RegioPost*, DRdA-infas 2016/1 (*Wagner*) = ÖJZ 2016/35 (*Berger/Maderbacher*) = RPA 2016, 119 (*Vrbovszky*) = VIL-Slg 2016/1 = wbl 2016/25 = ZAS-Judikatur 2016/17 = ZfRV-LS 2016/3 = ZVB 2016/41 (*Wiesinger*); 2. 6. 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, RPA 2016, 305 (*Reisner*) = VIL-Slg 2016/18 = ZVB 2017/7 (*Salamun*).

14 Art 36 Abs 1 1. UA, Abs 2 1. UA und Abs 3 RL 2014/24/EU.

17. Änderung von Verträgen während der Laufzeit

Nachdem die Frage der Verpflichtung zur Neuausschreibung bei einer Vertragsänderung während der Laufzeit in den letzten Jahren Gegenstand zahlreicher Judikate war, enthält das BVergG 2018 erstmals eine ausdrückliche Regelung für diese Konstellation.

Gemäß der gängigen Judikatur hat eine Neuausschreibung dann zu erfolgen, wenn eine wesentliche Vertragsänderung vorliegt.¹⁵

§ 365 BVergG 2018 regelt nunmehr wann eine wesentliche Vertragsänderung vorliegt. Dabei wird auf einen Prozentsatz der relevanten Schwellenwerte abgestellt. So liegt eine wesentliche Vertragsänderung nur dann vor, wenn bei Liefer- und Dienstleistungsverträgen eine Vertragsänderung vorliegt, bei der ein Wert in der Höhe von 10% des Schwellenwertes überschritten wird. Bei Bauleistungen ist eine wesentliche Änderung ab einem Prozentsatz von 15% des Schwellenwertes gegeben.

Nachdem mit dieser Festlegung der Prozentwerte im Wesentlichen die Judikatur der letzten Jahre nachvollzogen wurde, räumt § 365 BVergG 2018 dem Auftraggeber erstmals ein, Vertragsänderungsklauseln in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen. Ist eine solche Klausel vorgesehen, ist selbst eine Änderung über 10 bzw 15 % ohne Bedeutung.

Des Weiteren ist nunmehr festgelegt, dass eine Änderung des Vertragspartners nicht zur neuerlichen Ausschreibungspflicht führt, sofern die Änderung des Vertragspartners eine Folge einer Unternehmensumstrukturierung wie Übernahme, Erwerb oder Insolvenz ist.

18. Vorarbeitenregelung – Interessenskonflikte – Markterkundung

Eine gesetzliche Anpassung an die Judikatur wurde auch im Bereich der **Vorarbeitenproblematik** vorgenommen (§ 25 BVergG 2018).¹⁶ Es hat sich die Rechtsansicht durchgesetzt, dass für Unternehmer, die schon bei der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens beteiligt waren, dennoch eine Beteiligung als Bieter am Vergabeverfahren zulässig ist, sofern es dem Auftraggeber gelingt, allfällige Wettbewerbsvorteile zu egalisieren.¹⁷ In Frage kommt zB die Übermittlung oder Bereitstellung der Unterlagen, die im Zuge der Vorbereitung erstellt bzw zu Verfügung gestellt wurden. Wichtig ist in diesem Zusammenhang,

dass die getroffenen Maßnahmen im Vergabeakt festgehalten werden.

Können die Wettbewerbsvorteile des an den Vorarbeiten beteiligten Unternehmers nicht ausgeglichen werden und würde durch ihre Teilnahme der faire und lautere Wettbewerb unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verletzt werden, ist eine Beteiligung am Vergabeverfahren ausgeschlossen. Beteiligt sich der Unternehmer dennoch am fraglichen Vergabeverfahren, ist er gemäß § 141 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 auszuschließen.

Um den freien und lautereren Wettbewerb sicherzustellen, ist nunmehr auch gesetzlich geregelt, dass der Auftraggeber sicher zu stellen hat, dass alle **Interessenskonflikte im Zuge des Vergabeverfahrens** ausgeschlossen sind. Mitarbeiter, bei denen solch ein Konflikt gegeben sein könnte, sind vom gegenständlichen Vergabeverfahren abziehen. Des Weiteren sollen die Auftraggeber angehalten werden, vorbeugende Maßnahmen (Einrichtung eines Compliance-Systems, Einführung von Meldepflichten bei Interessenkonflikten etc) zu treffen.

Geregelt ist nunmehr auch die **Zulässigkeit der Markterkundung** vor Einleitung eines Vergabeverfahrens. Zu diesem Zweck darf sich der Auftraggeber auch an potentiell interessierte Unternehmer wenden und diese über das geplante Vergabeverfahren informieren. Der Auftraggeber kann sich in diesem Stadium auch von dritter Seite beraten lassen. Die so erhaltenen Informationen können bei der Vorbereitung und Gestaltung des Vergabeverfahrens bzw der Ausschreibungsunterlagen genutzt werden, sofern hierbei nicht wiederum der freie und lautere Wettbewerb gestört wird und auch nicht andere Grundsätze des Vergabeverfahrens iSd § 20 BVergG 2018 verletzt werden (§ 24 BVergG 2018).¹⁸

19. Erweiterte Melde- bzw Berichtspflichten

Bauaufträge, die einen Auftragswert von € 100.000 übersteigen, müssen der Baustellendatenbank der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse gemeldet werden (§ 367 BVergG 2018).¹⁹

In § 360 BVergG 2018²⁰ sind umfangreiche Übermittlungspflichten für Auftraggeber hinsichtlich der von diesen vergebenden Aufträgen bzw Preisgeldern vorgeschrieben. Diese sind bis zum 10.2 des jeweiligen Folgejahres an das Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz bzw im Vollzugsbereich der Län-

15 EuGH 7. 9. 2016, C-549/14, *Finn Frogne*, RPA 2017, 44 (Rützler) = VII-Slg 2016/32; 13. 4. 2010, C-91/08, *Wall*, Slg 2010, I-2815 = RdW 2010/383 = RPA 2010, 216 (Reisner); 19. 6. 2008, C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, Slg 2008, I-4401 = RdW 2008/393 = RdW 2008/607 = RPA 2008, 232 (Müller) = wbl 2008/175 = ZVB 2008/66 (Grasböck) = ZVB-LSK 2008/82 = ZVB-LSK 2008/83.

16 Art 41 RL 2014/24/EU.

17 EuGH 3. 3. 2005, C-21/03 und C-34/03, *Fabricom*, Slg 2005, I-1559.

18 Art 40 RL 2014/24/EU.

19 Vgl auch § 31a Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes, BGBl 1972/414.

20 Art 83 Abs 3 sowie Art 85 Abs 2 RL 2014/24/EU bzw Art 99 Abs 3 und Art 101 Abs 2 RL 2014/25/EU.

der an die jeweilige Landesregierung zu übermitteln. Die Landesregierungen haben ihrerseits bis zum 1.4. des jeweiligen Jahres Zeit, um dem Justizministerium Bericht in Form einer aggregierten Darstellung zu erstatten.

Auch für den VfGH, VwGH und das BVwG wurde eine statistische Meldepflicht eingeführt. Diese haben bis zum 1.3. eines jeweiligen Jahres einen statistischen Bericht an das Justizministerium zu erstatten. Neben Informationen über Fälle von Betrug, Bestechung, Interessenkonflikten oder anderen schwerwiegenden Unregelmäßigkeiten, der durchschnittlichen Verfahrensdauer und über die Fallzahlen, hat dieser Bericht Informationen über die häufigsten Ursachen einer falschen Anwendung oder Rechtsunsicherheit in Hinblick auf die vergaberechtlichen Regelungen zu enthalten.

20. Erweiterte Verhandlungsmöglichkeit im Unterschwellenbereich

Hinkünftig ist der Auftraggeber berechtigt, mit jenem Bieter, der in einem Verhandlungsverfahren im Unterschwellenbereich das günstigste Angebot gelegt hat, weiter Verhandlungsgespräche zu führen (§ 114 Abs 9 BVergG 2018). Allerdings hat sich der Auftraggeber eine solche Vorgehensweise in den Ausschreibungsunterlagen vorzubehalten.

21. Anpassung der Stillhalte- und Anfechtungsfrist

Die Stillhaltefrist bei Ausscheidens-, Widerrufs- und Zuschlagsentscheidung wurde nunmehr auch im Unterschwellenbereich auf zehn Tage bei elektronischer Übermittlung verlängert (§ 144 Abs 1 BVergG 2018). Damit ist eine Anpassung des Unterschwellenbereichs an den Oberschwellenbereich erfolgt.

Dementsprechend wurde auch die Anfechtungsfrist auf generell zehn Tage festgesetzt (§§ 306 Abs 1²¹ und § 343 Abs 1 BVergG 2018). Die Antragsfristen sind verfahrensrechtliche Fristen. Ihre Berechnung erfolgt entsprechend den Bestimmungen der §§ 32 f AVG.²²

Der Tag des fristauslösenden Ereignisses (Ausscheidens-, Widerrufs- und Zuschlagsentscheidung ua) ist bei der Fristberechnung nicht zu berücksichtigen.

22. Änderungen im Bereich des Rechtsschutzes

Die **Parteistellung** im BVergG 2018 ist nunmehr dahingehend geregelt, dass diese beim Feststellungsverfahren hinkünftig nur mehr dem Antragsteller, dem Auftraggeber und dem Zuschlagsempfänger zukommt.

Bei einem Feststellungsantrag gemäß § 334 Abs 5 BVergG 2018 wegen Nichtweiterführung des Vergabeverfahrens, der zu einem ex-lege-Widerruf des bezughabenden Verfahrens führen kann, kommt allein Unternehmen, die zu diesem noch am Vergabeverfahren beteiligt sind, Parteistellung zu. Diese differenzierte Handhabung der Parteistellung ergibt sich aus dem Umstand, dass ein Entscheid über einen Feststellungsantrag gemäß § 334 Abs 5 BVergG 2018 allen im Verfahren verbliebenen Unternehmen gegenüber Wirkung entfaltet, während bei den sonstigen Feststellungsanträgen das Vergabeverfahren bereits beendet ist, somit auch die Bietereigenschaft der ursprünglich beteiligten Unternehmer verloren gegangen ist und sie von der Entscheidung des BVwG direkt nicht mehr betroffen sind.

Durch Verweis auf § 14 f ZPO stellen zentrale Beschaffungsstelle und Auftraggeber in einem Vergabekontrollverfahren ex-lege eine **Streitgenossenschaft** dar. Dennoch bleibt der Auftraggeber in dem Verfahren allein berechtigt, einen Antrag auf Absehen von der Nichtigklärung eines Vertrages zu stellen (Alternative Sanktionen, § 356 Abs 2 BVergG 2018). Ebenso kann der Auftraggeber allein den Antrag stellen, dass ein Vertrag nicht mit ex-tunc Wirkung aufgehoben wird, sondern zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung über den Feststellungsantrag oder auch zu einem im Entscheid festgelegten späteren Zeitpunkt (§ 356 Abs 5 BVergG 2018). Wird der Vertrag nicht mit ex-tunc-Wirkung aufgehoben, sind allenfalls zusätzliche alternative Sanktionen zu verhängen. Handelt es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich, kann das erkennende Gericht über Antrag der Auftraggeberin, gänzlich von der Nichtigklärung des Vertrages absehen (Abs 6 leg cit).

Ein **Feststellungsantrag** ist unverändert binnen sechs Monate ab Kenntniserlangung von Zuschlag oder Widerruf bzw ab jenem Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer Kenntnis von einer solchen hätte erlangen können, einzubringen (§ 354 Abs 2 BVergG 2018). Da es sich um eine materiell-rechtliche Frist handelt, erlischt mit ungenutztem Ablauf der Frist auch der Feststellungsanspruch, wobei eine Widereinsetzung bei Versäumung der Antragsfrist nicht möglich ist.

Die Frist zur Einbringung eines Feststellungsantrages ist eine subjektive, da der Fristenlauf von der Kenntniserlangung oder der Möglichkeit hierzu abhängt. Um eine über einen längeren Zeitraum währende Rechtsunsicherheit zu vermeiden, ist die Frist für den Antrag auf Nichtigklärung des Vertrages mit sechs Monaten limitiert dies unabhängig von einer Kenntnis des Unternehmers. Die Frist für die Nichtigklärung des Vertrages ist daher eine objektive Frist.

21 Art 75 Abs 2 lit c und Abs 3 RL 2014/25/EU.

22 Vgl hierzu § 333 BVergG 2018.

Zusammenfassung

Mit In-Kraft-treten des BVergG 2018 werden die RL 2014/23/EU, RL 2014/24/EU und RL 2014/25/EU mit über zweijähriger Verzögerung umgesetzt. Zuletzt hatte die Regierungsvorlage im Verfassungsausschuss für Diskussionen gesorgt, da Regelungen enthalten waren, die eine Übererfüllung der RL-Vorgaben dargestellt hätten. Im Bericht des Verfassungsausschusses wurde hinsichtlich dieses „golden plating“ festgehalten, dass im Oberschwellenbereich eine grundsätzliche Beschränkung der nationalen Regelungen auf die Anforderungen der EU-Vorschriften erfolgen sollte. So wurde durch eine Ausschussfeststellung, die Verpflichtung zur Zusammenrechnung von Dienstleistungen entschärft, die zu einer vermehrten Anzahl von Verfahren im deutlich stärker reglementierten Oberschwellenbereich geführt hätte.

In den überarbeiteten Richtlinien und darauf basierend dem BVergG 2018 wurde unter anderem die Judikatur der letzten Jahre normativ nachvollzogen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich wurden weitere Vereinfachungen und Anpassungen vorgenommen, um eine Reduzierung des Aufwandes beim Auftraggeber aber auch bei den Unternehmern zu erreichen.

Das nunmehr beschlossene Vergabereformpaket muss, da es sich um eine Art 14b B-VG Materie handelt, nunmehr noch von den Landtagen bestätigt werden. Eine Kundmachung im BGBl vor dem Sommer könnte sich noch ausgeben.

Korrespondenz:

Mag. Beatrix Lehner,
beatrix.lehner@legeartis.co.at