

Erläuterungen
zum Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen
(Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2018 – K-VergRG 2018)

Allgemeiner Teil

1. Durch die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, die Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG sowie die Richtlinie 2014/25/EU 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 wurde das materielle Vergaberecht auf Unionsebene neu gefasst sowie der Rechtsschutz im Bereich der Konzessionen adaptiert.

Der Bund setzt diese Richtlinien durch das Vergaberechtsreformgesetz 2018 um, das vom Nationalrat am 20. April 2018 beschlossen worden ist (BGBl. I Nr. 65/2018). Mit diesem wird ein Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018) und ein Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018) erlassen sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert.

2. In Kärnten ist die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge im Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 – K-VergRG 2014, LGBl. Nr. 95/2013, idF LGBl. Nr. 18/2017 geregelt. Durch die sog. Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU (Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94 vom 28. 03. 2014, S. 1) wurde unter anderem der Geltungsbereich der Rechtsmittelrichtlinien der Union auf Dienstleistungskonzessionen erstreckt. Mit der Novelle LGBl. Nr. 18/2017 wurde klargestellt, dass im Bereich des Landes Kärnten das Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 auch auf die Nachprüfung von Dienstleistungskonzessionen Anwendung findet.
3. Das K-VergRG 2014 orientiert sich in Struktur und Inhalt an den Regelungen des 2. Abschnitts des 4. Teils des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006). Die Kompetenzverteilung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens bringt eine beispiellose Verzahnung bundesrechtlicher Bestimmungen mit landesrechtlichen Vorschriften mit sich, und setzt dadurch voraus, dass im Rahmen der Landesvergaberechtsschutzgesetze an das Bundesvergabegesetz angeknüpft wird. Im Interesse der Auftraggeber und der beteiligten Wirtschaftskreise werden die Bestimmungen über den Rechtsschutz, möglichst homogen formuliert. Ferner ist eine entsprechende Harmonisierung auch aufgrund der Richtlinie 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) und der einschlägigen Judikatur des EuGH geboten. Deshalb soll sich dieses Landesgesetz auch künftig an Struktur und Inhalt des 4. Teiles des Bundesvergabegesetzes 2018 orientieren.
4. Inhaltlich entspricht der Rechtsschutz im BVergG 2018 und im geplanten K-VergG 2018 im Wesentlichen der bisherigen Rechtslage.

Gegenständlicher Vorschlag enthält jedoch gegenüber dem K-VergRG 2014 folgende Änderungen:

- Anpassung aller Verweisungen an das neue Bundesvergabegesetz 2018, Einfügung von Verweisungen auf das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 und Einfügung von Verweisungen auf das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 und Berücksichtigung der Änderungen im materiellen Vergaberecht;
- Senatszuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes sowohl im Unterschwellenbereich als auch im Oberschwellenbereich;
- Aufnahme der Gewährung von Verfahrenshilfe für die Einbringung von Feststellungsanträgen (§ 13);

- Vereinheitlichung der Fristen bei Nichtigerklärung im Ober- und Unterschwellenbereich auf zehn Tage (§ 15);
- Sonderregelungen zur Parteistellung bei gemeinsamer Auftragsvergabe oder bei einer Vergabe durch eine zentrale Beschaffungsstelle (§ 18 Abs. 1, § 24 Abs. 1, § 27 Abs. 1);
- Anpassung der Regelungen zur Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen (§ 28);
- mangels Zeitgemäßheit und daher praktischer Relevanz Streichung der Telefaxnummer (zB §§ 15 und 16);
- Streichung der sechsmonatigen absoluten Frist für die Einbringung eines Feststellungsantrags;
- Anpassungen an die Rechtsprechung des EuGH.

Da alleine auf Grund der Anpassungen der Verweisungen beinahe jeder einzelne Paragraph hätte novelliert werden müssen, wird einer gänzlichen Neuregelung der Materie der Vorzug gegeben.

5. Verfassungsrechtliche Grundlage, Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

Das Gesetzesvorhaben stützt sich hinsichtlich des Vergabekontrollverfahrens auf Art 14b Abs. 3 B-VG. Die kompetenzrechtliche Grundlage für die Gebühren bildet § 8 Abs. 1 F-VG 1948 iVm § 16 Abs. 1 Z 17 FAG 2017.

Da dieses Vorhaben ausschließliche Landesabgaben zum Gegenstand hat (§ 11), ist der Gesetzesbeschluss gemäß § 9 Abs. 1 F-VG 1948 dem Bund zu übermitteln.

6. Übereinstimmung mit dem Unionsrecht:

Das Vorhaben dient der Umsetzung:

1. Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 33, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABl. L 94 vom 28.03.2014, S. 1;
2. Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. L 76 vom 23.3.1992, S. 14, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABl. L 94 vom 28.03.2014, S. 1;
3. Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinie 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl. L 216 vom 20.8.2009, S. 76.

7. Kosten:

Die Vorschriften über Nachprüfungsverfahren, Feststellungsverfahren und Verfahren zur Erlassung einstweiliger Verfügungen entsprechen im Wesentlichen der bisherigen Rechtslage. Zur neu geschaffenen Verfahrenshilferegelung für Feststellungsanträge ist anzumerken, dass diese einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich hat, sodass nur in seltenen Fällen Verfahrenshilfe beantragt werden wird.

Die gegenüber der bisherigen Rechtslage vorgesehenen Neuerungen führen daher zu keinen finanziellen Mehrbelastungen des Landes und der Gemeinden.

Als Nachprüfungsinstanz fungiert weiterhin das Landesverwaltungsgericht. Nach Angaben des Landesverwaltungsgerichtes führt die Einführung einer Senatszuständigkeit im Unterschwellenbereich zu keinen finanziellen Mehrbelastungen des Landes.

Besonderer Teil

Zum 1. Hauptstück (§ 1):

Die Zuständigkeit zur Erlassung des im Entwurf vorliegenden Gesetzes ergibt sich aus Art. 14b B-VG. Aufgrund dieser mit BGBl. I Nr. 99/2002 in die Bundesverfassung eingefügten Kompetenzbestimmung ist die Erlassung der materiellen Vorschriften in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens ausschließlich Bundessache. Die Vollziehung kommt hinsichtlich des Bundes und der ihm zuzuordnenden Einrichtungen und Verbände dem Bund zu. Hinsichtlich der Länder, der Gemeinden und

der Gemeindeverbände bzw. der diesen zurechenbaren Einrichtungen und Verbände ist die Vollziehung Landessache.

Nach Art. 14b Abs. 3 B-VG beschränkt sich die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder auf die „Angelegenheiten der Nachprüfung“ von Landes- und Gemeindevergaben. Die Gesetzgebungskompetenz umfasst im Wesentlichen die Zuständigkeit zur Regelung des Rechtsschutzes bei der Vergabe von Aufträgen

- durch das Land, die Gemeinden, die Gemeindeverbände,
- durch Stiftungen, Fonds und Anstalten iSd Art. 127 Abs. 1 und Art. 127a Abs. 1 und 8 B-VG,
- durch bestimmte Unternehmungen iSd Art. 126b Abs. 2 B-VG und durch Unternehmungen iSd Art. 127 Abs. 3 und Art. 127a Abs. 3 und 8 B-VG,
- durch landesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften,
- durch Rechtsträger, die vom Land oder den Gemeinden (mit)finanziert werden, bzw. hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Landes (einer Gemeinde) unterliegen, bzw. deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Land (von einer Gemeinde) ernannt worden sind,
- durch mehrere Länder oder durch Bund, Länder und Gemeinden, wenn die Auftragsvergabe gemeinsam erfolgt und der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert nicht mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder.

Soweit ein öffentlicher Auftraggeber im Sektorenbereich tätig ist (§§ 170ff. BVergG 2018), unterliegt er dem Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz, wenn er in den Vollziehungsbereich des Landes fällt (Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG). Ist ein Unternehmen im Nahbereich des Landes oder der Gemeinden angesiedelt (öffentliches Unternehmen), und ist es gewerblich tätig, so unterliegt es dem Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz nur, wenn es eine Sektorentätigkeit ausübt.

Soweit ein öffentliches Unternehmen im Nahbereich des Landes oder der Gemeinden keine Sektorentätigkeit ausübt, unterliegt es dem Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz nicht. Soweit Auftraggeber, die weder öffentliche Auftraggeber noch öffentliche Unternehmen sind, eine Sektorentätigkeit aufgrund besonderer oder ausschließlicher Rechte ausüben (§ 169 BVergG 2018, private Sektorenauftraggeber), unterliegen diese nicht dem Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz.

Nach § 4 BVergG 2018 gilt das BVergG 2018, wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein öffentlicher Auftraggeber ist, bestimmte Bauaufträge und Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50 % direkt subventionieren. Die mehr als 50 %ige Finanzierung kann durch Bund und andere Gebietskörperschaften gemeinsam erfolgen. Dasselbe gilt, wenn ein öffentlicher Auftraggeber als Subventionsgeber und gleichzeitig als vergebende Stelle auftritt (§ 4 Abs. 3 BVergG 2018). In diesem Fall ist das K-VergRG nicht anwendbar, weil „echte Private“ nicht unter Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG zu subsumieren sind, sondern nach Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. g B-VG in die Vollziehung des Bundes fallen und die Nachprüfung daher ausschließlich nach dem BVergG 2018 erfolgt, auch wenn die Subventionierung ausschließlich aus Landes- oder Gemeindemitteln erfolgt.

Zum 2. Hauptstück (§§ 2 – 4):

Das Vorverfahren bei der Ombudsstelle für Vergabewesen stellt ein Spezifikum des Kärntner Vergaberechtsschutzverfahrens dar. Dieses Vorverfahren wurde in einer Novelle des Kärntner Auftragsvergabegesetzes 1997, LGBl. Nr. 48/2002, durch das Einfügen der §§ 79a bis 79d (ursprünglich als obligatorisches Verfahren) geschaffen. Die Erläuternden Bemerkungen, Zl. -2V-LG-479/19-2002, führen dazu aus:

„Das Rechtsschutzverfahren wird über weite Strecken umgebaut. Neu ist vor allem die Einrichtung einer Ombudsstelle für Vergabewesen, deren Aufgabe es ist, in Fällen, in denen ein rechtswidriges Verhalten in einem Vergabeverfahren behauptet wird, ein Vorprüfungsverfahren durchzuführen und zur behaupteten Rechtswidrigkeit eine begründete Stellungnahme abzugeben. Diese Stellungnahme hat nur empfehlenden Charakter. Das Vorprüfungsverfahren vor der Ombudsstelle ist obligatorisch. Eine Anrufung des UVS ist daher nur mehr möglich, wenn zuvor ein Vorprüfungsverfahren beantragt wurde. Das Rechtsschutzverfahren insgesamt wird aber auch deutlich gestrafft, weil fortan ein Vorprüfungsverfahren innerhalb von einer Woche nach Kenntnis der Rechtswidrigkeit bzw. ab dem Zeitpunkt, ab dem die Kenntnis der Rechtswidrigkeit möglich gewesen wäre, einzuleiten ist.“

Zu § 79a:

Die Ombudsstelle besteht aus einer Person und ist beim Amt der Kärntner Landesregierung eingerichtet. Da die meisten Beschwerden Verfahren betreffend die Vergabe von Bauaufträgen betreffen wurde vorgesehen, dass die Ombudsstelle mit einer Person zu besetzen ist, die über eine akademische Ausbildung auf dem Gebiet des Bauwesens verfügt. Da die Ombudsstelle aber für sämtliche Verfahren zuständig ist, werden zusätzlich besondere Kenntnisse des Vergabewesens in technischer, rechtlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht gefordert.

Die Ombudsstelle ist durch Verfassungsbestimmung weisungsfrei gestellt, sie ist zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet und hat sich im Falle der Befangenheit der Ausübung ihrer Funktion zu enthalten.

Die Personal- und Sachkosten der Ombudsstelle sind vom Land zu tragen. Das Verfahren vor der Ombudsstelle ist gebührenfrei.

§ 79b verpflichtet die „Parteien“ des Vorprüfungsverfahrens zu Mitwirkung. Wird diese Mitwirkung verweigert, so kann die Ombudsstelle ihre Stellungnahme auf der Grundlage der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten erstellen.

Zu § 79c:

Die Anrufung der Ombudsstelle steht zunächst dem Bewerber und Bieter offen, der eine Rechtswidrigkeit behauptet. Dieser muss glaubhaft machen, dass er zum einen Interesse am Abschluss des Vertrages hat und andererseits, dass ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Diese Voraussetzungen unterscheiden sich nicht von den Voraussetzungen für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem geltenden § 80 Abs. 1 Abs. 2 des § 79c stellt des Weiteren klar, dass die Einleitung eines Vorprüfungsverfahrens nur dann zulässig ist wenn sie vor der Zuschlagserteilung erfolgt. Für die Einleitung eines Vorprüfungsverfahrens sind Fristen zu beachten. Grundsätzlich steht dem Bieter oder Bewerber dafür eine Frist von einer Woche zur Verfügung. Die Frist beginnt ab Kenntnis der Rechtswidrigkeit bzw. in jenem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Bieter oder Bewerber von der Rechtswidrigkeit hätte Kenntnis erlangen können. Darin liegt eine Verkürzung der Frist um eine Woche gegenüber der bisherigen Rechtslage vor (§ 81 Abs. 1 alt). Diese Verkürzung soll zur Straffung des Rechtsschutzverfahrens beitragen. Wird die Zuschlagsentscheidung bekämpft, so kann das Vorprüfungsverfahren nur von jenen Bewerbern und Bietern eingeleitet werden, die den Auftraggeber im Sinne des § 42a Abs. 3 um eine Mitteilung über den Grund des Ausscheidens und die Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes beantragt haben und die das Ersuchen um Vorprüfung innerhalb der Stillhaltefrist von zwei Wochen nach § 42a Abs. 2 gestellt haben.

Abs. 3 trägt dem Antragsteller – im Sinne einer Beschleunigung des Verfahrens – die Verpflichtung zur Verständigung des Auftraggebers auf. Mit der Verständigung beginnt die Stillhaltefrist von vier Wochen nach Abs. 5 zu laufen.

In Abs. 4 wird vorgesehen, dass eine Befassung der Ombudsstelle auch durch den Auftraggeber zulässig sein soll. Gedacht ist an jene Fälle, in denen der Auftraggeber mit der Behauptung der Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens von Seiten eines Bieters konfrontiert wird. Auch dem Auftraggeber soll in diesem Fall die Möglichkeit eröffnet werden, diese Behauptung der Rechtswidrigkeit durch eine unabhängige Stelle klären zu lassen.

Im Sinne der Sicherung der Effektivität des Rechtsschutzverfahrens wird vorgesehen, dass mit der Einleitung des Vorprüfungsverfahrens der Zuschlag innerhalb eines Zeitraumes von vier Wochen nicht erteilt werden kann. Damit soll verhindert werden, dass der Auftraggeber durch die Zuschlagserteilung „vollendete Tatsachen“ schafft damit der allfällige „Erfolg“ in einem Rechtsschutzverfahren vereitelt werden könnte.

Zu § 79d:

Aufgabe der Ombudsstelle ist es, innerhalb von zwei Wochen eine Stellungnahme darüber abzugeben, ob die Entscheidung des Auftraggebers im Einklang mit den Bestimmungen des Auftragsvergabegesetzes und der dazu ergangenen Verordnungen steht. Diese Stellungnahme ist zu begründen und muss innerhalb von zwei Wochen erstellt werden. Ihr kommt – zumal die „Entscheidung“ in zivilrechtlichen Angelegenheiten gemäß Art 6 EMRK einem „unabhängigen Tribunal“ vorzubehalten ist – nur empfehlender Charakter zu.

Im Sinne der Verfahrensbeschleunigung soll die Stellungnahme sogleich auch dem UVS zugeleitet werden.“

Dieses Vorverfahren bei der Ombudsstelle für Vergabewesen wurde auch in den §§ 3 bis 5 des Kärntner Vergaberechtschutzgesetz – K-VergRG, LGBl. Nr. 17/2003, übernommen. Allerdings ist das

Vorverfahren seit dem keine zwingende Voraussetzung für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Erläuternden Bemerkungen, Zl. -2V-LG-652/30-2003, führen aus:

„Zu § 3:

Den Forderungen der Wirtschaft entsprechend wird beim Amt der Landesregierung eine Ombudsstelle für Vergabewesen eingerichtet. Diese ist keine Behörde, welche bindende Entscheidungen treffen kann, sondern soll eine Servicestelle sein, welche hinsichtlich der Frage der Rechtmäßigkeit von Entscheidungen im Vergabeverfahren begründete Stellungnahmen bzw. Empfehlungen abgeben kann.

Wie bereits unter Art. I – Änderung der Landesverfassung ausgeführt wurde, werden sowohl die Leitung als auch die Bediensteten der Ombudsstelle weisungsfrei gestellt.

Die Befristung der Bestellung auf die Dauer von fünf Jahren (Wiederbestellung möglich) soll eine den Erfordernissen des modernen Arbeitslebens entsprechende Evaluation ermöglichen.

Die Erfordernisse bezüglich der beruflichen Qualifikation (§ 3 Abs. 2) dienen der Sicherstellung eines vergabespezifischen Rechtsschutzes.

Derzeit wird davon ausgegangen, dass der Arbeitsanfall im Vorverfahren nicht so hoch sein wird, dass die Ombudsfrau/der Ombudsmann hauptberuflich tätig werden muss; insbesondere deswegen, weil die Ombudsstelle nicht mehr zwingend vor der Befassung des UVS einzuschalten ist, wie das noch das K-VergG 1997 vorgesehen hat (vgl. die nebenberufliche Tätigkeit der Mitglieder der Bundes-Vergabekontrollkommission und des Bundesvergabeamtes, mit Ausnahme der Vorsitzenden und der Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamtes nach § 135f. Bundesvergabegesetz 2002).

In Anlehnung an § 150 BVergG muss jedoch eine angemessene Abgeltung des mit der Funktion verbundenen Aufwandes ermöglicht werden. Um auch auf etwaige Veränderungen in Bedeutung und Umfang der Kontrolltätigkeit flexibler reagieren und die Aufwandsentschädigung in adäquaten Zeitabständen anpassen zu können, wird als Regelungsinstrument die Verordnung vorgesehen.

§ 3 Abs. 5 und 6 enthalten die Voraussetzungen, unter welchen die Funktionen enden bzw. unter welchen eine amtswegige Abberufung von der Funktion zu erfolgen hat. Als grobe Pflichtverletzung gelten etwa Verletzungen der Verschwiegenheitspflichten (§ 3 Abs. 9) oder die Begehung strafgesetzlich zu ahndender Delikte.

§ 3 Abs. 4 sieht für die Obfrau/den Obmann nunmehr zwei Stellvertreterinnen/Stellvertreter vor, da bei Verhinderung der Obfrau/des Obmannes durchaus Konstellationen vorstellbar sind, in denen auch ein Vertretungsfall für die Erste Stellvertreterin/den Ersten Stellvertreter, etwa bei Befangenheit, eintreten kann.

Zum 2. Abschnitt

Wie bereits in der Novelle LGBl. Nr. 48/2002 zum Kärntner Auftragsvergabegesetz 1997 vorgesehen wurde, wird die Ombudsstelle für Vergabewesen zur Überprüfung von Entscheidungen des Auftraggebers im Vergabeverfahren eingerichtet. Es handelt sich jedoch nicht um behördliche Entscheidungen, sondern lediglich um begründete Stellungnahmen und Empfehlungen, ähnlich einer Schlichtungsstelle (vgl. § 161 Abs. 3 Bundesvergabegesetz 2002 – Zuständigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission zur Abgabe von Empfehlungen).

Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage ist die Anrufung der Ombudsstelle jedoch keine zwingende Voraussetzung für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Der Unternehmer könnte daher den UVS auch ohne Zwischenschaltung der Ombudsstelle anrufen. Dies entspricht einerseits praktischen Erwägungen (Nachprüfungsverfahren sollen möglichst kurz gehalten und die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht unnötig blockiert werden), zum anderen könnte die Einrichtung einer „obligatorischen Schlichtung“ vor Anrufung des UVS gemeinschaftsrechtswidrig sein (vgl. BVA vom 20.11.2001, N-122/01-25, RPA 2002, 105f.).

Die Ombudsstelle kann sowohl vom Auftraggeber als auch vom Unternehmer oder der jeweils zuständigen Interessensvertretung des Unternehmens angerufen werden. Unzulässig ist ein Antrag auf Vorprüfung nach Beendigung des Vergabeverfahrens sowie in beschleunigten Verfahren bei Dringlichkeit (§ 49, § 50 Abs. 4 und 5 BVergG), bei Direktvergaben und bei Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung aus dringlichen, zwingenden Gründen. Diese Einschränkung hat ihre Ursache darin, dass Vergabeverfahren, die im öffentlichen Interesse besonders dringlich sind, sowie „Bagatellaufträge“ nicht dem zeitraubenden Vorverfahren unterliegen sollen. Diesfalls ist sowieso ein Nachprüfungs- bzw. Feststellungsverfahren vor dem unabhängigen Verwaltungssenat möglich.

Ein Unternehmer hat einen Vorprüfungsantrag innerhalb der für das Nachprüfungsverfahren vorgesehenen Fristen (§ 14) zu stellen. Gleichzeitig wird normiert, dass der Auftraggeber ab Zugang der

Verständigung von der Durchführung eines Vorverfahrens durch die Ombudsstelle (§ 4 Abs. 7) bis zum Ablauf der für das Nachprüfungsverfahren in § 14 vorgesehenen Fristen bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen oder die Angebote öffnen darf, es sei denn, dass vor Ablauf dieser Frist der Antrag auf Vorprüfung zurückgezogen wird.

Darüber hinaus wird in § 14 Abs. 3 festgehalten, dass der Fortlauf der Fristen für das Nachprüfungsverfahren für die Dauer eines Vorverfahrens gehemmt wird. Dies ermöglicht es dem Unternehmer nach Bekanntgabe der Empfehlung der Ombudsstelle, das Nachprüfungsverfahren vor dem UVS innerhalb der in § 14 vorgesehenen Fristen einzuleiten. Während dieser Fristen ist dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung bzw. Anbotsöffnung bei sonstiger Nichtigkeit verwehrt (§ 4 Abs. 8). Gleichzeitig mit dem Antrag auf Nachprüfung müsste ein Antrag auf einstweilige Verfügung (§ 16) beim UVS gestellt werden. Der UVS hat den Auftraggeber unverzüglich vom Antrag auf einstweilige Verfügung zu verständigen. Ab Zugang dieser Verständigung darf der Auftraggeber bis zur Entscheidung über einen Antrag auf EV bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen bzw. die Anbote öffnen (§ 16 Abs. 7). Auf diese Weise soll der Auftragnehmerseite ein lückenloser Rechtsschutz gewährt werden.

Die Ombudsstelle soll ihre Empfehlung binnen zwei Wochen ab Einlangen des Antrags auf Vorprüfung abgeben. Diese Empfehlung ist sowohl den Streitparteien als auch dem unabhängigen Verwaltungssenat zur Information zu übermitteln.“

Durch die Novelle LGBl. Nr. 74/2006 erfolgten Anpassungen des Vorverfahrens (diese Bestimmungen finden sich nun in § 3 Abs. 6 und 9 und § 4 dieses Entwurfes). Die Erläuternden Bemerkungen, Zl. -2V-LG-1059/16-2006, führen dazu aus:

„Zu § 4 Abs. 5:

Die Nachprüfungsfristen sind nunmehr in § 11 des Gesetzes geregelt. Ferner wird klargestellt, dass ein Antrag auf Prüfung einer Entscheidung des Auftraggebers nicht nur innerhalb der Nachprüfungsfristen abgesendet, sondern bei der Ombudsstelle eingebracht werden muss. Die Einbringung ist auch nach Ende der Amtsstunden möglich, wenn sie innerhalb der Nachprüfungsfrist erfolgt.

Zu § 4 Abs. 8:

Nach § 18 Abs. 5 hat der unabhängige Verwaltungssenat den betroffenen Auftraggeber vom Einlangen eines Antrags auf einstweilige Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung der Zuschlages, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehrt wird, unverzüglich zu verständigen. Diesen Anträgen kommt ab Zugang der Verständigung des Auftraggebers bis zur Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Verfügung aufschiebende Wirkung zu. Der Auftraggeber darf bis zur Entscheidung über den Antrag

- a) bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen,
- b) bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen, und
- c) die Angebote nicht öffnen.

Systematisch konsequent muss diesen Anträgen daher auch im Vorverfahren eine aufschiebende Wirkung insofern zukommen, als es dem Auftraggeber ebenso bis zum Ablauf der Nachprüfungsfristen untersagt sein muss, den Zuschlag zu erteilen, die Angebote zu öffnen oder das Vergabeverfahren zu widerrufen.

Zu § 5:

Abs. 1 ist der Bestimmung des § 15 K-VergRG, LGBl. Nr. 17/2003, nachgebildet (nunmehr § 9).“

Durch die Novelle LGBl. Nr. 68/2009 wurden die Bestimmungen des Ombudsmannes an die Änderung des Art. 20 Abs. 2 B-VG angepasst (diese Bestimmungen finden sich nunmehr in § 2 Abs. 6 und 8 dieses Entwurfes). Die Erläuternden Bemerkungen, Zl. -2V-LG-1291/10-2009, halten dazu fest:

„Durch die mit dem Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird, BGBl. I Nr. 2/2008, bewirkte Änderung des Art. 20 Abs. 1 und 2 B-VG, wird die bundesverfassungsgesetzliche Möglichkeit eingeräumt, durch einfaches Gesetz bestimmte Kategorien von Behörden weisungsfrei zu stellen. Damit soll die Notwendigkeit, für die Weisungsfreistellung von Behörden verfassungsrechtliche Sonderregelungen erlassen zu müssen, entfallen (RV 314 Blg. StenProt NR XXIII. GP, S 7).

Gemäß dem neuen Abs. 2 des Art. 20 B-VG können folgende Organe durch Gesetz von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden: Organe zur sachverständigen Prüfung (Z 1), Organe zur Kontrolle der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie zur Kontrolle in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens (Z 2), Organe zur Entscheidung in oberster Instanz,

wenn sie kollegial eingerichtet sind, ihnen wenigstens ein Richter angehört und ihre Bescheide nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg unterliegen (Z 3), Organe mit Schieds-, Vermittlungs- und Interessenvertretungsaufgaben (Z 4), Organe zur Sicherung des Wettbewerbs und zur Durchführung der Wirtschaftsaufsicht (Z 5), Organe zur Durchführung einzelner Angelegenheiten des Dienst- und Disziplinarrechts (Z 6), Organe zur Durchführung von Wahlen (Z 7) oder Organe, deren Weisungsfreistellung nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union geboten ist (Z 8).

Durch Landesverfassungsgesetz können weitere Kategorien weisungsfreier Organe geschaffen werden. Art. 20 Abs. 2 B-VG bestimmt weiters, dass durch Gesetz ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen ist, das zumindest das Recht beinhalten muss, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten, und – soweit es sich nicht um Organe gem. den Z 2, 3 und 8 des Art. 20 Abs. 2 B-VG handelt – das Recht, weisungsfreie Organe aus wichtigem Grund abzurufen.

Art. 151 Abs. 38 letzter Satz B-VG wiederum sieht vor, dass die zur Anpassung an Art. 20 Abs. 2 letzter Satz (Normierung eines angemessenen Aufsichtsrechts) erforderlichen Bundes- und Landesgesetze bis spätestens zum Ablauf des 31. Dezember 2009 zu erlassen sind.

Durch den vorliegenden Gesetzesentwurf werden daher landesgesetzliche und landesverfassungsgesetzliche Begleitmaßnahmen für die verfassungsrechtliche Entkleidung der Weisungsfreiheit getroffen. Derartige landesverfassungsrechtliche Sonderregelungen finden sich derzeit in Art. 58 Abs. 1a Z 22 der Kärntner Landesverfassung – K-LVG, LGBl. Nr. 85/1996, für den Ombudsmann/die Ombudsfrau für Vergabewesen. Diese sollen durch den vorliegenden Gesetzesentwurf entfallen.

Auf Grund der Änderung des Art. 20 B-VG ist hinkünftig eine Weisungsfreistellung des Ombudsmannes/der Ombudsfrau durch einfaches Gesetz ausreichend. Auf der einfachgesetzlichen Ebene des K-VergRG bestanden bereits entsprechende Gewährleistungen der Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit für die betreffenden Organe.

Allerdings ist eine entsprechende Ergänzung in Bezug auf ein Informationsrecht der Landesregierung erforderlich. Bereits nach dem bisherigen Verständnis des Art. 20 Abs. 1 B-VG bedingt der Ausschluss des Weisungsrechts nicht gleichzeitig den Verlust der sonstigen Leitungsrechte der obersten Organe. Nach *Raschauer* ist das Weisungsrecht und die dazu korrespondierende Gehorsamspflicht ein wesentliches Mittel der in Art. 20 Abs. 1 B-VG verankerten „Leitungsbefugnis“. Diese erschöpft sich seiner Ansicht nach jedoch nicht im Weisungsrecht. Das Wort „Leitung“ impliziert vielmehr auch Aufsicht, „(...) also die prinzipielle unlimitierte Befugnis, sich über die Verwaltungsführung durch die der Leitungsgewalt Unterworfenen zu unterrichten (z.B. Informationen oder Berichte anzufordern)“ [*Raschauer*, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar, 3. Lfg. (2000), Art. 20/1 Rn. 17)]. Folgt man diesem Verständnis des Art. 20 Abs. 1 B-VG, so besteht bereits jetzt in Bezug auf (landesverfassungsgesetzlich) weisungsfrei gestellte Organe ein entsprechendes Informationsrecht der obersten Organe. ...

Durch den Entfall der Z 22 in Art. 58 Abs. 1a der Kärntner Landesverfassung soll der Änderung des Art. 20 Abs. 2 B-VG durch das Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird, BGBl. I Nr. 2/2008, Rechnung getragen werden. Die Ombudsfrau/der Ombudsmann nach § 3 des Kärntner Vergaberechtsschutzgesetzes ist ein Organ zur Kontrolle in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens (Art. 20 Abs. 2 Z 2 B-VG). Die landesverfassungsgesetzliche Weisungsfreistellung kann demnach entfallen. Die einfachgesetzliche Weisungsfreistellung findet sich bereits derzeit in § 3 Abs. 8 K-VergRG. Sie ist jedoch an den Wortlaut der Bundesverfassung anzupassen. Ferner ist ein entsprechendes Informationsrecht der Landesregierung einzuführen. Bereits derzeit findet sich in § 3 Abs. 6 K-VergRG eine Abberufungsmöglichkeit durch Bescheid der Landesregierung, wenn die Ombudsfrau/der Ombudsmann aus gesundheitlichen Gründen ihr/sein Amt nicht mehr ausüben kann bzw. seine Amtspflichten verletzt oder vernachlässigt. Die Erläuterungen zur B-VG-Novelle (RV 314 NR XXIII. GP, S 8) führen aus, dass bei Kontrollorganen von einer Abberufungsmöglichkeit für das oberste Organ abgesehen werden kann. Trotzdem ist es möglich und sinnvoll, die Abberufungsmöglichkeit auch für dieses Kontrollorgan weiterhin vorzusehen, wenn insbesondere die geistige oder körperliche Eignung nicht mehr gegeben ist oder die Ombudsfrau/der Ombudsmann ihrer/seine Amtspflichten grob verletzt oder vernachlässigt. Diese Abberufungsmöglichkeit wird, insbesondere auch im Hinblick auf die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. Nr. 11933/1988 und 11872/1988, beibehalten. Das Abberufungsrecht wird lediglich modifiziert und aus Gründen der Vereinheitlichung des Landesrechts an die Diktion des § 5 Abs. 5 des Gesetzes über die Patentenanwaltschaft und die Pflegetanwaltschaft (K-PPAG), LGBl. Nr. 53/1990, idF LGBl. Nr. 8/2009, angepasst.

Die in Art. 58 Abs. 1b K-LVG enthaltenen Vorschriften, wonach die Bediensteten, die in der Dienststelle tätig sind, die von der Ombudsfrau/dem Ombudsmann geleitet werden, fachlich nur den Weisungen der Ombudsfrau/dem Ombudsmannes unterstehen, findet sich einfachgesetzlich bereits in § 3 Abs. 13 K-VergRG.“

Die Novelle LGBI. Nr. 60/2010 sieht eine Übermittlungspflicht von Bescheiden des Unabhängigen Verwaltungssenates an die Ombudsstelle vor, wenn eine Empfehlung der Ombudsstelle in dieser Angelegenheit abgegeben wurde (diese Bestimmung findet sich nunmehr in § 4 Abs. 4 dieses Entwurfes). Die Erläuternden Bemerkungen, Zl. -2V-LG-1317/20-2010, führen dazu aus:

„Um die Evaluierungsprozesse der Ombudsstelle zu vereinfachen und ihren Qualitätsstandard im Sinne einer effektiven Schlichtungsstelle für die öffentlichen Auftraggeber und die Wirtschaftstreibenden stetig zu verbessern, ist es zweckmäßig, dass der unabhängige Verwaltungssenat der Ombudsstelle Entscheidungen des Vergaberechtsschutzverfahrens übermittelt. Diese Verpflichtung beschränkt sich auf Fälle, in denen eine Empfehlung der Ombudsstelle abgegeben wurde.“

Durch die Novelle, LGBI. Nr. 79/2012, klargestellt, unter welchen Voraussetzungen die vergebende Stelle eine Prüfung der Ombudsstelle beantragen kann (die Bestimmung findet sich nunmehr in § 3 Abs. 3 dieses Entwurfes). Die Erläuternden Bemerkungen, Zl. 01-VD-LG-1487/18-2012, halten dazu fest:

„Während die Antragsstellung an die Ombudsstelle durch den Unternehmer und die Interessenvertretung an konkrete Merkmale geknüpft ist (siehe Abs. 2 und 3), ist dies für das Antragsrecht der vergebenden Stelle nicht ausdrücklich vorgesehen. Daraus entstanden Unklarheiten, inwieweit ein Antragsrecht der vergebenen Stellen vorliegt. Bei Einführung der Ombudsstelle im Kärntner Auftragsvergabegesetz 1997 durch LGBI. Nr. 48/2002 führten die Erläuternden Bemerkungen (-2V-LG-479/19-2002 zu § 79c) dazu aus: „In Abs. 4 wird vorgesehen, dass eine Befassung der Ombudsstelle auch durch den Auftraggeber zulässig sein soll. Gedacht ist an Fälle, in denen der Auftraggeber mit der Behauptung der Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens von Seiten eines Bieters konfrontiert wird. Auch dem Auftraggeber soll in diesem Fall die Möglichkeit eröffnet werden, diese Behauptung der Rechtswidrigkeit durch eine unabhängige Stelle klären zu lassen.“ Dieser Zweck der Bestimmung wird nunmehr ausdrücklich in Abs. 2a aufgenommen.

Ein Antrag an die Ombudsstelle durch die vergebende Stelle ist also nur dann möglich, wenn die vergebende Stelle mit einem konkreten Problem in einem bestimmten Vergabeverfahren konfrontiert ist, welches einer Entscheidung zugeführt werden muss, und die potentielle Gefahr eines Nachprüfungsverfahrens besteht. Bei der vergebenden Stelle müssen begründete Umstände hervorkommen (Mitteilung der Unternehmer, Rügen), die den Schluss nahelegen, die beabsichtigte Entscheidung könnte zu einer Rechtswidrigkeit im Vergabeverfahren führen. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung selbst vom öffentlichen Auftraggeber zu fällen ist. Sie kann nicht auf die Ombudsstelle abgewälzt werden, die Stellungnahmen der Ombudsstelle haben nur empfehlenden Charakter (siehe § 5). Beabsichtigt die vergebende Stelle aber eine bestimmte Entscheidung zu treffen und treten Gründe durch die Unternehmer hervor, wonach diese Entscheidung in einem Nachprüfungsverfahren angefochten werden könnte, so kann die vergebende Stelle die beabsichtigte Entscheidung an die Ombudsstelle herantragen und eine Stellungnahme beantragen. Durch die Konkretisierung in Abs. 2a soll vermieden werden, dass die Ombudsstelle mit abstrakten Fragstellungen über Gebühr beansprucht wird.“

Schlussendlich wurden mit der Novelle LGBI. Nr. 79/2012 die Zuständigkeiten der Ombudsstelle um die Nachprüfung von Direktvergaben erweitert. Die Erläuterungen, Zl. 01-VD-LG-1487/18-2012, führen dazu aus:

„Ausweislich der Erläuterungen zur Stammfassung des K-VergRG, LGBI. Nr. 17/2003, -2V-LG-652/30-2003, wurden Direktvergaben von der Zuständigkeit der Ombudsstelle ausgenommen, da es sich um „Bagatellaufträge“ handelt. Für Direktvergaben ist in der Schwellenwertverordnung 2012, BGBl. Nr. II 95/2012, ein Schwellenwert von Euro 100.000.- vorgesehen. Von „Bagatellaufträgen“ kann somit nicht mehr gesprochen werden. Darüber hinaus wurden durch BGBl. I Nr. 10/2012 im BVergG 2006 auch eine „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“ und eine „Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb“ vorgesehen (siehe §§ 41a und 201a BVergG 2006). Aus diesen Gründen ist die Ombudsstelle nunmehr auch für Direktvergaben – inklusive der neuen Vergabeverfahren – zuständig.“

Zum 3. Hauptstück (§§ 5 – 29):**Zum 1. Abschnitt (§§ 5 bis 13):****Zu § 5 (Anzuwendendes Verfahrensrecht):**

Nach Art. 14b Abs. 3 B-VG, der durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 keine Änderung erfahren hat, ist Landessache die Gesetzgebung und die Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinn des Art. 14b Abs. 2 Z 2. Daraus ergibt sich auch die Zuständigkeit zur Regelung des einschlägigen Verfahrensrechts (vgl. Denk, zu Art. 14b B-VG, Rz 49, in: Korinek/Holoubek, Kommentar zum B-VG).

Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des VwGVG sind im Wesentlichen auf Beschwerden nach Art. 130 Abs. 1 B-VG anwendbar. Gemäß § 17 VwGVG ist nur auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG anwendbar.

Es scheint zweckmäßig, das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz in Verbindung mit dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz für anwendbar zu erklären, soweit sich aus den besonderen verfahrensrechtlichen Bestimmungen dieses Gesetzes nichts Gegenteiliges ergibt. Davon ausgenommen sollen jene Bestimmungen des AVG sein, die auf das Vergabenaachprüfungsverfahren seiner Natur nach nicht anwendbar sind (das sind im Wesentlichen die Bestimmungen über die Zuständigkeit und den Rechtsschutz).

Zu § 6 (Zuständigkeit):

§ 6 entspricht im Wesentlichen den bisherigen Bestimmungen.

Verfassungsgesetzliche Grundlage für die Übertragung der Zuständigkeit zur Nachprüfung von Vergaben auf das Landesverwaltungsgericht ist Art. 130 Abs. 2 Z 2 B-VG. Danach kann den Verwaltungsgerichten durch Bundes- oder Landesgesetz die Entscheidung über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens übertragen werden. Mit dem gegenständlichen Entwurf soll von dieser Möglichkeit für den landesgesetzlich geregelten Bereich der Vergabenaachprüfung Gebrauch gemacht werden, womit weiterhin eine den verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Anforderungen entsprechende Vergabekontrolle gewährleistet ist.

Gemäß § 2 VwGVG entscheidet das Verwaltungsgericht grundsätzlich durch Einzelrichter, soweit nicht der Bundes- oder Landesgesetzgeber eine Entscheidung durch einen Senat vorsieht. In Zukunft soll sowohl im Unterschwellenbereich als auch im Oberschwellenbereich ein Senat, der aus 3 Landesverwaltungsrichtern besteht, entscheiden (vgl. § 11 K-LVwGG). Über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und Anträge auf Bewilligung von Verfahrenshilfe entscheidet ein Einzelrichter.

Neben der Anpassung sämtlicher Verweisungen ist lediglich im Abs. 3 Z 3 der Tatbestand „ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb“ entfallen, da im Sektorenbereich auch die Bezeichnung „mit vorheriger Bekanntmachung“ im BVergG 2018 verwendet wird.

Zu § 10 (Mündliche Verhandlung):

Im Zusammenhang mit § 10 ist auf die Bestimmung des § 24 VwGVG hinzuweisen. Festzuhalten ist, dass das Landesverwaltungsgericht auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 1 oder bei Fehlen eines Parteiantrages nicht gehindert ist, eine Verhandlung durchzuführen; bei Ausübung des dem Landesverwaltungsgericht damit eingeräumten Ermessens ist aber auf die Anforderungen des Art. 6 EMRK Bedacht zu nehmen. Darüber hinaus sind bei der Ausübung dieses Ermessens selbstverständlich auch die unionsrechtlichen Anforderungen zu berücksichtigen.

Durch die Formulierungen des Abs. 1 Z 1 bis 3 wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Verhandlung nicht nur in Nachprüfungs-, sondern auch in Feststellungsverfahren durchzuführen ist. In Abs. 1 Z 3 wird der Entfall der Verhandlung auch dann vorgesehen, wenn auf Grund der Aktenlage ersichtlich ist, dass der Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag abzuweisen ist. Der EGMR hat etwa die Auffassung vertreten, dass Art. 6 EMRK eine öffentliche Verhandlung vor dem Tribunal erster und letzter Instanz dann nicht zwingend fordert, wenn keine Ermittlungen durchgeführt werden müssen und es sich nur um Rechtsfragen geringer Schwierigkeit handelt (EGMR Valova, Slezak und Slezak, 1. 6. 2004, 44.925/98). Angesichts dieser großzügigen Rechtsprechung soll von einer Verhandlung immer dann abgesehen werden dürfen, wenn schon aus der Aktenlage ersichtlich ist, dass dem Antrag stattzugeben oder der Antrag abzuweisen ist. Durch den Einleitungssatz des Abs. 1 ist klargestellt, dass auch im Falle der Zurückweisung eines Antrags die Verhandlung nur entfallen darf, wenn dem Art. 6 EMRK nicht entgegensteht.

Das Recht, eine Verhandlung zu beantragen, kommt den jeweiligen Parteien des Verfahrens zu; „Antragsteller“ ist derjenige, der den verfahrenseinleitende Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag gestellt hat. „Antragsgegner“ sind – abgesehen vom ausdrücklich genannten Auftraggeber – jene Unternehmer (Bewerber oder Bieter), die durch die Entscheidung in ihren rechtlichen Interessen negativ betroffen wären. Den Parteien – einschließlich des Antragstellers – steht es frei, eine Verhandlung zu beantragen oder einen solchen Antrag zu unterlassen. Der erste Satz des Abs. 2 ist nicht dahin zu verstehen, dass der Antragsteller jedenfalls eine Verhandlung beantragen muss, sondern bedeutet nur, dass – wenn ein solcher Antrag gestellt – er schon im Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag enthalten sein muss und daher später nicht mehr gestellt werden kann. Die gegenüber dem VwGVG vorgeschlagene kürzere Frist von einer Woche (dort zwei Wochen) rechtfertigt sich aus dem Erfordernis einer möglichst raschen Entscheidung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens. Im Übrigen ist auf die Bestimmungen des § 24 Abs. 4 und 5 VwGVG hinzuweisen, die weitere Regelungen betreffend die mündliche Verhandlung enthalten.

Zu § 11 (Gebühren):

§ 11 entspricht im Wesentlichen den bisherigen Bestimmungen.

Zu § 12 (Gebührenersatz):

Der Gebührenersatz entspricht grundsätzlich der bisherigen Regelung. Um der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH vom 21.12.2016, Ra 2016/04/0045) zum Gebührenersatz bei einstweiligen Verfügungen im Falle einer Klaglosstellung Rechnung zu tragen, wurde diese im Abs. 2 nach dem Vorbild des § 341 BVergG 2018 eingefügt.

Zu § 13 (Verfahrenshilfe):

Die Regelungen zur Verfahrenshilfe sind auf Grund der Einführung des § 8a VwGVG in Folge der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH vom 25.6.2015, G7/2015) erforderlich. Gegenständliche Regelung orientiert sich dabei wieder am BVergG 2018, im konkreten an § 335 BVergG 2018. Ein Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe soll nur für die Einbringung eines Feststellungsantrages zulässig sein. Dies deshalb, da die Gewährung von Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages (sowie eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) denkunmöglich erscheint: Nur wirtschaftlich leistungsfähige Unternehmen sollen an einem Vergabeverfahren teilnehmen. Unternehmen, denen diese Bonität fehlt, sind entweder gemäß den §§ 78 Abs. 1 bzw. 249 Abs. 2 BVergG 2018 zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen bzw. ist ihr Angebot auszuschneiden (§ 141 Abs. 1 Z 2 bzw. § 302 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018). Von Seiten des Europäischen Gerichtshofes wurde diese Sichtweise in mehreren Urteilen bestätigt (zB EuGH Rs C-61/14, Orizzonte Salute, Rz 64). Es wäre daher ein Widerspruch, einem mittellosen Unternehmen Verfahrenshilfe zu gewähren, obwohl dieses auf Grund des Mangels an wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nicht in die Situation kommen kann, den Auftrag (auch nur theoretisch) zu bekommen. Der Antragsteller würde mit dem Nachweis seiner bzw. ihrer Mittellosigkeit geradezu belegen, dass er im Vergabeverfahren auszuschließen oder sein Angebot auszuschneiden ist. In einem Feststellungsverfahren kann sich die Situation denkmöglich hingegen anders gestalten: In diesem Fall könnte der Antragsteller während des Vergabeverfahrens noch leistungsfähig gewesen sein und in weiterer Folge aber diese Leistungsfähigkeit zu einem späteren Zeitpunkt, an dem die Einleitung eines Feststellungsverfahrens noch möglich war, aber eingebüßt haben. Für diese äußerst selten zu erwartenden Fälle ist es erforderlich, entsprechende Abweichungen vom sonst geltenden § 8a VwGVG, und zwar hinsichtlich dessen Abs. 1, 3, 4, 6 und 7 zu treffen.

Zum 2. Abschnitt (§§ 14 bis 21):

Zu § 14 (Einleitung des Verfahrens):

Die Regelung zur Einleitung des Verfahrens entspricht im Wesentlichen den bisherigen Bestimmungen. Im Abs. 2 erfolgt jedoch eine Anpassung an § 342 Abs. 2 BVergG 2018. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung wird durch die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung ersetzt. In der Diktion des Bundesvergabegesetzes 2018 wird zwischen einer Bekanntmachung, einer Bekanntgabe und einer Mitteilung unterschieden. Eine Bekanntgabe erfolgt nach Durchführung eines Vergabeverfahrens, indem Metadaten der Kerndaten, ohne Einschränkung für jedermann einsehbar, bereitgestellt werden (vgl. § 62 und § 66 BVergG 2018). Eine Mitteilung erfolgt hingegen in einem laufenden Vergabeverfahren, wie bspw. die Mitteilung an die verbliebenen Bieter, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll (vgl. § 143 BVergG 2018).

Zu § 15 (Fristen für Nachprüfungsanträge):

Die Fristen für Nachprüfungsanträge sollen an jene des Bundes, im konkreten an § 343 BVergG 2018, angepasst werden. Insbesondere ist jene Fristensonderregelung für besondere Vergabeverfahren im

Unterschwellenbereich, bei denen die Frist anstelle von zehn Tagen auf sieben Tage verkürzt ist, auf zehn Tage anzuheben, um dem unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz gerecht zu werden (vgl. ausführlich die Erläuterungen zur RV 69 BlgNR XXVI. GP, 197).

Der Fortlauf der Nachprüfungsfrist wird für die Dauer eines Vorverfahrens vor der Ombudsstelle gehemmt (früher § 11 Abs. 5, nunmehr § 15 Abs. 4). Dazu halten die Erläuternden Bemerkungen, Zl. - 2V-LG-1059/16-2006, zur Novelle LGBl. Nr. 74/2006 fest:

„§ 11 Abs. 5 bestimmt, dass der Fortlauf der Nachprüfungsfristen für die Dauer eines Vorverfahrens vor der Ombudsstelle gehemmt wird. Ferner wird die Dauer des Vorverfahrens insofern präzisiert, als festgestellt wird, dass das Vorverfahren mit dem Einlangen eines Antrages auf Durchführung eines Vorverfahrens bei der Ombudsstelle beginnt und mit der Übermittlung der Empfehlung der Ombudsstelle, spätestens aber mit Ablauf von zwei Wochen ab dem Einlangen des Antrages auf Prüfung durch die Ombudsstelle, endet.

Die Hemmung des Fortlaufs der Nachprüfungsfristen für die Dauer des Vorverfahrens ist erforderlich, um der Auftragnehmerseite einen „lückenlosen Rechtsschutz“ zu gewähren. Der konkrete Verfahrensablauf für den Unternehmer, der auch die Möglichkeit des Vorverfahrens vor der Ombudsstelle in Anspruch nimmt, stellt sich wie folgt dar:

Der Unternehmer hat den Prüfungsantrag innerhalb der Nachprüfungsfrist bei der Ombudsstelle einzubringen. Gleichzeitig wird normiert, dass der Auftraggeber ab Zugang der Verständigung von der Durchführung eines Vorverfahrens durch die Ombudsstelle bis zum Ablauf der Nachprüfungsfrist

- a) bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen,
- b) bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen oder
- c) die Angebote nicht öffnen darf,

es sei denn, dass vor Ablauf dieser Frist der Prüfungsantrag zurückgezogen wird (§ 4 Abs. 7 und 8). Die Hemmung des Fortlaufs der Nachprüfungsfristen nach § 11 Abs. 5 ermöglicht es dem Unternehmer nach Bekanntgabe der Empfehlung der Ombudsstelle das Nachprüfungsverfahren vor dem UVS innerhalb der in § 11 vorgesehenen Nachprüfungsfrist einzuleiten, ohne dass er Gefahr laufen muss, durch eine allfällige Zuschlagserteilung „vor vollendete Tatsachen“ gestellt zu werden. Gleichzeitig mit dem Antrag auf Nachprüfung, oder schon vorher, müsste ein Antrag auf einstweilige Verfügung nach § 18 beim UVS gestellt werden. Der UVS hat den Auftraggeber vom Einlangen eines Antrages auf einstweilige Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehrt wird, unverzüglich zu verständigen. Bis zur Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Verfügung darf der Auftraggeber in diesen Fällen

- a) bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen,
- b) bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen, und
- c) die Angebote nicht öffnen (vgl. § 18 Abs. 5).“

Zu § 16 (Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages):

Die Abs. 1, 2 und 4 entsprechen im Wesentlichen den bisherigen Bestimmungen. Mangels praktischer Notwendigkeit wird im Abs. 1 Z 2 auf die Bezeichnung der Telefaxnummer verzichtet und um die allfällige Bezeichnung der vergebenden Stelle ergänzt. Eine vergebende Stelle ist nur dann anzuführen, wenn eine solche tätig wurde und diese dem Antragsteller bekannt ist.

Nach dem Vorbild des § 344 Abs. 3 BVergG 2018 wird ein neuer Abs. 3 eingefügt, sodass der bisherige § 15 Abs. 3 K-VergRG 2014 zu § 16 Abs. 4 wird. Wenn ein Nachprüfungsantrag nach Zuschlagserteilung oder nach dem Widerruf des Vergabeverfahrens gestellt wird, dann ist dieser in einen Feststellungsantrag umzudeuten, für den Fall, dass der Antragsteller von der Zuschlagserteilung bzw. vom Widerruf nicht wissen konnte und der Antrag innerhalb der Frist für die Stellung eines Feststellungsantrages (§ 26 Abs. 2) eingebracht wurde. Damit soll es etwa in Fällen, in denen ein Antragsteller zwar von (der Wahl) einer Direktvergabe erfahren hat, diesem jedoch nicht bekannt ist, dass der Zuschlag bereits erteilt wurde, nicht notwendig sein, einen erneuten Antrag beim Landesverwaltungsgericht zu stellen. Das Landesverwaltungsgericht kann den Antragsteller dazu auffordern, ein Feststellungsbegehren gemäß § 25 Abs. 1 binnen angemessener Frist nachzureichen. Versäumt der Antragsteller diese Frist, ist der Antrag zurückzuweisen. Allenfalls erforderliche Angaben, die möglicherweise schon im Nachprüfungsantrag gefehlt haben, hat das Landesverwaltungsgericht mittels Verbesserungsauftrag einzuholen.

Zu § 17 (Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung und einer Verhandlung):

Die Bestimmung entspricht im Wesentlichen den bisherigen Vorschriften. Lediglich im Abs. 2 Z 1 wird die allfällige Bezeichnung der vergebenden Stelle, falls diese bekannt ist, zusätzlich normiert.

Zu § 18 (Parteien des Nachprüfungsverfahrens):

Die bisherige Regelung der Parteistellung im Nachprüfungsverfahren ist ua. in Umsetzung der Konzessionsvergabe-Richtlinie zu erweitern. Um eine Angleichung an die bundesrechtlichen Vorschriften sicherzustellen, wird im Abs. 1, in dem die Parteistellung des Antragstellers unverändert bleibt, die Erweiterung im Sinn des § 346 Abs. 1 BVergG 2018 übernommen. Diese Erweiterung gilt in Anlehnung an § 90 BVergKonz 2018 jedoch nicht für das Konzessionsvergabeverfahren (Abs. 1 letzter Satz).

Die Regierungsvorlage des Bundes führt zur Richtlinienumsetzung wie folgt aus (RV 69 BlgNR XXVI. GP, 201):

„Neu im System ist hingegen die Regelung der Parteistellung des Auftraggebers, einerseits in den Fällen einer gemeinsamen Auftragsvergabe gemäß den §§ 11, 22, 180 oder § 195, andererseits in den Fällen, in denen eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren als vergebende Stelle (also nicht im eigenen Namen) durchführt. Wird eine zentrale Beschaffungsstelle als vergebende Stelle tätig, so handelt sie im Namen und auf Rechnung des bzw. der (dahinterstehenden) Auftraggebers. Art. 37 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU wie auch Art. 55 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/25/EU verlangen von den Mitgliedstaaten vorzusehen, dass der Auftraggeber seinen Verpflichtungen nach dieser Richtlinie nachkommt, sofern er – vereinfacht ausgedrückt – im Wege einer zentralen Beschaffungsstelle als vergebende Stelle Vergabeverfahren durchführt. Art. 37 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU sowie Art. 55 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/25/EU nehmen davon nur jene Fälle aus, in denen der Auftraggeber Teile des Vergabeverfahrens selbst durchführt. Für diese Teile des Verfahrens soll der Auftraggeber selbst verantwortlich sein. EG 69 der RL 2014/24/EU führt diesbezüglich aus: ‚Obliegt die Durchführung der Vergabeverfahren allein der zentralen Beschaffungsstelle, so sollte diese auch die alleinige und unmittelbare Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Verfahren tragen.‘ Die Umsetzung der genannten Bestimmungen erfolgt im Rechtsschutzteil wie folgt: In den Fällen des Art. 37 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU (bzw. Art. 55 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/25/EU), in denen eine zentrale Beschaffungsstelle in fremdem Namen und auf fremde Rechnung tätig wird (somit nicht beim ‚Großhändlermodell‘ – denn dort tritt die zentrale Beschaffungsstelle selbst als Auftraggeber auf), ist diese – soweit sie das Vergabeverfahren durchführt – Partei des Nachprüfungsverfahrens anstelle des Auftraggebers. Die Parteistellung erlangt die zentrale Beschaffungsstelle anstelle des Auftraggebers jedoch nur insoweit, als sie tatsächlich (faktisch) Teile des Vergabeverfahrens durchgeführt hat. In diesem Fall kann der Auftraggeber dem Verfahren als Nebenintervenient beitreten. Für jene Teile, die der Auftraggeber selbst durchgeführt hat (Art. 37 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU, Art. 55 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/25/EU) behält er die Parteistellung. Ausschlaggebend für die Parteistellung ist daher immer die jeweils gesondert anfechtbare Entscheidung: Derjenige, der die bekämpfte gesondert anfechtbare Entscheidung gesetzt hat [,] ist Partei und muss die davor gesetzten nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen mitverantworten. Für die Nebenintervention gelten §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 und 19 Abs. 1 ZPO sinngemäß. Der Auftraggeber kann dem Verfahren daher bis zur rechtskräftigen Entscheidung als Nebenintervenient beitreten, indem er die zentrale Beschaffungsstelle und den Antragsgegner entsprechend verständigt. Die sonstigen Parteien müssen vom Auftraggeber nicht gesondert verständigt werden, da ihm diese möglicherweise nicht bekannt sind. Wird ein Vergabeverfahren von mehreren Auftraggebern gemeinsam durchgeführt, so sind immer jene Auftraggeber Parteien des Nachprüfungsverfahrens, die in der Ausschreibung genannt sind; sie bilden eine Streitgenossenschaft. Sind in der Ausschreibung keine allein verantwortlichen Auftraggeber genannt, so sind alle Auftraggeber Parteien des Nachprüfungsverfahrens (vgl. auch die Erläuterungen zu § 22 und § 195). Gemäß §§ 14 f ZPO bilden die Auftraggeber eine einheitliche Streitpartei, das heißt jeder Auftraggeber kann auch alleine wirksam Handlungen für alle Streitgenossen setzen. Diese Regelung des Abs. 1 ist auf Art. 38 RL 2014/24/EU bzw. Art. 56 RL 2014/25/EU zurückzuführen, die vorsehen, dass alle Auftraggeber der gemeinsamen Auftragsvergabe gemeinsam verantwortlich sind (vgl. dazu etwa auch EG 71 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU). Gleiches gilt im Fall einer grenzüberschreitenden Auftragsvergabe bei der die Anwendung österreichischen Rechts vereinbart wurde und alle Partner der gemeinsamen Vergabe gemeinsam das Vergabeverfahren durchführen.“

Zu § 19 (Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers):

Die Abs. 1 und 2 entsprechen im Wesentlichen § 18 K-VergRG 2014. Sie werden jedoch im Abs. 1 Z 1 (Formulierung) und Abs. 2 (Streichung „oder in jedem sonstigen Dokument“) an § 347 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 BVergG 2018 angepasst. Weiters wird in Anlehnung an § 347 Abs. 3 BVergG 2018 zusätzlich Abs. 3 angefügt, der nach dem Vorbild des § 28 Abs. 6 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz eine Verpflichtung des Auftraggebers normiert. Dieser hat mit dem ihm zur Verfügung stehenden Mitteln, unverzüglich den der Rechtsanschauung des Landesverwaltungsgerichts entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Zu § 20 (Entscheidungsfrist):

Hier wird die gegenüber § 348 BVergG 2018 abweichende bisherige Regelung mit einer Entscheidungsfrist von zwei Monaten beibehalten.

Zu § 21 (Mutwillensstrafe):

Die bisherige Bestimmung über die Mutwillensstrafen wird aus § 20 K-VergRG 2014 übernommen.

Zum 3. Abschnitt (§§ 22 bis 24):**Zu § 22 (Antragstellung):**

Die Antragstellung entspricht der bisherigen Regelung in § 21 K-VergRG 2014, ergänzt um die gegebenenfalls vergebende Stelle in Abs. 5 und 6 sowie der Streichung der Telefaxnummer in Abs. 2 Z 1. Hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung von Anträgen im Bereich der Nachprüfung von Vergabeverfahren ist festzuhalten, dass diesen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt; § 13 und § 22 VwGVG sind diesbezüglich nicht einschlägig. Eine aufschiebende Wirkung kommt daher Anträgen nur insoweit zu, als dies das K-VergRG 2018 explizit vorsieht (vgl. dazu Abs. 5).

Zu § 23 (Erlassung der einstweiligen Verfügung):

§ 23 entspricht im Wesentlichen dem geltenden § 22 K-VergRG. Den Bezirksverwaltungsbehörden obliegt aufgrund des § 1 Abs. 1 Z 3 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes 1991 – VVG in der Fassung des Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetzes 2013 die Vollstreckung der von den Verwaltungsgerichten mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes erlassenen Erkenntnisse und Beschlüsse.

Zu § 24 (Verfahrensrechtliche Bestimmungen):

Die bisher in § 23 K-VergRG 2014 normierten verfahrensrechtlichen Sonderbestimmungen für die Erlassung einstweiliger Verfügungen werden teilweise neu geregelt. Dies wiederum in Anlehnung an die bundesrechtliche Regelung in § 352 BVergG 2018. In Abs. 1 wird die Parteistellung erweitert (vgl. dazu ausführlich zu § 18; Ausnahme für das Konzessionsvergabeverfahren ergibt sich aus § 96 Abs. 1 BVerg-Konz 2018). In Abs. 2 werden die verfahrensrechtlichen Fristen den Bedürfnissen der Praxis besser angepasst. Um dennoch dem unionsrechtlichen Gebot eines möglichst raschen einstweiligen Rechtsschutzes Genüge zu tun, wird im Abs. 2 grundsätzlich an der kurzen Entscheidungsfrist festgehalten. Allerdings soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das AVG keine „Werktage“ kennt. Es soll daher nunmehr anstelle von sieben Werktagen auf zehn Tage abgestellt werden. Da jedoch im Fall einer Zurückstellung des Antrages zur Verbesserung (vgl. § 13 Abs. 3 und 4 AVG sowie § 22 Abs. 7) Verzögerungen, die eine Einhaltung dieser sehr kurzen Frist unmöglich machen können, nicht ausgeschlossen sind, wird die Frist für den Fall einer erforderlichen Zurückstellung zur Verbesserung auf 15 Tage verlängert. Bei der Bemessung der Verbesserungsfrist ist darauf zu achten, dass die Entscheidung noch innerhalb dieser Frist getroffen werden kann. Abweichend von der allgemeinen Regelung des AVG wird zudem bestimmt, dass es zur Einhaltung der Entscheidungsfrist ausreicht, wenn die Entscheidung vor ihrem Ablauf nachweislich abgesendet wurde. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich selbst bei einer zügigen Zustellung der einstweiligen Verfügung diese aus Gründen verzögern kann, die nicht vom Landesverwaltungsgericht zu verantworten sind, sodass die Erledigung dem Adressaten erst nach Ablauf der knapp bemessenen Entscheidungsfrist zugeht. Es erscheint daher gerechtfertigt und notwendig, in diesem Punkt eine Sonderregelung zu treffen. Die Entscheidungsfrist gilt auch dann, wenn der Antrag auf einstweilige Verfügung zurückzuweisen ist. Auch Zeiten, die für die Klärung der Zulässigkeit eines solchen Antrags erforderlich sind, sind in die Frist einzurechnen. Die kurze Entscheidungsfrist gilt nur für die Entscheidung über die einstweilige Verfügung, nicht für die Erledigung verfahrensrechtlicher Anträge.

Zum 4. Abschnitt (§§ 25 bis 29):**Zu § 25 (Einleitung des Verfahrens):**

Die Bestimmungen zur Einleitung des Verfahrens entsprechen im Wesentlichen § 24 K-VergRG 2014 (Anpassung der Verweisungen und Neuaufnahme des BVergGKonz 2018 und des B-VergVS 2012). Im Abs. 1 Z 2 entfällt jedoch der Tatbestand „ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb“, da im Sektorenbereich auch die Bezeichnung „mit vorheriger Bekanntmachung“ im BVergG 2018 verwendet wird.

Zu § 26 (Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages):

Notwendig ist eine Änderung der Einbringungsfristen in den Abs. 2 und 3. § 26 Abs. 2 iVm § 28 setzt die Grundregel des Art 2f Abs. 1 lit b der Rechtsmittel-Richtlinie und der Sektorenrechtsmittel-Richtlinie um, wonach ein auf die Nichtigkeit des Vertrages gerichteter Antrag binnen sechs Monaten, „gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem der Vertrag geschlossen wurde“, einzubringen ist. Durch die neue

für alle Anträge einheitliche Frist im Abs. 2 neu (Abs. 3 alt entfällt) wird nunmehr eine sechsmonatige Frist ab Kenntnis bzw. der Möglichkeit der Kenntnis des Zuschlages oder des Widerrufs normiert. Diese Frist entspricht darüber hinaus auch dem unionsrechtlichen Grundsatz der Äquivalenz. Die bisherige Regelung war insofern problematisch, da gewisse Arten von Feststellungsanträgen binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag eingebracht werden mussten. Das bedeutete aber, dass nach diesen sechs Monaten ein Feststellungsantrag auch nicht mehr zum Zwecke der späteren Geltendmachung von Schadenersatz beantragt werden konnte. In seiner Entscheidung vom 26. November 2015, Rs C-166/14, MedEval, hat der EuGH dazu festgehalten, dass es gegen den Grundsatz der Effektivität verstoße, wenn die Geltendmachung von Schadenersatz im Ergebnis mit einer absoluten Sechsmonatsfrist begrenzt ist, die auch dann zu laufen beginnt, wenn der Betroffene keine Kenntnis von Schaden und Schädiger haben konnte. Aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts reduzierte der Verwaltungsgerichtshof (zB VwGH vom 16.3.2016, 2015/04/0004) zur mit § 25 Abs. 3 K-VergRG 2014 identen Bestimmung des § 332 Abs. 3 BVergG 2006 die absolute sechsmonatige Ausschlussfrist, sodass Feststellungsanträge ab diesem Zeitpunkt unter bestimmten Voraussetzungen unbefristet eingebracht werden konnten. Die Antragsfrist des Abs. 2 wird als materiell-rechtliche Frist gestaltet, deren Versäumung zum Erlöschen des Feststellungsanspruches führt. Eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung dieser Frist ist damit nicht möglich. Die Frist läuft ab dem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer vom Zuschlag bzw..... vom Widerruf tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können; dabei ist davon auszugehen, dass er jedenfalls durch eine Bekanntmachung dieser Entscheidungen von ihnen Kenntnis erlangen kann.

Zu § 27 (Verfahrensrechtliche Bestimmungen):

Die bisherige Regelung der Parteistellung wird in Anlehnung an § 355 Abs. 1 BVergG 2018 neu gefasst (Abs. 1). Die Regierungsvorlage des Bundes führt zur Richtlinienumsetzung wie folgt aus (RV 69 B1gNR XXVI. GP, 207): „Parteistellung wird ausdrücklich nur dem Antragsteller, dem Auftraggeber und einem allfälligen Zuschlagsempfänger eingeräumt. Wenn aufgrund einer Feststellungsentscheidung des BVwG gemäß § 334 Abs. 5 [§ 6 Abs. 5 K-VergRG 2018] das Verfahren ex lege als widerrufen gilt, entfaltet diese Entscheidung Wirkungen gegenüber allen Teilnehmern an einem Verfahren; daher soll in diesem Fall auch allen im Verfahren verbliebenen Bietern (das sind jene Bieter, die ihre Teilnahme noch nicht selbst beendet haben oder deren Teilnahme am Verfahren noch nicht rechtskräftig beendet worden ist) im Feststellungsverfahren Parteistellung eingeräumt werden.“

Wenn eine zentrale Beschaffungsstelle Teile oder das gesamte Vergabeverfahren tatsächlich durchgeführt hat, so bildet sie zusammen mit dem Auftraggeber eine Streitgenossenschaft. Die Bestimmungen der §§ 14 f ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Das bedeutet, dass die zentrale Beschaffungsstelle und der Auftraggeber eine einheitliche Streitpartei bilden. Der Auftraggeber soll aber weiterhin alleine berechtigt bleiben, Anträge iSd § 356 Abs. 2, 5 und 6 [§ 28 Abs. 2, 5 und 6 K-VergRG 2018] zu stellen, da es dabei um die Vernichtung seines Vertrages geht. Auch bei der gemeinsamen Auftragsvergabe, bilden alle am Verfahren beteiligten Auftraggeber eine Streitgenossenschaft bzw. einheitliche Streitpartei. Im Unterschied zum Nachprüfungsverfahren sollen hier alle an der gemeinsamen Auftragsvergabe beteiligten Auftraggeber Parteien des Feststellungsverfahrens sein und nicht nur jene, die in der Ausschreibung genannt sind. Anträge gemäß § 356 [§ 28 K-VergRG 2018] kann hier jeder der beteiligten Auftraggeber stellen. Regelungen im Innenverhältnis (dass etwa nur ein Auftraggeber die Parteistellung wahrnimmt) sind zulässig. §§ 14 f ZPO sind sinngemäß auch auf die gemeinsame Auftragsvergabe anzuwenden. Durch Abs. 1 wird den Anforderungen von Art. 37 und 38 der RL 2014/24/EU und Art. 55 und 56 der RL 2014/25/EU Rechnung getragen (vgl. dazu schon die Erläuterungen zu § 346).“

Die Erweiterung der Parteistellung gilt in Anlehnung an § 99 Abs. 1 BVergKonz 2018 jedoch nicht für das Konzessionsvergabeverfahren (Abs. 1 letzter Satz).

Zu § 28 (Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen):

Die bisher im § 27 K-VergRG 2014 geregelte Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen wird in Umsetzung der Rechtsmittel-Richtlinie und im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs teilweise neu geregelt. Um im Sinn der Rechtsschutzsuchenden die Vergaberechtskontrollgesetze möglichst einheitlich zu gestalten, wird wiederum auf die einschlägige Regelung des BVergG 2018, im Konkreten § 356 BVergG 2018, Bezug genommen und werden sämtliche Neuregelungen mit Ausnahme der Verwendung der Geldbußen in Abs. 10 übernommen. Geldbußen sollen dem Land für Zwecke der Sozialhilfe zufließen (Vgl. § 15 VStG).

Die Regierungsvorlage des Bundes geht ausführlich auf die Umsetzungsverpflichtungen, die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sowie des Verfassungsgerichtshofs ein. Die Erläuterungen (RV 69 B1gNR XXVI. GP, 207 ff) führen zu § 356 BVergG 2018 aus:

„...Die folgenden Absätze enthalten Regelungen betreffend die Nichtigkeitserklärung von Verträgen bzw. den Umfang der Aufhebung des Vertrages, das Absehen von der Nichtigkeitserklärung und die Verhängung von Geldbußen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die Grundsatzregelungen betreffend die Nichtigkeit von Verträgen für den Oberschwellen- und den Unterschwellenbereich getrennt geregelt (Abs. 2 und 3). Abs. 7 enthält Fristenregelungen im Zusammenhang mit der Nichtigkeitserklärung bzw. Aufhebung von Verträgen; er ist ua. auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-166/14, MedEval zurückzuführen (vgl. dazu die Erläuterungen zu § 354). Abs. 8 enthält eine Regelung im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-19/13, Fastweb SpA. Die Regelungen betreffend die Geldbuße finden sich (für Ober- und Unterschwellenbereich) in den Abs. 9 und 10.

Für den Oberschwellenbereich wird folgendes Regelungsregime vorgesehen: Aus dem ersten Satz des Abs. 2 ergibt sich, dass im Oberschwellenbereich eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 grundsätzlich zur Nichtigkeitserklärung des Vertrages durch das BVwG führt, wobei der Vertrag für absolut nichtig – somit ex tunc nichtig – zu erklären ist. Eines besonderen Antrages auf Nichtigkeitserklärung durch den Antragsteller im Feststellungsverfahren bedarf es hierzu nicht.

Durch den zweiten und dritten Satz des Abs. 2 wird Art. 2d Abs. 3 der RMRL und der Sektoren-RMRL umgesetzt. Soweit zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten, ist von der Nichtigkeitserklärung abzusehen. Dies soll nach dem zweiten Satz sowohl für die ex tunc Nichtigkeitserklärung des gesamten Vertrages gemäß Abs. 2 als auch für die nur teilweise Aufhebung des Vertrages wegen mangelnder Rückstellbarkeit gemäß Abs. 4 gelten. Dafür wird zusätzlich auch ein diesbezüglicher Antrag des Auftraggebers verlangt. Art. 2d Abs. 3 sowie Art. 2e Abs. 1 der RMRL und der Sektoren-RMRL sehen in diesem Zusammenhang vor, dass trotz Vorliegens eines die Unwirksamkeit nach sich ziehenden Verstoßes die vertraglichen Wirkungen bei zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses aufrechterhalten werden können, in diesem Fall sind allerdings so genannte „alternative Sanktionen“ zu verhängen. Da ein Antragsteller in einem Verfahren nach § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 regelmäßig ein Interesse an der Nichtigkeitserklärung des Vertrages haben wird (da die Folge eine Neuausschreibung sein kann, an welcher sich der Antragsteller beteiligen kann), es aber Konstellationen geben kann, in denen auch ein Auftraggeber eher die ex tunc Nichtigkeitserklärung des Vertrages in Kauf nehmen wird als die Verhängung von Sanktionen, soll eine Verhängung von Sanktionen (im Fall des Abs. 2) bzw. eine Verhängung von Sanktionen für mehr als die nichtrückabwickelbaren Teile des Vertrages (im Fall des Abs. 4) nur dann in Betracht kommen, wenn der Auftraggeber gemäß Abs. 2 beantragt, von einer Nichtigkeitserklärung abzusehen. Dabei kann der Auftraggeber auch primär beantragen, von der ex tunc Nichtigkeitserklärung bzw. von der teilweisen Vertragsaufhebung gänzlich abzusehen, und subsidiär beantragen, den Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt aufzuheben (vgl. dazu Abs. 5). Das BVwG ist an diesen Antrag nicht gebunden; es hat somit auch bei Vorliegen eines entsprechenden Antrages (aber bei Fehlen der zwingenden Gründe eines Allgemeininteresses bzw. bei Überwiegen der Antragstellerinteressen) den Vertrag ex tunc für nichtig erklären bzw. den Vertrag gemäß Abs. 4 teilweise aufzuheben. Umgekehrt kann das BVwG aber – eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 vorausgesetzt – ohne einen entsprechenden Antrag gemäß Abs. 2 nicht von der Nichtigkeitserklärung (gemäß Abs. 2 erster Satz) oder teilweisen Aufhebung gemäß (Abs. 4) absehen. Durch diese Antragsbedürftigkeit wird letztlich vermieden, dass das BVwG auch dann prüfen muss, ob von der Nichtigkeit abgesehen werden soll, wenn keine der Parteien dies begehrt (anders hingegen muss das BVwG von Amts wegen prüfen, ob die Voraussetzungen des § 356 Abs. 4 vorliegen und eine teilweise Aufhebung geboten ist). Es obliegt somit dem Auftraggeber, dafür zu sorgen, dass Interessen an der Aufrechterhaltung des Vertrages in die Entscheidung des BVwG einfließen können. Der Entfall der (bisher fälschlichen) Nennung des Abs. 5 im vorgeschlagenen Abs. 2 sowie im vorgeschlagenen Abs. 6 erklärt sich daraus, dass für die Anwendbarkeit des Abs. 5 ein Antrag des Auftraggebers notwendig ist, gleichzeitig aber auch für das Absehen von der Aufhebung des Vertrages gemäß Abs. 2 oder 6 ein solcher Antrag erforderlich ist. Einem Antrag des Auftraggebers auf Absehen von der Aufhebung des Vertrages gemäß Abs. 5 (ehemaliger § 334 Abs. 2 BVergG 2006) müsste somit ein Antrag auf Aufhebung zu einem späteren Zeitpunkt (Antrag gemäß § 356 Abs. 5, ehemals § 334 Abs. 5 BVergG 2006) vorangehen, damit das Bundesverwaltungsgericht überhaupt von einer Aufhebung gemäß Abs. 5 absehen könnte. Statt dieser Konstruktion hat der Auftraggeber nunmehr zu beantragen, von der Nichtigkeitserklärung gemäß Abs. 2 zweiter Satz erster Fall abzusehen in eventu den Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt (Abs. 5) oder nur teilweise aufzuheben. Gemäß § 355 Abs. 1 dritter Satz ist nur der Auftraggeber, nicht jedoch die zentrale Beschaffungsstelle antragslegitimiert, denn es handelt es sich um den Vertrag des Auftraggebers. Die zentrale Beschaffungsstelle soll nicht darauf hinwirken können, dass der Vertrag aufgehoben wird, damit über sie kein Bußgeld verhängt wird (vgl. dazu Abs. 9). Bei der gemeinsamen Auftragsvergabe kann jeder der beteiligten Auftraggeber ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages haben, weshalb jeder von ihnen antragsberechtigt ist.

In § 356 Abs. 2 dritter Satz wird vorgesehen, dass wirtschaftliche Interessen an der Wirksamkeit des Vertrages nur dann als zwingende Gründe gemäß Abs. 2 anzusehen sind, wenn die Unwirksamkeit in Ausnahmesituationen unverhältnismäßige Folgen hätte. Wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag dürfen jedoch keinesfalls als zwingende Gründe eines Allgemeininteresses qualifiziert werden. Als derartige wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertrag werden in Art. 2d Abs. 3 dritter Uabs. der RMRL und der Sektoren-RMRL unter anderem die durch die Verzögerung bei der Ausführung des Vertrages verursachten Kosten genannt, die durch die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens verursachten Kosten, die durch den Wechsel des Wirtschaftsteilnehmers, der den Vertrag ausführt, verursachten Kosten sowie die durch rechtliche Verpflichtungen aufgrund der Unwirksamkeit verursacht werden. Derartige Kosten können es somit unter keinen Umständen rechtfertigen, von der Unwirksamkeit des Vertrages abzusehen. § 356 Abs. 2 zweiter und dritter Satz regelt somit die Konsequenzen einer Feststellung, dass rechtswidrigerweise ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt oder der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt worden ist oder eine Leistungsvergabe aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems mit einem materiell-rechtlichen Verstoß verbunden war, in gleicher Weise.

Für den Unterschwellenbereich wird folgendes grundsätzliches Regelungsregime vorgesehen: Eingangs ist festzuhalten, dass der VfGH in seiner Judikatur zum vergaberechtlichen Rechtsschutz im Unterschwellenbereich (zuletzt VfSlg. 17.867/2006) ausführt, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Regelungen bestünden, die bei Verfahren unterhalb bestimmter Wertgrenzen Verfahrensvereinfachungen und Verfahrensbeschleunigungen vorsehen oder denkbare Rechtszüge beschränken. Vor diesem Hintergrund soll das Konzept der Nichtigkeit von Verträgen als Folge bestimmter Verstöße zwischen Ober- und Unterschwellenbereich differenziert ausgestaltet werden.

Abs. 3 sieht daher für den Unterschwellenbereich als Grundregel vor, dass eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 nur dann zur ex tunc Nichtigkeitsklärung des Vertrages durch das BVwG führt, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers aufgrund des Gesetzes „offenkundig unzulässig“ war. Abs. 3 beschränkt daher das Nichtigkeitsregime des Unterschwellenbereiches auf die gravierendsten Verstöße gegen das BVergG 2018 (und das Unionsrecht), wobei zusätzlich diese Verstöße als „offenkundig“ zu qualifizieren sind. War hingegen die Vorgangsweise des Auftraggebers nicht offenkundig unzulässig, so kommt das gesamte Regime der Abs. 3 bis 6 (und in weiterer Folge auch die Abs. 8 und 9) im Unterschwellenbereich von vornherein nicht zur Anwendung. Das Verhalten der zentralen Beschaffungsstelle als vergebende Stelle wird als Vorgehensweise des Auftraggebers gewertet; sie handelt in seinem Namen. Zum Konzept der Offenkundigkeit wird auf die einschlägige Rechtsprechung verwiesen: Der Begriff „offenkundig“ ist im Sinne der Judikatur des EuGH zur Staatshaftung (vgl. EuGH Rs C-224/01, Köbler gegen Österreich: „Bei der Entscheidung darüber, ob der Verstoß hinreichend qualifiziert ist, muss das zuständige nationale Gericht [...] prüfen, ob dieser Verstoß offenkundig ist.“) und der Judikatur des VwGH auszulegen (vgl. VwGH vom 27. April 1993, 90/04/0265: „Offenkundig [...] ist eine Tatsache dann, wenn sie entweder allgemein bekannt (notorisch) oder der Behörde im Zuge ihrer Amtstätigkeit bekannt und dadurch „bei der Behörde notorisch“ („amtsbekannt“) geworden ist.“; mit Hinweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 23. Jänner 1986, 85/02/0210). Offenkundig bedeutet somit, dass der Rechtsverstoß evident (gleichsam „ins Auge springend“) ist (ebenso auch schon BVA 5.8.2008, F/0003-BVA/10/2008-42) und nicht erst aufgrund von umfangreichen Erhebungen, komplexen rechtlichen Abwägungen bzw. Beurteilungen, Sachverständigengutachten usw. feststeht. Als Beispiel für derartige offenkundige Rechtsverstöße ist die Direktvergabe hoch standardisierter Leistungen oberhalb der entsprechenden Schwellenwerte zu nennen. Kein „offenkundiger“ Rechtsverstoß liegt daher dann vor, wenn der Auftraggeber über das Vorliegen eines Tatbestandes, der die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit nur einem Bieter rechtfertigt, einem entschuldbaren Irrtum unterlegen ist (etwa hinsichtlich des Vorliegens von Ausschließlichkeitsrechten oder im Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage der technischen Kompatibilität/Inkompatibilität).

Abs. 4 regelt (für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich) den Fall, dass der Vertrag bereits in Vollzug gesetzt wurde. Hier sind verschiedene Konstellationen denkbar: Ist die Leistung zur Gänze noch vorhanden und in natura rückstellbar (zB die gelieferten Computer befinden sich noch in der Originalverpackung in einem Lager des Auftraggebers), so hat das BVwG gemäß der Grundregel des Abs. 2 erster Satz bzw. Abs. 3 den Vertrag (bei Vorliegen einer Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5) ex tunc für nichtig zu erklären. Kann die Leistung zur Gänze oder (bei teilbaren Leistungen) ein Leistungsteil nicht mehr rückgestellt werden (etwa weil die Leistung bereits ganz oder teilweise konsumiert oder gebraucht wurde) oder kann die Leistung oder ein Leistungsteil nur mehr wertvermindert rückgestellt werden (weil die Leistung/der Leistungsteil „nicht mehr neu ist“; zB die gelieferten Computer wurden ausgepackt und Software installiert) so hat das BVwG – bei Vorliegen einer

Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 – den Vertrag nur teilweise und zwar hinsichtlich des noch ausstehenden oder des noch (ohne Wertminderung) rückstellbaren Leistungsteiles aufzuheben. Der Vertrag bleibt somit hinsichtlich des bereits konsumierten oder nicht rückstellbaren Leistungsteiles bestehen (samt den diesbezüglichen vertraglichen Rechten). Die nur teilweise Aufhebung des Vertrags bedarf keines Antrages des Auftraggebers. Das BVwG hat dies von Amts wegen zu prüfen (vgl. schon VwGH vom 18. März 2015, 2012/04/0070). Aus der Formulierung des Gesetzes („auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird“) folgt, dass hinsichtlich des aufgehobenen Vertragsteiles ein Rückabwicklungsanspruch entsteht. Die Regelung des Abs. 4 (ex nunc Aufhebung hinsichtlich des noch ausstehenden oder des noch ohne Wertminderung rückstellbaren Leistungsteiles) ist nur dann einschlägig, wenn Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt – wenn also der Auftraggeber nicht den Antrag stellt, dass der Vertrag erst mit dem Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben werden soll und das BVwG die Aufhebung nicht erst zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügt. Außerdem sieht Abs. 2 die Möglichkeit für den Auftraggeber vor, auch in einem Fall, der nur eine teilweise Aufhebung des Vertrages gemäß Abs. 4 erfordern würde, einen Antrag auf (gänzlich) absehen von der Aufhebung zu stellen (vgl. schon die Erläuterungen zu Abs. 2), was dann aber auch eine betragsmäßig höhere Sanktion bei Stattgabe des Antrages zur Folge hätte, als dies nur für ein teilweises Bestehenbleiben des Vertrages der Fall wäre (vgl. zur Festsetzung der Höhe der Geldbuße die Abs. 9 und 10).

Abs. 5 sieht (für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich) vor, dass – abweichend von der Grundregel des Abs. 2 bzw. 3, demzufolge der Vertrag für absolut nichtig (somit ex tunc nichtig) zu erklären ist – das BVwG auf diesbezüglichen Antrag des Auftraggebers aussprechen kann, dass der Vertrag erst mit einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird (frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des BVwG). Die Determinanten für das damit eingeräumte Ermessen (Nichtigerklärung des Vertrages ex tunc trotz Antrag des Auftraggebers oder Aufhebung des Vertrages zu einem anderen Zeitpunkt) werden im letzten Satz normiert. Als sachliche Gründe, die für eine spätere Aufhebung des Vertrages (Abs. 5) sprechen, können etwa die Unzumutbarkeit der (sofortigen) ex nunc Aufhebung von Heizungs- oder Stromlieferverträgen (zB. kurz vor oder während einer Heizperiode) genannt werden, wenn die Versorgung von Amtsgebäuden, Schulen usw. nicht mehr gewährleistet wäre und der Auftraggeber eine gewisse Zeit für die Durchführung eines korrekten Vergabeverfahrens benötigt.

Abs. 6 sieht im Sinne der zulässigen differenzierten Ausgestaltung des Rechtsschutzes zwischen Ober- und Unterschwellenbereich eine Sonderregelung allein für den Unterschwellenbereich vor. Gemäß Abs. 6 hat das BVwG bei Vorliegen einer Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 – selbst wenn die Vorgangsweise offenkundig unzulässig war – die vertraglichen Wirkungen aufrechtzuerhalten, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und eine Interessenabwägung (zwischen den Interessen des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertrages und den Interessen des Antragstellers an der Beendigung des Vertrages) zu seinen Gunsten ausfällt. Bei dieser Interessenabwägung sind auch allfällige von der Vertragsbeendigung betroffene öffentliche Interessen zwingend zu berücksichtigen. Abs. 6 erfasst somit jedenfalls alle Konstellationen gemäß Abs. 2 („zwingende Gründe eines Allgemeininteresses“) enthält aber eine darüberhinausgehende Berücksichtigungsregel.

Da nach § 354 Abs. 2 für die Einbringung eines Feststellungsantrages nur mehr eine subjektive Frist vorgesehen ist, soll die Möglichkeit der Nichtigerklärung in § 356 weiterhin grundsätzlich auf eine maximale objektive Frist von sechs Monaten ab dem Tag des Zuschlages begrenzt werden (vgl. dazu einerseits die Erläuterungen zu § 354 und andererseits Art. 2f Abs. 1 lit. b der RMRL und der Sektoren-RMRL). Damit ist es auch bei einem erst nach Jahren eingebrachten Feststellungsantrag nicht möglich, den Vertrag oder Teile davon für nichtig zu erklären. Dies entspricht den Vorgaben der RMRL und der Sektoren-RMRL und dient der Rechtssicherheit. Voraussetzung für die Nichtigerklärung bzw. teilweise Aufhebung des Vertrages ist nach Abs. 7 daher grundsätzlich, dass der Feststellungsantrag binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag eingebracht wurde. Die Sechsenmonatsfrist ist eine Ausschlussfrist (vgl. VwGH vom 16. März 2016, 2015/04/0004).

Davon abweichend enthält der zweite Satz des Abs. 7 zwei Fristverkürzungen. Diese entstammen dem ehemaligen § 332 Abs. 3 BVergG 2006 und mussten aufgrund der Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-166/2014, MedEval (vgl. dazu schon die Erläuterungen zu § 354) in § 356 aufgenommen werden. Die genannten Bestimmungen enthielten nämlich (kurze) objektive Fristen, die nicht nur für die Nichtigerklärung, sondern auch für die Geltendmachung von Schadenersatz (aufgrund der Notwendigkeit eines Feststellungsantrages) galten (§ 332 Abs. 3 BVergG 2006). Dies ist im Hinblick auf das genannte Urteil des EuGH nicht mehr zulässig, da der Gerichtshof darin verlangt, dass es für die Erlangung von Schadenersatz möglich sein muss, Kenntnis von Schaden und Schädiger zu haben. Es ist daher auch in den Fällen des Abs. 7 zulässig, einen Feststellungsantrag (im Hinblick auf die Erlangung von Schadenersatz) innerhalb der Fristen des § 354 Abs. 2 zu stellen; die Nichtigerklärung bzw. Aufhebung

von Teilen des Vertrages ist jedoch nur – entsprechend der Vorgaben der RMRL und Sektoren-RMRL – zulässig, wenn die Voraussetzungen des Abs. 7 erfüllt sind.

Abs. 7 Z 1 enthält folgende Fristverkürzung auf 30 Tage (wie dies aufgrund des Art. 2f Abs. 1 lit. a der RMRL und der Sektoren-RMRL unionsrechtlich zulässig ist): Wenn es sich beim Antragsteller um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt, dann kommt es zu einer Fristverkürzung, wenn der Auftraggeber diesem gemäß § 144 Abs. 2 oder § 306 Abs. 2 mitgeteilt hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt wurde.

Wenn es sich um einen Antrag gemäß § 353 Abs. 1 Z 2 (Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) handelt und kein Bieter im Vergabeverfahren verblieben ist, ist für eine Fristverkürzung zwischen der Rechtslage vor und nach dem 18. Oktober 2018 zu unterscheiden (vgl. Z 2):

Da auf österreichischer Ebene erst mit dem 18. Oktober 2018 eine Bekanntgabe mittels Kerndaten erfolgen soll, soll es bis zu diesem Zeitpunkt nur – aber dies auch im Unterschwellenbereich – erforderlich sein, eine Bekanntmachung auf Unionsebene (freiwillig) zu schalten, um von der Verkürzung auf 30 Tage profitieren zu können.

Ab dem 18. Oktober 2018 muss bei Vergaben im Oberschwellenbereich sowohl eine Bekanntgabe auf Unionsebene als auch auf österreichischer Ebene erfolgen (vgl. Artikel 2 Z 17). Es muss daher eine Bekanntgabe gemäß den §§ 61 Abs. 1 oder 2 und (!) 62 Abs. 1 oder 2 bzw. den §§ 231 Abs. 1 oder 2 und (!) 232 Abs. 1 oder 2 bzw. im Unterschwellenbereich gemäß § 66 Abs. 1 oder 2 bzw. § 237 Abs. 1 stattfinden, um die Fristverkürzung in Anspruch nehmen zu können.

Wenn der Auftraggeber im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sichergehen will, dass es zu einer Verkürzung der grundsätzlich sechsmonatigen Frist auf 30 Tage kommt, dann muss er jedenfalls eine Bekanntgabe vornehmen und zusätzlich den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern (sofern es solche gibt) mitteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt worden ist. Eine Verpflichtung zur nachträglichen Bekanntgabe derart vergebener Aufträge wird dadurch nicht normiert. Wenn der Auftraggeber von der eingeräumten Möglichkeit keinen Gebrauch macht, kann eine Nichtigkeitsklärung oder Aufhebung des Vertrages stattfinden, wenn der Feststellungsantrag binnen der sechsmonatigen Frist des ersten Satzes des Abs. 7 eingebracht wurde.

Eine ex-post Bekanntmachung iSd Abs. 7 Z 2 hat jedenfalls die wesentlichsten Elemente des vergebenen Auftrages wie Auftraggeber (vergebende Stelle), erfolgreicher Bieter, Auftragsgegenstand und Auftragswert zu enthalten, die einem Unternehmer die Einschätzung ermöglichen, ob er ein Interesse am Abschluss dieses Vertrages haben hätte können bzw. ob die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtmäßig gewesen sein konnte. Der Maßstab, der an die Begründung der ex-post Bekanntmachung zu legen ist, hat jenem Sorgfaltsmaßstab zu entsprechen, der vom EuGH in seinem Urteil in der Rs C-19/13, Fastweb SpA, niedergelegt wurde (vgl. die Erläuterungen zu Abs. 8). Dies gilt auch für Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung; die entsprechenden Ausführungen sind daher in das Standardformular der Kommission aufzunehmen (vgl. dazu das entsprechende, frei befüllbare Feld in Anhang D1, Pkt. 2 iVm Pkt. 3 des Standardformulars 3, http://simap.ted.europa.eu/documents/10184/99158/DE_F03.pdf sowie Anhang VI Teil D Z 7 des BVergG 2018; für den Sektorenbereich vgl. Anhang D2 Punkt 2 iVm Punkt 3 des Standardformulars 6, http://simap.ted.europa.eu/documents/10184/99158/DE_F06.pdf). Anderenfalls beginnt die 30 Tagesfrist nicht zu laufen und es gilt die Sechsmonatsfrist gemäß dem ersten Satz des Abs. 7.

Durch § 356 Abs. 8 wird Art. 2d Abs. 4 der RMRL und der Sektoren-RMRL umgesetzt: Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rs C-19/13, Fastweb SpA, festgehalten, dass im Zusammenhang mit der freiwilligen ex ante Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung (vgl. dazu jeweils Art. 2d Abs. 4 der RMRL bzw. der Sektoren-RMRL und die Erläuterungen zur RV 327 BlgNR XXIV. GP 15/16) zu beachten ist, dass die im Unionsrecht vorgesehene Konsequenz (Gültigkeit des Vertrages) nur dann eintritt, wenn alle in der genannten Bestimmung der RMRL (bzw. der Sektoren-RMRL) festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Ein Auftraggeber muss daher bei der Entscheidung, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchzuführen, sorgfältig handeln und hat zu prüfen, ob er zu Recht davon ausgehen darf („der Ansicht sein kann“), dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Ausnahmeverfahrens vorliegen. In diesem Zusammenhang kommt der Begründung des Auftraggebers im Rahmen der ex ante Veröffentlichung besondere Bedeutung zu. Diese Begründung hat in klarer und eindeutiger Weise darzulegen, warum der Auftraggeber rechtmäßiger Weise der Ansicht sein kann, dass die – restriktiv auszulegenden – Voraussetzungen für ein Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung erfüllt sind. Im Oberschwellenbereich sind daher die entsprechenden Ausführungen in das Standardformular der Kommission aufzunehmen (vgl. dazu das entsprechende, frei befüllbare Feld in den Anhängen D1 und D2 des Standardformulars 15), im Unterschwellenbereich in die

jeweilige inner-staatliche Bekanntmachung. Da nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der die Ausnahme rechtfertigenden Umstände zur Inanspruchnahme einer Ausnahmvorschrift (hier: der Anwendbarkeit eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) denjenigen trifft, der diese Ausnahmvorschrift in Anspruch nehmen möchte (vgl. etwa EuGH Rs C-275/08, Kommission/Deutschland, Rz 56 mwN der Judikatur), hat der Auftraggeber dies sorgfältig zu prüfen und zu begründen. Die Begründung muss es allfälligen interessierten Unternehmen ermöglichen, die Überlegungen des Auftraggebers nachvollziehen und die Rechtskonformität der Vorgangsweise beurteilen zu können. So genügt etwa eine bloß formelhafte Begründung (zB durch Wiedergabe der verba legalia) diesem Maßstab nicht. Auftraggeber müssen daher (die ihnen zumutbaren) Erhebungen in sorgfältiger Weise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes durchführen, auf dieser Bewertungsgrundlage den nachvollziehbaren Schluss ziehen können, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen zu dürfen und diese Überlegungen in der Bekanntmachung offenlegen. Hat der Auftraggeber diesen subjektiven, jedoch besonderen Sorgfalts- und Begründungsmaßstab eingehalten, unterlag er dabei jedoch einem entschuldbaren Rechtsirrtum, so schadet dies im Kontext der freiwilligen ex ante Bekanntmachung nicht: sofern auch die weitere Voraussetzung (Beachtung der Zehn-Tages-Frist ab Veröffentlichung der Bekanntmachung) eingehalten wird, kann der Vertrag nicht für „unwirksam“ im Sinne der RMRL (bzw. der Sektoren-RMRL) erklärt werden (hingegen ist die Erlangung von Schadenersatz denkbar). Hat hingegen der Auftraggeber diese Vorgaben nicht beachtet oder ist er auffallend sorglos, grob fahrlässig oder gar willkürlich vorgegangen, so wäre trotz Veröffentlichung einer Bekanntmachung und Einhaltung der Stillhaltefrist der Vertrag für „unwirksam“ zu erklären, wenn der Antrag entsprechend der Frist des Abs. 7 eingebracht wurde.

Durch die Formulierung „sofern ein öffentlicher Auftraggeber [bzw. Sektorenauftraggeber] der Ansicht ist, dass zulässig ist“ in den Bestimmungen auf die § 356 Abs. 8 verweist, soll im Sinne des zitierten Judikates und in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Richtlinien einerseits zum Ausdruck gebracht werden, dass kein objektiver, sondern ein subjektiver Maßstab heranzuziehen ist (arg. „der Ansicht ist“), und dass andererseits nur bei Einhaltung des oben beschriebenen Sorgfaltsmaßstabes bei der Prüfung der Zulässigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung eine ex ante Bekanntmachung überhaupt zulässig ist. Flankierend dazu sieht Abs. 8 vor, dass nur derartige – zulässige – Bekanntmachungen auch dazu führen, dass – bei einem Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen – der Vertrag nicht für „unwirksam“ iSd RMRL und der Sektoren-RMRL erklärt werden kann. Darüber hinaus stellt Abs. 8 als weitere Voraussetzung für die Unzulässigkeit der Nichtigklärung oder Aufhebung des Vertrages darauf ab, dass die publizierte Entscheidung „entsprechend begründet“ war. Diese Wortfolge greift die im Urteil des EuGH hervorgehobene Voraussetzung auf, wonach nur klare, eindeutige und nachvollziehbare Begründungen des Auftraggebers in der ex ante Bekanntmachung die Voraussetzung der RMRL bzw. der Sektoren-RMRL erfüllen, dass eine Bekanntmachung vorliegt, „wie sie in Art. 3a der vorliegenden Richtlinie beschrieben ist“ (vgl. dazu jeweils Art. 3a lit. c der zitierten Richtlinien und Rz 48 des Urteiles: „Was diesen letzten Punkt betrifft, muss diese Begründung klar und unmissverständlich die Gründe erkennen lassen, die den öffentlichen Auftraggeber zu der Auffassung veranlasst haben, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben zu können, damit die Beteiligten in voller Sachkenntnis entscheiden können, ob sie es für nützlich erachten, die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle anzurufen, und damit diese eine wirksame Kontrolle vornehmen kann.“ Nur soweit beide (kumulativen) Voraussetzungen erfüllt werden, zieht die Einhaltung der zehntägigen Stillhaltefrist gemäß Abs. 8 auch die Unzulässigkeit der Nichtigklärung oder Aufhebung des Vertrages nach sich.

Zur Bekanntmachung an sich wird auf die entsprechenden Vorschriften des materiellen Teiles verwiesen. Die Inhalte der Bekanntmachung müssen bei einer österreichischen Bekanntmachung für mindestens zehn Tage verfügbar sein, da der Auftraggeber in dieser Zeit auch mit der Zuschlagserteilung zuwarten muss. Die Verfügbarkeit der Bekanntmachung im ABl. der Europäischen Union kann durch das nationale Recht nicht geregelt werden.

Dass eine freiwillige ex-ante-Bekanntmachung nach den Vorgaben des materiellen Teiles stattgefunden hat, muss vom Auftraggeber entsprechend seiner Verpflichtung gemäß § 49 bzw. § 218 dokumentiert und nachgewiesen werden. Dieser hat mit entsprechenden Mitteln (Speicherung über Server, Screenshots, etc.) nachzuweisen, dass, wann und wie lange eine entsprechende Bekanntmachung auf österreichischer Ebene stattgefunden hat, damit das BVwG dies gegebenenfalls nachprüfen kann.

Ab 18. Oktober 2018, erhalten die verwiesenen Bestimmungen im Abs. 8 aufgrund des Außerkrafttretens anderer Bestimmungen eine andere Bezeichnung (vgl. Artikel 2 Z 18). Inhaltlich bleibt Abs. 8 jedoch unverändert.

Gemäß Art. 2d Abs. 2 der RMRL und der Sektoren-RMRL richten sich die Folgen der Unwirksamkeit des Vertrages nach einzelstaatlichem Recht. Es kann somit vorgesehen werden, dass alle vertraglichen Verpflichtungen rückwirkend aufgehoben werden oder dass die Wirkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen beschränkt ist, die noch zu erfüllen sind. Wenn die Nichtigkeit aber nicht rückwirkend (ex tunc) eintritt, dann sind sogenannte „alternative Sanktionen“ im Sinne des Art. 2e Abs. 2 der RMRL und der Sektoren-RMRL zu verhängen.

Art. 2e Abs. 2 der RMRL und der Sektoren-RMRL nennt die Verkürzung der Laufzeit des Vertrages als eine mögliche alternative Sanktion. Dies ist jedoch, wie auch die Kommission bestätigte, insofern verfehlt, als die Verkürzung der Laufzeit ohnehin nur in Betracht kommt, wenn der Vertrag nicht ex tunc vernichtet wird. Als alleinige „Sanktion“ kommt somit – auch im Einklang mit der Auffassung der Kommission – die Laufzeitverkürzung nicht in Betracht.

Vor diesem Hintergrund sieht Abs. 9 Geldbußen (als „Sanktionen“) für alle Fälle vor, in denen das BVwG den Vertrag nicht für absolut nichtig erklärt oder von einer Aufhebung des Vertrages abgesehen hat (vgl. Abs. 2, 3 und 6) und für jene Fälle, in denen der Vertrag nur teilweise, mit dem Zeitpunkt seiner Entscheidung oder zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird. Während in Bezug auf den Oberschwellenbereich sich die Regelung des Abs. 9 vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Rechtslage als notwendig erweist, ergibt sich ein, durch die Anwendungsvoraussetzungen des Abs. 3 ohnehin auf die gravierendsten Verstöße eingeschränktes, Regelungsbedürfnis im Unterschwellenbereich durch das Sachlichkeitsgebot. So ist es sachlich nicht zu rechtfertigen, dass in den Fällen, in denen Vergabeverfahren offenkundig rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurden, der Zuschlag offenkundig rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde oder die Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems offenkundig rechtswidrig war und in denen darüber hinaus die Leistung nicht mehr vollständig oder ohne Wertverminderung rückgestellt werden kann, ein Auftraggeber lediglich damit „sanktioniert“ wird, dass der Vertrag nur teilweise weiterbesteht.

In der Entscheidung des VwGH vom 18. März 2015, 2012/04/0070 (Pkt. 4.5.1.) hatte der VwGH eine Lücke in § 334 Abs. 7 BVergG 2006 erkannt. Dieser sei um den Verweis auf Abs. 4 zu ergänzen. Die teilweise Aufhebung eines Vertrags dürfe nicht anders behandelt werden als eine gänzliche Nichtigklärung, da die Richtlinie auch für jene Teile des Vertrages, die nicht aufgehoben werden, eine alternative Sanktion verlange. Da dies aber nicht nur auf Abs. 4 zutrifft, sind in Abs. 9 (ehemals § 334 Abs. 7 BVergG 2006) nunmehr alle Fälle des Absehens von der Nichtigklärung oder Aufhebung des Vertrages erfasst wie auch alle Fälle einer teilweisen oder späteren Vertragsaufhebung gemäß Abs. 4 und 5. Eine spätere Vertragsaufhebung gemäß Abs. 5 ist dabei nicht anders zu werten als ein nicht rückabwickelbarer Teil des Vertrages gemäß Abs. 4; auch gemäß Abs. 5 wird nämlich ein Teil des Vertrages (der erst in der Zukunft liegt) nicht aufgehoben. Dieser Teil des Vertrages ist aber trotzdem zu missbilligen und daher nach der RMRL auf andere („alternative“) Weise zu sanktionieren. Sinngemäßes gilt für den Unterschwellenbereich: Auch hier wäre es sachlich nicht zu rechtfertigen keine alternative Sanktion vorzusehen. Die Geldbuße gemäß Abs. 9 kann auch bei Feststellung der Rechtswidrigkeit aufgrund eines Antrages, der nach Ablauf der in Abs. 7 jeweils genannten Fristen gestellt wurde (insb. 6-Monats-Frist), verhängt werden, da es die zu wahrende Rechtssicherheit zwar erfordert, nach diesen Zeiträumen von einer Nichtigklärung oder Aufhebung des Vertrages abzusehen, jedoch nicht auch von der Verhängung einer Geldbuße, die letztlich die einzige Möglichkeit darstellt, das rechtswidrige Verhalten des Auftraggebers zu sanktionieren (vgl. VwGH 23. Oktober 2017, Ra 2017/04/0005).

Im Falle einer gemeinsamen Auftragsvergabe ist die Geldbuße über alle beteiligten Auftraggeber zu verhängen. Die interne Aufteilung der Geldbuße bzw. der Regress ist zwischen den beteiligten Auftraggebern zu regeln. Hat eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchgeführt, ist die Geldbuße abweichend von Abs. 9 erster Satz über sie zu verhängen, wenn die von ihr gesetzten Handlungen für die Feststellung der Rechtsverstöße von wesentlichem Einfluss waren. Dies setzt die Vorgaben des Art. 37 und 38 der RL 2014/24/EU und Art. 55 und 56 der RL 2014/25/EU im Feststellungsverfahren um. Die zentrale Beschaffungsstelle muss demnach die Verantwortung für die von ihr faktisch durchgeführten Handlungen übernehmen („Der Auftraggeber kommt seinen Verpflichtungen nach [...]“).

Bei der Verhängung einer Geldbuße („alternative Sanktion“) handelt es sich gemäß Abs. 9 nicht um eine Verwaltungsstrafe und stellt das diesbezügliche Verfahren somit kein Verfahren wegen einer Verwaltungsübertretung dar (vgl. die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2010 RV 327 BlgNR XXIV. GP sowie etwa VfGH vom 8. Oktober 2015, G 154/2015 ua).

In bestimmten Fällen ist die Verhängung der Geldbuße antragsbedürftig; das BVwG kann gemäß Abs. 2 zweiter Satz, 5 und 6 überhaupt nur dann eine solche Sanktion verhängen, wenn der Auftraggeber

beantragt, von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages zur Gänze (Abs. 2 zweiter Satz erster Fall), von der teilweisen Aufhebung (Abs. 2 zweiter Satz zweiter Fall) oder von der sofortigen Aufhebung (Abs. 5) abzusehen. Die Regelungen weisen somit Züge einer Wahlmöglichkeit desjenigen auf, über den die Sanktion verhängt werden soll. Anderes gilt freilich bei einem Antrag auf Feststellung, der nach den in Abs. 7 normierten Fristen gestellt wurde. Eine Nichtigkeitserklärung oder Aufhebung des Vertrages kommt in diesen Fällen nicht in Betracht; eine Verhängung einer Geldbuße hingegen schon (vgl. Abs. 7 und das o. Erkenntnis des VwGH).

Allgemein wird festgehalten, dass der grundsätzliche Maßstab für die Höhe der Geldbuße die in Abs. 9 genannten Kriterien (wirksam, verhältnismäßig und abschreckend) sind. Diese Vorgaben sind insbesondere bei der Bemessung der Höhe einer Geldbuße zu beachten. Dabei handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, bei der neben den gesetzlichen Bemessungsfaktoren auch die Umstände des Einzelfalles und der Kontext der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen sind (vgl. etwa VwGH 18. März 2015, 2012/04/0070). Hinsichtlich der Begrenzung der Höchstsumme der Geldbuße in Abs. 10 ist folgendes auszuführen: Da das System der Geldbuße der Wiederherstellung des – durch einen Verstoß gegen Unionsrecht gestörten – Wettbewerbes dient, ist es sachgerecht die Höhe der Geldbuße an der Auftragssumme zu orientieren. Aus unionsrechtlicher Sicht ist eine Begrenzung der Höchstsumme (orientiert an der Auftragssumme) (auch nach Auffassung der Kommission) zulässig, wobei im Anwendungsbereich der RMRL und der Sektoren-RMRL seitens der Kommission eine Höchstgrenze von weniger als 20 % der Auftragssumme nicht mehr als abschreckend angesehen würde. Im Unterschwellenbereich soll – im Sinne der oben erwähnten zulässigen verfassungsrechtlichen Differenzierung zwischen Ober- und Unterschwellenbereich – die Höchstgrenze reduziert und mit 10 % der Auftragssumme gedeckelt werden. Zum Begriff der Auftragssumme wird auf die Definition des § 2 Z 26 lit. a verwiesen, wonach der Angebotspreis (Auftragssumme) die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer ist.

Es wäre nicht sachgerecht, bei einer nur teilweisen oder in der Zukunft liegenden Aufhebung des Vertrages die Geldbuße jedenfalls von der gesamten Auftragssumme zu berechnen. Wird ein Vertrag trotz festgestellter Rechtswidrigkeit nur teilweise, mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes oder zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben, sieht Abs. 10 vor, dass die Höchstgrenze der Geldbuße von jenem Teil der Auftragssumme des Vertrages zu berechnen ist, der dem Teil des Vertrages entspricht, der nicht aufgehoben wurde. Ist also etwa ein öffentlicher Auftrag im Oberschwellenbereich in der Höhe von 400 000 Euro nur mehr zur Hälfte rückabwickelbar, so beträgt die Höchstgrenze für die Geldbuße 40 000 Euro (20 % von 200 000 Euro). Gemäß Abs. 10 hat das BVwG weiters für die Verhängung einer Sanktion die Schwere des Verstoßes bzw. die Vorgangsweise des Auftraggebers zu berücksichtigen. Die verhängte Sanktion muss daher entsprechend schärfer ausfallen, wenn ein qualifizierter Verstoß des Auftraggebers vorliegt bzw. seine Vorgangsweise offenkundig unzulässig war. Der ebenfalls bezogene § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes – VbVG, BGBl. I Nr. 151/2005, nennt in seinem Abs. 2 als Erschwerungsgründe das Ausmaß der Schädigung bzw. der Gefährdung, das Ausmaß des erlangten Vorteiles sowie das Ausmaß, in dem gesetzwidriges Verhalten der Mitarbeiter geduldet wurde. In Betracht zu ziehende Milderungsgründe gemäß § 5 Abs. 3 VbVG sind zB bereits vor der Tat gesetzte Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten (Z 1) oder Schritte zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten (Z 5). ...“

Zu § 29 (Unwirksamerklärung des Widerrufs):

Die Vorschriften entsprechen dem § 28 K-VerRg 2014.

Zum 4. Hauptstück (§§ 30 bis 33):

Zu §§ 30 bis 31 (Schriftverkehr, eigener Wirkungsbereich):

Die Regelungen entsprechen §§ 29-30 K-VergRG 2014.

Zu § 32 (Verweisungen auf Bundesrecht):

Die Verweisungen auf Bundesrecht werden an die aktuelle Rechtslage angepasst. Anstelle des allgemeinen Verweises auf das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 in § 31 Abs. 2 K-VergRG 2014 wird in den bezughabenden Vorschriften des K-VergRG 2018 auf die konkreten Vorschriften des BVergGVS 2014 verwiesen. Neu sind auch die Verweise auf das neue BVergG Konzessionen 2018.

§ 33 enthält die erforderlichen Inkrafttretens- und Übergangsbestimmungen.