



Bundeskanzleramt

E-Mail: teamassistenzl@bka.gv.at

Legislativ- und
Verfassungsdienst

Zahl (Bitte im Antwortschreiben anführen)
20031-WIRT/814/208-2018

Datum
27.6.2018

Chiemseehof
Postfach 527 | 5010 Salzburg

Betreff

Fax +43 662 8042 2165

Gesetzesbeschluss des Salzburger Landtages vom Gesetz vom
27. Juni 2018, mit dem das Salzburger Vergabekontrollgesetz 2018
erlassen, das Salzburger Notifikationsgesetz und das Kollegialorgane-
Sitzungsentschädigungsgesetz geändert wird

landeslegistik@salzburg.gv.at

Frau Dr. Leitner

Telefon +43 662 8042 2285

Beilagen: 2

Der Salzburger Landtag hat in seiner letzten Sitzung den aus dem Ausschussbericht in Verbindung mit der Vorlage der Landesregierung ersichtlichen Gesetzesbeschluss gefasst. Unter gleichzeitiger Übermittlung der beiden Unterlagen wird davon noch vor Bekanntgabe gemäß § 9 Abs 1 F-VG 1948 per E-Mail Kenntnis gegeben.

Für die Landesregierung:
Dr. Barbara Leitner

Amtssigniert. Informationen zur Prüfung der elektronischen Signatur oder des elektronischen Siegels finden Sie unter
www.salzburg.gv.at/amtssignatur

Nr. 41 der Beilagen zum stenographischen Protokoll des Salzburger Landtages
(1. Session der 16. Gesetzgebungsperiode)

Bericht

des Verfassungs- und Verwaltungsausschusses zur Vorlage der Landesregierung (Nr. 11 der Beilagen) betreffend ein Gesetz, mit dem das Salzburger Vergabekontrollgesetz 2018 erlassen, das Salzburger Notifikationsgesetz und das Kollegialorgane-Sitzungsentschädigungsgesetz geändert wird

Der Verfassungs- und Verwaltungsausschuss hat sich in der Sitzung vom 27. Juni 2018 mit der Vorlage befasst.

Der Berichterstatter Abg. Mag. Scharfetter trägt die in der Vorlage der Landesregierung vorgeschlagenen Änderungen vor und ersucht um Zustimmung zur Vorlage.

Alle Sprecherinnen und Sprecher der Landtagsparteien kündigen die Zustimmung an.

Der Verfassungs- und Verwaltungsausschuss stellt einstimmig den

Antrag,

der Salzburger Landtag wolle beschließen:

Das in der Nr. 11 der Beilagen enthaltene Gesetz wird zum Beschluss erhoben

Salzburg, am 27. Juni 2018

Der Vorsitzende:
Ing. Sampl eh.

Der Berichterstatter:
Mag. Scharfetter eh.

Beschluss des Salzburger Landtages vom 27. Juni 2018:

Der Antrag wurde einstimmig zum Beschluss erhoben.

Nr 11 der Beilagen zum stenographischen Protokoll des Salzburger Landtages
(1. Session der 16. Gesetzgebungsperiode)

Vorlage der Landesregierung

Gesetz vom , mit dem das Salzburger Vergabekontrollgesetz 2018 erlassen, das Salzburger Notifikationsgesetz und das Kollegialorgane-Sitzungsentschädigungsgesetz geändert wird

Der Salzburger Landtag hat beschlossen:

Artikel I

Gesetz vom über die Kontrolle der Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bundesland Salzburg (Salzburger Vergabekontrollgesetz 2018 – S.VKG 2018)

Inhaltsverzeichnis

1. Abschnitt

Geltungsbereich, Zuständigkeit

- § 1 Geltungsbereich
- § 2 Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts
- § 3 Senatsentscheidungen des Landesverwaltungsgerichts
- § 4 Einzelrichter-Entscheidungen

2. Abschnitt

Verfahren

1. Unterabschnitt

Allgemeine Bestimmungen

- § 5 Anzuwendendes Verfahrensrecht
- § 6 Entscheidungen in Vergabekontrollverfahren
- § 7 Auskunftspflicht
- § 8 Akteneinsicht
- § 9 Verfahrenshilfe
- § 10 Gebühren
- § 11 Gebührenersatz

2. Unterabschnitt

Nachprüfungsverfahren

- § 12 Einleitung des Verfahrens
- § 13 Fristen für Nachprüfungsanträge
- § 14 Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages
- § 15 Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung und einer Verhandlung
- § 16 Parteien des Nachprüfungsverfahrens
- § 17 Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin
- § 18 Entscheidungsfrist
- § 19 Mutwillensstrafen

3. Unterabschnitt

Einstweilige Verfügungen

- § 20 Antragstellung
- § 21 Erlassung der einstweiligen Verfügung
- § 22 Verfahrensrechtliche Bestimmungen

4. Unterabschnitt

Feststellungsverfahren

- § 23 Einleitung des Verfahrens
- § 24 Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages
- § 25 Verfahrensrechtliche Bestimmungen
- § 26 Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigkeitserklärung und Verhängung von Sanktionen
- § 27 Unwirksamerklärung des Widerrufs

3. Abschnitt

Schlussbestimmungen

- § 28 Verweisungen auf Bundesrecht
- § 29 Umsetzungshinweis
- § 30 In- und Außerkrafttreten, Übergangsbestimmungen

1. Abschnitt

Geltungsbereich, Zuständigkeit

Geltungsbereich

§ 1

(1) Dieses Gesetz regelt den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der dem Bundesvergabegesetz 2018, dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 unterliegenden Vergabe von Aufträgen durch folgende Auftraggeber bzw Auftraggeberin:

1. Land Salzburg, Gemeinden und Gemeindeverbände im Land Salzburg;
2. Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinn der Art 127 Abs 1 und 127a Abs 1 und 8 B-VG, wenn sie von Organen des Landes Salzburg, von Organen Salzburger Gemeinden oder Gemeindeverbände oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die dazu von Organen des Landes Salzburg oder von Organen Salzburger Gemeinden oder Gemeindeverbände bestellt sind;
3. Unternehmungen im Sinn des Art 126b Abs 2 B-VG, soweit die Vergabe nicht unter Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG fällt, sowie Unternehmungen im Sinn der Art 127 Abs 3 und 127a Abs 3 und 8 B-VG;
4. landesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörper;
5. Rechtsträger, die von Z 1 bis 4 und Art 14b Abs 2 Z 1 lit a bis d B-VG nicht erfasst sind und
 - a) vom Land Salzburg allein oder gemeinsam mit dem Bund oder anderen Ländern finanziert werden, soweit die Vergabe nicht unter Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa B-VG fällt;
 - b) hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Landes Salzburg unterliegen, soweit die Vergabe nicht unter lit a oder Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa oder bb B-VG fällt;
 - c) deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Land Salzburg ernannt worden sind, soweit die Vergabe nicht unter lit a oder b oder Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa bis cc B-VG fällt;
6. Land Salzburg gemeinsam mit dem Bund und allenfalls einem oder mehreren anderen Bundesländern, soweit die Vergabe nicht unter Art 14b Abs 2 Z 1 lit f B-VG fällt, sowie Land Salzburg gemeinsam mit einem oder mehreren anderen Bundesländern.

(2) Die Gemeinden gelten unabhängig von der Zahl ihrer Einwohner bzw Einwohnerinnen als Rechtsträgerinnen, die im Sinn von Abs 1 Z 2 und 3 der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegen. Im Rahmen des Art 14b Abs 2 Z 1 lit b, c, e und f B-VG werden Auftraggeber bzw Auftraggeberinnen im Sinn des Abs 1 dem Land Salzburg und Auftraggeber bzw Auftraggeberinnen im Sinn des Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG dem Bund zugerechnet. Wenn nach Abs 1 Z 3, 5 und 6 mehrere Länder beteiligt sind, ist dieses Gesetz dann anzuwenden, wenn die Vollziehungszuständigkeit des Landes Salzburg gemäß Art 14b Abs 2 letzter Satz B-VG gegeben ist.

Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts

§ 2

Über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers bzw einer Auftraggeberin im Sinn des § 1 Abs 1 und 2 in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens entscheidet das Landesverwaltungsgericht.

Senatsentscheidungen des Landesverwaltungsgerichts

§ 3

(1) Zur Entscheidung über Beschwerden gemäß § 2 sind Senate des Landesverwaltungsgerichts berufen, die aus einem Richter bzw einer Richterin und zwei fachkundigen Laienrichtern bzw Laienrichterinnen (§ 7 S.LVwGG) bestehen. Die fachkundigen Laienrichter bzw Laienrichterinnen sind von der Landesregierung in der erforderlichen Anzahl zu bestellen, wobei zwei Bestellungen auf Grund von Vorschlägen der Wirtschaftskammer Salzburg und zwei Bestellungen auf Grund von Vorschlägen der Landesgruppe Salzburg des Österreichischen Städtebundes und des Salzburger Gemeindeverbandes zu erfolgen haben. Als weitere Laienrichter bzw Laienrichterinnen sind Personen zu bestellen, die in einem Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen. Jedem Senat hat ein auf Vorschlag der Wirtschaftskammer Salzburg bestellter fachkundiger Laienrichter bzw bestellte fachkundige Laienrichterin und entweder ein auf Vorschlag der Interessenvertretungen der Gemeinden bestellter fachkundiger Laienrichter bzw bestellte fachkundige Laienrichterin oder ein fachkundiger Laienrichter bzw eine fachkundige Laienrichterin aus dem Kreis der zu solchen bestellten Landesbediensteten anzugehören.

(2) Die fachkundigen Laienrichter bzw Laienrichterinnen müssen besondere Kenntnisse des Vergabewesens in rechtlicher, wirtschaftlicher oder technischer Hinsicht besitzen. Bei ihrer Bestellung ist auf ein zahlenmäßig ausgewogenes Verhältnis zwischen weiblichen und männlichen Mitgliedern Bedacht zu nehmen.

Einzelrichter-Entscheidungen

§ 4

Das Landesverwaltungsgericht entscheidet über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrages, Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages durch Einzelrichter bzw Einzelrichterin.

2. Abschnitt Verfahren

1. Unterabschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 5

Soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist, hat das Landesverwaltungsgericht in Verfahren nach diesem Gesetz das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz in Verbindung mit dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles sinngemäß anzuwenden.

Entscheidungen in Vergabekontrollverfahren

§ 6

(1) Das Landesverwaltungsgericht ist nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Unterabschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Unterabschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Unterabschnitt) zuständig. Darauf gerichtete Beschwerden oder Anträge sind unmittelbar beim Landesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2018, das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 und den dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig:

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen,
2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 15 lit a BVergG 2018, § 2 Z 11 lit a BVergGKonz 2018 oder § 3 Z 16 lit a BVergGVS 2012) des Auftraggebers bzw der Auftragsgeberin im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Landesverwaltungsgericht zuständig:

1. im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidrig nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden ist;
 2. in einem Verfahren gemäß Z 1, 4 und 5 auf Antrag des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin zur Feststellung, ob der Beschwerdeführer bzw die Beschwerdeführerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;
 3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrig ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden ist;
 4. zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidrig ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 143 oder § 305 BVergG 2018, gemäß § 72 BVergGKonz 2018 oder gemäß § 107 BVergGVS 2012 erteilt worden ist;
 5. zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 4 bis 9, § 162 Abs 1 bis 5, § 316 Abs 1 bis 3 oder § 323 Abs 1 bis 5 BVergG 2018 oder gegen § 130 Abs 4 bis 6 BVergGVS 2012 rechtswidrig war;
 6. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigklärung oder Aufhebung des Vertrages;
 7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 26 Abs 9.
- (4) Nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zuständig:
1. im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob der Widerruf eines Vergabeverfahrens rechtswidrig erklärt worden ist;
 2. in einem Verfahren gemäß Z 1 auf Antrag des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin zur Feststellung, ob der Beschwerdeführer bzw die Beschwerdeführerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;
 3. zur Feststellung, ob der Widerruf rechtswidrig ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung gemäß § 150 oder § 311 BVergG 2018, gemäß § 75 BVergGKonz 2018 oder gemäß § 115 BVergGVS 2012 erklärt worden ist;
 4. in einem Verfahren gemäß Z 1 und 3 zur Unwirksamklärung des Widerrufs gemäß § 27.
- (5) Bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zur Feststellung zuständig, ob der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters bzw der Bieterin um Fortführung des Verfahrens das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat.

Auskunftspflicht

§ 7

(1) Die dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes unterliegenden Auftraggeber bzw Auftraggeberinnen oder vergebenden Stellen haben dem Landesverwaltungsgericht alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle dafür erforderlichen Unterlagen in geordneter Weise vorzulegen. Gleiches gilt für die an einem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmer bzw Unternehmerinnen.

(2) Hat ein Auftraggeber bzw die Auftraggeberin, eine vergebende Stelle oder ein Unternehmer bzw eine Unternehmerin Unterlagen nicht vorgelegt, Auskünfte nicht erteilt oder eine Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorgelegt, so kann das Landesverwaltungsgericht, wenn der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin oder der Unternehmer bzw die Unternehmerin auf diese Säumnisfolge vorher ausdrücklich hingewiesen wurde, auf Grund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten entscheiden.

Akteneinsicht

§ 8

Parteien und Beteiligte können bei der Vorlage von Unterlagen an das Landesverwaltungsgericht verlangen, dass bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Auftraggeber bzw Auftraggeberinnen können dies darüber hinaus aus zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses verlangen. Die in Betracht kommenden Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen sind bei ihrer Vorlage zu bezeichnen.

Verfahrenshilfe

§ 9

(1) Verfahrenshilfe kann nur für die Einbringung von Feststellungsanträgen beantragt werden. Es gelten die Bestimmungen nach § 8a VwGVG sinngemäß mit folgenden Abweichungen:

1. Der Antrag ist unmittelbar beim Landesverwaltungsgericht einzubringen.
2. Dem Antrag sind jene Unterlagen beizulegen, aus denen hervorgeht, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht offenbar mutwillig oder aussichtslos ist.
3. Der Antrag ist innerhalb der im § 24 Abs 2 festgelegten Frist einzubringen.
4. Die Frist für den Feststellungsantrag beginnt, sobald der Beschluss über die Bestellung einer Vertretungsperson und die für die Erfüllung der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erforderlichen Unterlagen dieser zugestellt sind.

(2) § 24 Abs 3 ist sinngemäß auf den Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe anzuwenden.

(3) Über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe ist unverzüglich zu entscheiden.

Gebühren

§ 10

Für Anträge gemäß den §§ 12 Abs 1, 20 Abs 1 und 23 Abs 1 und 2 hat der Antragsteller bzw die Antragstellerin nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten:

1. Die Pauschalgebühr ist bei Antragstellung zu entrichten. Bieter- und Arbeitsgemeinschaften haben die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten. Die Gebührensätze sind durch Verordnung der Landesregierung entsprechend dem Verhältnis des durch den Antrag bewirkten Verfahrensaufwandes zu dem für den Antragsteller bzw für die Antragstellerin zu erzielenden Nutzen festzusetzen und dabei nach objektiven Merkmalen abzustufen. Als objektive Merkmale sind insbesondere der Auftragsgegenstand, die Art des durchgeführten Verfahrens, die Tatsache, ob es sich um Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder der Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages oder sonstiger gesondert anfechtbarer Entscheidungen oder um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich handelt, heranzuziehen.
2. Die Pauschalgebühren sind durch Barzahlung, durch Überweisung, mittels Bankomatkarte oder Kreditkarte zu entrichten. Die neben der Barzahlung und Überweisung zulässigen Entrichtungsarten sind durch den Präsidenten bzw die Präsidentin des Landesverwaltungsgerichts nach Maßgabe der vorhandenen technisch-organisatorischen Voraussetzungen festzulegen und entsprechend bekannt zu machen.
3. Für Anträge gemäß § 20 Abs 1 ist eine Gebühr in der Höhe von 50 % der festgesetzten Gebühr zu entrichten.
4. Hat ein Antragsteller bzw eine Antragstellerin zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß § 12 Abs 1 oder § 23 Abs 1 oder 2 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller bzw dieser Antragstellerin für jeden weiteren Antrag gemäß § 12 Abs 1 bzw § 23 Abs 1 oder 2 lediglich eine Gebühr in der Höhe von 80 % der festgesetzten Gebühr zu entrichten.
5. Bezieht sich der Antrag lediglich auf die Vergabe eines Loses, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß § 12 Abs 1 oder § 185 Abs 1 BVergG 2018, gemäß § 11 Abs 1 BVergGKonz 2018 oder gemäß § 10 Abs 1 oder § 117 BVergGVS 2012 nicht erreicht, so ist lediglich die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten.
6. Wird ein Antrag vor Kundmachung der Anberaumung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 15 Abs 5 oder, wenn keine mündliche Verhandlung durchgeführt wird, vor Erlassung eines Erkenntnisses oder Beschlusses durch das Landesverwaltungsgericht zurückgezogen, so ist lediglich eine Gebühr in der Höhe von 50 % der für den jeweiligen Antrag festgesetzten oder gemäß Z 4 reduzierten Gebühr zu entrichten. Wird ein Antrag nach Kundmachung der Anberaumung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 15 Abs 5, aber vor Durchführung der mündlichen Verhandlung zurückgezogen, so ist lediglich eine Gebühr in der Höhe von 80 % der für den jeweiligen Antrag festgesetzten oder gemäß Z 4 reduzierten Gebühr zu entrichten. Bereits entrichtete Mehrbeträge sind rückzuerstatten.

Gebührenersatz

§ 11

(1) Der bzw die vor dem Landesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Beschwerdeführer bzw Beschwerdeführerin hat Anspruch auf Ersatz seiner bzw ihrer gemäß § 10 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber bzw die Auftraggeberin. Der Beschwerdeführer bzw die Beschwerdeführerin hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner bzw ihrer gemäß § 10 entrichteten Gebühren, wenn er bzw sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird oder wenn der Antragsteller bzw die Antragstellerin während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde bzw im Fall der Klaglosstellung stattzugeben gewesen wäre oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde oder im Fall der Klaglosstellung abzuweisen gewesen wäre.

(3) Über den Gebührenersatz hat das Landesverwaltungsgericht spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

2. Unterabschnitt

Nachprüfungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 12

(1) Ein Unternehmer bzw eine Unternehmerin kann bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, wenn

1. er bzw sie ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2018, des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2018 oder des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 unterliegenden Vertrages behauptet und
2. ihm bzw ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) Ist die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung bzw der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die im § 13 vorgesehene Frist, ist ein Bieter bzw eine Bieterin berechtigt, das Ausscheiden gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung in einem Antrag innerhalb der für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung bzw der Widerrufsentscheidung eingeräumten Frist anzufechten.

(3) Dem Antrag auf Nachprüfung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Vergabeverfahren zu.

(4) Wird dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung von mehreren Unternehmern bzw Unternehmerinnen angefochten, hat das Landesverwaltungsgericht die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden. Eine getrennte Verfahrensführung ist zulässig, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist.

Fristen für Nachprüfungsanträge

§ 13

(1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung bzw Bereitstellung der Entscheidung auf elektronischem Weg sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung über den Postweg oder einem anderen geeigneten Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Übermittlung bzw der Bereitstellung der Entscheidung bzw mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

(2) Bei der Durchführung einer Direktvergabe beträgt die Frist zehn Tage ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller bzw die Antragstellerin von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

(3) Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung – mit Ausnahme der Bekanntmachung bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung – können über den in Abs 1 genannten Zeitraum hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder

der Teilnahmeantragsfrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Wenn die Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen nicht auf elektronischem Weg zur Verfügung gestellt, übermittelt bzw bereitgestellt werden, tritt die Verlängerung der Nachprüfungsfrist erst ein, wenn die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder die Teilnahmeantragsfrist mehr als 22 Tage beträgt.

Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

§ 14

(1) Ein Antrag gemäß § 12 Abs 1 hat jedenfalls zu enthalten:

1. die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidung;
2. die Bezeichnung des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin und des Antragstellers bzw der Antragstellerin und gegebenenfalls der vergebenden Stelle einschließlich deren elektronische Adresse;
3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, insbesondere bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Bezeichnung des bzw der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters bzw Bieterin;
4. Angaben über den behaupteten bereits eingetretenen oder drohenden Schaden für den Antragsteller bzw für die Antragstellerin;
5. die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller bzw die Antragstellerin als verletzt erachtet (Beschwerdepunkte);
6. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt;
7. einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung und
8. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(2) Der Antrag ist jedenfalls unzulässig, wenn er

1. sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet;
2. nicht innerhalb der im § 13 genannten Fristen gestellt wird oder
3. trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß vergebührt wird.

(3) Wird ein Antrag gemäß § 12 Abs 1 erst nach Zuschlagserteilung oder nach dem Widerruf des Vergabeverfahrens gestellt, hat ihn das Landesverwaltungsgericht als Antrag auf Feststellung gemäß § 23 Abs 1 zu behandeln, wenn der Antragsteller bzw die Antragstellerin von der Zuschlagserteilung oder vom Widerruf nicht wissen konnte und der Antrag innerhalb der im § 24 Abs 2 genannten Frist eingebracht wurde. Der Antragsteller bzw die Antragstellerin hat auf Aufforderung des Landesverwaltungsgerichts binnen einer von diesem angemessen gesetzten Frist näher zu bezeichnen, welche Feststellung gemäß § 23 Abs 1 er bzw sie beantragt. Wird bis zum Ablauf dieser Frist keine Feststellung gemäß § 23 Abs 1 beantragt, ist der Antrag zurückzuweisen.

(4) Enthalten die Ausschreibungsunterlagen eine unrichtige Angabe über das zuständige Vergabekontrollorgan, ist der Antrag auch dann rechtzeitig gestellt, wenn er innerhalb der im § 13 genannten Fristen bei dem in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung angegebenen Vergabekontrollorgan eingebracht worden ist. Enthalten die Ausschreibungsunterlagen keine Angabe über das zuständige Vergabekontrollorgan, ist der Antrag auch dann rechtzeitig gestellt, wenn er innerhalb der im § 13 genannten Fristen bei einem nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollorgan eingebracht worden ist.

Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung und einer Verhandlung

§ 15

(1) Der Eingang eines Nachprüfungsantrages ist vom Landesverwaltungsgericht unverzüglich im Internet bekannt zu machen.

(2) Die Bekanntmachung hat jedenfalls zu enthalten:

1. die Bezeichnung des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin und gegebenenfalls die Bezeichnung der vergebenden Stelle sowie des betreffenden Vergabeverfahrens entsprechend den Angaben im Nachprüfungsantrag (§ 14 Abs 1 Z 1 und 2);
2. die Bezeichnung der bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidung entsprechend den Angaben im Nachprüfungsantrag (§ 14 Abs 1 Z 1);
3. den Hinweis auf die Präklusionsfolgen nach § 16 Abs 3.

(3) Der bzw die im Nachprüfungsantrag bezeichnete Auftraggeber bzw Auftraggeberin und die gegebenenfalls vergebende Stelle ist vom Landesverwaltungsgericht unverzüglich vom Eingang des Nachprüfungsantrages zu verständigen; diese Verständigung hat die im Abs 2 Z 1 und 2 genannten Angaben zu enthalten.

(4) Im Fall der Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung ist der bzw die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter bzw Bieterin jedenfalls vom Landesverwaltungsgericht unverzüglich vom Eingang des Nachprüfungsantrages zu verständigen; diese Verständigung hat die im Abs 2 genannten Angaben zu enthalten.

(5) In Nachprüfungsverfahren ist zudem auch die Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung im Internet kundzumachen; diese Kundmachung hat jedenfalls auch die im Abs 2 vorgesehenen Angaben zu enthalten.

(6) In Nachprüfungsverfahren betreffend die Überprüfung einer Zuschlagsentscheidung ist der bzw die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter bzw Bieterin von der Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu verständigen.

Parteien des Nachprüfungsverfahrens

§ 16

(1) Parteien des Nachprüfungsverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht sind jedenfalls der Antragsteller bzw die Antragstellerin und der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin. Soweit eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchführt, tritt sie als Partei des Nachprüfungsverfahrens an die Stelle des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin. Der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin kann, soweit die zentrale Beschaffungsstelle an seine bzw ihre Stelle tritt, dem Nachprüfungsverfahren als Nebenintervenient bzw Nebenintervenientin beitreten; §§ 17 Abs 1, 18 Abs 1 und 19 Abs 1 ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Wird ein Vergabeverfahren von mehreren Auftraggebern bzw Auftraggeberinnen gemeinsam durchgeführt, so bilden die in der Ausschreibung genannten Auftraggeber bzw Auftraggeberinnen eine Streitgenossenschaft im Nachprüfungsverfahren. Die Bestimmungen der §§ 14 und 15 ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Die Sätze 2 bis 5 sind in Konzessionsvergabeverfahren nicht anwendbar.

(2) Parteien des Nachprüfungsverfahrens sind weiters jene Unternehmer bzw Unternehmerinnen, die durch die vom Antragsteller bzw die Antragstellerin begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner bzw Antragsgegnerinnen); insbesondere ist im Fall der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der bzw die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter bzw Bieterin Partei des Nachprüfungsverfahrens.

(3) Der bzw die in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter bzw Bieterin verliert seine Parteistellung, wenn er seine bzw sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller bzw von der Antragstellerin begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Zustellung der Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (§ 15 Abs 4) erhebt. Andere Parteien im Sinn des Abs 2 verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller bzw von der Antragstellerin begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 15 Abs 1 erheben. Sofern eine mündliche Verhandlung vor Ablauf dieser Fristen stattfindet, können die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden. § 42 Abs 3 AVG gilt sinngemäß.

(4) Haben mehrere Unternehmer bzw Unternehmerinnen dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin angefochten, so kommt ihnen in allen Nachprüfungsverfahren betreffend diese Entscheidung Parteistellung zu.

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin

§ 17

(1) Das Landesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und
2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) Als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen kommt insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer bzw Unternehmerinnen diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen in Betracht.

(3) Erklärt das Landesverwaltungsgericht eine gesondert anfechtbare Entscheidung für nichtig, ist der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin verpflichtet, in dem betreffenden Vergabeverfahren mit den ihm bzw ihr zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Landesverwaltungsgerichts entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Entscheidungsfrist

§ 18

Über Anträge auf Nichtigklärung von Entscheidungen eines Auftraggebers bzw einer Auftraggeberin ist unverzüglich, spätestens sechs Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

Mutwillensstrafen

§ 19

Im Nachprüfungsverfahren beträgt die Höchstgrenze für Mutwillensstrafen (§ 35 AVG) ein Prozent des geschätzten Auftragswertes, bei Konzessionsvergabeverfahren höchstens 40.000 Euro, ansonsten höchstens jedoch 20.000 Euro. Für die Bemessung der Mutwillensstrafe ist § 19 VStG sinngemäß anzuwenden.

3. Unterabschnitt

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 20

(1) Das Landesverwaltungsgericht hat auf Antrag eines Unternehmers bzw einer Unternehmerin, dem bzw der die Antragsvoraussetzungen nach § 12 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers bzw der Antragstellerin zu beseitigen bzw zu verhindern.

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin und des Antragstellers bzw der Antragstellerin einschließlich deren elektronische Adresse;
2. die Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der im § 12 Abs 1 genannten Voraussetzungen;
3. die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit;
4. die genaue Darlegung der entstandenen oder unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers bzw der Antragstellerin und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen;
5. die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und
6. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(3) Wenn noch kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeit gestellt wurde, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur zulässig, wenn er vor Ablauf der im § 13 festgelegten Frist für die Geltendmachung der betreffenden Rechtswidrigkeit eingebracht wird.

(4) Wird ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zwar rechtzeitig gestellt, in weiterer Folge aber bis zum Ablauf der im § 13 bezeichneten Frist kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der im Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung bezeichneten Rechtswidrigkeit gestellt oder ein bereits gestellter Nachprüfungsantrag nach Ablauf der Antragsfrist wieder zurückgezogen, ist das Verfahren zur Erlassung der einstweiligen Verfügung formlos einzustellen. Eine allenfalls erlassene einstweilige Verfügung tritt in diesem Fall mit Ablauf der im § 13 bezeichneten Frist bzw mit dem Zeitpunkt der Zurückziehung des Nachprüfungsantrages außer Kraft. Der Antragsteller bzw die Antragstellerin und der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin sind vom Außerkrafttreten der einstweiligen Verfügung zu verständigen.

(5) Das Landesverwaltungsgericht hat den betroffenen Auftraggeber bzw die betroffene Auftraggeberin und gegebenenfalls die vergebende Stelle vom Einlangen eines Antrages auf einstweilige Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Abschlusses einer

Rahmenvereinbarung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehrt wird, unverzüglich zu verständigen. Anträgen auf einstweilige Verfügung, die die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehren, kommt ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages bis zur Entscheidung über den Antrag aufschiebende Wirkung zu. Der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin darf bis zur Entscheidung über den Antrag

1. bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen,
2. bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen bzw
3. die Angebote nicht öffnen oder die Rahmenvereinbarung nicht abschließen.

(6) Das Landesverwaltungsgericht hat in der Verständigung an den Auftraggeber bzw die Auftraggeberin und gegebenenfalls an die vergebende Stelle vom Einlangen eines Antrages auf einstweilige Verfügung auf die Rechtsfolgen der Antragstellung gemäß § 21 Abs 2 hinzuweisen.

(7) Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unzulässig, wenn er trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß verbührt wird.

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 21

(1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers bzw der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber bzw Bewerberinnen oder Bieter bzw Bieterinnen und des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

(2) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw unwirksam.

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

(4) In einer einstweiligen Verfügung ist die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Eine einstweilige Verfügung ist unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Sie ist unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

(5) Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar. Für die Vollstreckung gilt das VVG.

Verfahrensrechtliche Bestimmungen

§ 22

(1) Im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss keine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

(2) Parteien des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind der Antragsteller bzw die Antragstellerin und der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin. Soweit eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchführt, tritt sie als Partei des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung an die Stelle des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin. Der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin kann, soweit die zentrale Beschaffungsstelle an seine bzw ihre Stelle tritt, dem Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung als Nebenintervenient bzw Nebenintervenientin beitreten; §§ 17 Abs 1, 18 Abs 1 und 19 Abs 1 ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Wird ein Vergabeverfahren von mehreren Auftraggebern bzw Auftraggeberinnen gemeinsam durchgeführt, so bilden die in der Ausschreibung genannten Auftraggeber bzw Auftraggeberinnen eine Streitgenossenschaft im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Bestimmungen der §§ 14 und 15 ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Die Sätze 2 bis 5 sind in Konzessionsvergabeverfahren nicht anwendbar.

(3) Über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unverzüglich, längstens jedoch binnen zehn Tagen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden. Musste der Antrag zur Verbesserung zurückgestellt werden, ist über ihn längstens binnen 15 Tagen zu entscheiden. Die Frist ist gewahrt, wenn die Erledigung an alle Parteien nachweislich vor ihrem Ablauf abgesendet wurde.

(4) In Verfahren betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gilt § 35 AVG mit der Maßgabe, dass die Höchstgrenze für Mutwillensstrafen ein Prozent des geschätzten Auftragswertes, bei Konzessionsvergabeverfahren höchstens 40.000 Euro, ansonsten höchstens jedoch 20.000 Euro, beträgt. Für die Bemessung der Mutwillensstrafe ist § 19 VStG sinngemäß anzuwenden.

4. Unterabschnitt

Feststellungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 23

(1) Ein Unternehmer bzw eine Unternehmerin, der bzw die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2018, des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2018 oder des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 unterliegenden Vertrages hatte, kann, wenn ihm bzw ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2018, das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012, die dazu ergangenen Verordnungen oder mittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;
2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2018, das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war;
3. die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 143 oder § 305 BVergG 2018, gemäß § 72 BVergGKonz 2018 oder gemäß § 107 BVergGVS 2012 wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2018, das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war;
4. der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 4 bis 9, § 162 Abs 1 bis 5, § 316 Abs 1 bis 3 oder § 323 Abs 1 bis 5 BVergG 2018 oder gegen § 130 Abs 4 bis 6 BVergGVS 2012 rechtswidrig war; oder
5. die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2018, das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Der Antragsteller bzw die Antragstellerin kann in einem Antrag mehrere Feststellungen gemäß Z 1 bis 3 beantragen. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 1 und 3 bis 5 bzw in Konzessionsvergabeverfahren gemäß Z 1, 3 und 4 kann der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin die Feststellung beantragen, dass der Antragsteller bzw die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 2 bis 4 bzw in Konzessionsvergabeverfahren gemäß Z 2 und 3 kann der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin beantragen, von der Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts aufzuheben.

(2) Ein Bieter bzw eine Bieterin, der bzw die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2018, des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2018 oder des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 unterliegenden Vertrages hatte, kann, wenn ihm bzw ihr durch das Vorgehen des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters bzw der Bieterin um Fortführung des Verfahrens ein Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat.

(3) Werden dasselbe Vergabeverfahren betreffend Feststellungsanträge nach Abs 1 von mehreren Unternehmern bzw Unternehmerinnen gestellt, hat das Landesverwaltungsgericht die Verfahren nach Möglichkeit zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden. Eine getrennte Verfahrensführung ist jedenfalls zulässig, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist.

(4) Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, ist das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht auf Antrag des Unternehmers bzw der Unternehmerin, der bzw die den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Dies gilt auch, wenn

1. ein Erkenntnis oder Beschluss des Landesverwaltungsgerichts über den Antrag auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung vom Verfassungsgerichtshof oder vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben wurde und vor der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen worden ist, oder
2. eine Wiederaufnahme des Verfahrens oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Bezug auf ein Nachprüfungsverfahren bewilligt oder verfügt wurde und vor der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts, des Verfassungsgerichtshofs oder des Verwaltungsgerichtshofs der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen worden ist.

Bis zur Stellung eines Antrages gemäß dem ersten Satz ruht das Verfahren. Ein solcher Antrag ist binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller bzw die Antragstellerin vom Zuschlag bzw vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde. Die Zeit eines Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof oder vor dem Verwaltungsgerichtshof ist in die Frist nicht einzurechnen. Wird bis zum Ablauf der Frist kein Antrag im Sinne dieses Absatzes gestellt, ist das Verfahren formlos einzustellen.

Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages

§ 24

(1) Ein Antrag gemäß § 23 Abs 1, 2 oder 4 hat jedenfalls zu enthalten:

1. die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens;
2. die Bezeichnung des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin oder der vergebenden Stelle und des Antragstellers bzw der Antragstellerin einschließlich deren elektronische Adresse;
3. soweit dies zumutbar ist, die genaue Bezeichnung des allfälligen Zuschlagsempfängers bzw der allfälligen Zahlungsempfängerin;
4. die Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss;
5. Angaben über den behaupteten eingetretenen oder drohenden Schaden für den Antragsteller bzw für die Antragstellerin;
6. die Bezeichnung des Rechtes, in dem sich der Antragsteller bzw die Antragstellerin als verletzt erachtet (Beschwerdepunkte);
7. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt;
8. ein bestimmtes Begehren und
9. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(2) Anträge gemäß § 23 Abs 1 sind binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller bzw die Antragstellerin vom Zuschlag bzw vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können.

(3) Enthalten die Ausschreibungsunterlagen eine unrichtige Angabe über das zuständige Vergabekontrollorgan, ist der Antrag auch dann rechtzeitig gestellt, wenn er innerhalb der im Abs 2 genannten Frist bei dem in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Vergabekontrollorgan eingebracht worden ist. Enthalten die Ausschreibungsunterlagen keine Angabe über das zuständige Vergabekontrollorgan, ist der Antrag auch dann rechtzeitig gestellt, wenn er innerhalb der im Abs 2 genannten Frist bei einem nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollorgan eingebracht worden ist.

(4) Ein Antrag auf Feststellung gemäß § 23 Abs 1 ist unzulässig, wenn der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 12 ff hätte geltend gemacht werden können.

(5) Ein Antrag auf Feststellung gemäß § 23 Abs 1 oder 2 ist ferner unzulässig, wenn er trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß vergebührt wird.

Verfahrensrechtliche Bestimmungen

§ 25

(1) Parteien eines Feststellungsverfahrens nach § 6 Abs 3 und 4 sind der Antragsteller bzw die Antragstellerin, der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin und ein allfälliger Zuschlagsempfänger bzw eine allfällige Zuschlagsempfängerin. Parteien eines Feststellungsverfahrens nach § 6 Abs 5 sind der Antragsteller bzw die Antragstellerin, der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin und alle im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter bzw Bieterinnen. Wenn eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchgeführt hat, bildet sie mit dem Auftraggeber bzw der Auftraggeberin eine Streitgenossenschaft im Feststellungsverfahren. Die Anträge gemäß § 26 Abs 2, 5 und 6 können nur vom Auftraggeber bzw der Auftraggeberin gestellt werden. Die Bestimmungen der §§ 14 und 15 ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Wurde ein Vergabeverfahren von mehreren Auftraggebern bzw mehreren Auftraggeberinnen gemeinsam durchgeführt, so bilden alle am Auftrag beteiligten Auftraggeber bzw Auftraggeberinnen eine Streitgenossenschaft im Feststellungsverfahren. Die Bestimmungen der §§ 14 und 15 ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Die Sätze 2 bis 5 sind in Konzessionsvergabeverfahren nicht anwendbar.

(2) Über Anträge auf Feststellung gemäß § 23 Abs 1 und 2 ist unverzüglich, spätestens sechs Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen

§ 26

(1) Das Landesverwaltungsgericht hat eine Feststellung gemäß § 6 Abs 3 Z 1 und 5 und Abs 4 Z 1 und 3 bzw in Konzessionsvergabeverfahren gemäß § 6 Abs 3 Z 1 und Abs 4 Z 1 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

(2) Soweit in den Abs 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Landesverwaltungsgericht im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 6 Abs 3 Z 3 bis 5 bzw in Konzessionsvergabeverfahren gemäß § 6 Abs 3 Z 3 und 4 für absolut nichtig zu erklären. Das Landesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages oder von einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs 4 abzusehen, wenn der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin dies beantragt hat und zwingende Gründe des Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit oder die Aufhebung des Vertrages in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

(3) Soweit in den Abs 4 bis 6 nicht anderes bestimmt ist, hat das Landesverwaltungsgericht im Unterschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 6 Abs 3 Z 3 bis 5 bzw in Konzessionsvergabeverfahren gemäß § 6 Abs 3 Z 3 und 4 für absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin auf Grund der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018, des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2018 oder des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012, der dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbaren Unionsrechts offenkundig unzulässig war.

(4) Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Landesverwaltungsgericht, soweit nicht Abs 5 zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 6 Abs 3 Z 3 bis 5 bzw in Konzessionsvergabeverfahren gemäß § 6 Abs 3 Z 3 und 4 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

(5) Das Landesverwaltungsgericht kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 6 Abs 3 Z 3 bis 5 bzw in Konzessionsvergabeverfahren gemäß § 6 Abs 3 Z 3 und 4 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin dies beantragt hat. Das Landesverwaltungsgericht hat dafür das Interesse des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers bzw der Antragstellerin an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen.

(6) Das Landesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages gemäß Abs 3 oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß Abs 4 im Unterschwellenbereich abzusehen, wenn der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin dies beantragt hat. Das Landesverwaltungsgericht hat dafür das Interesse des

Auftraggebers bzw der Auftraggeberin an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses und das Interesse des Antragstellers bzw der Antragstellerin an der Beendigung des Vertragsverhältnisses auch unter der Berücksichtigung der betroffenen öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen.

(7) Die Abs 2 bis 6 gelten nur, wenn der Antrag gemäß § 23 Abs 1 Z 2 bis 4 bzw in Konzessionsvergabeverfahren gemäß § 23 Abs 1 Z 2 oder 3 binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag eingebracht wurde. Abweichend vom ersten Satz gelten die Abs 2 bis 6 nur, wenn

1. ein Antrag gemäß § 23 Abs 1 Z 2 bis 4 bzw in Konzessionsvergabeverfahren gemäß § 23 Abs 1 Z 2 oder 3 – sofern es sich beim Antragsteller bzw der Antragstellerin um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter bzw Bieterin handelt – binnen 30 Tagen ab dem Tag der Übermittlung bzw Bereitstellung der Mitteilung gemäß den § 144 Abs 2 oder § 306 Abs 2 BVergG 2018, gemäß dem § 73 Abs 2 BVergGKonz 2018 bzw gemäß dem § 108 Abs 2 BVergGVS 2012, oder
2. ein Antrag gemäß § 23 Abs 1 Z 2 – sofern es sich beim Antragsteller bzw der Antragstellerin nicht um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter bzw Bieterin handelt – binnen 30 Tagen ab der erstmaligen Verfügbarkeit einer Bekanntgabe gemäß § 61 Abs 1 oder 2 bzw § 231 Abs 1 oder 2 BVergG 2018 bzw gemäß dem § 34 Abs 1 oder 2 BVergKonz 2018 bzw gemäß dem § 42 BVergGVS 2012 eingebracht wurde.

(8) Die Abs 2 bis 7 gelten nicht im Fall eines Antrages gemäß § 23 Abs 1 Z 2, sofern der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin in zulässiger Weise die entsprechend begründete Entscheidung

1. im Oberschwellenbereich gemäß § 58 und § 59 Abs 5 bzw § 227 und § 229 Abs 5 BVergG 2018, gemäß § 32 und § 33 Abs 4 BVergGKonz 2018, bzw gemäß § 41 Abs 2 BVergGVS 2012 oder
2. im Unterschwellenbereich gemäß § 64 Abs 6 bzw § 234 Abs 6 BVergG 2018 bzw § 36 Abs 4 BVergGKonz 2018 bzw gemäß § 47 Abs 5 BVergGVS 2012

bekannt gemacht hat und der Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist.

(9) Wenn das Landesverwaltungsgericht von der Nichtigkeitserklärung oder Aufhebung des Vertrages abgesehen hat, oder den Vertrag nur teilweise, mit dem Zeitpunkt seiner Entscheidung oder zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber bzw die Auftraggeberin zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Dasselbe gilt für jene Fälle, in denen der Antrag gemäß § 23 Abs 1 Z 2 bis 4 nach den in Abs 7 genannten Fristen eingebracht wurde und das Landesverwaltungsgericht eine Rechtswidrigkeit feststellt. Hat eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchgeführt, ist die Geldbuße abweichend vom ersten Satz über die zentrale Beschaffungsstelle zu verhängen, wenn die von ihr gesetzten Handlungen für die Feststellung der Rechtsverstöße von wesentlichem Einfluss waren.

(10) Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20 %, im Unterschwellenbereich 10 % der Auftragssumme bzw des Wertes der Konzession. Wird ein Vertrag trotz festgestellter Rechtswidrigkeit nur teilweise, mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts oder zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben, ist die Höchstgrenze von jenem Teil der Auftragssumme des Vertrags zu berechnen, der dem Teil des Vertrags entspricht, der nicht aufgehoben wurde. Das Landesverwaltungsgericht hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz heranzuziehen. Geldbußen sind für Zwecke der Sozialhilfe zu verwenden.

Unwirksamerklärung des Widerrufs

§ 27

Das Landesverwaltungsgericht hat im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 6 Abs 4 Z 3 sowie bei Verfahren im Unterschwellenbereich im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 6 Abs 4 Z 1 bzw in Konzessionsvergabeverfahren im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 6 Abs 4 Z 1 den Widerruf für unwirksam zu erklären, wenn der Antragsteller bzw die Antragstellerin dies beantragt hat. Er hat dafür das Interesse der Bieter bzw Bieterinnen an der Fortführung des Vergabeverfahrens und das Interesse des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin an der Beendigung des Vergabeverfahrens auch unter der Berücksichtigung der allfällig betroffenen öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen.

3. Abschnitt Schlussbestimmungen

Verweisungen auf Bundesrecht

§ 28

(1) Die in diesem Gesetz enthaltenen Verweisungen auf bundesrechtliche Vorschriften gelten, soweit nicht ausdrücklich anderes bestimmt wird, als Verweisungen auf die letztzitierte Fassung:

1. Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl Nr 51; Gesetz BGBl I Nr 161/2013;
2. Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl Nr 52; Gesetz BGBl I Nr 120/2016;
3. Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), BGBl I Nr 151/2005; Gesetz BGBl I Nr 26/2016;
4. Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 (VVG), BGBl Nr 53; Gesetz BGBl I Nr 33/2013;
6. Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl I Nr 33/2013; Gesetz BGBl I Nr 138/2017.
7. Zivilprozessordnung (ZPO), RGBl Nr 113/1895; Gesetz BGBl I Nr 59/2017.

(2) Die Verweisungen auf das Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018), das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018), BGBl I Nr/2018 und das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012, (BVergGVS 2012), BGBl I Nr 10/2012 und die dazu ergangenen Verordnungen gelten als Verweisungen auf die jeweils geltende Fassung, soweit nicht auf eine bestimmte Fassung verwiesen wird.

Umsetzungshinweis

§ 29

Dieses Gesetz dient der Umsetzung folgender Richtlinien:

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 (Rechtsmittel-Richtlinie), ABl Nr L 395 vom 30. Dezember 1989, in der Fassung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl Nr L 94 vom 28. März 2014;
2. Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie), ABl Nr L 76 vom 23. März 1992, in der Fassung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl Nr L 94 vom 28. März 2014;
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 Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl Nr L 216 vom 20. August 2009, in der Fassung der Verordnung (EU) 2017/2367 der Kommission vom 18. Dezember 2017 zur Änderung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl Nr L 337 vom 19. Dezember 2017.

In- und Außerkrafttreten, Übergangsbestimmungen

§ 30

(1) Dieses Gesetz tritt mit dem auf die Kundmachung folgenden Tag in Kraft. Gleichzeitig tritt das Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 - S.VKG 2007, LGBl Nr 28, in der Fassung der Gesetze LGBl Nr 24/2009, 35/2010, 92/2013, 106/2013, 14/2015 und 120/2015 sowie der Druckfehlerberichtigungen LGBl Nr 58/2009 und 60/2015 außer Kraft.

(2) Die im Zeitpunkt des In- bzw Außerkrafttretens gemäß Abs 1 beim Landesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren sind vom Landesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt gemäß Abs 1 bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage.

Artikel II

Das Salzburger Notifikationsgesetz, LGBl Nr 84/2009, wird geändert wie folgt:

1. Im § 1 wird das Wort „gemeinschaftsrechtlichen“ durch das Wort „unionsrechtlichen“ ersetzt.
2. Im § 3 Abs 4 werden folgende Änderungen vorgenommen:
 - 2.1. In der Z 1 wird das Wort „Gemeinschaftsrechtsakte“ durch das Wort „Unionsrechtsakte“ ersetzt.
 - 2.2. In der Z 2 und 5 wird jeweils das Wort „Gemeinschaft“ durch das Wort „Union“ ersetzt.
 - 2.3. In der Z 3 wird das Wort „Gemeinschaftsrechtsakten“ durch das Wort „Unionsrechtsakten“ ersetzt.
 - 2.4. In der Z 4 wird die Verweisung auf „Art 8 Abs 1 der Richtlinie 92/59/EWG“ durch die Verweisung auf „Art 12 Abs 1 der Richtlinie 2001/95/EG“ ersetzt.
 - 2.5. In der Z 7 werden die Worte „des EG-Vertrages“ durch die Worte „der EU-Verträge“ ersetzt.
3. Im § 4 werden folgende Änderungen vorgenommen:
 - 3.1. Im Abs 1 Z 3 wird in der lit a und b jeweils die Verweisung auf „oder eine Entscheidung im Sinn des Art 249 EG-Vertrag“ durch die Verweisung auf „oder einen Beschluss im Sinn des Art 288 AEUV“ ersetzt.
 - 3.2. Im Abs 1 Z 3 lit b und Z 4 und im Abs 2 Z 3 werden jeweils die Worte „Europäischen Gemeinschaft“ durch die Worte „Europäischen Union“ ersetzt.
 - 3.3. Im Abs 2 werden in der Z 1 und 3 jeweils das Wort „Gemeinschaftsrechtsakt“ durch das Wort „Unionsrechtsakt“ ersetzt.
4. § 8 lautet:

„Umsetzungshinweis

§ 8

Dieses Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABI Nr L 241 vom 17. September 2015.“

5. Im § 9 erhält der bisherige Text die Absatzbezeichnung „(1)“ und wird angefügt:

„(2) Die §§ 1, 3 Abs 4, 4 Abs 1 und 2 und (§) 8 in der Fassung des Gesetzes LGBl Nr/2018 treten mit dem auf die Kundmachung folgenden Tag in Kraft.“

Artikel III

Das Kollegialorgane-Sitzungsentschädigungsgesetz, LGBl Nr 40/1975, zuletzt geändert durch das Gesetz LGBl Nr 46/2001, wird geändert wie folgt:

1. Im § 2 Abs 2 entfallen in der lit a die Worte „des Vergabekontrollsenates,“.
2. Im § 6 wird angefügt:

„(9) § 2 Abs 2 in der Fassung des Gesetzes LGBl Nr/2018 tritt mit dem auf die Kundmachung folgenden Tag in Kraft.“

Erläuterungen

1. Allgemeines:

1.1. Das Vorhaben dient der Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABI Nr L 94 vom 28. März 2014, in der Fassung der Berichtigung ABI Nr L 82 vom 26. März 2018, S 17, und unter Berücksichtigung der Fassung der Delegierten Verordnung (EU) 2017/2366, ABI Nr L 337 vom 19. Dezember 2017 (im Folgenden kurz: Konzessionsvergabe-Richtlinie). Durch die Schaffung eines eigenen Verfahrensregimes zur Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen im Zuge dieser Richtlinie muss zukünftig für die vom Kompetenzbereich des Landes umfasste Nachprüfung im Rahmen der Vergaben von Aufträgen auch in diesem Bereich eine Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts normiert werden.

1.2. Die Umsetzung dieser Richtlinie auf Landesebene ist aber darüber hinaus außerdem erforderlich, weil in deren Titel IV wesentliche das Salzburger Landesrecht betreffende Änderungen der Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (im Folgenden kurz: Rechtsmittel-Richtlinie) und der Richtlinie 92/13/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (im Folgenden kurz: Sektorenrechtsmittel-Richtlinie) vorgenommen werden.

1.3. Die Umsetzung der Konzessionsvergabe-Richtlinie in das nationale Recht hätte mit 18. April 2016 erfolgen sollen, sodass die Europäische Kommission bereits Klage beim Europäischen Gerichtshof eingebracht hat. Eine Anpassung des Salzburger Vergabekontrollgesetzes 2007 (im Folgenden kurz: S.VKG 2007) kann jedoch erst nach erfolgter Umsetzung gegenständlicher Richtlinie auf Bundesebene erfolgen. Dies zumal zur Kontrolle der Vergaben im Bereich der Bau- und Dienstleistungskonzessionen der Bundesgesetzgeber zuerst die materiell-rechtlichen Vorschriften schaffen muss, um alle Verweisungen an die bundesvergaberechtlichen Vorschriften im geltenden Gesetz anpassen zu können. Von Seiten des Bundes wurde am 21. März 2018 die Regierungsvorlage zum Vergaberechtsreformgesetz 2018 (RV 69 BlgNR XXVI. GP) beschlossen. Mit dieser 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 werden sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert wird, dem Nationalrat zur Beschlussfassung vorgeschlagen. Die Beschlussfassung im National- und Bundesrat erfolgt im April 2018. Damit das entsprechende Kontrollregime zeitnah mit den bundesrechtlichen Vorschriften in Kraft treten kann, sollte gegenständliche Novelle daher mit dem auf die Kundmachung folgenden Tag in Kraft treten.

1.4. Dem Salzburger Landesgesetzgeber ist es weiterhin ein Anliegen, den von ihm zu regelnden Rechtsschutz bei Vergabeentscheidungen des Landes, der Gemeinden und der von diesen beherrschten Rechtsträger dem entsprechenden Regelwerk des Bundes, insbesondere dem Bundesvergabegesetz 2018, im Wesentlichen anzugleichen, um im Sinn der Wirtschaftsfreundlichkeit Einheitlichkeit zu gewährleisten.

1.5. Gegenständlicher Vorschlag enthält daher ua folgende Änderungen:

- Anwendungsbereich des Gesetzes wird auf die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen im Sinn der Konzessionsvergabe-Richtlinie ausgedehnt;
- Neufestlegung der Einzelrichter-Entscheidungen (§ 4);
- Aufnahme der Gewährung von Verfahrenshilfe für die Einbringung von Feststellungsanträgen (§ 9);
- Vereinheitlichung der Fristen bei Nichtigerklärung im Ober- und Unterschwellenbereich auf zehn Tage (§ 13);
- Sonderregelungen zur Parteistellung bei gemeinsamer Auftragsvergabe oder bei einer Vergabe durch eine zentrale Beschaffungsstelle (§ 16 Abs 1, § 22 Abs 2, § 25 Abs 1);
- Anpassung der Regelungen zur Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen sowie Widmung der Geldbußen anstelle des ERP Fonds für Zwecke der Sozialhilfe im Bundesland Salzburg (§ 26);
- Anpassung aller Verweisungen an das neue Bundesvergabegesetz 2018, an das zu novellierende Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 und Einfügung der Verweisungen an das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018;
- mangels Zeitgemäßheit und daher praktischer Relevanz Streichung der Telefaxnummer (bspw § 20 Abs 2 und § 24 Abs 1).

1.6. Da alleine auf Grund der Anpassungen der Verweisungen im S.VKG 2007 beinahe jeder einzelne Paragraph hätte novelliert werden müssen und seit der Novelle durch das Gesetz LGBl Nr 106/2013 elf Paragraphen bereits ersatzlos gestrichen worden sind, wird von einer weiteren Änderung des S.VKG 2007 Abstand genommen und einer gänzlichen Neuregelung der Materie der Vorzug gegeben.

2. Das Vorhaben soll weiters zum Anlass genommen werden, die schon seit längerer Zeit anstehende Novellierung des Salzburger Notifikationengesetzes durchzuführen. Die Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl Nr L 241 vom 17. September 2015 ist nur der kodifizierte Text der in diesem Gesetz bereits vollständig umgesetzten Richtlinie 98/34/EG. Die bisherige Richtlinie wurde wegen der Übersichtlichkeit und Klarheit neu gefasst. Ein inhaltlicher Umsetzungsbedarf ist damit nicht verbunden, jedoch müssen die Verweisungen und Begrifflichkeiten (Unionsrecht anstelle Gemeinschaftsrecht) angepasst werden. Da diese rein formelle Anpassung den Aufwand eines eigenen Gesetzgebungsverfahrens ökonomisch schwer rechtfertigt, soll im Rahmen der Richtlinienumsetzung dieses Vorhabens auch das Salzburger Notifikationengesetz novelliert werden.

3. Die Novellierung des Kollegialorgane-Sitzungsentschädigungsgesetzes betrifft ebenfalls eine formelle Anpassung. Aus einem legislativen Versehen ist bei der Einführung des Landesverwaltungsgerichtes unter gleichzeitiger Abschaffung des Vergabekontrollsenates mit 1. Jänner 2014 und der damit verbundenen Anpassung sämtlicher Materiengesetze im Bundesland Salzburg (ua durch das Gesetz LGBl Nr 106/2013) die Streichung dieses Organs nicht erfolgt. Gegenständliches Vorhaben soll genützt werden, dies nachzuholen. Die Entschädigung der fachkundigen Laienrichter ergibt sich weiterhin aus § 7 Abs 7 Salzburger Landesverwaltungsgerichtsgesetz.

2. Verfassungsrechtliche Grundlage, Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

2.1. 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. Zur Regelung des Salzburger Notifikationengesetzes ist die kompetenzrechtliche Grundlage Art 15 Abs 1 B-VG.

2.2. Da dieses Vorhaben ausschließliche Landesabgaben zum Gegenstand hat (§ 10 S.VKG 2018), ist der Gesetzesbeschluss gemäß § 9 Abs 1 F-VG 1948 dem Bund zu übermitteln.

3. Übereinstimmung mit dem Unionsrecht:

Das Vorhaben dient der Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe und der Richtlinie 2015/1535 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft.

4. Kosten:

Auf Grund der Umsetzung der Konzessionsvergabe-Richtlinie ist mit nur geringfügigen Mehrkosten für die Gebietskörperschaften zu rechnen, da die Erstreckung des Rechtsschutzes auf Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in nur sehr seltenen Einzelfällen zur Anwendung gelangen wird. Durch die Abschaffung der Einzelrichter-Entscheidungen in manchen Anträgen betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich wird auf Grund der geringen Anzahl an Verfahren mit nur einem geringfügigen finanziellen Mehraufwand durch die Laienrichtersentschädigung zu rechnen sein. Kompensiert werden kann dieser Mehraufwand auch dadurch, dass nach der geltenden Rechtslage bereits Verfahren wegen der Unzuständigkeit des Senats bzw des Einzelrichters neu durchgeführt werden mussten.

5. Ergebnis des Begutachtungsverfahrens:

Im Begutachtungsverfahren wurden gegen das Vorhaben keine Einwände erhoben. Von Seiten der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Salzburg ist angeregt worden, dass ihr ein Vorschlagsrecht für die Bestellung von Laienrichtern in den entsprechenden Senaten des Landesverwaltungsgerichts zukommen sollte. Diese Anregung wird nicht aufgegriffen, da eine Änderung der Laienrichterbestellung nicht im Zusammenhang mit dem Gegenstand dieses Vorhabens (Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe) steht, und es daher auch nicht gerechtfertigt erscheint, den nach der geltenden Rechtslage normierten und bewährten Bestellmodus zu ändern.

6. Zu den einzelnen Bestimmungen:

Zu Art I (Salzburger Vergabekontrollgesetz 2017):

Jene nicht näher angeführten Paragraphen entsprechen im Wesentlichen den jeweiligen Bestimmungen im S.VKG 2007, ergänzt um die aktualisierten Verweisungen und eine gendergerechte Formulierung. Die §§ 1 bis 4 entsprechen den bisherigen §§ 1 bis 4 S.VKG 2007. Auf Grund der im S.VKG 2007 entfallende

nen §§ 5 bis 12 und §§ 16 bis 18 rücken die nachfolgenden §§ 13 bis 39 nach (§§ 5 bis 30). Neu eingefügt wird nach dem Vorbild des Bundesvergabegesetzes 2018 eine Sonderregelung zur Gewährung der Akteneinsicht (§ 8) sowie zur Gewährung der Verfahrenshilfe (§ 9).

Zu § 3 (Senatsentscheidungen des Landesverwaltungsgerichts):

Die Abs 1 und 2 entsprechen der bisherigen Regelung im § 3 S.VKG 2007.

Zu § 4 (Einzelrichter-Entscheidungen):

Zukünftig sollen Einzelrichter-Entscheidungen in jenen Verfahren, in denen auch gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2018 eine Einzelrichterzuständigkeit vorgesehen ist, möglich sein. Nach der derzeitigen Regelung im § 4 Abs 1 Z 1 S.VKG 2007 waren jedoch auch Anträge betreffend Verfahren im Unterschwellenbereich (mit Ausnahme jener Verfahren zur Nichtigerklärung oder Verhängung von Sanktionen nach § 14 Abs 3 Z 6 und 7 S.VKG 2007) Einzelrichter-Entscheidungen vorbehalten. Diese konnten aber dem nach der Geschäftseinteilung zuständigen Senat unter bestimmten Voraussetzungen gemäß § 4 Abs 2 S.VKG 2007 übertragen werden (Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung, bisher keine einheitliche Beantwortung der zu lösenden Rechtsfrage, Fehlen einer einheitlichen Rechtsprechung). In der Praxis hat sich gegenständliche Regelung jedoch als nicht zielführend erwiesen. Denn in vielen Fällen stellte es eine Vorfrage, manchmal sogar die Hauptfrage des Verfahrens dar, ob die Vergabe im Unterschwellen- oder Oberschwellenbereich zu erfolgen hat. Insoweit war bei schon anhängigen Verfahren bis zum Entscheidungszeitpunkt die Gefahr gegeben, dass ein unzuständiger Einzelrichter bzw ein unzuständiger Senat das Verfahren durchgeführt hat, welches sodann vom zuständigen Rechtsprechungsorgan zu wiederholen war.

Zu § 6 (Entscheidungen in Vergabekontrollverfahren):

§ 6 entspricht im Wesentlichen § 14 S.VKG 2007. 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 § 8 (Akteneinsicht):

In Orientierung an das zukünftige Rechtsschutzverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sollte auch eine Regelung der Akteneinsicht im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht als *lex specialis* zu § 21 VwGVG nach dem Vorbild des § 337 BVergG 2018 geschaffen werden. § 21 VwGVG wird im Zusammenhang mit den Rechtsschutzverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens als unzureichend angesehen, da bspw der Situation von schutzwürdigen Interessen von beteiligten Unternehmen und Unternehmerinnen nicht ausreichend Rechnung getragen wird. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch auf den Bereich der Rechtsschutzverfahren gemäß BVergGVS 2012 hinzuweisen. Wie der EuGH in der Rs C-450/06, *Varec*, betonte, würde die praktische Wirksamkeit der Richtlinienbestimmungen betreffend den Schutz von vertraulichen Informationen ernsthaft gefährdet werden, „wenn im Rahmen der Klage gegen eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags alle dieses Vergabeverfahren betreffenden Angaben dem Kläger, ja sogar anderen Personen, wie etwa Streithelfern, uneingeschränkt zur Verfügung gestellt werden müssten. In einem solchen Fall würde schon durch die Erhebung einer Klage der Zugang zu Informationen eröffnet, die dazu verwendet werden könnten, den Wettbewerb zu verfälschen oder den legitimen geschäftlichen Interessen von Wirtschaftsteilnehmern zu schaden, die sich an der betreffenden Ausschreibung beteiligt haben. Eine solche Möglichkeit könnte Wirtschaftsteilnehmer sogar dazu verleiten, Klagen allein mit dem Ziel zu erheben, Zugang zu den Geschäftsgeheimnissen ihrer Wettbewerber zu erhalten“ (Rz 39/40). Vor diesem Hintergrund hob der Europäische Gerichtshof hervor, dass „die Nachprüfungsinstanz über sämtliche Informationen verfügen können [muss], die erforderlich sind, um in voller Kenntnis der Umstände entscheiden zu können, also auch über vertrauliche Informationen und Geschäftsgeheimnisse“ (Rz 53). Der EuGH betonte, dass „die Nachprüfungsinstanz im Rahmen einer Klage im Bereich des öffentlichen Auftragswesens entscheiden können [muss], dass die in der ein Vergabeverfahren betreffenden Akte enthaltenen Angaben nicht an die Parteien und deren Anwälte weitergegeben werden, wenn dies erforderlich ist, um den vom Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Schutz des lautereren Wettbewerbs und der legitimen Interessen der Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen“ (Rz 43).

Das Landesverwaltungsgericht muss im Ergebnis abwägen, ob es die Unterlagen tatsächlich von der Akteneinsicht ausnimmt (vgl auch VfGH vom 2.7.2015, G240/2014). Der Auftraggeber bzw die Auftraggeberin können zusätzlich zu den von den Parteien und Beteiligten geltend zu machenden Gründen sich auch auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses berufen. Bei einer elektronischen Vorlage von Unterlagen an das Landesverwaltungsgericht ist seitens der vorlegenden Parteien und Beteiligten zu gewährleisten, dass eine allfällige elektronische Markierung von Unterlagen oder Bestandteilen von Unterlagen, die von der Akteneinsicht ausgenommen werden sollen, vom Landesverwaltungsgericht erkennbar ist.

Zu § 9 (Verfahrenshilfe):

Die Regelungen zur Verfahrenshilfe sind auf Grund der Einführung des § 8a VwGVG in Folge der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs (VfGH vom 25.6.2015, G7/2015) erforderlich. Gegenständliche Regelung orientiert sich dabei wieder an das 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 (bspw 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 bzw die Antragstellerin würde mit dem Nachweis seiner bzw ihrer Mittellosigkeit geradezu belegen, dass er bzw sie im Vergabeverfahren auszuschließen oder sein bzw ihr Angebot auszuschneiden ist. In einem Feststellungsverfahren kann sich die Situation denkunmöglich hingegen anders gestalten: In diesem Fall könnte der Antragsteller bzw die Antragstellerin 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.

Zu § 11 (Gebührenersatz):

Der Gebührenersatz entspricht grundsätzlich der bisherigen Regelung im § 20 S.VKG 2007. 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. Denn der Antragsteller bzw die Antragstellerin sollte nicht gezwungen sein, die Kosten zu tragen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der behauptete Sicherungsanspruch des Antragstellers bzw der Antragstellerin nicht berechtigt war.

Zu § 12 (Einleitung des Verfahrens):

Die Regelung zur Einleitung des Verfahrens entspricht im Wesentlichen § 21 S.VKG 2007. Im Abs 2 erfolgt jedoch eine Anpassung an § 342 Abs 2 BVergG 2018. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung wird durch die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung ausgetauscht. In der Diktion des Bundesvergabegesetzes 2017 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 § 13 (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).

Zu § 14 (Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages):

Die Abs 1, 2 und 4 entsprechen im Wesentlichen dem bisherigen § 23 Abs 1 bis 3 S.VKG 2007. 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 bzw der Antragstellerin bekannt ist.

Nach dem Vorbild des § 344 Abs 3 BVergG 2018 wird ein neuer Abs 3 eingefügt, sodass der bisherige § 23 Abs 3 S.VKG 2007 zu § 14 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 bzw die Antragstellerin von der Zuschlagserteilung bzw vom Widerruf nicht wissen konnte und der Antrag innerhalb der Frist für die Stellung eines Feststellungs-

antrages (§ 24 Abs 2) eingebracht wurde. Damit soll es etwa in Fällen, in denen ein Antragsteller bzw eine Antragstellerin zwar von (der Wahl) einer Direktvergabe erfahren hat, diesem bzw dieser 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 bzw die Antragstellerin dazu auffordern, ein Feststellungsbegehren gemäß § 23 Abs 1 binnen angemessener Frist nachzureichen. Versäumt der Antragsteller bzw die Antragstellerin diese Frist, ist der Antrag zurückzuweisen. Allenfalls erforderliche Angaben, die möglicherweise schon im Nachprüfungsantrag gefehlt haben, hat das Landesverwaltungsgericht mittels Verbesserungsauftrag einzuholen.

Zu § 15 (Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung und einer Verhandlung):

Die Bestimmung entspricht im Wesentlichen § 24 S.VKG 2007. Lediglich im Abs 2 Z 1 wird die allfällige Bezeichnung der vergebenden Stelle, falls diese bekannt ist, zusätzlich normiert.

Zu § 16 (Parteien des Nachprüfungsverfahrens):

Die bisherige Regelung der Parteistellung im Nachprüfungsverfahren im § 25 S.VKG 2007 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 Antragsteller bzw der Antragstellerin 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) Auftraggeber. Art. 37 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU wie auch Art. 55 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/25/EU verlangen von den Mitgliedstaaten vorzusehen, dass der Auftraggeber seinen Verpflichtungen nach dieser Richtlinie nachkommt, sofern er – vereinfacht ausgedrückt – im Wege einer zentralen Beschaffungsstelle als vergebende Stelle Vergabeverfahren durchführt. Art. 37 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU sowie Art. 55 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/25/EU nehmen davon nur jene Fälle aus, in denen der Auftraggeber Teile des Vergabeverfahrens selbst durchführt. Für diese Teile des Verfahrens soll der Auftraggeber selbst verantwortlich sein. EG 69 der RL 2014/24/EU führt diesbezüglich aus.[:] ,Obliegt die Durchführung der Vergabeverfahren allein der zentralen Beschaffungsstelle, so sollte diese auch die alleinige und unmittelbare Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Verfahren tragen.‘ Die Umsetzung der genannten Bestimmungen erfolgt im Rechtsschutzteil wie folgt: In den Fällen des Art. 37 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU (bzw. Art. 55 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/25/EU), in denen eine zentrale Beschaffungsstelle in fremdem Namen und auf fremde Rechnung tätig wird (somit nicht beim ‚Großhändlermodell‘ – denn dort tritt die zentrale Beschaffungsstelle selbst als Auftraggeber auf), ist diese – soweit sie das Vergabeverfahren durchführt – Partei des Nachprüfungsverfahrens anstelle des Auftraggebers. Die Parteistellung erlangt die zentrale Beschaffungsstelle anstelle des Auftraggebers jedoch nur insoweit, als sie tatsächlich (faktisch) Teile des Vergabeverfahrens durchgeführt hat. In diesem Fall kann der Auftraggeber dem Verfahren als Nebenintervenient beitreten. Für jene Teile, die der Auftraggeber selbst durchgeführt hat (Art. 37 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU, Art. 55 Abs. 2 dritter UAbs. der RL 2014/25/EU) behält er die Parteistellung. Ausschlaggebend für die Parteistellung ist daher immer die jeweils gesondert anfechtbare Entscheidung: Derjenige, der die bekämpfte gesondert anfechtbare Entscheidung gesetzt hat [,] ist Partei und muss die davor gesetzten nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen mitverantworten. Für die Nebenintervention gelten §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 und 19 Abs. 1 ZPO sinngemäß. Der Auftraggeber kann dem Verfahren daher bis zur rechtskräftigen Entscheidung als Nebenintervenient beitreten, indem er die zentrale Beschaffungsstelle und den Antragsgegner entsprechend verständigt. Die sonstigen Parteien müssen vom Auftraggeber nicht gesondert verständigt werden, da ihm diese möglicherweise nicht bekannt sind. Wird ein Vergabeverfahren von mehreren Auftraggebern gemeinsam durchgeführt, so sind immer jene Auftraggeber Parteien des Nachprüfungsverfahrens, die in der Ausschreibung genannt sind; sie bilden eine Streitgenossenschaft. Sind in der Ausschreibung keine allein verantwortlichen Auftraggeber genannt, so sind alle Auftraggeber Parteien des Nachprüfungsverfahrens (vgl. auch die Erläuterungen zu § 22 und § 195). Gemäß §§ 14 f ZPO bilden die Auftraggeber eine einheitliche Streitpartei, das heißt jeder Auftraggeber kann auch alleine wirksam Handlungen für alle Streitgenossen setzen. Diese Regelung des Abs. 1 ist auf Art. 38 RL 2014/24/EU bzw. Art. 56 RL 2014/25/EU zurückzuführen, die vorsehen, dass alle Auftraggeber der gemeinsamen Auftragsvergabe gemeinsam

verantwortlich sind (vgl. dazu etwa auch EG 71 dritter UAbs. der RL 2014/24/EU). Gleiches gilt im Fall einer grenzüberschreitenden Auftragsvergabe bei der die Anwendung österreichischen Rechts vereinbart wurde und alle Partner der gemeinsamen Vergabe gemeinsam das Vergabeverfahren durchführen.“

Zu § 17 (Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin):

Die Abs 1 und 2 entsprechen im Wesentlichen § 26 S.VKG 2007. 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 bzw der Auftraggeberin normiert. Dieser bzw diese hat mit dem ihm bzw ihr zur Verfügung stehenden Mitteln, unverzüglich den der Rechtsanschauung des Landesverwaltungsgerichts entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Zu § 19 (Mutwillensstrafe):

Die bisherige Bestimmung über die Mutwillensstrafen wird aus § 28 S.VKG 2007 übernommen. Neu ist die Erhöhung der höchst zulässigen Strafe. Der Strafraumen wird an die Höhe im § 93 BVergG Konz 2018 angepasst und beträgt daher in Konzessionsvergabeverfahren zukünftig maximal 40.000 €.

Zu § 20 (Antragstellung):

Die Antragstellung entspricht der bisherigen Regelung im § 29 S.VKG 2007, ergänzt um die gegebenenfalls vergebende Stelle im Abs 5 und 6 sowie der Streichung der Telefaxnummer im Abs 2 Z 1.

Zu § 22 (Verfahrensrechtliche Bestimmungen):

Die bisher im § 31 S.VKG 2007 normierten verfahrensrechtlichen Sonderbestimmungen für die Erlassung Einstweiliger Verfügungen werden teilweise neu geregelt. Dies wiederum in Anlehnung an die bundesrechtliche Regelung im § 352 BVergG 2018. Im Abs 2 wird die Parteistellung erweitert (vgl dazu ausführlich zu § 16; Ausnahme für das Konzessionsvergabeverfahren ergibt sich aus § 96 Abs 1 BVergG Konz 2018). Im Abs 3 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 3 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 § 20 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 bzw der Adressatin 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. Im Abs 4 wird der maximal zulässige Strafraumen nach dem Vorbild des § 93 BVergG Konz 2018 bei Konzessionsvergabeverfahren auf 40.000 € erhöht (vgl dazu auch die Erläuterungen zu § 19).

Zu § 23 (Einleitung des Verfahrens):

Die Bestimmungen zur Einleitung des Verfahrens entsprechen im Wesentlichen § 32 S.VKG 2007 (Anpassung der Verweisungen und Neuaufnahme des BVergG Konz 2018). 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.

Im Zuge dieser Neuerlassung werden zusätzlich in Angleichung an die Vorschriften des Bundes jene Bestimmungen übernommen, die bereits durch das Gesetz BGBl I Nr 128/2013 mit 1. Jänner 2014 im § 331 Abs 1 und Abs 4 BVergG 2006 eingeführt und unverändert im § 353 Abs 1 und 4 BVergG 2018 übernommen worden sind. Es handelt sich dabei um die Modifizierung der Möglichkeit des „Gegenantrags“ im Abs 1 vorletzter Satz (Abs 1 Z 1 bis 3 wird modifiziert auf Abs 1 Z 1 und 3 bis 5) und die Aufnahme der Wiederaufnahme des Verfahrens oder der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Abs 4.

Durch diese zusätzlichen Möglichkeiten werden die einzelnen Tatbestände der besseren Lesbarkeit halber im Abs 4 in Z 1 und 2 aufgeteilt.

Abs 5 entfällt, da eine alle Feststellungsverfahren umfassende Regelung der Entscheidungsfrist § 25 Abs 2 (bisher § 34 Abs 2 S.VKG 2007) enthält.

Zu § 24 (Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages):

Die Regelungen entsprechen im Wesentlichen § 33 S.VKG 2007. Aus systematischen Gründen wird der bisherige § 33 Abs 6 S.VKG 2007 jedoch im § 26 als neuer Abs 8 aufgenommen.

Notwendig ist eine Änderung der Einbringungsfristen in den Abs 2 und 3. § 24 Abs 2 iVm § 26 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 deshalb 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. Im Judikat 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 § 33 Abs 2 S.VKG 2007 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 bzw die Unternehmerin vom Zuschlag bzw vom Widerruf tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können; dabei ist davon auszugehen, dass er bzw sie jedenfalls durch eine Bekanntmachung dieser Entscheidungen von ihnen Kenntnis erlangen kann.

Zu § 25 (Verfahrensrechtliche Bestimmungen):

Die bisherige Regelung der Parteistellung in den verfahrensrechtlichen Bestimmungen des § 34 Abs 1 S.VKG 2007 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 BlgNR 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 S.VKG 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 [§ 26 Abs 2, 5 und 6 S.VKG 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 [§ 26 S.VKG 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 § 26 (Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen):

1. Die bisher im § 35 S.VKG 2007 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 im Abs 10 übernommen. Zu Abs 10 so gleich:

2. § 35 Abs 7 letzter Satz S.VKG 2007 normiert derzeit, dass einem Auftraggeber bzw einer Auftraggeberin auferlegte Geldbußen dem ERP-Fonds zufließen. Der ERP-Fonds wird von der Austria Wirtschaftservice Gesellschaft mbH mit Sitz in Wien verwaltet und unterstützt Finanzierungen von Klein- und Mittelbetrieben. Von Mitgliedern des Vergabekontrollsenates (aufgelöst mit Einführung der Landesverwaltungsgerichte am 1. Jänner 2014) wurde vorgeschlagen, nach dem Vorbild des Bundeslandes Wien diese Gelder im Bundesland Salzburg zu belassen. Gemäß § 37 Abs 6 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014, LGBl Nr 37/2013 idF 43/2016, fließen diese Geldbußen dem Fonds Soziales Wien zu. In diesem Sinn sollten zukünftig die vom Landesverwaltungsgericht Salzburg ausgesprochenen Geldbußen für Zwecke der Sozialhilfe verwendet werden (Abs 10).

3. Betreffend Abs 1 bis 9 geht die Regierungsvorlage des Bundes ausführlich auf die Umsetzungsverpflichtungen, die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sowie des Verfassungsgerichtshofs ein. Um einer möglicherweise irreführenden verkürzten Wiedergabe und einem separaten, zeitintensiven Nachschlagen vorzubeugen, werden die ausführlichen Erläuterungen an dieser Stelle ausnahmsweise zur Gänze wiedergegeben (RV 69 BlgNR XXVI. GP, 207 ff):

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

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

Durch den zweiten und dritten Satz des Abs. 2 wird Art. 2d Abs. 3 der RMRL und der Sektoren-RMRL umgesetzt. Soweit zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten, ist von der Nichtigerklärung abzusehen. Dies soll nach dem zweiten Satz sowohl für die ex tunc Nichtigerklärung des gesamten Vertrages gemäß Abs. 2 als auch für die nur teilweise Aufhebung des Vertrages wegen mangelnder Rückstellbarkeit gemäß Abs. 4 gelten. Dafür wird zusätzlich auch ein diesbezüglicher Antrag des Auftraggebers verlangt. Art. 2d Abs. 3 sowie Art. 2e Abs. 1 der RMRL und der Sektoren-RMRL sehen in diesem Zusammenhang vor, dass trotz Vorliegens eines die Unwirksamkeit nach sich ziehenden Verstoßes die vertraglichen Wirkungen bei zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses aufrechterhalten werden können, in diesem Fall sind allerdings so genannte „alternative Sanktionen“ zu verhängen. Da ein Antragsteller in einem Verfahren nach § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 regelmäßig ein Interesse an der Nichtigerklärung des Vertrages haben wird (da die Folge eine Neuausschreibung sein kann, an welcher sich der Antragsteller beteiligen kann), es aber Konstellationen geben kann, in denen auch ein Auftraggeber eher die ex tunc Nichtigerklärung des Vertrages in Kauf nehmen wird als die Verhängung von Sanktionen, soll eine Verhängung von Sanktionen (im Fall des Abs. 2) bzw. eine Verhängung von Sanktionen für mehr als die nicht-rückabwickelbaren Teile des Vertrages (im Fall des Abs. 4) nur dann in Betracht kommen, wenn der Auftraggeber gemäß Abs. 2 beantragt, von einer Nichtigerklärung abzusehen. Dabei kann der Auftraggeber auch primär beantragen, von der ex tunc Nichtigerklärung bzw. von der teilweisen Vertragsaufhebung gänzlich abzusehen, und subsidiär beantragen, den Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt aufzuheben (vgl. dazu Abs. 5). Das BVwG ist an diesen Antrag nicht gebunden; es hat somit auch bei Vorliegen eines entsprechenden Antrages (aber bei Fehlen der zwingenden Gründe eines Allgemeininteresses bzw. bei Überwiegen der Antragstellerinteressen) den Vertrag ex tunc für nichtig erklären bzw. den Vertrag gemäß Abs. 4 teilweise aufzuheben. Umgekehrt kann das

BVwG aber – eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 vorausgesetzt – ohne einen entsprechenden Antrag gemäß Abs. 2 nicht von der 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 Kosten, die durch rechtliche Verpflichtungen aufgrund der Unwirksamkeit verursacht werden. Derartige Kosten können es somit unter keinen Umständen rechtfertigen, von der Unwirksamkeit des Vertrages abzusehen. § 356 Abs. 2 zweiter und dritter Satz regelt somit die Konsequenzen einer Feststellung, dass rechtswidrigerweise ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt oder der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt worden ist oder eine Leistungsvergabe aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems mit einem materiell-rechtlichen Verstoß verbunden war, in gleicher Weise.

Für den Unterschwellenbereich wird folgendes grundsätzliches Regelungsregime vorgesehen: Eingang 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 Nichtigkeitserklärung 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 ausständigen oder des noch (ohne Wertminderung) rückstellbaren Leistungsteiles aufzuheben. Der Vertrag bleibt somit hinsichtlich des bereits konsumierten oder nicht rückstellbaren Leistungsteiles bestehen (samt den diesbezüglichen vertraglichen Rechten). Die nur teilweise Aufhebung des Vertrags bedarf keines Antrages des Auftraggebers. Das BVwG hat dies von Amts wegen zu prüfen (vgl. schon VwGH vom 18. März 2015, 2012/04/0070). Aus der Formulierung des Gesetzes („auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird“) folgt, dass hinsichtlich des aufgehobenen Vertragsteiles ein Rückabwicklungsanspruch entsteht. Die Regelung des Abs. 4 (ex nunc Aufhebung hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch ohne Wertminderung rückstellbaren Leistungsteiles) ist nur dann einschlägig, wenn Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt – wenn also der Auftraggeber nicht den Antrag stellt, dass der Vertrag erst mit dem Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben werden soll und das BVwG die Aufhebung nicht erst zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügt. Außerdem sieht Abs. 2 die Möglichkeit für den Auftraggeber vor, auch in einem Fall, der nur eine teilweise Aufhebung des Vertrages gemäß Abs. 4 erfordern würde, einen Antrag auf (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 Sechsmonatsfrist ist eine Ausschlussfrist (vgl. VwGH vom 16. März 2016, 2015/04/0004).

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

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

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

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

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

Wenn der Auftraggeber im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung 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 Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages stattfinden, wenn der Feststellungsantrag binnen der sechsmonatigen Frist des ersten Satzes des Abs. 7 eingebracht wurde.

Eine ex-post Bekanntmachung iSd Abs. 7 Z 2 hat jedenfalls die wesentlichsten Elemente des vergebenen Auftrages wie Auftraggeber (vergebende Stelle), erfolgreicher Bieter, Auftragsgegenstand und Auftragswert zu enthalten, die einem Unternehmer die Einschätzung ermöglichen, ob er ein Interesse am Abschluss dieses Vertrages haben hätte können bzw. ob die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtmäßig gewesen sein konnte. Der Maßstab, der an die Begründung der ex-post Bekanntmachung zu legen ist, hat jenem Sorgfaltsmaßstab zu entsprechen, der vom EuGH in seinem Urteil in der Rs C-19/13, Fastweb SpA, niedergelegt wurde (vgl. die Erläuterungen zu Abs. 8). Dies gilt auch für Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung; die entsprechenden Ausführungen sind

daher in das Standardformular der Kommission aufzunehmen (vgl. dazu das entsprechende, frei befüllbare Feld in Anhang D1, Pkt. 2 iVm Pkt. 3 des Standardformulars 3, http://simap.ted.europa.eu/documents/10184/99158/DE_F03.pdf sowie Anhang VI Teil D Z 7 des BVergG 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 innerstaatliche Bekanntmachung. Da nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der die Ausnahme rechtfertigenden Umstände zur Inanspruchnahme einer Ausnahmevorschrift (hier: der Anwendbarkeit eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) denjenigen trifft, der diese Ausnahmevorschrift in Anspruch nehmen möchte (vgl. etwa EuGH Rs C-275/08, Kommission/Deutschland, Rz 56 mwN der Judikatur), hat der Auftraggeber dies sorgfältig zu prüfen und zu begründen. Die Begründung muss es allfälligen interessierten Unternehmen ermöglichen, die Überlegungen des Auftraggebers nachvollziehen und die Rechtskonformität der Vorgangsweise beurteilen zu können. So genügt etwa eine bloß formelhafte Begründung (zB durch Wiedergabe der verba legalia) diesem Maßstab nicht. Auftraggeber müssen daher (die ihnen zumutbaren) Erhebungen in sorgfältiger Weise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes durchführen, auf dieser Bewertungsgrundlage den nachvollziehbaren Schluss ziehen können, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen zu dürfen und diese Überlegungen in der Bekanntmachung 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. Sektorauftraggeber] 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 Nichtigkeitsklärung oder Aufhebung des Vertrages darauf ab, dass die publizierte Entscheidung „entsprechend begründet“ war. Diese Wortfolge greift die im Urteil des EuGH hervorgehobene Voraussetzung auf, wonach nur klare, eindeutige und nachvollziehbare Begründungen des Auftraggebers in der ex ante Bekanntmachung die Voraussetzung der RMRL bzw. der Sektoren-RMRL erfüllen, dass eine Bekanntmachung vorliegt, „wie sie in Art. 3a der vorliegenden Richtlinie beschrieben ist“ (vgl. dazu jeweils Art. 3a lit. c der zitierten Richtlinien und Rz 48 des Urteils: „Was diesen letzten Punkt betrifft, muss diese Begründung klar und unmissverständlich die Gründe erkennen lassen, die den öffentlichen Auftraggeber zu der Auffassung

veranlasst haben, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben zu können, damit die Beteiligten in voller Sachkenntnis entscheiden können, ob sie es für nützlich erachten, die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle anzurufen, und damit diese eine wirksame Kontrolle vornehmen kann.“ Nur soweit beide (kumulativen) Voraussetzungen erfüllt werden, zieht die Einhaltung der zehntägigen Stillhaltefrist gemäß Abs. 8 auch die Unzulässigkeit der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages nach sich.

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

Dass eine freiwillige ex-ante-Bekanntmachung nach den Vorgaben des materiellen 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 Obergrenzenbereich die Regelung des Abs. 9 vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Rechtslage als notwendig erweist, ergibt sich ein, durch die Anwendungsvoraussetzungen des Abs. 3 ohnehin auf die gravierendsten Verstöße eingeschränktes, Regelungsbedürfnis im Unterschwellenbereich durch das Sachlichkeitsgebot. So ist es sachlich nicht zu rechtfertigen, dass in den Fällen, in denen Vergabeverfahren offenkundig rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurden, der Zuschlag offenkundig rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde oder die Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems offenkundig rechtswidrig war und in denen darüber hinaus die Leistung nicht mehr vollständig oder ohne Wertverminderung rückgestellt werden kann, ein Auftraggeber lediglich damit „sanktioniert“ wird, dass der Vertrag nur teilweise weiterbesteht.

In der Entscheidung des VwGH vom 18. März 2015, 2012/04/0070 (Pkt. 4.5.1.) hatte der VwGH eine Lücke in § 334 Abs. 7 BVergG 2006 erkannt. Dieser sei um den Verweis auf Abs. 4 zu ergänzen. Die teilweise Aufhebung eines Vertrags dürfe nicht anders behandelt werden als eine gänzliche Nichtigerklärung, da die Richtlinie auch für jene Teile des Vertrages, die nicht aufgehoben werden, eine alternative Sanktion verlange. Da dies aber nicht nur auf Abs. 4 zutrifft, sind in Abs. 9 (ehemals § 334 Abs. 7 BVergG 2006) nunmehr alle Fälle des Absehens von der Nichtigerklärung 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), ver-

hängt werden, da es die zu wahrende Rechtssicherheit zwar erfordert, nach diesen Zeiträumen von einer Nichtigerklärung 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 BgNR 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 Nichtigerklärung 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 Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages kommt in diesen Fällen nicht in Betracht; eine Verhängung einer Geldbuße hingegen schon (vgl. Abs. 7 und das oz. 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).

Gemäß EG 19 der RL 2007/66/EG dürfen Geldbußen nicht an den sanktionierten Auftraggeber selbst entrichtet werden.“

Zu § 28 (Verweisungen auf Bundesrecht):

Die Verweisungen auf Bundesrecht werden an die aktuelle Rechtslage angepasst. Wie auch bereits bisher ist auf das (nunmehr) BVergG 2018, das BVergGVS 2012 und neu das BVergG Konzessionen 2018 dynamisch zu verweisen. Hintergrund dieser Regelung war ein Bedürfnis der Praxis. Denn die bis 31. Jänner 2009 geltende statische Verweisung bewirkte, dass Verstöße nur gegen das Bundesvergabegesetz eben in dieser Stammfassung vom damals noch tätigen Vergabekontrollsenat aufgegriffen werden konnten. Würde gegen Neuregelungen im materiellen Vergabegesetz des Bundes verstoßen, könnte die Geltendmachung solcher Verstöße – bei Aufrechterhaltung der durchgehend statischen Verweisung und ohne jeweils gleichzeitige Adaptierung der Verweisung auf die aktuelle Fassung – nicht geprüft werden. Es wurde daher eine dynamische Verweisung auf die jeweils in Geltung befindliche Fassung des Bundesvergabegesetzes (damals) 2006 vorgeschlagen, soweit dies verfassungsrechtlich zulässig ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Landesgesetzgeber mit der Verweisung nur an etwas anknüpft, das er selbst nicht regeln kann: Etwa wenn als Voraussetzung für eine Nichtigerklärung oder eine Rechtswidrigkeitsfeststellung ein Verstoß vorgesehen ist; denn das materielle Vergaberecht, gegen das ein Verstoß in Betracht kommt, kann er nicht regeln, dazu ist der Bundesgesetzgeber kompetent.

Die Landesregierung stellt sohin den

Antrag,

der Salzburger Landtag wolle beschließen:

1. Das vorstehende Gesetz wird zum Beschluss erhoben.
2. Die Gesetzesvorlage wird dem Verfassungs- und Verwaltungsausschuss zur Beratung, Berichterstattung und Antragstellung zugewiesen.